



DEPARTAMENTO DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL.

VERSIÓN: PRIMERA.

**LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR: LA COMUNIDAD SAN
PEDRO EN LA PROVINCIA DEL CAÑAR.**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL.**

AUTORA: AB. PAULA ELENA ALBÁN RIVAS.

DIRECTOR: DR. TEODORO VERDUGO SILVA PhD.

CUENCA – ECUADOR

2018

RESUMEN.

Este documento tiene por finalidad establecer si la aplicación de la jurisdicción ancestral por parte del Consorcio de Justicia Indígena y Campesina de San Pedro, de la provincia del Cañar, está apegada a los parámetros doctrinarios, legales y constitucionales del Ecuador, a través del análisis de casos paradigmáticos que han causado controversia entre las dos jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; siendo necesario el pronunciamiento de la Corte Constitucional ecuatoriana, a través de jurisprudencia que interprete el contenido del artículo 171 de la Constitución, que reconoce el pluralismo jurídico; de modo que se garantice el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, así como los derechos de los ciudadanos que no pertenecen a estas comunidades.

ABSTRACT

The purpose of this document was to establish if the application of the ancestral jurisdiction by the Consortium of Indigenous and Peasant Justice from San Pedro of Cañar was consistent with the doctrinal, legal and constitutional parameters of Ecuador. It was carried out through the analysis of paradigmatic cases that had caused controversy between the two constitutionally recognized jurisdictions. It was necessary to have the pronouncement of the Ecuadorian Constitutional Court through jurisprudence that interprets the content of Article 171 of the Constitution. It recognized legal pluralism in a way that guarantees the rights of self-determination of indigenous people, as well as the rights of citizens who do not belong to these communities.



A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'PAUL ARPI', is positioned above the text 'Translated by'.

Ing. Paul Arpi

DEDICATORIA

A mi compañero de vida Juan Pablo, a mis hijas: Paula Emilia y Victoria Elisa,
por su apoyo y amor incondicional, por ser mi fuerza e inspiración.

A mi querido abuelito Eduardo Rivas Ayora, por haberme legado lo más
preciado a que una persona puede aspirar; sus principios y valores.

AGRADECIMIENTO

A mi esposo, mis hijas, padres, abuelitas, hermanos y padres políticos, por todo su apoyo, y cariño brindado.

Un profundo agradecimiento para el Dr. Teodoro Verdugo Silva, quien a través de su experiencia y conocimientos, ha contribuido de manera invaluable en la elaboración del presente trabajo de graduación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CAPÍTULO PRIMERO	9
La justicia indígena en el Ecuador y los procesos de elaboración constitucional	9
1.1 Acercamiento a la Justicia Indígena: Teorías planteadas en torno a la aplicación del derecho indígena.	9
1.2 La justicia indígena como un medio de solución de conflictos para comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas: perspectivas, posiciones y discursos de las fuerzas políticas constituyentes.	36
1.3 Justicia indígena y plurinacionalidad según los constituyentes de Montecristi.	38
1.4 Acuerdos y tensiones sobre pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador en el debate constituyente	43
CAPÍTULO SEGUNDO.....	59
Justicia indígena y pluralismo según la Constitución y las sentencias interpretativas.....	59
2.1 La constitución a interpretación: Justicia indígena y pluralismo.	59
2.2 ¿Debería existir una norma de rango legal que regule y defina la administración de justicia indígena?	67
CAPÍTULO TERCERO.....	81
La justicia indígena a prueba. ¿Pluralismo jurídico o uso instrumental de la justicia indígena? Las prácticas en la solución de conflictos en la comunidad de San Pedro, en la Provincia del Cañar.....	81
3.1 Nociones sobre pluralismo jurídico y justicia indígena: Los miembros de la Comunidad de San Pedro.....	82
3.2 Nociones sobre pluralismo jurídico y justicia indígena: Las personas afectadas por la Comunidad de San Pedro.....	87
3.3 Análisis de los casos de justicia indígena en la comunidad de San Pedro, del cantón Cañar.	89
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	57
---------------	----

INTRODUCCIÓN.

La justicia indígena, es el derecho que poseen los pueblos indígenas para ejercer su jurisdicción, la que está reconocida en tratados internacionales y de forma expresa en la Constitución del Ecuador desde el año 2008.

Este derecho a resolver sus conflictos internos según sus costumbres ancestrales, a través de sus propias autoridades y dentro de su territorio, es aplicado por el Consorcio de Justicia Indígena y Campesina de San Pedro, sin embargo, sus prácticas han causado controversia con la justicia ordinaria, lo que ha generado procesos penales en contra de dirigentes indígenas.

El presente documento, en su primer capítulo hará referencia a la doctrina en torno al pluralismo jurídico, jurisdicción indígena, corrientes hegemónicas y contra hegemónicas, que servirán de base para la investigación; así como se estudiarán las posiciones de los constituyentes de Montecristi, con respecto al reconocimiento del Ecuador como un Estado plurinacional y el consecuente establecimiento de la pluralidad jurídica.

El segundo capítulo está dirigido al análisis de las normas legales, constitucionales e internacionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas a resolver sus conflictos conforme su cosmovisión; se resolverá la interrogante de la necesidad de una ley que regule la jurisdicción indígena; se revisará la jurisprudencia ecuatoriana sobre el caso “La Cocha” y el desarrollo del pluralismo jurídico en América Latina.

El tercer capítulo se refiere al análisis de las posiciones de los miembros del Consorcio de Justicia Indígena y Campesina de San Pedro y de los afectados por su

aplicación, así como el estudio de cuatro casos paradigmáticos que han causado conflicto entre las jurisdicciones indígena y ordinaria.

En suma, se analizará la actuación de los miembros del Consorcio de Justicia Indígena y Campesina de San Pedro, a la luz de la doctrina y las normas legales, constitucionales e internacionales que versan sobre el derecho a la jurisdicción indígena que poseen los pueblos originarios.

CAPÍTULO PRIMERO

La justicia indígena en el Ecuador y los procesos de elaboración constitucional

1.1 Acercamiento a la Justicia Indígena: Teorías planteadas en torno a la aplicación del derecho indígena.

La Justicia Indígena, es una forma de resolución de conflictos que data de mucho tiempo atrás, esta práctica se ha venido ejerciendo desde la época pre colonial hasta la actualidad; sin embargo, debido a las luchas constantes de los pueblos originarios que solicitaban la declaración de los derechos colectivos que les asisten, como parte del Estado ecuatoriano, el que posee diversidad étnica y cultural; deviene el reconocimiento del Ecuador como un Estado pluricultural y multiétnico en la Constitución de 1998, y con ello, el establecimiento de su derecho a ejercer su propia jurisdicción.

El pluralismo reconocido tanto en la Carta Magna de 1998 y en la de 2008, así como en tratados internacionales que serán analizados con posterioridad, ha provocado que desde la academia se estudie e investigue sobre la aplicación de la justicia indígena y su incidencia dentro de la sociedad ecuatoriana.

Los pueblos indígenas son colectivos que tienen su propia cosmovisión, costumbres, lenguas y significaciones, que los han conservado en su identidad; es decir, “son pueblos con un ideario extraño al constructo occidental de sociedad, en el cual han sido incluidos, a pesar de su desconocimiento y no participación” (Paredes, 2006, pág. 159).

De acuerdo con artículo 1, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas y tribales son aquellos:

cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo estatus está regulado por completo o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones o por leyes o regulaciones especiales o aquellos que son considerados como indígenas por ser descendientes de poblaciones que habitan el país, o una región geográfica a la que el país pertenece, en el momento de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras del Estado y que, sin importar su estatus legal, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

El indígena vive dentro de su entorno, cuya realidad posee necesidades físicas y sociales propias, a lo que se denomina cosmovisión, que conlleva una forma de desarrollarse, basados sobre todo en sus sentimientos, que los transmiten a través de mitos, rituales, creencias, que han sido conocidas y practicadas a través del tiempo.

La vida de estas comunidades indígenas, está estrechamente ligada a la pachamama, la que se desenvuelve en su entorno, siendo prioridad para ellos la armonía y respeto por la naturaleza, como parte integrante de ella. (Paredes, 2006, pág. 127 y 160).

Es decir, los pueblos indígenas, es aquel grupo de personas que posee sus costumbres propias, una cosmovisión que dista de las tradiciones impuestas por occidente.

En este contexto, el indígena considera a la comunidad como una extensión de la familia, por lo que su derecho primordial es el hecho de vivir en colectividad, y su objetivo mantener la armonía entre sus miembros. Estableciendo por lo tanto, una conexión muy fuerte, entre naturaleza, individuo y comunidad.

Dentro de las tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas, se encuentran sus normas, que guían su diario vivir, y que debido a su fuente se lo ha denominado Derecho Consuetudinario.

Para Esther Sánchez (2000, págs. 58-59):

El Derecho Consuetudinario aparece como el derecho que pervive en la práctica de la gente, aún sin ser oficial o estar reconocido. En síntesis, el uso del término “Derecho Consuetudinario” no resulta adecuado para calificar los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas, dado que éstos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son temas de gran capacidad de adaptación y cambio. Sin embargo, el término es empleado tanto en convenios internacionales, como en normas internas para referirse a los sistemas de “minorías”, distintos del derecho estatal, y se le utiliza de modo sinónimo a “derecho indígena”.

Teniendo en cuenta que el derecho indígena, ancestral o consuetudinario y la justicia indígena, son las principales formas de autodeterminación conocidas, al respecto la doctrina manifiesta:

La CONAIE define a Derecho Indígena como:

Un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los diversos aspectos y conducta del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garantizan el convivir armónico. (Tibán, 2011, pág. 91).

Lorena Ossio (2007, pág. 79), considera que: “el derecho indígena consiste en un conjunto de normas de distinto tipo amorales y no morales, no codificadas, reconocidas y practicadas por la comunidad (...)”.

Luis Macas al establecer un concepto de derecho indígena manifiesta que es:

Un conjunto de normas creadas y recreadas mediante aprobación mayoritaria o de consenso de la Asamblea General de la Comunidad, cuya iniciativa bien puede provenir de los dirigentes, de un grupo de personas no dirigentes o de una sola persona de reconocido prestigio en la comunidad... con el propósito de regular y normar las relaciones en un mundo de la colectividad (...). (Paredes, 2006, pág. 173).

Elisa Cruz dentro del mismo contexto, sostiene que:

El derecho indígena se define como un conjunto de normas jurídicas, cuya observancia y aplicación está garantizada por el poder público. Tal poder público se ejerce a través de un cuerpo institucionalizado de autoridades designadas por la comunidad, sobre las cuales delega

facultades de decisión, resolución y ejecución, para lo cual existen procedimientos. (Huber, 2008, pág. 44).

Para Raquel Yrigoyen, (1998, págs. 1-2) el derecho indígena consiste en “los sistemas de normas, procedimientos, autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses”.

Carlos Pérez Guartambel (2010, pág. 210) señala que el Derecho indígena “es el conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos ancestrales, sustentadas en la cosmovisión filosófica presentes en la memoria colectiva, dinamizados y reconocidos por la comunidad cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social”.

Germán Gutiérrez (2007, pág. 124) afirma que:

El derecho indígena es aquel conjunto de normas formadas en la costumbre, que va creando precedentes por la repetición espontánea, y que por la práctica cotidiana llega a ser de observancia general. Y que junto al desarrollo de sus procedimientos con la aplicación de sus instituciones tradicionales, llega a ser de cumplimiento obligatorio.

A este derecho también se le conoce como derecho propio, y Lourdes Tíban (2011, pág. 92) lo define como:

La capacidad de darse sus propias normas. Es el Derecho que se origina, evoluciona y se aplica por la reiteración de los hechos en el tiempo. Este derecho no surge de la Función Legislativa, sino de manera autónoma e independiente conforme se desarrolla una colectividad humana.

Rodolfo Stavenhagen, (1990, pág. 27) por otro lado, lo denomina derecho consuetudinario y al respecto manifiesta que el mismo es considerado “como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo (...) junto con la lengua, el derecho constituyen un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad”.

El Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador CODENPE, por su parte, lo llama derecho consuetudinario y señala que:

Es el derecho no escrito que está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes, esto es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso. (Pérez, 2010, pág. 209).

Conforme las definiciones que varios autores le dan al derecho consuetudinario, se puede decir, que constituyen las normas que regulan la vida en comunidad de los pueblos indígenas, las que se basan en sus costumbres, transmitidas de forma oral, y que han surgido de conformidad con la cosmovisión de dichos pueblos.

En base al derecho indígena y su reconocimiento como parte de la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas, se desarrolla lo que se conoce como justicia indígena, el cual es descrito por Agustín Grijalva como “una dimensión cultural, jurídica y política de un proceso político y social mucho más amplio y complejo como lo es el Estado plurinacional.” (Santos & Grijalva, 2012, pág. 51).

Según Lourdes Tibán (2011, pág. 91), la justicia indígena “supone reconocer la aplicación de normas y procedimientos propios en el ejercicio de la jurisdicción indígena que la autoridad propia o autoridad indígena realizada para resolver un conflicto interno en su territorio”.

Esther Sánchez Botero (2000, pág. 95), sostiene que la jurisdicción especial indígena “debe ser entendida como un derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia”.

Marcela Sanchez (2016, pág. 237) establece que:

La justicia indígena, constituye un sistema jurídico que cuenta con normas, principios y procedimientos propios basado en sus propios usos y costumbres ancestrales, al responder a la diversidad étnica de cada comunidad es un sistema que se encuentra en constante evolución, por tanto, para ser comprendida y aplicada debe ser observada desde su propia cosmovisión, esto es, de convenir al infractor en un individuo positivo para su comunidad.

Para Verónica Yuquilema (2015, pág. 25) quien la denomina Justicia Runa, la define:

Las justicias runa son las prácticas culturales que cada comunidad, pueblo y nacionalidad ha desarrollado desde tiempos milenarios para solucionar los problemas o conflictos que afligen a la comunidad, esto con la finalidad de retomar el equilibrio comunitario, basada en la filosofía y cosmovisión propia de cada cultura.

Para Elisa Canqui (2009, pág. 64), “La justicia ancestral es una práctica vigente, milenaria, positiva y legal, basada en principios y valores conforme a las prácticas de abuelos y abuelas: una visión basada en los derechos cósmicos, transmitida de generación en generación”.

Como resultado de las definiciones estudiadas, se considera que la Justicia Indígena, basada en el derecho comunitario, es una práctica milenaria de los pueblos originarios, para la solución de sus conflictos, en la que emplean sus costumbres ancestrales, a través de la sabiduría andina, teniendo como objetivo el equilibrio de la armonía que se hubiera visto afectada entre la naturaleza, individuo y comunidad.

Dentro de la Justicia Indígena se pueden observar varias características. Xavier Albó (2004) describe las siguientes:

- a. El concepto de la comunidad como una especie de gran familia ayuda a comprender por qué el derecho consuetudinario funciona mejor en los niveles locales y directos.
- b. La oralidad básica es la base de la flexibilidad y adaptabilidad permanente de todo el sistema. El Derecho Consuetudinario consiste en el mantenimiento arcaizante de normas y procedimientos antiguos.
- c. Una gran agilidad para soluciones rápidas, baratas y, por lo general, aceptadas, en contraste con el alto costo, la lentitud y la corrupción con que suele aplicarse el derecho positivo es el campo.
- d. La recuperación o la expulsión del delincuente son las vertientes del carácter global, comunal y flexible del Derecho Consuetudinario.

Verónica Yuquilema (2015, págs. 26-31), por otro lado, enumera otras características de lo que ella llama justicia runa, y son las siguientes:

Gratuidad: El proceso dentro de esta justicia no tiene ningún costo.

No requiere de abogado: No es necesario que los involucrados contraten un abogado, ya que la defensa la realizan los propios familiares y autoridades de la comunidad.

Es rápida: Este sistema de justicia soluciona los conflictos en uno, dos o cinco días, y en casos complejos podría extenderse hasta por unos meses.

Flexibilidad: Esta justicia está sujeta a cambios dependiendo de cada comunidad.

Es accesible: Las autoridades de las comunidades indígenas no tienen horario, por lo que se ajustan a la necesidad de cada comunidad.

Comunitaria: Debido a que en ciertos casos existe la intervención de toda la comunidad en Asamblea General.

Preventiva: Las Asambleas Generales son públicas y permiten que todos los miembros de la comunidad estén presentes, en busca de que esos actos no se repitan, evitando la reincidencia.

Oral: Los conocimientos son transmitidos a las generaciones jóvenes, a través de los abuelos y abuelas mediante conversaciones, para preservar sus costumbres.

No está normativizada: Esta justicia no tiene una ley común o general que deba acatarse.

En conclusión, los elementos importantes que caracterizan a la administración de justicia son la agilidad y eficiencia con la que se desarrolla, la oralidad, su naturaleza

preventiva y las resoluciones que conllevan la sanación por medio de la naturaleza, reconciliación entre los involucrados, suprimiendo resentimientos entre familias, de manera que la armonía quede instaurada nuevamente. (García, 2002, pág. 83).

Las características descritas, reflejan la cosmovisión de las comunidades indígenas, al momento de aplicar su propia jurisdicción, siendo elementos positivos, que colaboran en la resolución de un conflicto interno, cuyo objetivo principal es recobrar la armonía entre sus miembros.

