



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

NECESIDAD DE DELIMITAR LA COMPETENCIA DE LA MATERIA PENAL DE
LA JUSTICIA ORDINARIA FRENTE A LA JUSTICIA INDÍGENA

Autora

Yesenia Karlina Aldaz Martínez

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

NECESIDAD DE DELIMITAR LA COMPETENCIA DE LA MATERIA PENAL DE
LA JUSTICIA ORDINARIA FRENTE A LA JUSTICIA INDÍGENA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
Establecidos para optar por el título de: Abogada de los Tribunales de la
República

Profesor Guía:

Dr. Diego Zalamea León

Autora:

Yesenia Karlina Aldaz Martínez

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante Yesenia Karlina Aldaz Martinez, en el semestre 2018-2, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Diego Alfredo Zalamea León
Doctor en Derecho
C.C.0102265014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante Yesenia Karlina Aldaz Martinez, en el semestre 2018-2, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Elsa Irene Moreno Orozco
Magister en Derecho Procesal Mención Derecho Penal
C.C.1705403713

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Yesenia Karlina Aldaz Martinez
1104576366

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por haber sido mi guía y mi mayor fortaleza. A mi padre Angel Aldaz, mi madre, Bélgica Martínez, que con su amor, esfuerzo, constancia, perseverancia y lucha han sido mi motivación para cumplir mis sueños. A mi esposo por ser mi gran apoyo en esta etapa de mi vida.

Yesenia Karlina Aldaz Martínez

DEDICATORIA

Dedico este proyecto de tesis a mi esposo, padres y hermanos. A mi esposo y papás, quienes a lo largo de esta carrera han sido mi sostén emocional y que con su esfuerzo y lucha fueron mi motivación en los momentos de decline y cansancio, gracias infinitas por apoyarme a cumplir mis sueños. A mis hermanos, por cuidarme y darme fortaleza para continuar. Gracias por su entera confianza y por tanto amor.

RESUMEN

Este estudio analiza las interacciones entre la justicia indígena y el derecho ordinario en Ecuador, enfocándose en la falta de regulaciones que limiten a las dos jurisdicciones y los problemas legales que pueden producirse a partir de esta ausencia de normativa pertinente. A lo largo de la investigación se analizan los conceptos de justicia indígena, tradiciones ancestrales de resolución de conflictos y los casos emblemáticos para un mejor entendimiento de la necesidad de regular los límites de las dos jurisdicciones.

ABSTRACT

This research studies the interactions between ordinary law and indigenous law in Ecuador, focusing on the lack of regulations to limit both jurisdictions and the legal issues that arise because of it. Throughout this investigation the concept of indigenous law, ancient traditions of solving conflicts and emblematic case law will be analyzed for a better understanding of the necessity to establish regulation that define the limits of ordinary and consuetudinary law when both jurisdictions meet.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 JUSTICIA INDÍGENA Y JUSTICIA ORDINARIA	2
1.1 Justicia Indígena, definición y orígenes.....	2
1.2 Justicia ordinaria, definición y actores	5
1.3 Semejanzas.....	8
1.4 Diferencias.....	10
2 LÍMITES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	13
2.1 Marco Jurídico Constitucional y legislación secundaria.....	13
2.2 Sentencias Paradigmáticas	21
3. ¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR?	25
3.1. Limitación territorial	26
3.1.1. Estándares de limitación territorial establecidos por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.	26
3.1.2. Límites territoriales en la constitución del 2008	28
3.1.3. Falta de legislación secundaria	28
3.1.4. Las decisiones jurisdiccionales y los límites territoriales.....	28
3.1.5. Ámbito Administrativo	29
3.1.6. Consecuencias de la falta de la delimitación territorial.....	29
3.2. El conflicto interno como límite de la jurisdicción indígena....	30
3.3. Escenarios hipotéticos de inseguridad jurídica frente a la falta de regulación sobre los límites de la justicia indígena.....	31
4. CONCLUSIONES	32
REFERENCIAS	34

INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto responder a las siguientes interrogantes: ¿En Ecuador está delimitada la Justicia Indígena frente a la Justicia Ordinaria? De ser no la respuesta: ¿qué derechos se ven afectados? La hipótesis que se pretende demostrar es que existe una ausencia de fronteras claras y que ello afecta los principios de seguridad jurídica, igualdad y tutela judicial efectiva.

Se eligió este tema porque es fundamental que tanto los pueblos indígenas como los jueces ordinarios conozcan las limitaciones en su actuar, además que todas las personas sepamos a que jurisdicción estamos sometidas. Las violaciones a estos derechos evidencian la premura de tener normas claras respecto de las capacidades jurisdiccionales de cada juez, por esta razón, este estudio es relevante en la realidad jurídica actual y aporta a un debate que aún no se ha cerrado.

En el primer capítulo se analizarán los conceptos básicos de justicia, y realizará un análisis comparativo de las semejanzas y diferencias de las dos justicias. A este respecto, se establecerá que mientras la justicia indígena es consuetudinaria y busca preservar la armonía comunitaria; la materia penal es positiva y busca prevenir conductas delictuales, rehabilitar, y resarcir a las víctimas.

En el segundo capítulo se analiza el marco supranacional, constitucional y legal que regula los sistemas jurídicos. El referente central lo fija la Constitución al establecer un límite territorial y material a la jurisdicción indígena; sin embargo, surgen ya dudas con que estos principios rectores sean suficientes para otorgar certeza a los habitantes.

En el tercer capítulo se realizará un análisis exegético de los distintos niveles normativos de la materia para mediante el descarte demostrar que en el Ecuador no existe una debida regulación de las fronteras jurisdiccionales. De la misma manera se deja en evidencia que se afecta a los principios de seguridad jurídica, igualdad y tutela jurídica efectiva.

1 JUSTICIA INDÍGENA Y JUSTICIA ORDINARIA

1.1 Justicia Indígena, definición y orígenes

La justicia indígena es un sistema de regulación social propio de ciertos pueblos y comunidades aborígenes. Desde la doctrina, se ha señalado que la justicia indígena es el conjunto de normas y leyes de tipo tradicional, no escritas, ni codificadas, de los pueblos y nacionalidades indígenas, para mantener la paz y el orden interno entre sus miembros dentro de su territorio (García, 2011, p. 13). En concreto, es la potestad de los pueblos indígenas de aplicar su propio derecho para la resolución de sus controversias.

Los elementos y características de la justicia indígena son los siguientes: Solidaridad, valor que se entiende como una retribución a toda la armonía de la comunidad y la cooperación en la vida comunitaria (García, 2011, p.15); igualdad, principio por el cual todos los sujetos de la comunidad se someten a la misma, en igual proporción; colectividad, ya que la justicia indígena se ejerce en el espíritu de unión de todos los miembros del pueblo como un todo; costumbre, el derecho indígena es por excelencia consuetudinario, basado en las prácticas ancestrales de la comunidad; oral, la justicia indígena no está escrita, su medio de expresión es únicamente oral, y por lo tanto, las audiencias colectivas que hace la comunidad son verbales (García, 2011, p.16-20).

La literatura indica que los procesos de justicia indígena ocurren a través de audiencias públicas y verbales (Illaquiche, 2001, p.6), en los que la comunidad se reúne ante sus autoridades, para conocer sobre situaciones ocurridas dentro de su jurisdicción y proponer una solución a la misma, a través de las sanciones que considere necesarias para que el daño causado sea reparado (Freire, 2018, p.1).

La Organización Mundial del Trabajo, en su Convenio 169, publicado en 1989, señaló que:

Artículo 9

- 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*
- 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

Ahora, si bien la justicia indígena ha existido desde que existen pueblos y nacionalidades, en Ecuador el derecho ordinario ha reconocido jurídicamente su validez desde 1998 con la Publicación de la Constitución Política del Ecuador, en la cual se señalaba en su artículo 191, inciso 4, que "las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y a las leyes...".

En la actualidad, en el Ecuador existe la justicia ordinaria y la justicia indígena porque en su territorio coexisten varias sociedades. La Constitución publicada en el 2008 hace un esfuerzo por reivindicar la colonización de la cultura indígena, y reconoce el derecho de las comunidades a administrar su propia justicia, con la siguiente fórmula:

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

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

El reconocimiento de la justicia indígena realizado en el art. 171 hace que el Estado ecuatoriano sea un Estado de pluralismos jurídicos (Illaquiche, 2001, p. 6), y un Estado que corresponde a sus obligaciones internacionales de respetar las tradiciones ancestrales (UNESCO, 2009, p.6). Entiéndase por pluralismos jurídicos aquél sistema opuesto al unitarismo, en el que varios derechos son aplicables en sus respectivas jurisdicciones. (Santos, 2012, p.22)

Ahora, es prudente señalar que a su vez la justicia indígena es plural, no es una sola. Es tan diversa como el número de comunidades y pueblos indígenas que existen en el Ecuador. (Santos, 2012, p.23)

Por pueblo indígena se entiende a las "colectividades originarias, conformadas por comunidades o centros con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidos por sistemas propios de organización social, económico, político y legal" (Tibán, 2001, p. 35).

El INEC estima que en el Ecuador existen quince pueblos indígenas plenamente identificados, y ubicados a lo largo del corredor interandino y ciertas partes de la Costa y la Amazonía, así (INEC, 2006, p.13):

Tabla 1
Pueblos Indígenas del Ecuador

Número	Pueblo	Lengua	Ubicación Geográfica
1	Saraguro	Quichua	Loja, Zamora Chinchipe
2	Cañarí	Quichua	Cañar
3	Puruhá	Quichua	Chimborazo
4	Waranka	Quichua	Bolívar
5	Chibuleo	Quichua	Tungurahua
6	Salasaca	Quichua	Tungurahua
7	Panzaleo	Quichua	Cotopaxi, Tungurahua
8	Quitú Cara	Quichua	Pichincha
9	Cayambi	Quichua	Pichincha, Imbabura
10	Caranqui	Quichua	Imbabura, Pichincha
11	Natabuela	Quichua	Imbabura
12	Otavalo	Quichua	Imbabura
13	Quichuas de la Amazonía	Quichua	Pastaza, Napo, Sucumbíos, Orellana
14	Manta	Castellano	Manabí
15	Huancavilca	Castellano	Guayas

Tomado de: INEC, 2006, p.13

Todos estos pueblos indígenas son los actores de las justicias indígenas, cada uno de ellos a través de sus propias formas, costumbres y cosmovisiones del mundo (UNICEF, 2010, p.5), crean el derecho consuetudinario que se llama justicia indígena, y sus propios procedimientos colectivos de juzgamiento, sus propios delitos y sus propias penas. (Santos, 2012, p.23)

1.2 Justicia ordinaria, definición y actores

“Justicia ordinaria es la potestad derivada del Estado de aplicar el derecho en un caso concreto, resolviendo de un modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida de forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces independientes.” (Ochoa, 2017, p.2)

El concepto de justicia ordinaria se entiende en un contexto donde hay otra competencia de excepción. Si la jurisdicción marginal es la indígena, la regular es aquella que se ocupa de todas las restantes controversias (Ochoa, 2017, p.2). Se la cataloga como de excepción porque tiene aplicabilidad solo para los conflictos de una etnia cultural que además es minoritaria (Espinoza, 2002, p. 18).

Es necesario contextualizar lo ordinario de lo excepcional porque dentro de la misma justicia ordinaria existen ciertos aforos excepcionales. Por ejemplo, existen personas que por la calidad que ostentan no se someten a los jueces comunes. Así, existe el fuero de Corte Nacional de Justicia como jurisdicción extraordinaria o aforo excepcional, dentro del mismo circuito regular (Constitución del Ecuador, 2008, Art. 182).

La justicia ordinaria se divide entre los jueces ordinarios y los jueces extraordinarios (Ochoa, 2017, p.3). Aún si redundante, los jueces ordinarios son aquellos ante quienes se interponen los recursos ordinarios. Mientras que los jueces extraordinarios son aquellos ante quienes se interponen los recursos extraordinarios.

Por ejemplo, la Acción de Protección es un recurso ordinario que corresponde a cualquier juez de Primera Instancia, mientras que la Acción Extraordinaria de Protección es un recurso extraordinario que corresponde a la Corte Constitucional (Constitución del Ecuador, 2008, art.94).

En ese orden de ideas, a grosso modo podemos esquematizar la justicia ordinaria de la siguiente forma en cuanto a los actores que ejercen poder jurisdiccional:

Tabla 2
Jueces de la Justicia ecuatoriana

Jueces ordinarios	<p>1era Instancia: Jueces de las Unidades Civiles y Mercantiles/ de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia/Penales, Tribunales de Garantías Penales, de Tránsito, de contravenciones, de adolescentes infractores/ de Inquilinato y relaciones Vecinales (Jueces Civiles), de Trabajo, Únicos y Multi-competentes.</p> <p>2da Instancia: Cortes Provinciales de Justicia.</p> <p>Corte Nacional de Justicia.</p>
Jueces extraordinarios y especiales	<p>Corte Constitucional, ante quien se interponen las garantías constitucionales como la acción extraordinaria de protección y la acción de inconstitucionalidad.</p> <p>Jueces Laborales Colectivos</p> <p>Jueces de Paz</p> <p>Jueces Electorales</p>
Justicia Administrativa	Tribunales Contencioso Administrativos
Justicia Tributaria	Tribunales Contencioso Tributarios
Jurisdicción voluntaria de medios alternativos de solución de conflictos	Árbitros y mediadores

Tomado de: Título IV, Capítulo 4to, Constitución del Ecuador, 2008

Los jueces ordinarios utilizan el derecho positivo, codificado en La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (Constitución del Ecuador, 2008, art. 425).

Se debe anotar que la frontera entre estos dos sistemas legales no está fijada con claridad. La justicia indígena es para resolver los conflictos internos de las comunidades (Tibán, 2001, p. 35); mas, el fijar cuando un conflicto se encasilla o no en esta etiqueta es un tema que todavía no se ha legislado. Lo que sí existe es un pronunciamiento de la Corte Constitucional de que los delitos contra la vida nunca pueden ser resueltos por la jurisdicción de excepción, como se analizará más adelante con detalle.