Las comunidades originarias manejan la “runasofía”, que se refiere a la filosofía indígena, basada en los principios de “ama shua, ama llulla, ama quilla” que significa: ama shua (no seas ladrón) protege el principio de reciprocidad, en cuanto a la propiedad; ama llulla (no seas mentiroso) precautela el principio de reciprocidad acerca de la información, siendo su objetivo que sus miembros hablen siempre con la verdad; y por último, ama quilla (no seas ocioso) dirigido a la protección del principio de reciprocidad con relación al trabajo comunitario. Estos tres principios andinos, son la base de la convivencia dentro de los pueblos originarios, ya que procuran la armonía y equilibrio en el ayllu (comunidad). (Paredes, 2006, pág. 141).

Otros de los principios que podemos observar dentro de la justicia indígena descritos por Yuquilema (2015, pág. 32) son:

- a) Cuchicuy causay o alli causay (armonía: hombre, comunidad, naturaleza y energía cósmica) este es un principio básico para el mundo indígena y el derecho propio.
- b) Ama Llakichina (No agredir. No hacer daño).
- c) Randy Randy: Reciprocidad.
- d) Ama Yalli Charina: No codiciar.

Se debe poner énfasis en la reciprocidad, ya que dentro de la sabiduría andina, a cada acto de bien o mal, le corresponde de manera proporcional un bien o un mal, creando un equilibrio ético, como principio cósmico y universal (Paredes, 2006, pág. 135).

Con lo anotado, se concluye que la convivencia dentro de la comunidad indígena, se basa en una filosofía andina que busca mantener el equilibrio entre la comunidad, individuo y naturaleza.

Para Ramiro Ávila (2012, pág. 300), cuando se suscita un conflicto, la armonía de la comunidad se ve vulnerada y para que la misma sea recobrada es necesaria la sanación del infractor, para que sea reintegrado en la vida de la comunidad, así como se ejecute efectivamente la reparación de la víctima.

En este contexto y teniendo presente que el derecho indígena se basa en sus costumbres ancestrales, la justicia indígena, su procedimiento, autoridades y sanciones devienen de la sabiduría andina, que representa su cosmovisión.

Con respecto a las autoridades que intervienen en la solución de conflictos, son las personas que han sido designadas y reconocidas como tal, según las costumbres ancestrales de cada comunidad, y dentro de esta jurisdicción en la que actúan, por un lado un tercero que tiene el interés de restablecer la armonía quebrantada, la víctima que ha sido afectada por las acciones u omisiones de un infractor que es el responsable del daño causado. (Trujillo, 2012, págs. 309-310).

En la justicia indígena existen tres clases de autoridades, que dependen de la gravedad del llaki (pena o tristeza por un conflicto): las autoridades tradicionales, de elección y la asamblea o autoridad comunitaria.

Las autoridades tradicionales, son los mayores, los abuelos, los padres, padrinos, los hermanos mayores, ellos se encargan de conocer y resolver a través del consejo los problemas familiares o de pareja.

Las autoridades electas, es el Cabildo, compuesto por un presidente, vicepresidente, secretario, tesorero, vocales, en representación de cada uno de los sectores, se eligen una vez que se ha constituido una Comuna, y resuelven los problemas que no han sido solucionados por las autoridades tradiciones.

La Asamblea está conformada por todos los miembros de la comunidad, y resuelven los conflictos que dicha comunidad considere como graves o cuando el cabildo no ha podido solventar un problema. (Llásag, 2012, págs. 335-336).

Agustín Grijalva (2012, pág. 76), al referirse a las autoridades de la jurisdicción indígena, sostiene que:

Hay una relación directa entre justicia indígena y democracia. A diferencia de la justicia occidental en que los jueces no son electos popularmente y sus funciones se separan de la producción normativa, quienes administran justicia en las comunidades indígenas tienen su origen en procesos de democracia comunitaria no solo para sancionar y prevenir, sino también para regular. La justicia en los pueblos indígenas es concebida y practicada por un proceso participativo que involucra no solo a los afectados, sino a sus familias, las autoridades, los jóvenes y en general la comunidad.

La concepción que tienen los pueblos indígenas acerca de la función de las autoridades que actúan como jueces dentro de sus comunidades, según Diego

Zambrano (2009, pág. 237), se asemeja más a una obligación moral o de servicio comunitario, ya que estas funciones jurisdiccionales no tienen una compensación económica, por lo que ejercen esta potestad basados únicamente en el principio de reciprocidad; todo lo contrario a lo que se puede ver en la justicia ordinaria, en donde el cargo de Juez se vuelve atractivo por el aspecto económico que representa para quien lo ostenta.

En definitiva las autoridades que aplican la administración de justicia indígena, son miembros de las comunidades, quienes hablan su idioma, conocen sus normas y procedimientos, basados en sus tradiciones ancestrales, y sobre todo hay que resaltar que ellos son designados por la propia comunidad, situación que genera un alto nivel de confianza en las personas que se someten a esta jurisdicción.

El proceso de juzgamiento en la administración de justicia indígena, es un proceso en que las partes involucradas pueden hacer valer sus derechos, ya que es un proceso público en el que la comunidad tiene un alto grado participación, en el que la víctima tiene un protagonismo singular, al punto de que el conflicto se resuelve únicamente cuando la parte afectada haya sido satisfecha, por lo que en muchos casos la comunidad la persuade, en busca del restablecimiento de la armonía dentro del pueblo indígena. (Trujillo, 2012, págs. 311-312).

La justicia indígena lo que persigue a criterio de Raúl Llásag (2012, págs. 329-330) es la “curación del que cayó en desgracias, llaki, enfermedad”, es decir, sanar la tristeza surgida por un conflicto que afecta a toda la comunidad y su armonía con la naturaleza.

Dicha jurisdicción es interpretada para los miembros de una comunidad, como un proceso cuyo objetivo es resolver un problema a través de la reflexión y el

entendimiento de las partes para llegar a obtener una reconciliación entre ellas, es decir, no tiene como propósito únicamente la sanción al infractor, es en realidad una justicia restauradora de la convivencia de los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, lo que implica el desarrollo de la autonomía de dichos pueblos, que se considera como “la base política de su identidad”. (Santos & Grijalva, 2012, pág. 76 y 299).

Para Diego Zambrano (2009, pág. 238), en el sistema indígena, el presunto infractor tiene pleno conocimiento del proceso de esta administración de justicia, empezando por la infracción, hasta por el posible castigo que esta conlleva; dando cumplimiento a lo establecido en el Art. 82 de la Constitución, esto es la seguridad jurídica, juzgando a los infractores con normas claras previamente conocidas y ejercidas por las personas que tengan competencia para ello.

Por lo tanto, el procedimiento que se lleva a cabo por las autoridades de la justicia indígena, es un proceso que cumple con los parámetros del llamado debido proceso por la justicia ordinaria, ya que se desarrolla en base a las reglas comunitarias conocidas por todos sus miembros, siguiendo los pasos que estas normas prevén, respetando los derechos humanos de los infractores, llegando incluso a una efectiva reparación integral de la víctima, y, sobre todo, recuperando la armonía entre el individuo, comunidad y naturaleza.

Tanto el procedimiento así como las sanciones que se llegaren a establecer tienen significados comunitarios, los que están dirigidos, como ya se había mencionado, a recobrar el equilibrio de la armonía y paz de la comunidad, en donde los infractores rectifican su conducta a través de las disculpas y el compromiso de no

reincidir, lo que se utiliza como prevención para los demás miembros de la comunidad. (Avila R. , 2012, pág. 300).

Efrén Paredes (2006, pág. 143), indica con respecto a la sanción que:

La sanción es una reconciliación simbólica en el ritual; en consecuencia, en el momento en que se produzca la alteración del orden cósmico y las acciones que lo pueden afectar; debe intervenir la sociedad, para mediante procedimientos colectivos, de orden mágico, mitológico, y hasta religioso, con las exigencias ceremoniales que ello supone, conseguir guardar o restablecer la armonía en las relaciones entre la naturaleza y los runas, y entre los runas.

Para las comunidades indígenas la concepción que tienen no es el de la sanción como tal, sino más bien la entienden como una corrección o un escarmiento, en donde el castigo físico y el escarnio público son necesarios para que se produzca un cambio en el infractor y retorne la armonía en la comunidad. (García, 2002, pág. 41).

Es decir, lo que importa es restablecer el orden comunitario, identificando en primer lugar la responsabilidad colectiva del infractor, para luego proceder a tomar acciones a nivel individual (Paredes, 2006, pág. 142), ya que primero se debe establecer los daños ocasionados dentro del ayllu (comunidad), para en lo posterior establecer la reparación a la víctima directa de la infracción.

En este mismo sentido, Verónica Yuquilema expone que: “La Justicia Runa no impone castigos o sanciones únicamente. Esta justicia sana, restaura emocional y espiritualmente a la persona y, sobre todo, pretende remediar el daño cometido contra de las personas afectadas y de la comunidad”. (Yuquilema, 2015, pág. 47).

Grijalva, por su parte, destaca el carácter reparatorio de las sanciones que se imponen dentro de la justicia indígena, siendo dentro de esta cosmovisión la sanción más grave la expulsión de la comunidad del infractor, decisión que es tomada cuando consideran que el infractor es incorregible, en las infracciones menos graves lo que se pretende es que el infractor reflexione sobre su actuar, se arrepienta y en lo posterior se proceda con la purificación o sanación del infractor a través de prácticas ancestrales como el baño de agua fría, el ortigamiento o la carga de pesos. (Santos & Grijalva, 2012, pág. 574).

Al hablar sobre las sanciones, estas tienen el carácter ejemplificador, para los demás miembros de la colectividad, debido a que las resoluciones se toman y se ejecutan públicamente a través de las asambleas, en donde se muestran las consecuencias de realizar actos contrarios a los principios de la comunidad, produciéndose un efecto preventivo.

Dentro de la etapa de la sanción, los pueblos indígenas en primera instancia usan plantas propias de cada sector, para purificar el alma y espíritu del infractor, que vienen acompañados de los consejos de sus familiares o personas mayores; posterior a ello el causante del conflicto debe pedir las respectivas disculpas públicas tanto a la víctima o familia de la víctima y a toda la comunidad. (Yuquilema, 2015, pág. 48).

Como parte de la sanación del infractor se utiliza la ortiga y el azote, que a pesar de ser una sanción física, resulta ser rehabilitadora, que no cae en la crueldad debido a que su aplicación no provoca inhabilidad física, incluso luego de culminada esta etapa, la persona que quebrantó el orden comunitario es bien atendida por sus familiares, como si existiera una celebración. (Zambrano, 2009, pág. 232).

Para Rosa Baltazar (2009, pág. 453), “la justicia indígena comprende que el culpable es más útil a la sociedad cuando está en goce de su libertad”, es por ello que las sanciones a los infractores son acorde con su realidad y no como en la jurisdicción occidental, a través de la privación de libertad por largos períodos de tiempo en donde no existe una verdadera rehabilitación.

Conforme se manifiesta, las sanciones impuestas por la justicia indígena, son aquellas que buscan en primera instancia la purificación del infractor mediante la aplicación de plantas medicinales, con el objetivo de restablecer el equilibrio entre la naturaleza y el individuo, y posteriormente, como parte del castigo están los consejos recibidos por los indígenas mayores, para que el infractor rectifique su actuar, y finalmente, se encuentra la reparación a la víctima, a través de las respectivas disculpas públicas por parte del infractor y el resarcimiento del daño causando, que en muchas de las ocasiones constituye una multa económica.

Sin embargo, pese a que todo el procedimiento es conocido y asumido por los integrantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como parte de su identidad, los medios de comunicación transmiten únicamente la etapa de la sanción, haciendo ver a la justicia indígena como salvaje, y por lo tanto, vulneradora de derechos humanos.

La figura de justicia indígena puede ser vista desde dos ópticas, desde un enfoque del monismo jurídico, que defienden la hegemonía de la jurisdicción ordinaria, sosteniendo que es la única que debe establecerse y reconocerse dentro de un Estado, siguiendo la línea eurocéntrica, la postura occidental, que rechaza la existencia de otro mecanismo de administración de justicia diferente; y, por otro lado, se encuentra la postura de quienes reconocen el pluralismo jurídico, como una forma

de asimilación de las diferencias que existen dentro de un Estado y que las mismas conllevan la existencia de una jurisdicción diferente a la justicia ordinaria, que es practicada por personas que tienen una cosmovisión distinta, centrada en sus costumbres ancestrales.

Farit Rojas (2011, pág. 22), manifiesta que por monismo jurídico debe entenderse “a un solo productor de Derecho, así como un solo sistema jurídico,” mientras que al pluralismo jurídico lo define como “una pluralidad de soberanos, así como pluralidad y variedad de sistemas jurídicos”.

Rudolf Huber (2008, pág. 31), acerca del pluralismo jurídico sostiene:

El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos, dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente del derecho por el positivismo jurídico, concepción esta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial.

El pluralismo jurídico hace referencia a la existencia de varios sistemas jurídicos que se desenvuelven dentro del mismo campo social, por el contrario, el monismo jurídico reconoce a un solo sistema de justicia, el que es determinado y ejercido por el Estado de forma hegemónica. (Gutierrez, 2007, pág. 123).

Por lo tanto, cabe decir, que el pluralismo jurídico lleva consigo la diversidad de fuentes del Derecho, más no la subordinación de la justicia indígena a la justicia ordinaria. (Rojas, y otros, 2011, pág. 162).

El pluralismo jurídico, para Elisa Cruz, tiene su utilidad para presentar dos ideas: “la primera, que el derecho, lejos de ser un producto exclusivo de determinadas sociedades puede encontrarse en otro tipo de Estado; en segundo lugar, que al interior del Estado se puede dar cuenta de manifestaciones diversas de derecho”. (Huber, 2008, pág. 31).

Siguiendo las ideas plasmadas sobre pluralismo jurídico, se puede decir, que constituye el reconocimiento de la diversidad cultural existente en nuestro país, filosofías distintas que poseen sus propias normas de convivencia y por lo tanto, sus formas de administrar justicia, cuya aplicación está en conformidad con sus tradiciones ancestrales, la que deberá convivir con la justicia ordinaria, en un ambiente de coordinación.

El monismo jurídico, siguiendo la teoría positivista de Kelsen, considera que el Estado es el único con capacidad de producción jurídica, creando normas y procedimientos para solventar los conflictos entre los miembros de la sociedad. Quienes defienden la teoría dominante, basada en los supuestos kelsenianos, creen en el monopolio del Estado sobre la regulación de la vida jurídica de sus miembros y ello legitima la fuerza utilizada en el conocimiento y sustanciación de los hechos considerados contrarios a la ley. (Ariza R. , 2007, pág. 13).

Esta teoría dominante considera que el Estado es el único con potestad de reprimir los hechos delictivos, y que toda norma que no provenga de él es considerada como una mera costumbre que se utilizará únicamente a falta de norma emanada de autoridad competente, siendo por ello desconocido cualquier otro tipo de jurisdicción.

Esta consideración de tipo hegemónica, se basa en una filosofía monocultural, que hace de la justicia ordinaria, una herramienta excluyente, que es extraña para la

sociedad en general, que no es entendida por los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ya que no coinciden con su modo de vida. (Paredes, 2006, pág. 119).

Una de las manifestaciones del monismo jurídico, es justamente el status de ciudadanos, a través del que se pretende homogenizar a la sociedad en su totalidad, siguiendo la línea eurocéntrica, alejada de la realidad diversa existente en países como el nuestro, con una corriente tendiente a suprimir e ignorar la cosmovisión indígena que poseen las comunidades andinas. (Caicedo, 2012, pág. 211).

En el libro Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador se considera que:

La existencia de un Derecho ordinario supuestamente nacional y basado teóricamente en la igualdad crea generalmente la ilusión de que el colonialismo ya no existe, que es materia para historiadores de épocas anteriores a la independencia. Sin embargo, si observamos con cuidado como los pueblos indígenas y los indígenas mismos como individuos se relacionan actualmente con la sociedad mestiza y el Estado observamos exclusión, discriminación, racismo. Todas estas son formas de colonialismo que lamentablemente sigue muy activo.” (Santos & Grijalva, 2012, pág. 181).

Ramiro Avila (2012, pág. 286) con respecto a la colonialidad, señala lo siguiente:

La colonialidad es una realidad actual y se produce desde cualquier ámbito de poder. La colonialidad es un mecanismo mediante el cual una

cultura, grupo humano, domina a otro y lo despoja de todas sus potencialidades, de su historia, de su cultura, de su identidad. La colonialidad es un ejercicio de poder, que opera mediante múltiples mecanismos. Que podrían sistematizarse básicamente en tres: (1) la diferenciación, (2) la jerarquización y (3) la dominación. (Santos & Grijalva, 2012, pág. 286).

Este sistema, considerado como neocolonialismo, descalifica a la justicia indígena y lo condena al conocimiento de problemas suscitados dentro de las comunidades indígenas de menor cuantía. (Caicedo, 2012, pág. 235).