1.3 Semejanzas

Reconocimiento Constitucional

De forma objetiva, la semejanza más relevante entre los dos sistemas de administración de justicia es su reconocimiento constitucional. Es decir, tanto la Justicia Ordinaria como la Justicia Indígena encuentran sus apartados respectivos en la norma suprema. Por un lado, la Justicia Ordinaria se encuentra reconocida en el art. 167:

“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.”

Mientras que la Justicia Indígena se encuentra reconocida en el art. 171 de la Constitución, el cual indica que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tiene jurisdicción para resolver sus conflictos internos, de acuerdo a

sus tradiciones ancestrales y derechos propio, siempre que no se contravenga la Constitución y los Derechos Humanos. El segundo apartado del mismo artículo obliga a que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las autoridades públicas, y sean sujetas a control de Constitucionalidad (Tibán, 2001, p. 36).

Sujeción a la Constitución

Del párrafo segundo del art. 171 se deriva una segunda semejanza entre los dos sistemas de justicia, la de estar sujetos a la Corte Constitucional. El mencionado artículo indica que las decisiones de la Justicia Indígena están “sujetas a Control de Constitucionalidad”. Dicho control es ejercido en nuestro sistema por la Corte Constitucional.

Solamente la Corte Constitucional tiene la potestad última de verificar que las decisiones adoptadas por ambos esquemas de justicia respeten los mandatos de la ley suprema. Así, el art. 429 de la Carta Magna determina que:

“La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.”

En ese sentido, la Corte Constitucional será el órgano encargado de establecer los límites constitucionales entre los dos sistemas de justicia, y fijar ciertos parámetros de interpretación, como ya lo ha hecho en el Caso la Cocha en el año 2015 (Corte Constitucional, Caso La Cocha, 2015). Tanto las sanciones de la justicia indígena como las sanciones de la justicia ordinaria deben guardar respeto de la dignidad humana.

Mecanismos de solución de conflictos

Los dos sistemas de justicia son mecanismos que sirven para resolver los conflictos que surgen en sus respectivas jurisdicciones, cuando dichos

conflictos tengan implicaciones legales o responsabilidades para los sujetos bajo su jurisdicción (Burgos, 2008, p.3).

1.4 Diferencias

Oralidad

La justicia indígena se imparte a través de un sistema únicamente oral, en el que la sustanciación de los procesos de resolución de conflictos y la toma de la decisión se transmiten de forma verbal únicamente, respondiendo a la práctica consuetudinaria (Salgado, 2002, p.7-10).

No existen códigos escritos, o reglamentos de procesos como en la justicia ordinaria. El carácter de oralidad de la justicia indígena está vinculado a su naturaleza consuetudinaria (Trejo, 2018, p.1). Puesto que la justicia indígena se basa en la costumbre, la transmisión de la misma se hace de forma oral (Trejo, 2018, p.1). Por el contrario, la justicia ordinaria es netamente positiva, es decir, se encuentra escrita en leyes y reglamentos (Jumbay, 2015, p.1).

Si bien la justicia ordinaria puede en ciertos momentos recurrir a las prácticas orales, como ocurre en los pronunciamientos judiciales orales, el COIP nos menciona en su artículo 5 numeral 11 que, la Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código.

Por otro lado, se sabe que la justicia ordinaria puede recurrir también a la costumbre, por ejemplo, en el derecho mercantil la costumbre podría ser fuente de derecho (Jumbay, 2015, p.2), pero eso no quiere decir que la justicia ordinaria sea oral o consuetudinaria, sino que por excepción acude a prácticas no escritas o positivas.

Pluralidad

La justicia indígena es plural, tan plural como el número de comunidades indígenas que existen (Cárdenas, 2011, p. 8). Cada comunidad tiene sus propios procedimientos, normas no escritas, y sanciones ancestrales. Por otro lado, la justicia ordinaria es una sola, independientemente de las circunscripciones provinciales o cantonales, puesto que el Ecuador es un Estado unitario (Santos, 2012, p.23).

Jurisdicción

La justicia ancestral tiene jurisdicción territorial sobre los actos cometidos por miembros de la comunidad indígena, dentro de la comunidad, y que afecten a los valores de la comunidad (Salgado, 2002, p. 7-10). En ese sentido, la Constitución en su art. 171 indica que las autoridades indígenas tendrán jurisdicción “dentro de su ámbito territorial”. Por otro lado, la justicia mestiza tiene jurisdicción nacional, sobre los actos cometidos en el territorio del Ecuador y que falten a las leyes penales del Estado (Jumbay, 2015, p.1).

Delitos, conflictos y valor superior protegido

En la justicia ancestral no existen delitos, tal y como se conciben en el derecho ordinario como categoría jurídica. Para los pueblos indígenas existen conflictos o controversias comunitarias. La división de materias es propia de la cosmovisión blanco mestiza, las disputas dentro de los pueblos originarios no están divididas y son tratadas como conflictos en general (Salgado, 2002, p. 7/15).

Los conflictos de la justicia indígena estarán entendidos como aquellos que afectan a la armonía de la comunidad, esto debido a que el valor superior será siempre la estabilidad colectiva, y subordinada a ella, otros valores superiores propios a la cosmovisión indígena. Por otro lado, los delitos de la justicia

ordinaria tienen un variado listado de bienes jurídicos protegidos individuales, como la vida, la salud, la libertad y la propiedad privada (Santos, 2012, p.24).

En este punto conviene hacer una diferencia sustancial, este ensayo habla de valores superiores protegidos en la justicia ancestral, y se refiere a bienes jurídicos protegidos en la justicia mestiza. Esta diferencia se hace en virtud de las diferentes cosmovisiones sobre las que se edifican los dos sistemas.

Sanciones

De forma general las sanciones de la justicia indígena son de naturaleza reparatoria, trabajo comunitario y corporales. El mayor conflicto entre las cosmovisiones se da entre este último tipo de castigos, especialmente el uso de ortiga y agua fría (Jumbay, 2015, p.1), y la privación de la libertad que es la pena paradigmática de la justicia ordinaria. Para la visión occidental, en la justicia ordinaria no existen castigos corporales.

Jueces

Los jueces de la justicia indígena son los miembros dirigentes de las comunidades, por lo general los sabios ancianos. Mientras que los jueces de la justicia ordinaria son aquellas autoridades elegidas en procesos públicos, que deben cumplir con ciertos requisitos.

Por ejemplo, para ser jueces de la Corte Nacional de Justicia, se debe cumplir con lo siguiente:

- “1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos políticos.
2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de diez años (Constitución del Ecuador, 2008, art. 183).”

2 LÍMITES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

El reconocimiento constitucional de la jurisdicción ancestral implica que las comunidades originales tienen las facultades para determinar sus propias normas de conducta, obligaciones, derechos dentro de un procedimiento de investigación y las sanciones correspondientes a los hechos imputados a una persona.

Para la jurisdicción ordinaria, el símil de estas facultades son aquellas establecidas a través del Código Orgánico Integral Penal, el cual contiene normas sancionatorias sustanciales y normas procedimentales adjetivas. Debido a que los dos sistemas ostentan la misma capacidad jurisdiccional (la de dirimir conflictos), podrían existir problemas en la praxis.

En este capítulo se analizarán los límites que, a través del Derecho, se han establecido para las interacciones entre la jurisdicción ordinaria e indígena. Principalmente, se debe tener claro que el límite de los dos sistemas de justicia son los derechos humanos.