Es decir, al persistir la colonialidad, los seguidores de la teoría hegemónica del monismo jurídico, a través de un acto de discriminación, en primera instancia desconocen la administración de justicia indígena, y cuando reconocen el pluralismo jurídico, se delega a la justicia indígena únicamente casos pequeños o se la asimila al ajusticiamiento, cuando en realidad son dos concepciones diametralmente opuestas.

Luis Ávila (2009, pág. 199) desde su perspectiva acota que: “La denominada justicia por mano propia no es justicia indígena, sino una manifestación de violencia social por la ilegitimidad del sistema estatal de justicia por su incapacidad de resolver los conflictos individuales y sociales”.

Lourdes Tibán (2011, pág. 50) considera que en nuestro país, desde la visión colonial, la justicia indígena, equivocadamente ha sido vista como linchamiento o justicia por mano propia, en dónde todo acto que realiza un indígena es calificado como “salvajismo, producto de su estado retrógrado y de seres incivilizados e inhumanos”.

Haciendo referencia a la asimilación entre la justicia indígena y el linchamiento, Fernando García, nos da a conocer que: “el linchamiento por definición es un castigo extrajudicial realizado por una turba y sin ningún tipo de procedimiento legal y como tal no es parte de la justicia indígena”, ya que la justicia indígena posee procedimientos conocidos y aceptados por los miembros de la comunidad, que legitima la resolución de las autoridades indígenas y las sanciones por ellos impuestas. (García F. , 2012, pág. 527).

Eugenio Raúl Zafaroni (2009, pág. 112) respecto a este tema manifiesta:

El linchamiento es una práctica de civilizados, lo que por supuesto no descarta que sea un crimen que eventualmente lo puedan cometer originarios, del mismo modo que pueden cometer cualquier otro delito y, lo cometa quien fuere, siempre será una aberración, una brutalidad incalificable, pero no es ninguna sanción practicada por ninguna comunidad originaria reportada como tal por ningún antropólogo ni por ningún testigo responsable, y en cualquier caso debe ser materia de pena formal. El argumento del linchamiento pierde consistencia y sólo puede esgrimirse como un modo de infundir miedo en la población y de descalificar la iniciativa de reconocimiento penal del pluralismo cultural.

Entonces, la justicia indígena no equivale a linchamiento o justicia por mano propia, por lo que quienes sostienen esta falacia pretenden desprestigiar a esta jurisdicción, distorsionando el verdadero significado de sus prácticas, esto conlleva la discriminación y criminalización de la actuación de los miembros de los pueblos indígenas.

Dentro de las formas de criminalización existe una primaria que serían las normas emanadas del legislativo y una secundaria que son las acciones como resultado de la aplicación de las normas creadas por parte de los órganos encargados de velar su cumplimiento. (Caicedo, 2012, pág. 209 y 231).

Es decir, que el proceso legislativo y las instituciones que velan el cumplimiento de las normas, resultan ser criminalizantes, debido a que dichas reglas que regulan la vida en sociedad, surgieron excluyendo en sus procesos al sector indígena, cuanto más los órganos de control que carecen de interculturalidad en su composición, situación que apeora las condiciones de los pueblos indígenas.

Ante el pensamiento hegemónico occidental, resurge como filosofía crítica, el pensamiento andino, basado en sus propias costumbres ancestrales, que reflejan la realidad de los pueblos y nacionalidades indígenas. (Paredes, 2006, pág. 119).

Estas culturas distintas a la hegemónica que han resistido al paso del tiempo, al momento se encuentran en situación de subordinación, y en una lucha constante por eliminar el colonialismo persistente en nuestro Estado, para que sean reconocidas y respetadas por el resto de la sociedad. (Avila R. , 2012, pág. 285).

Esta filosofía que tiene una ideología distinta a la occidental, y que representa la diversidad de la sociedad ecuatoriana, ha tenido mucha acogida a raíz de su reconocimiento constitucional, porque representa la otra cara de la moneda de la justicia ordinaria, en donde los conflictos se resuelven de manera eficaz y eficiente, obteniendo conformidad de las partes.

Lo indígena ha sido descalificado por parte de los gobiernos, que siguen los paradigmas de Norteamérica o de Europa, como modelos a seguir, irrespetando los

derechos de las minorías a expresar su cultura y costumbres. (Caicedo, 2012, págs. 212-213).

Ramiro Ávila (2012, págs. 284-285), sostiene que: “La cultura hegemónica invisibiliza y hasta destruye las otras culturas existentes en un mismo espacio y tiempo. (...) La sociedad y el estado promueven sutilmente una forma de vida y una manifestación cultural”.

Una sociedad que apuesta por lo monocultural, manifiesta su hegemonía a través de prácticas de invisibilización en contra de la cultura subordinada, generando discriminación, dando como resultado la restricción de los derechos de las personas que poseen una cultura diferente.

Por ello, cuando se trata de la jurisdicción indígena, se habla sobre la invisibilización histórica que han sufrido los pueblos y comunidades indígenas, quienes han visto minimizadas sus costumbres ancestrales por parte del sistema hegemónico positivista. (Masapanta, 2009, pág. 410).

Esa invisibilización sobre los saberes e instituciones de los pueblos y nacionalidades indígenas, provoca la visibilización de la cultura hegemónica basada en el régimen colonial, que se considera como único decidor entre lo que es bueno y malo, lo verdadero y falso, etc. (Llásag, 2012, pág. 87).

Los cuestionamientos que se hacen desde la jurisdicción hegemónica, se concentra en la filosofía y cosmovisión de lo ancestral, costumbres que han sido catalogadas como raras, o exóticas, produciendo por lo tanto una negación del pensamiento andino. (Paredes, 2006, pág. 118)

Todo ello produce que los sistemas jurídicos indígenas se encuentren en situación de subordinación, lo que obviamente limita su funcionamiento y desarrollo. (Ariza, Ossio, & Gutierrez, 2007, pág. 11).

Las comunidades andinas, son uno de los grupos que han sido discriminados a lo largo del tiempo, caracterizados por la consideración de los indígenas como seres inferiores, situación que ha dado como resultado la desigualdad entre ellos frente a los mestizos.

La subordinación y consecuentemente la invisibilización, tienen como consecuencia la criminalización y discriminación en contra de las culturas andinas, y sus prácticas ancestrales; es por ello que es necesario revisar y analizar el trato que reciben los indígenas cuando acuden a la jurisdicción ordinaria.

Karla Encalada (2012, págs. 192-194), considera que en el Ecuador existe una administración de justicia “racializada”, aun siendo un Estado multicultural, ya que los operadores de la justicia ordinaria utilizan mecanismos de discriminación, como la burla, espera innecesaria, gritos, los que se ejercen de manera pública en contra de los indígenas, para quienes resulta todo un reto obtener de los funcionarios judiciales algún documento, dato o firma.

Coincidentemente con este criterio, Fernando García (2002, pág. 64 y 81), manifiesta que los indígenas entienden al sistema jurídico estatal como “lentos, engorrosos y burocráticos, que requieren de muchos escritos y del patrocinio de un abogado”, lo que conlleva que este sistema sea ineficaz, y por el contrario la justicia ejercida por los indígenas es “más efectivo, ágil y nada burocrático”. Adicional a lo dicho la desconfianza de los indígenas deviene de la existencia de funcionarios judiciales corruptos, el alto costo en los trámites, la falta de igualdad, así como la

distancia que existe entre sus comunidades y las instituciones judiciales, resultando de ello un trato discriminatorio por desconocimiento de su cultura.

Para el mundo indígena la jurisdicción ordinaria es concebida como algo ajeno, ya que la misma, no comprende sus costumbres y valores, además de ello, los costos, el lenguaje jurídico, el idioma, y la imposibilidad de acceso que tiene para ellos la justicia occidental, crea desconfianza en el indígena, quitando legitimidad a los jueces ordinarios, cuando por el contrario las autoridades indígenas cuentan con legitimidad social, ya que comparten junto con los otros miembros de la comunidad las mismas costumbres, valores y cosmovisión. (Ossio, 2007, pág. 84).

Fernando García (2002, pág. 58), sobre el trato que reciben los indígenas en la justicia ordinaria, sostiene que estos obstáculos que se presentan ante los indígenas deviene en un trato que resulta excluyente y denigrante por parte de los funcionarios judiciales, lo que conlleva que las resoluciones emitidas por los Jueces ordinarios sean consideradas como injustas.

Tradicionalmente el derecho ha visto como modelo a seguir el norte, sin embargo, luego del reconocimiento de nuestro Estado como plurinacional, nuestra perspectiva debe ser desde abajo, mirando nuestras raíces, lo que a criterio de Ramiro Avila “implica reconstruir una utopía propia, prehispánica y que se torna anticapitalista”. (Avila R. , 2012, pág. 279).

En nuestro país, el pluralismo jurídico es una realidad constitucional e internacionalmente reconocida, que representa un objetivo para la sociedad, sobre todo para los funcionarios judiciales, abogados y prensa, que amparados en la teoría hegemónica, describen a la jurisdicción originaria como arcaica o salvaje. (Ariza R. , 2007, pág. 30).

Ese pensamiento monocultural que se desprende de la justicia ordinaria ha llevado a que tanto los operadores de justicia, los representantes de instituciones públicas y medios de comunicación, emitan criterios sobre la justicia indígena, descalificándola, haciéndola ver como prácticas de salvajismo, que vulneran derechos fundamentales, sin embargo, la realidad de la aplicación de la jurisdicción indígena es otra, en donde se aplican sus conocimientos ancestrales en la solución de sus conflictos.

Las críticas con respecto a la aplicación de las sanciones de la jurisdicción indígena, calificadas como degradantes, violentas y vulneradoras de derechos humanos, a criterio de Cristian Masapanta, se ven justificadas por la cosmovisión de los pueblos indígenas e incluso se ven legitimadas por la aceptación de toda la comunidad indígena, por lo que, el autor nos invita a entender la realidad que viven estas nacionalidades que es diferente a la blanco – mestiza. (Masapanta, 2009, pág. 410 y 449).

Lo anotado es cierto, la cultura mestiza, debe intentar conocer la cultura indígena, para desde una perspectiva intercultural mirar sus prácticas y su forma de vida, y una vez que lleguemos a entender la concepción de sus costumbres, podremos comprender que la aplicación de elementos de la naturaleza como lo son la ortiga, el agua y el látigo, son instrumentos que permitirán la purificación del infractor, situación que quebrantó la armonía entre la comunidad, el individuo y la naturaleza.

Ramiro Avila (2012, pág. 297), desde la óptica del pluralismo jurídico, anota tres aportes de la justicia indígena que contribuyen a obtener una justicia verdaderamente eficaz:

En uno de los estudios más serios y recientes sobre la justicia indígena, publicada en la Serie “Justicia Comunitaria en los Andes”, (...) se demuestra (1) que el Estado no interviene, (2) que las víctimas y las comunidades tienen la capacidad de resolver sus conflictos, que el método y el procedimiento de resolución de sus conflictos es la conciliación y (3) que el encierro no es considerado como una pena útil y que la mayor reacción ante las infracciones más graves (penales) es la reparación”.

Es por ello que siguiendo la posición de la teoría que reconoce el pluralismo jurídico y por ende a la justicia indígena, como un medio eficaz de solución de conflictos dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, acordes con su realidad y cosmovisión, se analizarán los casos de aplicación de dicha jurisdicción en la comunidad de San Pedro, del cantón y provincia del Cañar.

1.2 La justicia indígena como un medio de solución de conflictos para comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas: perspectivas, posiciones y discursos de las fuerzas políticas constituyentes.

La constitución de Montecristi, fue fundamental para los pueblos y nacionalidades indígenas, uno de sus logros fue el establecimiento de la justicia indígena, la que partió del reconocimiento que se hizo en la constitución de 1998, para desarrollar dicha figura y plasmarla en la Constitución que sería aprobada en el año 2008, mediante consulta popular.

La Asamblea Constituyente, estuvo compuesta por varios movimientos y partidos políticos con diferentes ideologías y tendencias, dentro de las cuales se encontraban cuatro representantes del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik Nuevo – País, quienes proponían el reconocimiento expreso de la justicia

indígena en el texto de la nueva constitución, así como la declaración de otros derechos para los pueblos y nacionalidades indígenas.

Desde la colonia, se ha mirado con ojos de inferioridad a la justicia indígena, por lo que la lucha de los pueblos indígenas lleva ya más de quinientos años, cuya meta es que sus derechos como colectividad sean reconocidos y respetados en igualdad de condiciones que los derechos de los demás ciudadanos. (Llásag, 2012, pág. 354).

En este sentido, en medio de la lucha por el restablecimiento de los derechos indígenas, la CONAIE presentó un proyecto de Constitución, entre sus propuestas estaba la conformación de un legislativo plurinacional, con representantes propios de los indígenas, el autogobierno dentro de su territorio, lo que implica su propia jurisdicción, de igual forma que sea reconocido el quichua y shuar como idiomas oficiales del Ecuador; la gran mayoría de estas propuestas fueron descartadas. (Grijalva, 2012, pág. 66).

Al igual que la CONAIE, varias propuestas constitucionales, sugerían el reconocimiento de la justicia indígena, sin embargo, la más latente fue la del sector indígena que quisieron ver plasmada en la constitución su jurisdicción ancestral, como pago de una deuda histórica del Estado para con las colectividades indígenas, ello como parte de su derecho a la autodeterminación.

Dentro de los discursos dados en el Pleno de la Asamblea Constituyente, sobre justicia indígena, se observan varias posiciones de los diferentes actores políticos, unos se muestran optimistas sobre la implementación de la justicia indígena en el texto constitucional, mientras que otros se ven reacios a dar paso al reconocimiento de este derecho, ya que ven a esta jurisdicción como un peligro para la unidad jurisdiccional

del Ecuador, así como por las acciones que podrían tomar otras nacionalidades, demandando para ellos también una justicia paralela.

1.3 Justicia indígena y plurinacionalidad según los constituyentes de Montecristi.

Luis Ávila (2009, pág. 385), respecto de la plurinacionalidad ha expresado que la misma surge como contraposición al poder de la parte opresora, en pos de visibilizar la identidad de los pueblos y colectividades indígenas.

Cabe mencionar en primera instancia que la declaración del Ecuador como un Estado Plurinacional, fue la carta que abrió paso al reconocimiento no solo de la Justicia Indígena sino de muchos derechos más que quedaron establecidos de manera transversal en la Constitución, rememorando los saberes de nuestros antecesores, como lo son el *sumak kawsay*, el respeto a la naturaleza o *pachamama* y el establecimiento del quichua como idioma oficial del Ecuador para las relaciones interculturales.

Dentro de los primeros debates que se manejaron en la Asamblea Constituyente, se trató el tema de la plurinacionalidad, así puede verificarse dentro del Acta N. 22, del debate de fecha 27 de febrero de 2008, que versa sobre el análisis y debate de la estructura de la nueva Constitución del Ecuador, donde varios sectores apoyaron el reconocimiento del Ecuador como un Estado plurinacional, así en la intervención que la realiza el Dr. León Roldós, Asambleísta electo por el Partido Red Ética y Democracia, manifiesta que “hay la nación ecuatoriana, el Ecuador es un país plurinacional, no podemos eludir ese tema dentro de un concepto genérico de los pueblos (...)”. (Acta N. 22, 2008, pág. 51).

Con ello, Roldós, asume una posición en pro de la declaratoria de la plurinacionalidad como característica del Estado ecuatoriano.

El Asambleísta por el Movimiento Alianza País, Fernando Cordero, dentro del mismo debate, al tratar el tema de los derechos de las colectividades sostuvo: “tenemos que en esta Constitución incorporar derechos colectivos para los pueblos originarios, para pueblos que hoy en día ni siquiera han sido todavía contactados, pero son parte de nuestro país”. (Acta N. 22, 2008, pág. 55).

En este caso el Asambleísta Cordero, hace alusión a los pueblos no contactados y a la necesidad del establecimiento de los derechos colectivos que deberían asistirles para su protección y conservación, ello conforme la posición que maneja el movimiento al que representa.

Carlos Pilamunga, Asambleísta por Pachakutik, manifiesta con relación a la plurinacionalidad que:

Desde el movimiento indígena y en particular desde la estructura propuesta por la CONAIE, nosotros ponemos a consideración para esta nueva Constitución, resaltar cuál va a ser el carácter de Estado en nuestro país, y esto lo hemos venido planteando desde 1998 para que el Ecuador se declare un Estado plurinacional. La plurinacionalidad implica la diversidad cultural que existe en nuestro país, eso para nadie es desconocido y en la diversidad cultural resaltamos lo que es la identidad, resaltamos lo que es la cultura, resaltamos lo que son nuestros territorios en nuestras comunidades, también resaltamos ahí lo que es la pluralidad jurídica, (...)”. (Acta N. 22, 2008, págs. 65-66).

El Asambleísta Pilamunga, quien como indígena representa a los pueblos comunitarios, solicita el reconocimiento de la diversidad del Ecuador, a través de la declaración de la plurinacionalidad, así como del pluralismo jurídico, lo que constituye

uno de los objetivos principales de la lucha que ha llevado por mucho tiempo el movimiento al que pertenece.

Virgilio Hernández (PAIS), dentro de este debate asevera la diversidad que existe en nuestro país y aquello constituye un elemento fundamental a partir del que se construirá el Ecuador, es decir, que a través del reconocimiento de los diferentes pueblos y nacionalidades, así como sus culturas, se podrá establecer la estructura de la nueva constitución. Esto, desde la posición del movimiento al que representa, cuya propuesta es el reconocimiento de la plurinacionalidad (Acta N. 22, 2008, pág. 102).

Tatiana Hidrovo (PAIS) por su parte sugirió que se debata sobre la plurinacionalidad, ya que en nuestro país desde siempre han existido nacionalidades por lo que es un tema que deberá ser tratado y debatido dentro de la Asamblea Nacional Constituyente. (Acta N. 22, 2008, pág. 118).

Además dicha Asambleísta Constituyente, expone que: “La plurinacionalidad no pone en riesgo la unidad del Estado ecuatoriano. Una nacionalidad es un conjunto social que tiene un origen común, opera en un territorio, tiene un tipo de autogobierno y una cultura particular, no es lo mismo un pueblo, una etnia o una cultura (...) la diferenciación la nacionalidad estriba en que una nacionalidad tiene un territorio comunitario por herencia ancestral y ejerce un tipo de autogobierno (...)” (Acta N. 28, 2008, pág. 67).

En este contexto Hidrovo, hace un llamado al debate sobre la diversidad existente en nuestro país, haciendo énfasis en que la plurinacionalidad no representa un peligro para la unidad del Estado, ella al igual que sus compañeros de Alianza País respaldan el reconocimiento de la pluralidad cultural del Ecuador.

El Asambleísta del Movimiento Popular Democrático, Abel Ávila, sostuvo dentro de este análisis acerca de la estructura del Estado, que el objetivo del proceso constituyente es la recuperación de derechos, dentro de un Estado plurinacional, multiétnico y pluricultural. (Acta N. 22, 2008, pág. 149).

De modo que resulta necesario el reconocimiento de la plurinacionalidad, para que en primer lugar, pueda verse plasmada expresamente la justicia indígena, así como para que tanto la cultura hegemónica cuanto la indígena, puedan entenderse, conocerse y complementarse dentro de la convivencia del Estado ecuatoriano.

Luis Guamangate, Asambleísta por Pachakutik, dice acerca de la plurinacionalidad que la misma no es una ficción, sino es el resultado de la realidad de lo que hoy es el Ecuador, para que se compruebe la existencia de una nacionalidad, debe existir una población, un idioma, un territorio, una cultura y autogobierno, elementos que tienen las catorce nacionalidades y dieciséis pueblos del Ecuador. Para el Asambleísta, no hay posibilidad de vulneración al principio de unidad del Estado, ya que:

La nación es categoría de Estado, que implica sentido de pertenencia en un territorio soberano, mientras de que la nacionalidad indica la unidad histórica; es decir, interna, de la lengua, de la cultura de formas propias del ejercicio social, lo que implica que en una nación puede existir la diversidad de nacionalidades, sin afectar la soberanía y su existencia como unidad. (Acta N. 28, 2008, págs. 91-93).

El Asambleísta Guamangate, conforme los ideales que persigue su movimiento político, exige que sea reconocida la realidad del Ecuador como un Estado diverso, y

que se respeten las costumbres y tradiciones culturales de cada nacionalidad indígena, a nivel constitucional.

Fernando Burbano (Izquierda Democrática), por su parte opina que debe reconocerse a las nacionalidades existentes en nuestro país, así como dar cumplimiento a los tratados internacionales de los que el Ecuador es signatario con respecto a los pueblos originarios, como lo es el Convenio 169 de la OIT. (Acta N. 28, 2008, pág. 95).

Burbano desde su posición de izquierda, añade a las otras intervenciones, la observancia que le debe la Constitución ecuatoriana a los tratados internacionales suscritos por el Ecuador, que forman parte de nuestro ordenamiento.

El Asambleísta Manuel Mendoza, también coincide con la idea de que debe realizarse el reconocimiento de la plurinacionalidad, como parte del pago a la gran deuda social que tiene el Estado con los pueblos ancestrales del Ecuador. (Acta N. 28, 2008, pág. 102).

Como se puede observar de las exposiciones de los Asambleístas Constituyentes, que han debatido sobre la plurinacionalidad, como parte de la estructura del Estado, se encuentran a favor de dicho reconocimiento, basándose en la realidad de la diversidad que existe en nuestro país, de forma que se compense esa deuda histórica que tiene el Ecuador para con los pueblos y nacionalidades indígenas.

No existió en aquel debate, Asambleísta alguno que manifieste su desacuerdo con la plurinacionalidad, como característica de la estructura del Ecuador, situación que llevó a tomar la decisión de declarar al Ecuador un estado plurinacional e intercultural en el artículo primero de la Constitución.

En el contexto del reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado ecuatoriano, surge la Justicia Indígena como una de sus principales manifestaciones, en busca de crear una conciencia de propiedad colectiva, que termine con el pensamiento hegemónico y nazca una nueva forma de percepción de la vida en comunidad. (Avila L. , 2009, pág. 383).

En este sentido cabe señalar lo que el doctrinario Agustín Grijalva dice sobre la plurinacionalidad:

Estado plurinacional, intercultural y justicia indígena son conceptos complementarios y tal complementariedad es esencial para lo que Boaventura de Sousa Santos ha denominado convivialidad, esto es un tipo de encuentro cultural y político basado en intercambios tendencialmente iguales y en la autoridad compartida. (Santos & Grijalva, 2012, pág. 71).

Por lo tanto, como menciona Lucía Yamá, “el Estado plurinacional e intercultural pone en igualdad de oportunidades a todos los sistemas de administración de justicia”. (Yamá, 2012).

1.4 Acuerdos y tensiones sobre pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador en el debate constituyente.

El Pleno de la Asamblea Constituyente se reunió para conocer del informe de mayoría presentado por la Mesa N. 8 de Justicia y Lucha contra la corrupción, para dar paso al primer debate de los textos constitucionales acerca de la administración de justicia, esta sesión se llevó a cabo el 17 de abril de 2008.

En la parte pertinente del informe presentado por la mesa de Justicia y Lucha contra la corrupción, para primer debate, al hablar de la unidad jurisdiccional, se hace referencia a que este principio ha sido relativizado, por la presencia de diversos sistemas jurisdiccionales dentro del Ecuador, en el que sitúa a la justicia indígena, lo que a criterio de esta mesa constituyente, enriquece el principio de unidad jurisdiccional, es decir, existen diversas jurisdicciones legítimamente constituidas que conforman una unidad, por lo tanto, la intención de la mayoría de Asambleístas integrantes la Mesa N. 8, es el reconocimiento del pluralismo jurídico.

Para el Asambleísta Vicente Masaquiza (PAIS), dentro de su exposición en el primer debate sobre los textos constitucionales relacionados con la administración de justicia, manifiesta:

Respecto a la Unidad jurisdiccional, el reconocimiento de un Estado multiétnico, pluricultural y el eminente paso de un Estado plurinacional, implica una redefinición a la concepción occidental, de la unidad jurisdiccional. Y si se quiere ser coherente, es necesario reconocer que el sistema jurídico es un elemento esencial de la cultura. Por lo tanto, la plurinacionalidad y el derecho a ejercer la administración de justicia, son conceptos inseparables. El Estado plurinacional exige el reconocimiento de la justicia indígena, que no es nada menos que el respeto de los sistemas jurídicos de los pueblos y nacionalidades indígenas que fundamenta en su forma de vida, y convivencia y regulación de su conducta. (...) La justicia indígena ofrece mecanismos efectivos de la solución de conflictos, la misma que hasta la actualidad por su desconocimiento lo único que ha sido tachada como justicia por propia mano, por un sistema incivilizado de la potestad de administrar

justicia, sin reconocer su efectividad dentro de su ámbito territorial. (Acta N. 36, 2008, págs. 128-130).

Margarita Morocho (PAIS), como representante del pueblo indígena considera que:

Históricamente, nuestro país es un Estado social de derecho, soberano, pluricultural, multiétnico y plurilingüe, que constituye la más alta expresión de la democracia de nuestros pueblos, con autonomía étnica, entendida como la constitución de un pueblo que asume su identidad histórica y herencia cultural. La justicia indígena está fundamentada en la formación de valores, en la cosmovisión indígena, donde nosotros debemos cultivar los valores humanos, autoestima y ellos construyen en todo campo de acción. En nuestra cultura no se conocía el castigo como hoy se aplica, la destrucción psicológica, la física, la destrucción del hombre por el hombre, de la herencia cultural europea y norteamericana. En nuestra cultura se utilizan formas de valores humanos para la vivencia, para la convivencia humana, entre hombres y mujeres. Responsables con el sentimiento humanístico, quien corregía (...) debía ser el más anciano, pero él era un ejemplo de la comunidad, el líder (...). (Acta N. 36, 2008, pág. 145).

La asambleísta Morocho, desde su posición de indígena, defiende el reconocimiento de la justicia indígena de forma expresa en la nueva Constitución, como parte de la práctica cultural de los pueblos indígenas, que dista de las formas de ejercer justicia legadas por la cultura hegemónica.

Virgilio Hernández (PAIS), en cuanto a la justicia indígena tiene sus reservas, debido en primer lugar a la vulneración del principio de unidad jurisdiccional así como por las prácticas en cuanto a la aplicación de las sanciones en la jurisdicción indígena (Acta N. 36, 2008, pág. 138).

Hernández, quien apoyó en primera instancia la plurinacionalidad, sobre justicia indígena presenta preocupaciones respecto a las sanciones que de ella emanan, así como al quebrantamiento de la unidad del Estado, lo que no es coherente, ya que el pluralismo jurídico deviene del reconocimiento de la diversidad cultural que posee el Ecuador.

Tito Nilton Mendoza, Asambleísta por el Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN), sostiene que la unidad jurisdiccional, existe o no existe y en ese sentido no debe darse ambigüedades, y que al igual que la Constitución de 1998, debe primar la unidad jurisdiccional, previniendo que las disposiciones que se den al legislativo para desarrollar normas en base a este tema se cumplan o existan alternativas, de modo que se promulgue la legislación necesaria para la eficacia de la nueva Constitución. (Acta N. 36, 2008, pág. 159).

Mendoza desde una perspectiva conservadora, considera que debe mantenerse el principio de unidad jurisdiccional, y que de darse paso al reconocimiento de la justicia indígena, el legislativo regule sobre el tema.

Alfredo Ortiz (RED), considera que hay que rescatar el principio de Unidad Jurisdiccional, el cual es fundamental para un Estado, debido a que no se puede crear diferentes justicias en el país. (Acta N. 36, 2008, págs. 162-163).

La posición del asambleísta Ortiz, es en contra del reconocimiento en la Constitución sobre Justicia Indígena, debido al principio de unidad jurisdiccional.

En este sentido, al revisar las intervenciones de varios Asambleístas, se observa que por un lado se encuentran quienes apoyan el reconocimiento de la justicia indígena como un medio de garantizar la autodeterminación de los pueblos originarios, cuyos miembros poseen sus propias culturas, mientras que otros actores políticos consideran que no se debería dar este paso, debido a que se quebrantaría la unidad jurisdiccional del Estado, y por ello se encuentran escépticos en cuanto al establecimiento de esta jurisdicción en el texto constitucional.

Conforme consta en el Acta No. 63, de la Sesión de la Asamblea Constituyente en fecha 17 de junio de 2008, dentro del orden del día, se hizo constar el conocimiento de los informes de mayoría cuanto de minoría de la Mesa N. 8 para el primer debate de los textos relacionados a varios temas, entre ellos, sobre jurisdicción indígena. (Acta N. 63, 2008)

En este contexto el informe de mayoría dice lo siguiente:

Se establece con claridad la jurisdicción indígena, reconociendo explícitamente que los pueblos y nacionalidades indígenas la ejercerán en base a sus tradiciones y derecho propio, para la solución de sus conflictos internos dentro de su ámbito territorial y en estricto respeto de la constitución y los derechos humanos. En esta propuesta constitucional se reconoce la existencia de un sistema estructurado y armónico de normas, principios y valores que rigen la conducta o comportamiento de los pueblos y nacionalidades indígenas, no significa de manera alguna el resquebrajamiento de la función judicial o una

implementación de un paralelismo jurídico, sino que constituye el reconocimiento de la diversidad al interior de nuestra sociedad y la garantía de un real pluralismo jurídico. Sin embargo, el articulado propuesto se cuida de explicitar que la jurisdicción indígena debe estar enmarcada dentro de los límites que impone la Constitución ecuatoriana y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano. Por último se establece concretamente el deber del Estado de garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, para lo cual se implementarán mecanismos de coordinación y cooperación con la jurisdicción ordinaria.

Así el texto del artículo propuesto relacionado con justicia indígena fue el siguiente:

Las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos y garantizados en instrumentos internacionales vigentes. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por instituciones y autoridades públicas. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

El informe de minoría presentado por la Asambleísta Mae Montaña (Una Nueva Opción) al referirse a la Justicia Indígena, sostiene que:

Actualmente, la tesis del monismo jurídico se encuentra en discutida por la del pluralismo jurídico; es decir, la posibilidad de la coexistencia de sistemas jurídicos de tipos diferentes, dentro de un mismo Estado, de acuerdo a la diversidad de instituciones o de grupos sociales organizados. Es decir, que hablamos de una heterogeneidad de sistemas jurídicos conviviendo en un mismo ámbito espacial y temporal. Al amparo de esta teoría, se desarrolla la aspiración de la existencia de una jurisdicción indígena, motivado además por la evidente incapacidad de la justicia estatal de cumplir con las expectativas de esas comundiades. Sin embargo, vistos los inconvenientes de dicha coexistencia con la jurisdicción estatal, conllevaría nuestro pronunciamiento desfavorable a dicha tesis. Sin desconocer la realidad de las comunidades indígenas ni de sus problemas y que son: 1. La gestión de una justicia autónoma, al margen del tronco jurisdiccional, pone en peligro el principio básico de la unidad jurisdiccional (...). 2. Sería un antecedente porque otros grupos sociales, recordemos que los indígenas no son los únicos en tener su propia cultura, como son los montubios o como los comerciantes, nos llevarían a una dispersión de la unidad jurisdiccional, a una corporativización de la justicia, porque cada grupo mayoritario o minúsculo se creería con el derecho de tener su propio sistema de administración de justicia. 3. Se vulneraría el principio jurídico universal de la generalidad de la ley para todos los habitantes, que pondría en estado de indefensión a quien no perteneciendo a la

comunidad, sería juzgado por una comunidad para la cual, por ejemplo, sería delito lo que para el resto de los ecuatorianos no lo es; y a la inversa, qué ocurriría con el indígena que cometa un delito fuera de su comunidad. 4. La fuente de derecho principal es la ley, el derecho escrito y la costumbre no constituye derecho sino cuando la ley se remite a ella, mientras que en este campo, las comunidades indígenas se basan en las costumbres y en sus tradiciones ancestrales. 5. Dejar como se dice el artículo propuesto por el informe de mayoría, a la ley que se dictará posteriormente, la implementación de los mecanismos de aplicación de esta institución, significa crear una incertidumbre acerca de la aplicación de la misma, en varios ámbitos como el territorial, las normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos. La Constitución Política de un estado, es en esencia el marco jurídico de los ámbitos político-social-administrativo y económicos de los pueblos que debe obedecer, por tanto, a la realidad nacional, más no a fragmentos sociales que procuren disposiciones, aparatos o sistemas provenientes de un compromiso político coyuntural que menoscaben luego, las instituciones, valores y principios de la nación.

Además la Asamblea agrega sobre el articulado con respecto a la jurisdicción indígena, que no se está señalando la competencia de esta forma de administrar justicia, ni de tipo territorial ni en cuanto a la materia, lo que resulta confuso al momento de su aplicación, y va a causar problemas si ello no es precisado dentro del artículo que se pretende aprobar.

Mae Montaña, desde su perspectiva conservadora, considera a la justicia indígena atentatoria con principios constitucionales y manifiesta su preocupación sobre la aplicación de dicha jurisdicción si se delimita en el texto constitucional.

La Asambleísta Gina Gody (PAIS), fue la encargada de la exposición de la Mesa N. 8 con respecto al informe de mayoría y los textos aprobados en dicha Mesa, entre los que se encuentra el tema de justicia indígena, haciendo alusión a ello indica que el reconocimiento de la justicia indígena es aceptar y entender la diversidad al interior de la sociedad ecuatoriana.

El Asambleísta Mauro Andino (PAIS), señala que esta de acuerdo con el articulado que hace mención a la justicia indígena, sin embargo, llama a la reflexión en el aspecto de que las decisiones que son tomadas es esta jurisdicción no siempre existe igualdad de género, por lo que considera que debería añadirse al texto constitucional el respeto y participación de la mujer indígena en el proceso de administrar justicia.

Andino apoya la adopción de la jurisdicción indígena dentro de la nueva Constitución, presentando como observación únicamente la integración de la mujer indígena en las decisiones de las comunidades originarias.

En la intervención que realiza Mae Montaña (UNO), en el primer debate, vuelve a hacer incapié en las competencias de la jurisdicción indígena, y sostiene que si se deja tal cual esta propuesto el articulado, que dice que la misma se ejercerá en su territorio, es un término amplio, por lo que deberá verse la realidad de los pueblos indígenas, de manera que el texto constitucional no deje la puerta abierta a un mal uso de esta jurisdicción especial.