2.1 Marco Jurídico Constitucional y legislación secundaria

La Constitución del Ecuador reconoce al Estado como una entidad “de derechos”, intercultural y plurinacional:

“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”

El Estado ecuatoriano es “de derechos” puesto que dentro de sí existen dos sistemas jurídicos, dos derechos. El derecho indígena basado en la costumbre, y el derecho ordinario basado en las normas positivas. Al mismo tiempo, es un

Estado intercultural, puesto que el tejido social está compuesto por culturas diversas y es plurinacional, porque dentro de su territorio se reconoce la existencia de varias nacionalidades indígenas (Flores, 2014, p.3).

La Constitución introduce específicamente el reconocimiento del derecho consuetudinario en su art. 171 reconoce que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas apliquen normas y procedimientos propios de sus tradiciones para la solución de sus conflictos internos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos. (Flores, 2014, p.3).

También, el mismo artículo establece que la ley determinará mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena respecto a la jurisdicción ordinaria, señala que el Estado garantizará el respeto a dichas decisiones.

Por otro lado, la misma Carta Magna establece los límites constitucionales de la justicia indígena, al señalar en su art. 57 que, si bien los pueblos indígenas tienen varios derechos colectivos como los de mantener su identidad, conservar la propiedad, el no ser discriminadas y la consulta previa, su derecho consuetudinario no puede ir en contra de los derechos constitucionales, en especial aquellos de las mujeres y los niños:

“Art. 57. Se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a: (...) #10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

Así, como se ha señalado anteriormente, el primer límite de la justicia indígena se encuentra en los derechos constitucionales, entendidos como la serie de prerrogativas que protegen la dignidad humana y que se encuentran en forma de catálogo a lo largo de la Constitución.

Salvo los mencionados artículos, la Constitución no es más específica en cuanto a las interacciones de la Justicia Ancestral con la Justicia Mestiza, ni tampoco le corresponde serlo. Por su parte, la legislación ordinaria no ha realizado muchos avances sobre la materia¹, el Código Orgánico de la Función Judicial se ha limitado a codificar normas bastante generales que sólo reflejan lo ya dicho por la Constitución. (Flores, 2014, p. 9).

A saber, el Código Orgánico de la Función Judicial (publicado en el Registro Oficial suplemento 554 el 9 de marzo del 2009), señala que:

Art. 7.- “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.”

El Código contiene un título denominado “Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria”, en el que se delimita la competencia *ratione loci* de la justicia indígena, señalando que la misma sólo se ejercerá dentro de los territorios de las comunidades:

“Art. 343.- AMBITO DE LA JURISDICCION INDIGENA. - Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá

¹ En el sistema jurídico ecuatoriano, los avances más específicos en cuanto a la regulación de las interacciones entre el derecho indígena y mestizo no han provenido del poder legislativo, sino del poder judicial, a través de decisiones de la Corte Constitucional, las cuales se estudiarán más adelante en este ensayo.

alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.”

Según este artículo, los límites de la justicia consuetudinaria son los siguientes; este estudio analizará más detalladamente los dos primeros (sobre territorio y materia):

1. Ratione loci: Su aplicación corresponde a la circunscripción territorial de cada comunidad. Sobre esto existe un debate complicado en la actualidad (Beltrán, 2012, p. 8).

Este debate surge debido a dos problemas fundamentales:

- A) Los territorios indígenas, en su gran mayoría, no están demarcados a través de un documento legal con título de propiedad. Si bien la demarcación con títulos de propiedad podría beneficiar a los pueblos indígenas en la protección de sus tierras, este proceso de demarcación debe ir más allá de la limitada idea del derecho civil en la que las tierras se miden únicamente en área. Para la demarcación de los territorios ancestrales se deben tomar en cuenta las prácticas nómadas de los pueblos en ciertos lugares de presencia tradicional, a la vez que tomar en cuenta sus propias prácticas limítrofes con otras comunidades (Beltrán, 2012, p. 8).
- B) Los territorios son de sus poseedores ancestrales, heredados por sus antepasados sin títulos de propiedad, y son territorios vivos, en cambio constante, donde reproducen sus costumbres, cultura e identidad. Por ejemplo, un río o un árbol ancestral forman parte del territorio indígena, y estos son en sí mismos elementos cambiantes (Beltrán, 2012, p. 8).

En Ecuador, el art. 60 de la Constitución permite el establecimiento de Circunscripciones Territoriales Indígenas o CTI, pero hasta la actualidad no existe ninguna creada, ni tampoco se ha desarrollado ley secundaria respecto de los procedimientos a seguirse.

Este ensayo propone que, a falta de limitación territorial específica, se verifique los lugares de presencia ancestral de los pueblos indígenas como guía para determinar la jurisdicción territorial de resolución de conflictos. Por ejemplo, la Comunidad Otavalo, tiene presencia histórica en el Cantón Otavalo de Imbabura. No existe un título de propiedad de la comunidad sobre el cantón, pero sus vidas y prácticas culturales ocurren normalmente dentro del Cantón. De surgir conflictos, y verificando el resto de elementos de competencia jurisdiccional (materia, personas, tiempo), se debería entender que la competencia territorial es la del lugar donde existe posesión ancestral y donde comúnmente interactúan los otavalos.

El mismo ejemplo puede darse con las comunidades amazónicas, los Shuar se encuentran en proceso de titulación de sus tierras, pero esta comunidad suele moverse dentro de una zona de influencia precariamente demarcada. De surgir conflictos, la jurisdicción de competencia deberá verificarse según las zonas en las que tradicionalmente han vivido los Shuar, incluso sin existir título de propiedad.

2. *Ratione materiae*: Su aplicación corresponde a los conflictos internos. Sin embargo, el artículo no especifica lo que ocurriría cuando un conflicto interno inmiscuye a personas ajenas a la comunidad, por lo que no existe una delimitación en razón de las personas. La sana crítica indica que las personas bajo la jurisdicción indígena serán las mismas personas indígenas, por lo que al tratarse de un conflicto en el que intervengan agentes externos, la jurisdicción indígena perdería su competencia.

Además de estos criterios que sirven para delimitar su ámbito de acción, la norma constitucional establece tres criterios restrictivos para el funcionamiento en su interior:

1. El respeto de las tradiciones propias a la comunidad.

2. El respeto de los derechos Constitucionales y Derechos Humanos.
3. La prohibición de violar los derechos de las mujeres y la garantía de que las mujeres indígenas ejerzan su derecho de participación.

El artículo no propone una disposición sobre *ratione personae*, se debería entender que la jurisdicción en razón de las personas se refiere a conflictos que inmiscuyen a personas indígenas de una comunidad determinada², pero en la práctica no siempre serán únicamente personas indígenas las que participen en conflictos comunitarios.