Lenín Hurtado Asambleísta por el Movimiento Popular Democrático, apoya el reconocimiento de la justicia indígena dentro de la Carta Fundamental, como parte de la visión intercultural, la que debemos respetar, aunque no lo comprendamos, ya que poseen una cosmovisión diferente.

Hurtado, desde su posición política de izquierda, considera positiva la implementación de la jurisdicción indígena en el texto constitucional.

A criterio de Francisco Cisneros y Catalina Ayala, ambos de Sociedad Patriótica, tienen sus dudas con respecto al artículo sobre justicia indígena y coinciden en que este reconocimiento no debería hacerse a nivel consitucional, sobre todo por el derecho a ejercer su propia forma de administrar justicia que podría acarrear de otros sectores, además de que las sanciones en la administración de justicia indígena puede conllevar violación a los derechos humanos de los infractores.

Los asambleístas mencionados no están de acuerdo con la introducción en la nueva constitución de la justicia indígena, presentando una posición conservadora en cuanto a este tema.

María Cristina Kronfle, Asambleísta por el Partido Social Cristiano, respecto a la justicia indígena ha dicho estar de acuerdo con este reconocimiento por la diversidad de nuestro país, sin embargo, considera que los delitos como las violaciones no pueden ser sancionadas unicamente a través de la justicia indígena.

Si bien la Asambleísta Kronfle, apoya la introducción de la justicia indígena de forma constitucional, desde su posición conservadora, sostiene que la misma debe limitarse al conocimiento de delitos menores, lo que constituye una contradicción, ya que el hecho de aceptar la existencia de la jurisdicción comunitaria, conlleva que la

misma actúe sin límites en cuanto a la materia y según su cosmovisión, es decir en igualdad de condiciones que la justicia ordinaria.

Rosana Alvarado (PAIS), dentro de este debate manifiesta que apoya el reconocimiento de la justicia indígena, sin embargo considera que hay que tratar el tema de la competencia al referirse “dentro de su territorio”, así como el hecho de que las tradiciones ancestrales vulneren los derechos sobre todo de las mujeres indígenas.

La Asambleísta Alvarado, conforme los parámetros de su movimiento político, está de acuerdo con que la justicia indígena se encuentre plasmada en la Constitución, sin embargo, presenta observaciones en cuanto al límite territorial, el cual debe ser más claro y el respeto a las mujeres indígenas dentro de esta jurisdicción.

César Grefa (Pachakutik), expone que no debe entenderse o asimilarse a la justicia indígena con la justicia por mano propia, es más bien una forma de resolver los conflictos presentados en las comunidades que se han practicado hace miles de años.

El Asambleísta Grefa, conforme los lineamientos y objetivos del movimiento al que representa, defiende el establecimiento de la jurisdicción indígena en el texto constitucional, aclarando que su aplicación no constituye justicia por mano propia.

Del análisis de las intervenciones de los Asambleístas constituyentes, al referirse a la justicia indígena, si bien la mayoría apoya este reconocimiento, existen dudas por parte de algunos sectores, principalmente del ala conservadora de esta Asamblea, manifestando no estar de acuerdo con la constitucionalización de esta jurisdicción, debido al temor de que surjan otras culturas que soliciten tener su propio sistema de justicia, que podría dar como resultado la cooperativización de la justicia.

Por otro lado, se encuentran los Asambleístas que apoyan la constitucionalización de la justicia indígena, pero presentan observaciones en cuanto a la competencia de las comunidades indígenas a ejercer su jurisdicción, así como la preocupación acerca de la intervención de las mujeres en la toma de decisiones dentro de los pueblos originarios, por lo que consideran que se debería hacer constar en el texto constitucional, este particular.

Conforme el Acta N. 78 que versa sobre el informe de mayoría de la Mesa N. 8 de Justicia y Lucha contra la corrupción, para el segundo y definitivo debate, en fecha 7 de julio de 2008, consta el articulado sobre justicia indígena propuesto. (Acta N. 78, 2008)

Dentro del informe se establece que con relación a la jurisdicción indígena, luego del primer debate se recibieron 32 observaciones en la Mesa N. 8, las que tratan principalmente sobre control constitucional para las decisiones de las autoridades indígenas, así como la intervención activa de las mujeres en las resoluciones dentro de las comunidades originarias, por lo que, fue necesario incorporar en el texto constitucional propuesto la participación de las mujeres indígenas en igualdad de condiciones que los hombres dentro de la toma de decisiones, así como el respeto a los derechos humanos y control de constitucionalidad para las resoluciones de la jurisdicción indígena, el cual debe ser realizado desde la óptica del pluralismo jurídico, dando como resultado el siguiente articulado:

Jurisdicción Indígena. Las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres,

aplicando 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 y garantizados en instrumentos internacionales vigentes. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por instituciones y autoridades públicas. Dichas resoluciones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Dentro del debate Vicente Masaquiza (PAIS) manifiesta que: “los valores de los pueblos, las prácticas jurídicas dentro de la comunidad, es el sistema jurídico que determina la armonía que es el fin del derecho”, en su intervención también hace alusión a los elementos normativos del sistema indígena como son el carácter milenario, oral, público, oportuno y justo, en donde interviene la mediación y conciliación entre las partes en conflicto, que conlleva el arrepentimiento de la parte que cometió la infracción.

En este Debate, Masaquiza enfatiza las características positivas de la jurisdicción indígena, prestando al ser indígena, su respaldo a este reconocimiento.

Margarita Morocho (PAIS), considera que el reconocimiento de la justicia indígena vulnera el principio de unidad jurisdiccional, que su aplicación podría afectar el ejercicio de los derechos humanos, así como el hecho de que en dicha jurisdicción deberían ponerse las reglas claras, para que no exista incertidumbre.

Contrario a su intervención en el primer debate, Morocho hace alusión a los inconvenientes que podría desencadenar el reconocimiento de la justicia indígena, para lo que cree necesario tener reglas, que evite las dudas sobre su aplicación.

Con relación al articulado el Asambleísta León Roldós (RED), sostiene que debería decirse de manera explícita que la jurisdicción indígena se aplicará únicamente a los miembros de la comunidad o nacionalidad, para que no existan inconvenientes al momento en que una persona que no sea indígena cometa una infracción dentro de la comunidad.

Roldós que estuvo de acuerdo con la declaración de la plurinacionalidad, sostiene que es necesario que se especifique que la justicia originaria será aplicable a sus miembros, para evitar conflictos posteriores con otros ciudadanos no indígenas.

El Asambleísta César Rohón (PSC), tiene preocupación sobre el ámbito de aplicación de la justicia ancestral y recomienda procurar el principio de unidad jurisdiccional.

Desde una posición conservadora, Rohón presenta su preocupación sobre el ámbito de competencia de la jurisdicción indígena, por lo que de la lectura de su intervención, no está de acuerdo con dicho reconocimiento.

Pedro De la Cruz (PAIS), en su intervención manifiesta que: “En la justicia indígena no existe, cuando dice la verdad, la sanción, cuando dice la verdad, es perdonado y es reintegrado a la vida social comunitaria (...) es una justicia moral, es una justicia de rehabilitación (...) que debe ser normada en la interculturalidad”.

El Asambleísta De la Cruz, acorde con su calidad de indígena, apoya el reconocimiento constitucional de la justicia indígena y resalta las cualidades positivas de esa jurisdicción.

El artículo sobre justicia indígena fue aprobado con 78 votos afirmativos, 14 negativos, 6 blancos y 15 abstenciones, en la sesión del 11 de julio de 2008, conforme consta en el Acta N. 82 de la Asamblea Constituyente. (Acta N. 82, 2008)

Sin embargo, al presentarse una solicitud de reconsideración, la misma fue aceptada en sesión del Pleno de la Asamblea constituyente en fecha 18 de julio de 2008, conforme se desprende del Acta N. 91, siendo propuesto el siguiente articulado:

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, garantizando la participación y decisión de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios, para la solución de sus conflictos internos y que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos reconocidos y garantizados en instrumentos internacionales vigentes. 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 justicia indígena y la justicia ordinaria.

Siendo el mismo sometido a votación de los Asambleaístas, quienes aprobaron el artículo sobre jurisdicción indígena con 87 votos afirmativos, 1 negativo, 2 blancos y 5 abstenciones. (Acta N. 91, 2008)

En virtud de las intervenciones en los debates en el Pleno de la Asamblea Constituyente, en torno a la justicia indígena, se corrobora que la gran mayoría de Asambleaístas apoyaron el reconocimiento de dicha jurisdicción dentro del texto constitucional, como una forma de retribuir a la comunidad indígena, la discriminación

e invisibilización que ha sufrido desde la época colonial, así como el respeto que merecen sus tradiciones ancestrales y su cosmovisión.

Tabla 1

Cuadro comparativo de intervenciones en los debates constituyentes sobre justicia indígena.

Posición	A FAVOR				EN CONTRA			
	ASAMBLEISTA	MOVIMIENTO O PARTIDO POLÍTICO	FRAGMENTO DE INTERVENCIÓN	OBSERVACIONES	ASAMBLEISTA	MOVIMIENTO O PARTIDO POLÍTICO	FRAGMENTO DE INTERVENCIÓN	OBSERVACIONES
Presentación del informe de mayoría para el primer debate.	Margarita Morocho	Alianza País	"La justicia indígena está fundamentada en la formación de valores, en la cosmovisión indígena, donde nosotros debemos cultivar los valores humanos, autoestima y ellos construyen en todo campo de acción".	S/O	Virgilio Hernández	Alianza País	"tengo mis reservas sobre la justicia indígena (...) esta bien que en la justicia indígena, le flagelen a una persona?, estará bien? Son las grandes preguntas que tenemos que hacernos, si queremos igualdad ante la ley (...)"	S/O
	Vicente Masazuza	Alianza País	"La plurinacionalidad y el derecho a ejercer la administración de justicia, son conceptos inseparables".	S/O	Alfredo Ortiz	RED	"hay que rescatar (...) este principio de la unidad jurisdiccional (...) este principio es un principio fundamental, es un principio que existe en varios o en muchos de los ordenamientos jurídicos del mundo"	S/O
					Nilton Mendoza	PRIAN	"La unidad jurisdiccional es o no es, no admite ambigüedades (...)"	S/O
Primer Debate	Mauro Andino	Alianza País	"llamo a la reflexión sobre el ejercicio de la jurisdicción indígena cuando se dice "en base a sus tradiciones ancestrales", ya que es conocido que en estas prácticas no siempre está garantizada la igualdad de género, existe un irrespeto en contra de la mujer indígena, no se respetan sus derechos"	Integración de la mujer indígena en las decisiones.	Mae Montaño	UNO	"Sin embargo, vistos los inconvenientes de dicha coexistencia con la jurisdicción estatal, conllevará nuestro pronunciamiento desfavorable a dicha tesis".	1. Riesgo de unidad jurisdiccional 2. Antecedente para otras organizaciones sociales. 3. Vulneración del principio de ley universal. 4. La fuente de derecho. 5. Incertidumbre sobre la aplicación.
	Lenín Hurtado	MPD	"la justicia indígena es adecuada en función de asegurar la interculturalidad (...) por lo tanto debemos respetar su uso, sus costumbres y por supuesto consagrar constitucionalmente la justicia indígena"	S/O				
	Cristina Kronfle	PSC	"En el tema de la justicia indígena (...) somos diferentes y también tenemos costumbres diferentes y prácticas culturales distintas, pero (...) aquella mujer que haya sufrido una violación sexual, no puede ser únicamente castigado el agresor a punta de ortigas, la justicia ordinaria tiene la obligación de responder por el valor de esa mujer"	Los delitos de violaciones no podrían ser sancionados únicamente por la justicia indígena	Francisco Cisneros	PSP	"Debería haber una justicia indígena o debería haber una justicia para todos (...) no debe escribirse ese artículo en la constitución"	Violación a los derechos humanos y antecedentes para otras organizaciones sociales
	Rosana Alvarado	Alianza País	"Nuestra mirada occidental se queda muy corta frente a la justicia indígena y a su visión integral y completa de la realidad"	Sobre la competencia al establecer dentro de su territorio: los derechos de las mujeres indígenas.				
	César Grefa	Pachakutik	"Estamos hablando de una justicia verdaderamente practicada y aplicada por miles de años"	S/O	Catalina Ayala	PSP	"el separar las dos justicias, las dos administraciones de justicia, no creo tampoco que es una solución. Debemos tratar de conservar una unidad jurisdiccional, para el día de mañana no fragmentaría más"	Violación a los derechos humanos y antecedentes para otras organizaciones sociales
Segundo Debate	Vicente Masazuza	Alianza País	"los valores de los pueblos, las prácticas jurídicas dentro de la comunidad, es el sistema jurídico que determina la armonía que es el fin del derecho"	S/O	Margarita Morocho	Alianza País	"Este sistema de justicia fraccionaría la unidad jurisdiccional, produciendo condiciones discriminatorias para las personas en cada uno de los pueblos, provocando instituciones diferentes, normas y procedimientos contradictorios"	Debería ponerse las reglas claras para evitar la incertidumbre.
	León Roklós	RED	"Los únicos sujetos pasivos de la jurisdicción indígena tienen que ser los miembros de su pueblo o racialidad"	Se establece de forma expresa que la jurisdicción indígena se ejercerá solo entre sus miembros.				
	Pedro de la Cruz	Alianza País	"es una justicia moral, es una justicia de rehabilitación (...). Nosotros creemos que esta justicia debe normarse en el marco de la interculturalidad"	S/O	César Robón	PSC	"No puede en el país haber dos jurisdicciones diferentes. Una sola jurisdicción, tenemos que procurar claramente preservar la unidad jurisdiccional en el Ecuador"	Recomienda procurar el principio de unidad jurisdiccional.

¹ Fuente: Actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi: montecristivive.com

CAPÍTULO SEGUNDO

Justicia indígena y pluralismo según la Constitución y las sentencias interpretativas

2.1 La constitución a interpretación: Justicia indígena y pluralismo.

La interculturalidad, al igual que la plurinacionalidad, se encuentran transversalmente expresadas en la Constitución de Montecristi, empezando por el preámbulo, primer artículo y en las instituciones, constituyéndose en rasgos específicos y fundamentales de la Carta Constitucional. (Espinoza & Caicedo, 2009, pág. 281).

Conforme se describió en líneas anteriores, la Asamblea Constituyente aprobó un articulado, que contiene el reconocimiento expreso de la justicia indígena, en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, aprobada por 94 Asambleístas Constituyentes, así como por los ecuatorianos a través de la consulta popular el 28 de septiembre de 2008, con el 63.93% de los votantes y el 20 de octubre de 2008, entró en vigencia.

Esther Sánchez (2000, pág. 63) considera que los reconocimientos que se hacen a nivel constitucional de esta pluralidad cultural, étnica y jurídica, desencadena en la negación del pensamiento etnocéntrico, que conlleva la idea de que ambos sistemas se encuentran en igualdad de condiciones.

Ramiro Avila (2012, pág. 283), sostiene que al haberse declarado al Ecuador como un Estado intercultural, se desprende tres ideas fundamentales: 1) Se reconoce la diversidad de nuestro país, en donde prevalece la heterogeneidad al pensamiento hegemónico. 2) La posibilidad de que las culturas existentes en el Ecuador convivan y

aprendan unas de otras. 3) La idea de terminar con aquel pensamiento monocultural y por ende desplazar al pensamiento colonial.

En el contexto de la declaratoria de la plurinacionalidad, el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta:

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.

Del análisis de este articulado, se desprende que: el titular del derecho son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; quienes en base a las normas propias que poseen estos colectivos, a través de su costumbre resuelven sus conflictos; estableciendo como límite su ámbito territorial, sin hacer ninguna alusión a una competencia por materia; así como se determina que serán sus autoridades quienes tienen capacidad de resolución, la designación de las mismas dependerá de la forma de elegir a sus representantes que tenga cada comunidad; y finalmente consta la protección de los derechos humanos para los procesados por este sistema de justicia.

Con la aprobación de la nueva Carta Magna y el contenido del artículo sobre jurisdicción indígena, se aceptó de manera expresa la existencia del pluralismo jurídico en el Ecuador.

La Constitución de Montecristi establece límites a la aplicación de justicia indígena, estos mínimos jurídicos que debe respetar esta jurisdicción son el derecho a la vida, integridad física, prohibición de la esclavitud y seguridad jurídica. (Aranda, 2011, pág. 130).

Estos límites de los que habla Aranda, se refiere a que dentro del Art. 171 de la Carta Fundamental, establece el respeto a los derechos humanos reconocidos en la constitución y tratados internacionales, también hay que destacar que otro límite impuesto constitucionalmente es el ámbito territorial, y por último se hace mención a que tendrán competencia para los conflictos internos.

Dentro de la Constitución ecuatoriana, conjuntamente con el artículo 171, se observan otros artículos que guardan relación con los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, los que se refieren al derecho a la autodeterminación.

Entre ellos se encuentra el artículo 57 que versa sobre los derechos colectivos que se reconocen a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos el de mantener, desarrollar y fortalecer de forma libre su identidad, tradiciones ancestrales, su propia forma de convivencia, su derecho consuetudinario.