Seguidamente, el Código especifica los parámetros interculturales de aplicación de la justicia indígena, que se deben entender como los límites de la justicia ordinaria en sus relaciones con la Justicia Indígena:

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

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

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

² Este postulado propone una pregunta que no ha sido contestada aún por el Derecho: ¿Qué ocurre si hay un conflicto entre un indígena y un mestizo, dentro del territorio ancestral? Este problema debería ser resuelto tomando en cuenta que las dos personas parte del conflicto merecen justicia, dentro de su entendimiento de lo que es la justicia, y respetando el principio de non bis in ídem.

c) Non bis in idem. - Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

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

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

De la lectura de este artículo se desprenden dos puntos neurálgicos para la resolución de controversias entre las dos jurisdicciones:

1. El principio non bis in ídem obliga a que las autoridades ordinarias no juzguen a las personas indígenas que ya han sido juzgadas según las costumbres de la comunidad, sin perjuicio del control Constitucional que puede ejercer la Corte Constitucional.
2. En caso de duda, se debe preferir la aplicación de la justicia indígena sobre la ordinaria.

El resto de los elementos de interculturalidad del art. 344 se refieren a situaciones en las que los pueblos indígenas participan en procesos de la justicia ordinaria, más no a situaciones en los que pueden existir conflictos de competencia en la interacción de los dos tipos de derecho.

A manera de conclusión, en la actualidad no existen normas muy detalladas sobre las interacciones entre justicia indígena y ordinaria. Lo que existen son principios rectores en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial. Al respecto, los principios sobre los que se hace énfasis en este estudio son los relativos a la competencia en razón de la materia y en razón de la materia.

Sin embargo, es importante notar que frente a la falta de normas detalladas, la aplicación de la justicia debería también guiarse por la aplicación del principio pro homine, que no se opone al ejercicio jurisdiccional indígena, sino que deberá ser adaptado a la aplicación de sanciones del derecho consuetudinario.

El principio pro homine tiene rango de norma constitucional y por lo tanto es de directa, obligatoria, exigible, e incondicional aplicación para todos los operadores de justicia (Drnas de Clément, 2015, p. 102), incluyendo a los operadores de justicia indígena.

Incluso si la legislación local de un país no reconociera positivamente al principio pro homine, los operadores de justicia pueden recurrir a su aplicación como fuente secundaria en su carácter de principio (Castañeda, 2015, p.p. 97-98). Así, incluso si la jurisdicción indígena no reconoce de forma explícita este principio, los jueces indígenas (y los ordinarios cuando actúen en casos de interacción con la justicia milenaria) deberán adecuar este principio.

También, la justicia debería impartirse tomando en cuenta el principio de no regresividad ante la falta de norma detallada. Este consiste en la prohibición de adoptar cualquier tipo de medida, sea legislativa, judicial o ejecutiva, que empeoren la situación de los derechos humanos en su estado actual (Calvo, 2014, p. 151). Con su aplicación, los jueces indígenas y ordinarios limitarían su actuar a no vulnerar los derechos de las personas de forma regresiva.

2.2 Sentencias Paradigmáticas

2.1.1. Caso conocido como La Cocha I

El primer caso La Cocha se dio en el Ecuador en el año 2002, fue un ejercicio de jurisdicción indígena avalado por la Constitución de 1998, en el cual por primera vez se hacía efectiva la división entre el derecho occidental y el derecho ancestral.

Vale precisar que, la Comunidad La Cocha, ubicada en la Parroquia Zumbahua, perteneciente al cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, está conformada por sub-comunidades: Michacalá, Guantopolo, Talatac, Yanallpa, Saraugsha, Chami, Tigua Chimbacucho, La Cocha, Rumichaca, Yanaturo y Ponce. Los miembros de la comunidad son indígenas kichwa andinos. (Ugsha, 2013, p. 61)

El caso surge a partir del asesinato del comunero Maly Latacunga, cuya muerte fue conocida, resuelta y los culpables castigados por la Asamblea Comunitaria. La resolución se filtró hasta la jurisdicción ordinaria cuando la Fiscalía empezó a actuar de oficio para juzgar nuevamente a los implicados y a las autoridades ancestrales.

Sin embargo, de la actuación fiscal, la justicia ordinaria, por vez primera, reconoció el juzgamiento de la comunidad como válida. “En efecto, el doctor Carlos Poveda, en ese entonces Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, en aplicación y cumplimiento de la disposición constitucional, dictó la nulidad de todo lo actuado por un Fiscal de la provincia, quien había iniciado un proceso penal en contra de las autoridades indígenas que resolvieron previamente aquel asesinato.” (Ugsha, 2013, p. 62)

La resolución de este conflicto entre la justicia ordinaria y consuetudinaria difiere mucho de lo que la Corte Constitucional resolvería en el Caso conocido como La Cocha II, en el que ocho años después, en esta misma comunidad,

“se suscitó un nuevo hecho de asesinato que conmocionó a sus habitantes, y la actuación de las autoridades indígenas puso a la comunidad entera en el ojo del huracán, y fijó la atención nacional e internacional en los pasos de este colectivo.” (Ugsha, 2013, p. 61)

2.1.2. Caso conocido como La Cocha II

El 11 de septiembre de 2014 la Corte Constitucional del Ecuador emitió una sentencia fundamental respecto de la justicia indígena. Fue la primera vez en la que la Corte resolvió un caso de interacción entre los dos sistemas jurídicos y estableció parámetros de resolución de conflictos.

El caso versa sobre un asesinato en la comunidad de la Cocha, en Cotopaxi. “El 09 de mayo del 2010, en la Parroquia Zumbahua, Cantón Pujulí, Provincia de Cotopaxi, mientras se realizaba un baile en la Comunidad, se produjo la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, miembro de la Comunidad Indígena de “La Cocha”. El 16 de mayo de 2010, las autoridades indígenas de la Comunidad de “La Cocha”, por petición de los familiares de la víctima y de las autoridades de Guantopolo, asumen el juzgamiento del caso y se instalan en Asamblea General.

Cuando la comunidad se reunió, investigó que Iván Candaleja Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinjinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candaleja Quishpe (en adelante Iván Candaleja Quishpe y Otros) son identificados como “coautores” de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, recibiendo su respectiva sanción mediante Decisión adoptada el 16 de mayo de 2010;2 por su parte, Manuel Orlando Quishpe Ante, es identificado como “autor material”, recibiendo su respectiva sanción mediante Decisión adoptada el 23 de mayo de 2010”(Observatorio de Justicia, 2015, p.2.).

Luego, el asesinato y el proceso de la Comunidad es puesto a conocimiento de las autoridades ordinarias, el Fiscal Provincial de Cotopaxi ingresa a la

Comunidad, detiene a los implicados y autoridades, y se inicia un proceso judicial ordinario. Las Cortes ordinarias condenaron por el delito de asesinato a los procesados, y se presenta Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional (Observatorio de Justicia, 2015, p.2.).

La Corte Constitucional al resolver el problema jurídico relacionado al principio *nom bis in ídem*, se ratificó en que, si una persona pertenece a una comunidad indígena y ha sido sancionada según sus costumbres, no puede ser nuevamente sujeto de un castigo por parte de la jurisdicción ordinaria (Rodríguez, 2015, p. 37-45).

La Corte Constitucional del Ecuador utiliza los siguientes parámetros para verificar la Constitucionalidad de la decisión consuetudinaria (Observatorio de Justicia, 2015, p.2.):

- La existencia de un procedimiento de juzgamiento preestablecido, con normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad a pesar de que no estén escritas.

- La Asamblea General Comunitaria de la Comunidad de la Cocha es en efecto el órgano con competencia reconocida por los miembros de la comunidad. Cualquier persona o grupo de personas no tiene esta capacidad, sino la Comunidad. (Lema, 2015, p. 23)

Sin embargo, el punto que resulta clave para este estudio es que fija un nuevo límite para la jurisdicción de éstas nacionalidades y pueblos, la Corte Constitucional decide que la justicia ordinaria tiene la competencia exclusiva para resolver los casos de delitos contra la vida. Según el tribunal, el Estado siempre debe sancionar cualquier agresión de esta naturaleza sin importar la nacionalidad, religión, sexo, raza e incluso pertenencia a una comunidad indígena de la persona (Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0731-10-EP, pág. 27-40).

El Tribunal llega a esta conclusión porque el derecho a la vida es *ius cogens* reconocido por todas las naciones civilizadas y es un bien jurídico protegido necesario para el ejercicio de todo el resto de derechos, este nivel de importancia obliga a que el Estado juzgue y sancione las afectaciones a la vida (Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0731-10-EP, pág. 27).

El máximo tribunal estableció de que en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, los jueces (en representación del Estado) deben garantizar, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario (Rodríguez, 2015, p.20-36).³ Los jueces deben tener coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida. Principalmente los jueces deben tomar en cuenta (Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 0731-10-EP, pág. 27):⁴

- a) Una valoración crítica de la cultura involucrada;
- b) el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mestiza mayoritaria,
- c) el grado de afectación que genere el hecho en la estructura social y comunitaria y en los miembros de la comunidad y,
- e) consideraciones sociales y culturales, así como el grado de impacto, conmoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto.

Para muchos juristas, esta decisión de la Corte Constitucional es un retroceso de la justicia indígena (INREDH, 2018, p. 3), porque se impide a los pueblos hallar justicia en casos de delitos contra la vida según sus tradiciones (Pérez, 2014, p.1). En este ensayo se concuerda con esa crítica a la sentencia, puesto que la Corte Constitucional impuso su visión mestiza sobre la de las comunidades acerca de cómo juzgar ciertos conflictos (Pérez, 2014, p.1).

³ Caso No. 0731-10-EP

⁴ *Ibidem*.

Además, la Corte establece límites a la justicia indígena que no constan en la Constitución. Como se vio anteriormente, la carta magna establece en su art. 171 dos límites a los jueces ancestrales: la materia (conflictos internos) y el territorio (dentro de su comunidad). Sin embargo, el Tribunal Constitucional crea un nuevo parámetro: el tipo de delito. En el futuro todos los casos de asesinatos corresponden a la justicia ordinaria. (Pérez, 2014, p.1-6)

Cabe preguntarse si la Corte Constitucional se encuentra en la capacidad de establecer dicho límite. De acuerdo al art. 429 de la Carta Magna, la Corte Constitucional “es el máximo órgano de control, interpretación constitucional”, por lo que su lectura del texto constitucional no puede ser refutada. Entonces, per se de las críticas, en Ecuador la justicia indígena tiene formalmente tres límites: territorio, conflicto interno, tipo de delito.

Sin embargo, existen ciertos resultados de la Sentencia del caso La Cocha que deben rescatarse. Por ejemplo, los parámetros establecidos por la Corte en cuanto a la interacción de los jueces ordinarios en el proceso deben rescatarse, porque al menos exige a los jueces respetar la identidad cultural de los procesados (Rodríguez, 2015, p.34).

3. ¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR?

Ahora, sobre las diferencias jurisdiccionales de los dos sistemas de justicia existe aún un problema por resolver. El Ecuador todavía no ha expedido la ley de Coordinación de la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria, por ello las fronteras entre estos dos sistemas legales no están fijados con precisión. El proyecto se encuentra en la actualidad en trámite ante la Asamblea, fue presentado el 2 de febrero de 2010 por Lourdes Tibán, su informe de primer debate fue conocido en el pleno de la Asamblea el 17 de mayo de 2012; pero desde entonces no ha existido ningún avance en su tramitación (El Universo, 2014, p.1).

El estancamiento de esta propuesta responde a varios factores. De acuerdo a Mauro Andino, encargado hasta 2011 de la mesa del debate, la tramitación estaba suspendida debido a la gran cantidad de observaciones, sugerencias y complejidad del mismo (El Universo, 2014, p.1).

Además, de acuerdo al sector indígena, el proceso demora por no ser una prioridad del oficialismo y porque para muchas comunidades sería necesaria una consulta pre legislativa a los pueblos, antes de dar paso a una aprobación (El Universo, 2014, p.1).

En los párrafos anteriores se han desarrollado las características dogmáticas y legales de acuerdo al estado actual de la justicia indígena en Ecuador. En síntesis, la Constitución ha determinado dentro del Ecuador pueden coexistir una armonía de sistemas legales plurales y se ha determinado los límites que debe respetar esta nueva potestad de los pueblos originarios son: el **territorio** y su calidad de **conflicto interno**.

Así las cosas, la norma suprema establece referentes; pero las regulaciones no son suficientes para enfrentar las complejidades de la interacción entre justicia indígena y justicia ordinaria (Trujillo, 2001, p. 5). Lamentablemente el órgano legislativo no ha desarrollado legislación secundaria al respecto, a pesar de que ha tenido 7 años, todavía está pendiente la aprobación del proyecto de ley. Por lo dicho, conviene analizar las fronteras que hoy existe entre estas dos jurisdicciones.

3.1. Limitación territorial

3.1.1. Estándares de limitación territorial establecidos por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Para este análisis se utilizarán los contenidos desarrollados por el SIDH en el informe sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH y en la sentencia del Caso Comunidad Sarayaku vs. Ecuador de la Corte IDH. Así, por ejemplo,

la Corte IDH determinó que el Estado se encuentra en la obligación de reconocer que “entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Este mandato de protección de la tierra ancestral debe incluir la salvaguarda de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio indígena, puesto que el uso y goce de los mismos son necesarios para la supervivencia de la cultura y tradiciones de la comunidad, así como la continuidad de su cosmovisión (Corte IDH, Caso Comunidad Sarayaku vs. Ecuador, p.30-55).

La Corte IDH señala ciertos indicadores, no taxativos, que son útiles para determinar la existencia de un lazo entre el territorio y el pueblo, así (Corte IDH, Caso Comunidad Sarayaku vs. Ecuador, p.40-52):

- A) El uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales.
- B) Asentamiento o cultivos que incluso pueden ser esporádicos.
- C) Formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada
- D) Uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura.

Estos parámetros establecidos por el sistema supra-nacional constituyen una atribución, sin lugar a dudas son un referente; mas no solventan el problema de fondo, esto es que la delimitación del espacio físico que corresponde a los pueblos indígenas en el Ecuador. Sigue sin estar delimitado porque, obviamente este órgano internacional no fija las fronteras físicas, ni tampoco crea parámetros claros y taxativos que permitan en el caso concreto a un juez saber este lugar a que comunidad corresponde.

3.1.2. Límites territoriales en la constitución del 2008

La Constitución del Ecuador recoge la filosofía del mandato internacional y reconoce como uno de los elementos para delimitar la jurisdicción al territorio. Sin embargo, esta norma no delimita los límites físicos de los distintos pueblos, ni tampoco otorga parámetros para que se pueda tener certeza en el caso en concreto a cuál de las jurisdicciones corresponden cada sección territorial circunscripción territorial indígena oficialmente reconocida de acuerdo al art. 60 de la Constitución. La esfera constitucional, si bien recoge este parámetro de delimitación, no avanza respecto a otorgar verdadera seguridad jurídica a las personas que se hallen en el Ecuador.