El artículo 189 de la Constitución que se refiere a los jueces de paz, manifiesta que en ningún caso ellos prevalecerán sobre la justicia indígena, de igual forma, el literal i) del artículo 76 *Ibíd*em establece que nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa y materia, para lo que se deberá tomar en cuenta los casos sometidos a la

justicia indígena; lo que sin duda alguna representa un avance a la Constitución de 1998. (Constitución de la República del Ecuador, 2015).

En este sentido, y con el objeto de dar cumplimiento a la disposición de realizar una ley que permita la coordinación y cooperación entre las justicias: indígena y ordinaria, el legislativo ha emitido normas que de cierta manera dan pautas, cuyo objetivo es lograr la convivencia entre ambas jurisdicciones, estas reglas se encuentran contenidas en el Código Orgánico de la Función Judicial y en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Las normas sobre justicia indígena establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, se encuentran en los artículos 343 hasta el artículo 346, los que establecen el ámbito, los principios, el procedimiento de declinación de competencia y la promoción de la jurisdicción indígena, todo ello con la visión de establecer una relación coordinada entre ambos sistemas de administración de justicia.

El artículo 343 que establece el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena, es una réplica del artículo 171 de la Constitución, al que se añade en la parte final: “No se podrá ejercer derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”, como una forma de precautelar los derechos de la mujer indígena en la aplicación de su jurisdicción.

El artículo 344, versa sobre los principios que deberán ser aplicados por los operadores de justicia ordinaria, como el de diversidad que busca garantizar la pluralidad cultural; el principio de igualdad que procura la intervención de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena con el objeto de que las colectividades originarias comprendan los procedimientos y consecuencias de la jurisdicción ordinaria; el principio non bis in ídem, que se refiere a la prohibición de

revisar los procesos de la administración de justicia indígena por parte de jueces ordinarios.

El principio pro jurisdicción indígena, que dispone que ante la duda entre las dos jurisdicciones, se prefiera la justicia indígena, de manera que exista la menor intervención posible; y por último, el principio de interpretación intercultural, que hace alusión a que las decisiones que se tomen dentro de la justicia ordinaria, en donde intervengan personas o colectividades indígenas, sean resueltas mediante una interpretación a la luz de la interculturalidad, tomando elementos de su cosmovisión, en cumplimiento de la constitución y tratados internacionales.

En el artículo 345, se establece la declinación de competencia por parte de las autoridades de justicia ordinaria, hacia la jurisdicción indígena y se detalla su procedimiento; y el artículo 346, determina la forma en la que el Consejo de la Judicatura, coordinará acciones con la justicia indígena, entre las que se encuentran dotar de recursos humanos y económicos para la cooperación entre ambas jurisdicciones, además de capacitar al personal de la justicia ordinaria, acerca de la administración de justicia indígena en los territorios en donde se encuentre dicha población.

Del articulado detallado en líneas anteriores, se puede decir, que no se ha realizado un cabal cumplimiento a lo que ellos disponen, debido al desconocimiento por parte de los operadores de justicia ordinaria sobre la jurisdicción indígena, situación que desencadena en la nula declinación de competencia por parte de los jueces ordinarios, así como la ausencia de aplicación de los principios de la jurisdicción indígena establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por su parte, contiene dos artículos relacionados a la Justicia Indígena, que contienen el trámite y

principios a observarse en la Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la Justicia Indígena.

El artículo 65 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que se podrá presentar acción extraordinaria de protección contra las decisiones de justicia indígena, cuando una persona sometida a esta jurisdicción, considere que sus derechos han sido vulnerados; en el artículo 66 *Ibidem*, prevé los principios y reglas que la Corte Constitucional deberá observar cuando resuelva esta acción constitucional, dentro de las que se encuentra la facultad del juez constitucional de solicitar la opinión de un experto en justicia indígena, con el objetivo de resolver en base a la interculturalidad.

Al respecto, Christian Masapanta (2015, págs. 25-30), sostiene que esta acción tiene su fundamento en el hecho de que ninguna decisión que emane de una autoridad queda exenta del control de constitucionalidad, lo que representa, por lo tanto, un límite para proteger los derechos humanos que en este caso pudieran ser vulnerados por parte de las autoridades indígenas. Esta acción constitucional deberá proceder acorde a los principios de interculturalidad establecidos en las normas nacionales e internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

Sobre la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de justicia indígena, se puede decir, que la misma se ha detallado en la ley, para que en cumplimiento de lo que prescribe la Constitución, la Corte Constitucional realice el control constitucional a las decisiones de las autoridades indígenas, sin embargo, en la práctica como se podrá corroborar más adelante, no se han respetado los principios sobre interculturalidad establecidos tanto en las leyes, así como en tratados internacionales.

Una vez analizada la normativa legal y constitucional del Ecuador sobre justicia indígena, es necesario revisar lo que manifiestan los tratados internacionales de los que Ecuador es suscriptor sobre esta materia.

Dentro de la normativa internacional que forma parte del ordenamiento del Ecuador sobre Derecho Indígena, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1996, que dentro de lo que compete a este estudio, su artículo 27 establece: “el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, a la preservación de las costumbres y tradiciones legales”. Es decir, este tratado internacional, ya reconoce las costumbres propias en el ámbito jurídico de las colectividades que representan la minoría dentro de un Estado. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1996).

Ecuador es a su vez suscriptor del Convenio 169 para Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo, que reconoce los derechos de los pueblos indígenas y tribales, tales como el de identidad, autodeterminación, aplicación de su derecho y por ende la potestad de ejercer su jurisdicción conforme sus tradiciones ancestrales.

Esto lo vemos plasmado en el numeral 1 del artículo 9 que dice: “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”. (Convenio 169 de OIT)

También forma parte de nuestra normativa la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que con respecto a la justicia indígena, en su artículo 34 expresa lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho

a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”, así como el artículo 35 que dice: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007).

En este contexto, una vez analizadas las normas de rango legal, constitucional e internacional, se corrobora que el Ecuador ha modificado su ordenamiento jurídico en pos de la eficaz aplicación de la jurisdicción indígena; como puede observarse las reglas y principios contenidos en el Código Orgánico de la Función Judicial, así como el la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se encuentran en conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales a los que se ha hecho alusión.

Sin embargo, el problema se efectúa al momento de la aplicación de las normas sobre justicia indígena, ya que en la práctica, las colectividades originarias han tenido un sin número de inconvenientes cuando quieren ejecutar su derecho ancestral y establecer sanciones a los infractores, que han vulnerado la armonía que debe regir entre comunidad, individuo y naturaleza; y esta inobservancia de la normativa existente en torno a este tema, proviene principalmente de los operadores de justicia ordinaria, quienes ven a la justicia indígena como una institución en capacidad de encargarse únicamente de conflictos menores, lo que genera que jueces ordinarios no declinen su competencia hacia las autoridades indígenas.

2.2 ¿Debería existir una norma de rango legal que regule y defina la administración de justicia indígena?

En virtud de los inconvenientes entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, se han presentado varias posturas sobre la necesidad de elaborar una normativa que permita desarrollar o delimitar de mejor manera a la justicia indígena, con el fin de que las dos formas de administrar justicia, existentes en nuestro país, puedan convivir.

Varios autores apoyan la elaboración de una norma que regule la aplicación de la justicia indígena, delimitando su campo de acción, dando cumplimiento con lo dispuesto por la Constitución; por otro lado, hay quienes sostienen que hacer aquello supondría subordinar la justicia indígena a la ordinaria, y en consecuencia se perdería la esencia del derecho indígena que se basa en la costumbre de sus pueblos como fuente de sus normas, que regulan su vida en comunidad.

Para Farit Rojas, existen dos formas de poner en funcionamiento el pluralismo jurídico: “la primera mediante una ley como la de deslinde y, segundo, mediante la interpretación constitucional en clave de pluralismo (...) la segunda vía es la desarrollada por la Corte Constitucional colombiana”. (Rojas, y otros, 2011, pág. 153).

Nancy Solano y Germán Padilla, (2017, pág. 323), sostienen que ante las tensiones existentes entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, es una necesidad la creación de una norma que coordine las acciones entre ambas justicias.

Edwin Cruz (2012, pág. 382), quien tiene un criterio diferente, considera que no sería suficiente una ley para lograr la anhelada coordinación entre ambas justicias, ya que más bien una norma podría representar un obstáculo, por lo que considera esta regulación debería estar a cargo del órgano constitucional, a través de la

jurisprudencia, para lo que este organismo debería estar conformado por conocedores de ambas jurisdicciones, de modo que pueda regularse interculturalmente.

Diego Zambrano (2009, pág. 230) considera que, resulta de gravedad el intentar normativizar la justicia indígena, que restringe al conocimiento de ella a casos de poca complejidad, instaurando la desigualdad entre ambas formas de administrar justicia, que vistas desde el contexto constitucional están en igualdad de condiciones.

En este orden de ideas, cabe manifestar que en nuestro país la falta de esta ley de coordinación, no ha provocado la inaplicación de la jurisdicción indígena con sus normas y tradiciones, ya que al ser reconocida constitucionalmente, es de aplicación directa, por ello, no está condicionada a la existencia de la ley para el cabal ejercicio de su propia forma de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas. (Roa, 2014, pág. 109).

Sin embargo, de darse paso a la aprobación de una ley que regule a la justicia indígena, ésta debería realizarse con la activa participación de los sectores indígenas desde el comienzo hasta que la misma entre en vigencia. (Rojas, y otros, 2011, pág. 155).

Es decir, en caso de que se llegará a configurar una ley que regule el campo de acción de la justicia indígena, es totalmente necesaria la participación activa en la elaboración normativa de las comunidades indígenas, de manera que la ley que sea emitida, represente la cosmovisión de dichos pueblos; por otro lado, existe también temor sobre la existencia de regulación, ya que podría quedar subordinada la jurisdicción indígena a la ordinaria, si se concediera el conocimiento únicamente de casos pequeños.

Esta duda que surge acerca de la normativización de la justicia indígena como límite al campo de acción es totalmente aceptada, sobre todo en nuestro país, en el que si bien se ha reconocido su plurinacionalidad, es un Estado en el que todavía salen a relucir las características del neo colonialismo, que desde una filosofía de lo monocultural, mira a la justicia estatal como la única valedera.

En esta virtud, la creación de una ley que regule a la justicia indígena, rompería con su esencia misma, ya que la jurisdicción ancestral, tiene como fuente a la costumbre, la que se ha transmitido de generación en generación, por lo que se produciría una desnaturalización de la Justicia comunitaria, si se redujera a una ley que regule su funcionamiento, además cabe destacar que en nuestro país cada comunidad tiene sus propias tradiciones, lo que dificulta crear una norma que cubra todas las necesidades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

En este contexto, se considera que la Corte Constitucional del Ecuador, puede contribuir, emitiendo líneas jurisprudenciales en cuanto a la administración de justicia indígena, siempre que sean considerados criterios de interculturalidad, además de propender la actuación del sector indígena para la mejor comprensión de su cosmovisión y evitar imponer límites que contravienen la constitución y tratados internacionales, en busca de hacer prevalecer al sistema de justicia estatal.

2.3. Corte Constitucional Ecuatoriana y justicia indígena: el caso “La Cocha”.

Uno de los casos que ha generado controversia y por lo tanto, es de trascendental importancia en cuanto a la Justicia Indígena en nuestro país, es el Caso denominado “La Cocha”, o “La Cocha 2”, que hace alusión a los hechos suscitados en el pueblo de Panzaleo, de nacionalidad quichua, de la Provincia de Cotopaxi, en donde ocurre el asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, situación que provocó que el 16 y

23 de mayo de 2010 se reunieran las comunidades indígenas de La Cocha y Guantopolo para conocer el caso y luego del debido procedimiento conforme sus tradiciones ancestrales, establecieron la culpabilidad de cinco jóvenes de la comunidad de Guantopolo e impusieron las sanciones conforme a sus costumbres.

Hechos que fueron transmitidos y estigmatizados por parte de los medios de comunicación, que mostraron a la sociedad únicamente la etapa de la ejecución de la sanción, lo que generó conmoción en la ciudadanía ecuatoriana, es por ello, que el Fiscal General de Estado, el Ministro de Gobierno y Policial pretendieron ingresar arbitrariamente a las comunidades, para interferir con la justicia indígena; a su vez el Ministro de Justicia solicitó que se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas, quienes fueron apresados y posteriormente liberados.

Debido a esta intromisión por parte de las autoridades estatales, Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano de Marco Olivo Pallo, presentó una acción extraordinaria de protección a las decisiones sobre justicia indígena que se tomaron dentro de las comunidades de La Cocha y Guantopolo. La pretensión del accionante no tiene que ver con la inconformidad de la resolución tomada por las autoridades de las comunidades de La Cocha y Guantopolo, por el contrario, tiene como objetivo que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas sean respetadas.

La Corte Constitucional del Ecuador, luego de cuatro años, emite su sentencia N. 113-14-SEP-CC, dentro del caso N. 0731-10-EP, en la que se declara que no ha existido vulneración de derechos humanos por parte de la Asamblea de la Comunidad Indígena, ni por parte de los organismos estatales que intervinieron; que la Asamblea General de la Comunidad Panzaleo es la autoridad competente para conocer y resolver los conflictos que se llegaren a suscitar dentro de esta comunidad; así como establece

que la comunidad indígena no resolvió el conflicto con respecto al bien jurídico protegido que es la vida, sino únicamente resolvieron sobre el restablecimiento de la armonía interna de la comunidad, por lo que no se configuró el principio de non bis in ídem.

A más de ello, la Corte Constitucional del Ecuador en este fallo, sentó líneas jurisprudenciales acerca de la aplicación de la Justicia Indígena, es así que estableció como norma obligatoria, que el Derecho Penal Ordinario es el único ente, que de forma exclusiva y excluyente conocerá los casos que atenten contra la vida de las personas, y la Justicia Indígena será competente para conocer y resolver los conflictos que se susciten dentro del territorio indígena, entre sus miembros y de acuerdo a sus valores.

Establece a su vez que los procesos que se sigan en contra de miembros de comunidades indígenas, deben regirse por los principios derivados del Convenio 169 de la OIT. Así como dispone a los medios de comunicación que para difundir sobre los casos de Justicia Indígena, dicha información e imágenes deberá ser contextualizada y de veracidad comprobada, con previa autorización de las autoridades indígenas.

Por otro lado, el Juez de la Corte Constitucional, Fabián Marcelo Jaramillo, emitió su voto salvado, el que se apoya en los peritajes: de la Dra. Esther Sánchez Botero, en antropología y derecho; y de Pedro Torres experto en manejo y resolución de conflictos en comunidades indígenas, y resuelve: Que no se ha afectado el derecho a la seguridad jurídica por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha; que las autoridades de dicha comunidad en el presente caso actuaron en aplicación directa de la norma constitucional contenida en el artículo 171 de la Carta Magna, así como del artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial; que se ha vulnerado

el derecho constitucional a la no re victimización de Víctor Manuel Olivo Pallo y de su familia; y finalmente establece como medidas de reparación integral, que se archive el caso que conoce la Justicia Ordinaria, con el fin de evitar un doble procesamiento para los involucrados, que los medios de comunicación al difundir información sobre Justicia Indígena, deberán de forma responsable emitirla bajo los criterios de veracidad y contextualización, evitando de esta forma la desnaturalización de esta jurisdicción; así como consta la disposición de la capacitación a los funcionarios de la justicia ordinaria a fin de que conozcan de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, de igual forma, la publicación y difusión de la sentencia, en cumplimiento de la normativa existente sobre jurisdicción indígena. (Sentencia N. 113-14-SEP-CC, 2104)

Christian Masapanta (2015, pág. 56), al realizar un análisis sobre la sentencia de la Corte Constitucional en el caso “La Cocha”, concluye que:

Desde una perspectiva técnica y dada la naturaleza de la garantía en análisis la Corte emitió esta sentencia en donde se ven plasmados distintos efectos: interpartes cuando resuelve el conflicto asociado con la muerte de un sujeto en concreto y de sus presuntos responsables; con efecto inter comunis cuando determina que la autoridad competente es la Asamblea General en cuanto a la toma de decisiones; y con efecto erga omnes cuando en la parte resolutive crea reglas jurisprudenciales a ser observada por parte de todos los agentes jurisdiccionales del país. Por tanto esta sentencia genera una primera aproximación jurisprudencial del campo de acción en el cual debe operar una acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de

la justicia indígena, lo cual denota un interesante ejercicio hermenéutico por parte de este órgano jurisdiccional y un primer paso para la solución de este tipo de conflictos que generan fuertes reacciones dentro de un estado plurinacional y diverso como el ecuatoriano.

Para Verónica Yuqilema (2015, págs. 64-65) la sentencia emitida en por la Corte Constitucional en el caso “La Cocha” es inconstitucional, ya que no observa los mandamientos constitucionales sobre Justicia Indígena e impone un límite con total arbitrariedad para que la jurisdicción indígena no conozca de casos en donde el derecho vulnerado sea la vida; por lo que la Justicia Indígena en aplicación directa de la norma constitucional, podría seguir en conocimiento de casos de homicidio o asesinato dentro de sus comunidades y conforme a su cosmovisión.

Acorde con la segunda opinión, se considera, que la sentencia sobre Justicia Indígena emitida por la Corte Constitucional, es contraria a la Carta Fundamental y a los tratados internacionales suscritos por el Ecuador respecto al pluralismo jurídico, vulneradora de los derechos que poseen las colectividades indígenas, a ejercer su propia forma de administrar justicia como parte de su cosmovisión, ya que impone de forma arbitraria límites a su aplicación, subordinando la jurisdicción indígena a la estatal.

Por lo que se coincide con lo manifestado en el voto salvado del caso “La Cocha”, ya que los culpables de la muerte de Marco Olivo, fueron castigados conforme la cosmovisión de las comunidades indígenas competentes, a través de un procedimiento conocido previamente por los implicados, en el que se establecieron sanciones conforme sus tradiciones

ancestrales, es decir, al haber sido ya juzgados por las autoridades indígenas, los infractores ya no debían ser sometidos a la jurisdicción ordinaria, ya que había una resolución en firme, y efectivamente se configuró el principio non bis in ídem.

Las autoridades relacionadas a la justicia estatal, intervinieron vulnerando varios derechos, entre ellos, el de non bis in ídem, en contra de los infractores; el de no revictimización, hacia los familiares del fallecido; y, el derecho de las colectividades a la autodeterminación.

Es necesario precisar, que los implicados en la muerte de Marco Olivo, salieron en libertad después de un año de haber estado privados de su libertad, sin haber obtenido sentencia por este caso, lo que corrobora acerca de las críticas que recibe la justicia ordinaria en cuanto a su eficacia.

2.4. Jurisprudencia constitucional sobre justicia indígena en Latinoamérica.

Una vez analizada la sentencia sobre el caso “La Cocha”, que contiene jurisprudencia constitucional, que establece parámetros en la aplicación de justicia indígena, se revisará brevemente, en los países latinoamericanos el reconocimiento de esta jurisdicción, así como la jurisprudencia latinoamericana más relevante sobre el tema.

A raíz de los logros obtenidos a nivel internacional por parte de los movimientos indígenas de los países latinoamericanos, que dieron como resultado los tratados internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, los Estados de Latinoamérica han incorporado estas normas a sus ordenamientos, lo que ha desencadenado en cambios y transformaciones a nivel constitucional, incluyendo principios de interculturalidad en las estructuras de dichos Estados.

La justicia indígena, ha sido recogida por 19 estados de la región, en donde se reconoce la facultad de las autoridades comunitarias para administrar su jurisdicción según sus costumbres, apegados a las normas constitucionales y de derechos humanos contenidos en tratados internacionales. (Ariza R. , 2007, págs. 16-21).

Esta realidad acerca de la pluralidad jurídica por parte de varios Estados de América Latina, representa un reto para sus sociedades, que viven bajo la lupa de la cultura y justicia hegemónica, que lejos de querer reconocer y garantizar el ejercicio del derecho que poseen los pueblos ancestrales a administrar su propio sistema de justicia, la califican de actos de salvajismo, es por ello, que dichos pueblos continúan en la lucha porque los derechos que han sido constitucionalmente reconocidos sean garantizados, permitiendo su eficaz ejercicio.

Rosembert Ariza (2007, pág. 55), acerca de la justicia indígena en Latinoamérica manifiesta: “El asumir la existencia de sistemas jurídicos distintos significa en la práctica, respetar las maneras de sancionar, castigar y armonizar que los pueblos indígenas desarrollan desde su saber ancestral”.

Cabe mencionar, que en las constituciones latinoamericanas que hacen referencia a la jurisdicción indígena tienen como verbo común “reconocer”, asumiendo la preexistencia de la misma, dejando el espacio abierto para procurar una asimilación por parte de las instituciones del Estado, sobre todo de la justicia ordinaria. (Gutierrez, 2007, pág. 125).

Países como Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998), han incorporado dentro de sus textos constitucionales al derecho indígena, mismo que contienen el carácter pluricultural y multiétnico, que trae consigo el reconocimiento de la pluralidad jurídica.

El reconocimiento que realizan estos estados, tienen como normativa del derecho indígena, la costumbre que poseen los pueblos y comunidades indígenas dentro de cada territorio, con sus autoridades, quienes poseen la facultad de administrar justicia.

Las constituciones de estos países únicamente mencionan la competencia territorial, siendo posible que la jurisdicción ancestral sea aplicada únicamente dentro de los territorios de los pueblos indígenas; sin establecerse competencia por la materia.

Las constituciones de Colombia y Perú, sobre competencia personal, establecen que la jurisdicción indígena se aplicará a las personas que se encuentren en territorio indígena, en el caso boliviano depende de las costumbres de cada comunidad indígena.

Estas constituciones tienen como límite el respeto de los derechos humanos fundamentales contenidos en los tratados internacionales de los que son suscriptores. Además, todas las Cartas Fundamentales, prevén la elaboración de una ley que compatibilice o coordine la justicia ordinaria con la indígena. (Gutierrez, 2007, págs. 126-128).

Perú en su constitución de 1993, reconoció la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, las cuales son ejercidas a través de las denominadas rondas campesinas, sin embargo, su aplicación no ha sido del todo eficaz, principalmente por la inexistencia de la Ley de coordinación, por ello, el Poder Judicial peruano, mediante Resolución Administrativa otorgó esta función de coordinación entre las diversas jurisdicciones a la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz. En este Estado las vulneraciones que llegaran a darse como resultado de la aplicación de la justicia

indígena son revisadas por los órganos jurisdiccionales, cuando esta facultad la debería tener un órgano constitucional. (Aranda, 2011, págs. 136- 137).

Bolivia, que contiene un alto porcentaje de población indígena, ha desarrollado la justicia indígena constitucionalmente, habiéndose emitido la Ley de Deslinde Jurisdiccional, que lejos de ser una ley que busque la coordinación y la cooperación entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, puso límites al sistema de justicia originaria, dejando a la tutela judicial como facultad únicamente de la justicia estatal, contradiciendo lo establecido por la Constitución Boliviana en cuanto a la igualdad que implica el reconocimiento del pluralismo jurídico. (Rodríguez, 2011, págs. 142-143).

Por su parte, Panamá es uno de los países que ha respetado la existencia del pluralismo jurídico dentro de su territorio, a través del reconocimiento de las comarcas, que comprende un territorio que es habitado por poblaciones indígenas que se caracterizan por poseer sus propias tradiciones y su autogobierno.

Costa Rica, posee un excelente nivel de desarrollo en cuanto al tema de reconocimiento de derechos al sector indígena, tal es el caso que existe un Tribunal de Derecho Consuetudinario, el que es aceptado dentro del marco del pluralismo jurídico.

En el caso de Honduras, pese a ser uno de los países suscriptores del Convenio 169 de la OIT, no ha modificado su ordenamiento interno en miras del reconocimiento del pluralismo jurídico, a pesar de que dentro de su población alrededor del 20% se encuentra conformado por indígenas y afrodescendientes.

Nicaragua, si bien es de los países que han intentado terminar con el modelo de Estado hegemónico y monocultural, no ha tenido mayores avances en cuanto a su

consolidación y desarrollo, a causa de la debilidad que presentan sus instituciones así como el desinterés de la voluntad política en torno a este tema. (Padilla, 2011, págs. 116-119) .

De los Estados Latinoamericanos antes descritos, Colombia es el país que de mejor manera ha logrado la coordinación entre justicia indígena y ordinaria, a pesar de que ello no ha sido gracias a la elaboración de una ley conforme el mandato constitucional contenido en el artículo 246 de la Carta Política de Colombia; la cooperación es el resultado de las políticas tomadas por el Consejo Superior de la Judicatura y sobre todo, por la jurisprudencia que emana de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional Colombiana.

Colombia, es el estado que ha sentado fuertes líneas jurisprudenciales con respecto a la jurisdicción indígena, aun siendo esta población una minoría, al parecer, ello ha inspirado a la confianza en el otorgamiento de autonomía a estos pueblos. (Ossio, 2007, pág. 77).

Dentro de la jurisprudencia más relevante entorno a la justicia indígena en Colombia, se encuentra lo siguiente:

La Sentencia T-001 de 2012, establece la definición de justicia indígena como:

“Derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad o por un miembro de ésta deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria” (Sentencia T-001 , 2012) .

La sentencia T-552/03, dictada por la Corte Constitucional colombiana, con respecto a la procedencia de la justicia indígena manifiesta lo siguiente:

“Para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado (...) (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley. (Sánchez M. , 2016, pág. 116).

Dentro de las Sentencias de la Corte Constitucional colombiana, las resoluciones: T-254/94 y T-349/96 han establecido como límite de la jurisdicción indígena, los derechos contenidos en la Constitución, así como los derechos humanos, basados en cuatro mínimos jurídicos que son: el derecho a la vida, prohibición de esclavitud y tortura y el principio de legalidad visto desde la óptica intercultural.

La Corte Constitucional de Colombia en la mayoría de los casos puestos a su conocimiento, que tratan sobre justicia indígena, han sometido dichos casos a peritaje antropológico, para interpretar las manifestaciones culturales de cada pueblo, de modo que sus resoluciones no sean realizadas desde la óptica occidental. (Rojas, y otros, 2011, pág. 38; 130).

Sin embargo, a pesar de ser Colombia, el país con mejor desarrollo acerca de la justicia indígena, todavía existen críticas, debido a que la jurisprudencia sobre esta jurisdicción deviene de un órgano cuya composición no obedece a criterios interculturales, es decir, no hay participación indígena de forma directa dentro del Tribunal de la Corte Constitucional.

En Guatemala, en dónde su población indígena es aproximadamente el 55%, conforme su suscripción a los tratados internacionales que versan sobre los derechos de los pueblos indígenas, ha reconocido al pluralismo jurídico dentro de su Estado, a través de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del año 2004, en la que se destaca la obligación de respeto de los derechos humanos por parte del Estado, sobre todo el de non bis in ídem, cuando una persona ya ha sido juzgada según sus costumbres dentro de su comunidad indígena; sin embargo, dentro de sus órganos jurisdiccionales ordinarios existe aún incertidumbre por la falta de reglas claras acerca de la aplicación de la justicia ancestral, llegando en muchos casos a desconocer las actuaciones de la autoridades indígenas. (Padilla, 2011, pág. 119).

A pretexto de la falta de una ley que regule y coordine las acciones entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, los países latinoamericanos se han visto estancados en el progreso y eficacia del reconocimiento que han hecho a nivel constitucional de la justicia comunitaria; siendo más bien, el común denominador para los pueblos y comunidades originarias de estos estados, la exclusión jurisdiccional.

Una vez analizado el Derecho Indígena en Latinoamérica se observa que el desarrollo de esta institución se encuentra en dos extremos: Guatemala se encuentra del lado que impone límites al ejercicio de la jurisdicción indígena, mientras que por el otro lado se encuentra Colombia que impone límites mínimos, abriendo paso a una mejor administración de justicia por parte de las autoridades indígenas dentro de su territorio. (Ariza R. , 2007, págs. 55-56).

Como puede observarse, los países suscriptores de tratados internacionales sobre derechos indígenas, han empezado a reformar sus ordenamientos, guardando armonía con las normas internacionales, sin embargo, si desde los gobiernos de turno

no hay la voluntad política de garantizar el derecho a la autodeterminación y por ende a ejercer su jurisdicción, lo plasmado en los textos constitucionales y legales, quedarán únicamente como letra muerta.

Por ello, es necesario que las colectividades indígenas, insistan a los órganos de gobierno el respeto de sus derechos y el desarrollo de sus formas de administrar justicia, de forma intercultural, en donde sean escuchados, con la finalidad de ver plasmados y garantizados sus costumbres ancestrales y tradicionales.

CAPÍTULO TERCERO

La justicia indígena a prueba. ¿Pluralismo jurídico o uso instrumental de la justicia indígena? Las prácticas en la solución de conflictos en la comunidad de San Pedro, en la Provincia del Cañar

La comunidad de San Francisco de San Pedro se encuentra ubicada dentro de la parroquia Honorato Vázquez, del cantón y provincia del Cañar. De esta comunidad indígena ha surgido el denominado Consorcio de Justicia Indígena y Campesina de San Pedro de Cañar.

En los últimos años, este Consorcio ha sido reconocido por sus prácticas en torno a la aplicación de la justicia indígena, reconocida en el texto constitucional de nuestro país, misma que ha causado críticas y controversia por parte de la sociedad

de la provincia, así como preocupación debido a los conflictos que su actuar ha provocado con la justicia ordinaria.

En este apartado, se analizarán las posturas tanto de los miembros de la Comunidad de San Pedro, así como de las personas que han sido afectadas por las acciones del Consorcio, para luego estudiar cuatro casos emblemáticos en los que ha procedido la justicia indígena aplicada por las autoridades de este consorcio y que han derivado en causas penales, sustanciadas en la justicia ordinaria.

3.1 Nociones sobre pluralismo jurídico y justicia indígena: Los miembros de la Comunidad de San Pedro.

Dentro del libro *La Justicia Indígena en San Pedro de Cañar* (2017, pág. 23), se señala que “las comunidades del Alto Cañar, en donde se encuentra San Pedro, ha ejercido la justicia indígena desde que tienen memoria”.

Y es así, que los miembros del Consorcio San Pedro, manifiestan que han ejercido su jurisdicción desde hace muchos años, antes como comunidad, luego como cooperativa, habiendo memorias de su aplicación desde el año 1973, cuando sometieron a la justicia indígena, a un miembro de la comunidad que había descuidado sus obligaciones como padre y esposo, procedieron con su juzgamiento y posterior sanación, dando como resultado un cambio en la actitud del infractor.

En el texto mencionado, que recoge algunos datos sobre la administración de justicia en la comunidad de San Pedro, se menciona también que debido a las actuaciones de pandillas de jóvenes que se conformaron en el Alto Cañar, esto es Biblián, Ingapirca y Honorato Vázquez, como consecuencia de la migración, las comunidades indígenas de Cañar, conformaron el “Consorcio de Justicia Indígena”, mismo que data de fecha 8 de octubre de 2014.

A través de una entrevista realizada personalmente a siete miembros del Consorcio “San Pedro”², el día martes, 21 de noviembre de 2017, en la Comunidad de San Francisco de San Pedro, se conoce que el mismo está conformado por alrededor de 120 comunidades indígenas de las provincias de Cañar, Azuay y Chimborazo.

La razón de su configuración se debe, como se manifiesta en su libro, a la presencia de pandillas en las zonas habitadas por las comunidades indígenas que realizaban actos delictivos como agresiones, asesinato, robo de ganado y vandalismo, lo que no podían ser reprimidos ni siquiera con la policía nacional, situación que los llevó a ejercer la jurisdicción indígena, sobre estos infractores, disminuyéndose en estos sectores el cometimiento de los delitos antes mencionados.

Sostienen que eran las madres de los miembros de estos grupos quienes solicitaban a las autoridades de la justicia indígena de San Pedro, que les realicen baños de sanación, en dónde se procedía con la autorización de sus representantes y los jóvenes con estas prácticas cambiaban de actitud y mejoraba su comportamiento.

Ante la conformación de este consorcio la sociedad mestiza la criticó, debido a las atribuciones que se otorgaban a las autoridades indígenas, pero también aplaudían los procedimientos realizados por este consorcio, a tal punto que uno de los primeros procesos en el que aplicaron su propia forma de administración de justicia fue al líder de una pandilla denominada “Sombras Negras”, que fue entregado a esta jurisdicción por parte del Gobernador del Cañar de ese entonces, quien al

² No se menciona los nombres de los entrevistados para guardar su identidad.

respecto manifestó que esta forma de administrar justicia, estaba acorde con los preceptos constitucionales. (Villarreal, B., 2017, págs. 26-27).

Aducen también que al haberse autocalificado como Consorcio, la CONAIE les quitó el apoyo, quedándose solos, por lo que las personas procesadas y sancionadas por su jurisdicción, tomaron venganza en contra de sus dirigentes y les plantearon juicios por secuestro, que en algunos de ellos han concluido con sentencias condenatorias, manteniendo a varios de los dirigentes privados de su libertad.

Los miembros del Consorcio San Pedro entrevistados, manifestaron que la justicia indígena se ejercía desde hace mucho tiempo, primero la misma comunidad, luego dentro de la cooperativa agrícola y ahora a través del consorcio San Pedro.

Del conocimiento que tienen los entrevistados son alrededor de 44 años que vienen ejerciendo su propia jurisdicción, antes las reuniones se hacían en otra comunidad llamada Aguarongo.

Para ellos, la justicia indígena es hacer lo justo, evitando que se den las injusticias, por ejemplo haciendo que se devuelvan dineros por estafa, que se restituyan terrenos a sus verdaderos dueños, imponiendo sanciones a los jóvenes que estaban incursionando en la pandilla, etc.

El procedimiento que el Consorcio San Pedro llevaba a cabo, consiste en que una de las partes interesadas ponía en conocimiento de la Asamblea su caso, y se notificaba a la otra parte para que acuda a la próxima reunión para que a través del diálogo se solucionen los conflictos presentados; una vez presentadas las posiciones de ambas partes, la Asamblea toma la resolución y se encarga de su ejecución, en

ciertos casos procedía el baño de sanación, todo ello conforme sus costumbres ancestrales.