3.1.3. Falta de legislación secundaria

Como se explicó anteriormente, el Ecuador todavía no ha expedido la ley de Coordinación de la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria, por ello al momento no existe una ley especializada en la materia que regule los límites físicos, precisos de las distintas comunidades las fronteras entre estos dos sistemas legales no están fijados con precisión.

La ley orgánica de la función judicial sí recoge parámetros para delimitar la jurisdicción indígena, lamentablemente se limita a una copia de la norma suprema, por tanto. no constituye un avance para delimitar que terrenos pertenecen a los pueblos indígenas.

3.1.4. Las decisiones jurisdiccionales y los límites territoriales

Por mandato constitucional el único tribunal con jurisdicción para emitir pronunciamientos obligatorios respecto a las dos jurisdicciones es la corte constitucional. Este organismo en efecto ha emitido ya una sentencia, la Cocha dos, en relación a la aplicación de la jurisdicción indígena; sin embargo, en la misma no ha fijado las fronteras ni ha establecido un criterio que permita delimitar el territorio.

Por su parte, los juzgados de primera instancia, las cortes provinciales o incluso la Nacional tampoco han emitido sentencias que permitan dilucidar el tema de los territorios indígenas. Así las cosas, nuestra Función judicial no ha emitido decisiones concretas que coadyuven a un consenso sobre la aplicación territorial de la justicia indígena.

3.1.5. Ámbito Administrativo

Es cierto que, en principio no sería adecuado el regular los límites de estas dos jurisdicciones en norma supra legales, por lo que en este ensayo se intentó encontrar fuentes de derecho administrativo o actos de la administración pública que coadyuven a delimitar las dos jurisdicciones, pero no se tuvo éxito en la búsqueda. Al parecer, el Estado no ha dado la debida atención al tema.

3.1.6. Consecuencias de la falta de la delimitación territorial

El principio jurídico directamente atacado es la seguridad jurídica, en razón de que los miembros de ninguna de las comunidades, e incluso las personas extranjeras que se hallen en el territorio del Ecuador, no pueden tener certeza si es que están en un suelo que en principio le vincula a una u otra jurisdicción.

Se deja constancia que, incluso si estuviese delimitado, el solo hecho de hallarse en determinada sección no sería suficiente para vincularlo porque hay otros parámetros que más adelante se analiza. De manera indirecta, también se afecta el derecho a la igualdad, debido a que la incertidumbre que existe y la presencia de casos concretos generan un escenario en el cual problemas similares es muy fácil que reciban respuestas dispares. Esta misma realidad vista desde la perspectiva de cada uno de los interesados generan también una repercusión en el derecho a recibir una tutela judicial efectiva debido a que si no conozco cual es el esquema judicial que debería resolver su causa mal puede hacer efectiva esta garantía.

3.2. El conflicto interno como límite de la jurisdicción indígena

Dado que se utilizó la metodología de descarte, basada en los distintos tipos de norma para el elemento anterior, no es necesario redundar respecto a la naturaleza de cada una de estas esferas. El único punto interesante que debe ser anotado es que, respecto a las normas supranacionales de derechos humanos, las mismas no fijan como un criterio para la delimitación de estas jurisdicciones a este elemento. Se tiene conciencia que es sostenible el pensar que la Carta Magna, al establecer un requisito que no consta en el fuero internacional, y de esta manera limitar los derechos de estas comunidades, podría significar una violación a sus compromisos internacionales, este sistema supranacional no establece en realidad requisitos, más bien son parámetros referenciales.

Respecto a la Constitución, recoge este elemento diferenciador, más que otorgar un norte claro para saber que se entenderá por conflicto interno. Igual situación sucede en el ámbito legal, donde la ley orgánica de la función judicial se limita a recoger el texto constitucional, y por tanto no constituye un avance para la claridad de la norma superior. En el ámbito jurisdiccional, las distintas cortes de todos los niveles no han fijado parámetros claros que permitan delimitar cual es un conflicto interno o externo a estos pueblos.

Para terminar, se revisó el ámbito administrativo, y tampoco se encontró referentes que permitan otorgar pautas para aclarar cuando es un conflicto que se halla en el interior de cada tipo de comunidad.

Al ser muy similar el problema de delimitación que existe dentro de la legislación ecuatoriana respecto a los requisitos de territorio y conflicto interno, las consecuencias jurídicas respecto a los derechos que se vulnera se repite.

Concretamente, existe un conflicto directo con el principio de seguridad jurídica, e indirecto en relación al de igualdad y tutela jurídica efectiva.

3.3. Escenarios hipotéticos de inseguridad jurídica frente a la falta de regulación sobre los límites de la justicia indígena

El momento en que se reflexionó respecto a los problemas prácticos que presenta la falta de claridad sobre el requisito de conflicto interno, se pudo constatar que en la práctica es un concepto que no puede ser independizado del territorio para tener una idea clara de las dificultades concretas. A continuación, se analizan los supuestos posibles para efectos de mostrar las dificultades reales.

Como punto de partida se acepta que un delito ocurrido en un territorio ajeno a la comunidad, y donde los involucrados son pertenecientes a la cultura blanco mestiza, no presenta ningún problema porque sería un diferendo propio de este tipo de sociedad y en su suelo. A la inversa, un conflicto entre dos indígenas, dentro de su territorio, es claro que interesa solo a esta comunidad los problemas que se suscitan en los siguientes supuestos:

De la misma manera no se trataría de un conflicto interno cuando una persona mestiza comete una infracción contra una persona perteneciente a la misma cultura en un territorio indígena. Así como tampoco sería un conflicto interno para la sociedad convencional, una infracción cometida por un indígena contra otro en un territorio ajeno al de los pueblos y comunidades, sin embargo, en este caso se debe aclarar que la solución jurídica final serían los juzgados tradicionales, ya que no se cumpliría con la exigencia del territorio.

El último supuesto donde no existe controversia es el de un indígena que comete delito contra un blanco mestizo fuera de la comunidad, dado que la norma establece que tiene que ser un conflicto interno, y que el suelo no es propio de estos pueblos, ni los involucrados pertenecen exclusivamente a su cultura.

4. CONCLUSIONES

Capítulo I

La Jurisdicción Indígena y Ordinaria están reconocidas constitucionalmente y sometidas al control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos, efectuado por la corte constitucional no existe una relación de primacía entre ninguna de las dos legislaciones el único referente es que en caso de duda se privilegiara la justicia de los pueblos ancestrales.

Las principales diferencias entre estas dos jurisdicciones radican en que el primer modelo es de carácter consuetudinario mientras que el segundo se basa en una norma escrita. La ley ordinaria está dividida por materia y entre ellas la que importa a este estudio, la penal, está sometida a sus propias reglas, entre ellas el castigo a delitos y contravenciones; a diferencia de lo que sucede con las colectividades aborígenes donde solo se soluciona las controversias bajo el supuesto de conflictos en general. La justicia tradicional es unitaria mientras la indígena es plural propio de cada nacionalidad, pueblo o incluso comunidad.

Capítulo II

Los tratados internacionales establecen que deberá respetarse los métodos tradicionales de solución de conflictos de los pueblos interesados. Esta disposición es mandatoria para el Ecuador por haber suscrito los mencionados convenios de derechos humanos de la materia.

La Constitución establece dos fronteras para estos esquemas de administrar justicia: el territorio y el conflicto interno. Por su parte la Corte Constitucional en su sentencia caso la Cocha 2, agrega un criterio adicional como es el tipo de delitos y en concreto los que afecten a la vida. A los cuales se somete exclusivamente al esquema judicial blanco mestizo. No existen mayores regulaciones en la legislación secundaria respecto de las interacciones entre la

justicia indígena y la ordinaria, por lo que se recomienda la creación de un manual de justicia indígena o la aprobación de una Ley de Justicia Indígena que establezca las regulaciones adecuadas, respetando las prácticas ancestrales pero también vigilando el respeto a la dignidad humana.

Capítulo III

Mediante el método exegético y un análisis basado en la técnica de descarte se demostró que en los Pactos Internacionales, Constitución, Ley y Normas de carácter administrativo no existe límites claros que permitan determinar cuáles son los territorios de las comunidades aborígenes ni tampoco que es un conflicto interno.

Se demostró que esta falta de regulación precisa afecta a los principios de seguridad jurídica, igualdad y tutela jurídica efectiva. En el caso del principio de seguridad jurídica debido a que tanto los juzgadores de los pueblos indígenas como los jueces ordinarios tienen que conocer las limitaciones en su actuar, además todas las personas deben saber a qué jurisdicción y a que normas están sometidas. De la misma manera estos espacios de indefinición respecto al principio de igualdad generan problemas porque facilitan que personas en similares condiciones reciban un trato dispar. Respecto al principio de tutela judicial efectiva es difícil que este valor se materialice cuando las personas tienen serias dudas respecto a las reglas y jurisdicción a la que están sometidas.

REFERENCIAS

- Beltrán, B. (2012). *Reconstitución de los Territorios Indígenas en la Amazonía*. Quito, Ecuador: Fundación Pachamama.
- Burgos, F. (2008). *Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver*. Bogotá, Colombia: Revista Derecho del Estado n.º 21. Págs. 1-14.
- Calvo, N. (2014). *Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales*. Santa Marta, Colombia: Revista Vis Iuris. No. 1 Vol. 1. 141-161.
- Cárdenas, C. (2011). *La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2.008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi, del cantón Cañar*. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca.
- Caso No. 0731-10-EP La Cocha II (Corte Constitucional del Ecuador).
- Caso sentencia de la Comunidad Indígena Sarayaku vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- Castañeda, M. (2015). *El Principio Pro Persona-Experiencias y Expectativas*. México, D.F., México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Código Orgánico de la Función Judicial. Publicado en el Registro Oficial suplemento 554 el 9 de marzo del 2009.
- Constitución de la República del Ecuador. Publicada en Registro Oficial de 20 de octubre de 2008.
- Diario EL UNIVERSO. (2014). Recuperado EL 07 de Mayo de 2018, en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/06/nota/3326016/indigena-s-impugnan-fallo-cc>
- Drnas de Clement, Z. (2015). *La complejidad del principio pro homine*. San José, Costa Rica: Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Espinoza, R. (2002). *Acerca de la Cultura y la Justicia Indígena*. Quito, Ecuador: UASB.

- Flores, D. (2013). *La Justicia Indígena y sus Conflictos con el Derecho Ordinario*. Quito, Ecuador: INREDH.
- Freire, J. (2018). *La Justicia Indígena en Ecuador*. Quito, Ecuador: Recuperado el 07 de Mayo de 2018, en: <http://blogs.udla.edu.ec/centroderechoconstitucional/ensayos-constitucionales/la-justicia-indigena-en-el-ecuador-jessica-freire/>
- García, F. (2011). *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. Quito, Ecuador: UASB.
- Illaquiche, R. (2001). *Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de Casos*. Recuperado el 03 de Diciembre de 2017, en: <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>
- INEC. (2006). *Las Poblaciones Indígenas del Ecuador*. INEC. Quito, Ecuador: Instituto Nacional de Estadística y Censo.
- INREDH. *En Ecuador No se respeta a la justicia indígena*. Recuperado el 05 de Mayo de 2018, en: <https://www.inredh.org/index.php/boletines/derechos-humanos-ecuador/111-en-ecuador-no-se-respeta-a-la-justicia-indigena>
- INREDH. *La Justicia Indígena Amenazada de Muerte en Ecuador*. Recuperado el 07 de Mayo de 2018, en: <https://www.inredh.org/index.php/boletines/derechos-humanos-ecuador/71-la-justicia-indigena-amenazada-de-muerte-en-el-ecuador>
- Jumbay, M. (2015). *La Corte Constitucional puede definir las diferencias entre justicia indígena y ordinaria*. Recuperado el 12 de Diciembre de 2017, en: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/la-corte-constitucional-puede-definir-las-diferencias-entre-justicia-indigena-y-ordinaria>.
- Lema, F. (2015). *El debido proceso en la justicia indígena en el Ecuador*. Quito, Ecuador: UASB.
- Observatorio de Justicia Constitucional. (2015) *Ficha técnica de sentencia del caso La Cocha*. Recuperado el 12 de Abril de 2018, en: <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/973742/Caso+La+Cocha+%28An%C3%A1lisis+1%29/ebaa46c7-9834-40cb-bf7f-e18ec1afa054>

- Ochoa, E. (2017). Justicia ordinaria y justicia comunitaria. Recuperado e 04 de Diciembre en: <https://es.scribd.com/doc/104816755/Justicia-Ordinaria-y-Justicia-Comunitaria>
- Pérez, C. (2014). Recuperado el 05 de Mayo de 2018, en: <https://lalineadefuego.info/2014/08/13/la-justicia-indigena-amenazada-de-muerte-por-carlos-perez-guartambel/>
- Rodríguez, G. (2015). *Caso “La Cocha”, un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador*. Quito, Ecuador: UASB.
- Salgado, J. (2002). *Justicia Indígena, Aportes para un debate*. Quito, Ecuador: Ediciones ABYA_YALA.
- Santos, B. y Grijalva, A. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburg/ABYA_YALA.
- Tibán, L. (2001). *Manual de la administración de justicia indígena en el Ecuador*. Quito, Ecuador: FUDEKI.
- Trejo, C. (2018). *La Costumbre y el Derecho Consuetudinario en la Justicia Indígena en el Ecuador*. Recuperado el 05 de Mayo de 2018, en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/29/justicia-indigena.html>
- Trujillo, C. (2001). *Propuesta de Proyecto de Ley Justicia Indígena*. Quito, Ecuador: UASB.
- Ugsha, R. (2013). *Caso La Cocha 2 y la garantía del debido proceso*. Quito, Ecuador: Revista Aportes Andinos de Derechos Humanos, de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. N. 23. Pág. 58-73
- UNESCO. (2009). *Políticas de la ONU sobre pueblos indígenas*. Ginebra, Suiza: UNESCO.
- UNICEF. (2010). *Nacionalidades y Pueblos Indígenas en el Ecuador*. Quito, Ecuador: UNICEF.