Acerca del baño de sanación, manifiestan que es un ritual ancestral que se realiza con agua, flores y plantas del sector.

En ciertos casos las partes para el cumplimiento de lo acordado, celebran actas que contienen multas, en caso de incumplimiento la penalidad tendría que ser cancelada por la parte que faltó al compromiso a favor de quien sí realizó lo acordado.

Declaran que conforme se encuentra establecido en las normas ordinarias, la justicia indígena debe sujetarse a realizar sus acciones en su territorio, sin embargo, cuando han sido víctimas de robos, han tenido que movilizarse fuera de su comunidad, para investigar y de ser el caso recuperar lo robado; por lo tanto, ellos consideran que se ha mal interpretado, cuando se dice que han salido de su jurisdicción, ya que salían de su territorio para las respectivas averiguaciones y traer sus pertenencias, más no se procedía a juzgar fuera de su ámbito jurisdiccional.

Manifiestan que una vez configurado el Consorcio, quien quería formar parte del mismo lo hacía a través de una solicitud, misma que era sometido a conocimiento de la Asamblea, donde se tomaban la decisión de incorporar o no al solicitante; además sostienen que los dirigentes de las comunidades indígenas presentaban dicha solicitud a nombre de la comunidad indígena a la que representaban y se asociaba toda la comunidad.

Con respecto a la justicia ordinaria, dicen sentirse defraudados, ya que los delincuentes, los cuatreros, o los miembros de pandillas una vez que son aprendidos por la policía, salen enseguida libres, ya sea porque supuestamente no existen pruebas

o por la corrupción que existe dentro de la institución, y cuando acuden a la fiscalía no obtienen ningún resultado.

Situación que les llama la atención, ya que a su criterio, mientras quienes cometen delitos se encuentra en libertad, y los dirigentes del Consorcio de Justicia Indígena se encuentran privados de libertad en el Centro de Privación de Libertad de Turi, sin haber cometido un delito como los que ellos reprimen.

Consideran que la justicia por ellos ejercida se basa en la verdad y que se han hecho muchas cosas buenas con ella, así comentan de casos en donde los conocidos como “coyotes” estafaron a mucha gente, y los dineros pagados por los perjudicados fueron recuperados a través de su jurisdicción.

Criticar el hecho de que únicamente los familiares de José Sarmiento, quien preside el Consorcio, se encuentran procesados, situación que hace que se sientan perseguidos. Sostienen también que en los procesos penales no pudieron defenderse de manera efectiva, ya que quienes iban a testificar en la Fiscalía eran vinculados a los procesos, lo que dio como resultado temor en los miembros del consorcio y por ello dejaron de presentar sus testimonios.

Dentro de los procesos penales instaurados en contra de sus dirigentes, se dispusieron allanamientos, diligencias que realizaron a sus viviendas, en las que consideran existió abuso de autoridad, ya que fueron agredidos física y verbalmente por parte de la policía, quienes además no presentaron la orden respectiva ni existió la presencia de un Agente Fiscal, en consecuencia sienten violentados sus derechos.

Manifiestan que en varios casos en los que se encontraban procesados los miembros del Consorcio y se retiró la acusación particular, fue debido a la entrega de altas cantidades de dinero a los accionantes.

Creen que existe una orden desde “arriba”, en cuanto a los casos acerca del Consorcio San Pedro, es por ello, que cuando han acudido a las audiencias sienten que sus testimonios no han sido escuchados y considerados al momento de deliberar.

Los entrevistados manifestaron sentirse discriminados por parte de los operadores de justicia ordinaria, y mencionan ser mal tratados, sin que se les trate en igualdad de condiciones que los demás.

Finalmente manifestaron que por el momento, dados los problemas con sus dirigentes, los casos a resolver por la justicia indígena se encuentran detenidos, lo que ha provocado nuevamente la presencia de actos delictivos al interior de sus comunidades, lo que causa en ellos una sensación de inseguridad.

3.2 Nociones sobre pluralismo jurídico y justicia indígena: Las personas afectadas por la Comunidad de San Pedro.

Los afectados por las actuaciones del Consorcio de San Pedro, a través de entrevistas concedidas los días 17 y 18 de noviembre de 2017, en las ciudades de Azogues y Cañar, sostienen que conocen el contenido del Art. 171 de la Constitución, que reconoce la justicia indígena.

La que es considerada, por el entrevistado 1³, como un método para resolver conflictos, relacionados a delitos menores, suscitados entre los miembros de una comunidad indígena.

³ No se menciona los nombres de los entrevistados para guardar su identidad.

Mientras que el entrevistado 2⁴, manifiesta que la justicia indígena establecida en la constitución, es la facultad de administrar justicia de las comunidades indígenas, en base a sus tradicionales, por las personas más antiguas que tienen conocimiento de sus costumbres, entre sus miembros y dentro de la jurisdicción en donde está asentada la comuna o agrupación indígena.

Manifiesta uno de los afectados por la jurisdicción del Consorcio, que era de conocimiento en el cantón Cañar, las prácticas de la justicia indígena, aplicada por las autoridades de este organismo, a su manera, trasladando a los presuntos infractores a San Pedro, en contra de su voluntad y se sancionaba con baños de agua, castigos y amenazas.

Señalan además, que los miembros del Consorcio se hacían propaganda indicando que pueden ser parte de este organismo cualquier persona sea indígena o mestizo y que ellos hacían cumplir la ley, sobre todo casos que no se han resuelto en la justicia ordinaria en varios años, allí se resolvía en dos días, casos como deudas o conflictos de tierras, ellos hacían devolver el dinero o la tierra y a los presuntos infractores les mantenían retenidos hasta que cumplan con lo que se resolvía.

El entrevistado sostiene que para el Consorcio de Justicia Indígena la razón tenía quien acudía a ellos para que procedan con la justicia indígena, y el hecho de que varias personas acudan a su jurisdicción, provocó un decrecimiento en el trabajo de los abogados en libre ejercicio del cantón Cañar.

Para ellos, la justicia aplicada por parte de las autoridades del Consorcio San Pedro, no era en realidad jurisdicción indígena, ya que procesaban a personas que no

⁴ No se menciona los nombres de los entrevistados para guardar su identidad.

pertenecen a la comunidad, y que ejercían sobre ciudadanos que venían desde otras ciudades e incluso desde otras provincias. No consideraban en sus prácticas, sus costumbres ancestrales, ni el ámbito territorial establecido; y sobre todo no eran respetados los derechos humanos, conforme reza la Constitución.

Estas prácticas por parte del consorcio provocaron zozobra en el cantón Cañar, ya que se habían suscitado casos en los que por la fuerza fueron trasladados varios ciudadanos del centro del cantón Cañar, para procesarlos a través de la justicia indígena.

De las opiniones dadas por las personas afectadas, que fueron entrevistadas, la actuación por parte de los miembros del Consorcio San Pedro, violento sus derechos humanos reconocidos por la Constitución e Instrumentos Internacionales, como son: el derecho al trabajo, a la libertad, a la movilidad, a la integridad física, e incluso a la vida.

3.3 Análisis de los casos de justicia indígena en la comunidad de San Pedro, del cantón Cañar.

Los casos a ser analizados a continuación han sido escogidos, conforme su relevancia y consecuencias que han tenido en el cantón Cañar, en la provincia, e incluso a nivel nacional.

CASO 1.

Uno de los casos que se analizarán en torno a la actuación del Consorcio “San Pedro”, se trata sobre la aplicación de justicia indígena, por parte de sus dirigentes a Edgar Rigoberto Quintuña Sánchez, el día 18 de abril de 2015, presuntamente por haberse sustraído unos víveres de Mega Market, un local comercial que se encuentra

ubicado en el área urbana del cantón Cañar, cuyo dueño es José Calle, miembro de dicha comunidad indígena.

Es por ello, que alrededor de doscientos indígenas procedieron a trasladar al presunto infractor, desde su domicilio que lo tienen en la cabecera cantonal de Cañar, hasta la comunidad de San Francisco de San Pedro, conjuntamente con otros involucrados en el supuesto robo.

Una vez en la comunidad, los presuntos infractores fueron encerrados y sometidos a la justicia comunitaria, procediendo a ser sancionados, a decir de uno de los presuntos infractores lo castigaron con corriente eléctrica, chicote, gas y les sumergieron en una laguna cercana, en horas de la madrugada, además uno de los dirigentes, el señor José Alberto Calle Montero, obligó al señor Quintuña, antes de su liberación, a firmar un acta en el que se comprometía a no ejercer ningún tipo de acción en contra de los miembros del consorcio, imponiéndole una multa de 5000 dólares.

Estos hechos motivaron la intervención del Ministerio Público, que a través de su representante, presentó un dictamen acusatorio en contra de José Alberto Calle Montero, miembro del Consorcio San Pedro, por el presunto delito de secuestro, tipificado y sancionado con el Art. 161 del Código Orgánico Integral Penal, proceso signado con el N. 03282-2015-00197 en la justicia ordinaria, cuya audiencia de juicio se desarrolló ante el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Cañar, quienes resuelven ratificando su estado de inocencia, debido a que la presunta víctima, esto es Edgar Rigoberto Quintuña Sánchez, retiró su acusación particular y por consiguiente Fiscalía se abstuvo de presentar su acusación, debido a la ausencia de varios testigos presenciales, claves en la audiencia de juzgamiento. (Proceso Judicial N. 03282-2015-00197, 2015).

Respecto al caso descrito, se pueden analizar las siguientes situaciones que se desprenden del proceso en la justicia ordinaria: en primer lugar la supuesta infracción cometida por el señor Quintuña Sánchez, por la que procedió la jurisdicción indígena, no ocurrió dentro del territorio comunitario, es decir, no se dio en la circunscripción de la comunidad indígena de San Pedro; y en segundo lugar, el señor Edgar Rigoberto Quintuña Sánchez, no forma parte de comunidad indígena alguna.

Es por ello, que considero que no debía haberse aplicado en este caso la administración de justicia indígena, conforme lo establecido en el Art. 171 de la Constitución, ya que la norma constitucional prevé esta jurisdicción para la solución de los conflictos dentro del territorio comunitario y entre sus miembros.

Por otro lado, dentro de la sentencia que emite el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Cañar, no se observa un análisis sobre si cabía o no la jurisdicción indígena en contra del presunto infractor Edgar Quintuña Sánchez, para determinar si la justicia ordinaria era competente para el conocimiento de este caso en contra de los miembros de la comunidad de San Pedro, es decir hay una omisión por parte de los jueces en torno a la justicia comunitaria, que sirve de base para la actuación de los miembros del Consorcio San Pedro.

CASO 2.

Otro de los casos que ha causado inconvenientes entre la justicia indígena y la ordinaria, es el hecho acontecido el 30 de agosto de 2015, cuando Wilson Heriberto Montero Naranjo, trasladándose hacia una de las comunidades de la parroquia Ingapirca, del cantón Cañar, fue interceptado por un grupo de indígenas entre los que se encontraban José Sarmiento Jiménez y Luis Manuel Morocho Sanango, miembros del Consorcio San Pedro, quienes procedieron a llevarle presuntamente en contra de

su voluntad, hacia la comunidad de San Pedro, quien habría sido juzgado por la Asamblea comunitaria, por un conflicto de terrenos.

Este conflicto, ya había sido sometido a la justicia ordinaria, a través de una acción de protección signada con el N. 03282-2015-00138, dentro de la que se declaró la vulneración a los derechos constitucionales de los hermanos Montero Naranjo, entre los que están: el derecho a la seguridad jurídica, tutela efectiva, el derecho a la defensa y el derecho a la propiedad.

Posteriormente el Consorcio, procede a la liberar a Wilson Montero Naranjo el 1 de septiembre de 2015, luego de que firmara un acta; en este caso existió la intervención de miembros de la UNASE (Unidad antisequestro y extorsión) de Guayaquil.

La Fiscalía del cantón Cañar actúa sobre estos hechos y se dicta el auto de llamamiento a juicio dentro del proceso N. 03282-2015-00181 a cuatro miembros del Consorcio “San Pedro”, por el presunto delito tipificado y sancionado por el Art. 161 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, secuestro a Wilson Montero Naranjo, quien según se desprende del proceso penal, no pertenece a la comunidad de San Pedro, y estos hechos se dieron por un conflicto que ya había sido sometido a conocimiento y resolución de la justicia ordinaria.

Este proceso concluye con la ratificación de la inocencia de los cuatro procesados, debido al desistimiento de la acusación particular, en la audiencia de juicio, lo que conllevó que Fiscalía se abstuviera de continuar con la acusación, por no contar con los medios probatorios ante la ausencia de la presunta víctima. (Proceso Judicial N. 03282-2015-00188, 2015).

En este caso, desarrollado en la jurisdicción ordinaria, tampoco se observa la existencia de un análisis que determine si la intervención de las autoridades indígenas del consorcio San Pedro, consistía en una verdadera justicia comunitaria, es decir, se omite un análisis respecto a este tema, y se limita únicamente a su fundamentación respecto al presunto delito de secuestro contemplado en el Art. 161 del Código Orgánico Integral Penal.

En este caso, como ya se anotó, existió un pronunciamiento con anterioridad, respecto al conflicto de tierras dentro de la Comunidad de San Pedro, por parte de un juez estatal, en una acción de protección presentada por los propietarios de los terrenos en conflicto. En la resolución de esta acción constitucional, se realiza el análisis sobre las decisiones tomadas por el Consorcio de San Pedro, estableciendo que sus autoridades no tienen la competencia para ejercer la jurisdicción indígena en virtud de que no son autoridades de la comunidad, ello debido a que el Art. 171 de la constitución establece que las autoridades competentes serán las autoridades de las comunidades, más no se prevé la existencia de un consorcio, por lo tanto, se determina que no constituye justicia indígena las actuaciones de los directivos del Consorcio, así como se establece la vulneración de los derechos de los ciudadanos propietarios del terreno, quienes están siendo privados de su derecho a la propiedad, así como ha sido vulnerado su derecho a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y su derecho a la defensa, debido a que las decisiones tomadas por el consorcio resultan arbitrarias. (Proceso Judicial N. 03282-2015-00138, 2015).

Dentro de la sentencia que resuelve la acción constitucional de protección, se observa análisis sobre la actuación de los miembros del denominado Consorcio “San Pedro” en la aplicación de la justicia indígena.

Los miembros del Consorcio San Pedro, a través de la entrevista, sostienen que Heriberto Montero era parte del consorcio, por lo que eran competentes para resolver el conflicto de tierras presentado, incluso él se había comprometido a cancelar a los presuntos afectados la suma de \$15.000 dólares en la justicia indígena.

CASO 3.

El tercer caso versa sobre las actuaciones del Consorcio sobre el señor José Alberto Peñafiel Patiño, quien presuntamente se hizo de los terrenos de su tía política Delfina Calle, quien le habría regalado parte de dichos terrenos pero él habría hecho las escrituras de todo el terreno; este hecho llega a conocimiento de los sobrinos de la señora Delfina Calle, debido a que la misma se encontraba quebrantada en su estado de salud, por lo que quisieron vender una parte de sus terrenos para poder cubrir los gastos médicos, pero se percataron que los terrenos ya no constaban a su nombre, por lo que solicitaron la intervención del Consorcio San Pedro, para que Alberto Peñafiel devuelva los terrenos, procediendo a notificarle para que comparezca a la comunidad el día 9 de junio para resolver dicho conflicto.

A decir del señor Peñafiel contestó mediante oficio indicando que el día señalado no podía asistir a la comunidad, sin embargo, el día 9 de junio de 2015, fue interceptado por varios miembros del consorcio en una gasolinera, quienes le retuvieron y trasladaron contra su voluntad hasta la Comunidad de San Pedro, en donde se llevaría a cabo una Asamblea para decidir sobre los terrenos que pertenecían a Delfina Calle, intentaron obligarle a suscribir un acta quitándole las atribuciones sobre

el terreno que había adquirido a la señora antes mencionada, a lo que él se había resistido, dejándole en libertad a las dos de la mañana, luego de haber sido objeto de maltrato e injurias.

Por lo antes anotado el señor Peñafiel, presentó su denuncia en la Fiscalía del cantón Cañar, y se abrió un proceso signado con el N. 03282-2015-00179, en contra de tres personas por el presunto delito de secuestro, tipificado y sancionado con el Art. 161 del Código Orgánico Integral Penal.

En la sustanciación del juicio, los procesados manifiestan que José Peñafiel llegó de forma voluntaria a la Comunidad de San Pedro para resolver el conflicto sobre los terrenos que antes pertenecían a la señora Delfina Calle, sin que haya mediado presión alguna.

El Tribunal Segundo de Garantías Penales de Cañar, declara a los dos implicados, autores del delito de secuestro y los condenan a cinco años de privación de libertad, mientras que al tercer implicado le ratifican su estado de inocencia, debido a la presentación de un escrito de desistimiento de la acusación particular.

Los miembros del Consorcio manifestaron que José Peñafiel pertenecía a esta justicia indígena, incluso en meses anteriores logró recuperar a través de esta jurisdicción dinero por una estafa a su hija.

En cuanto a la sentencia emitida sobre este caso, tampoco se hace referencia a la justicia indígena y su relación con el proceso.

CASO 4.

El cuarto caso a analizar sobre la actuación del Consorcio “San Pedro”, es el que se refiere a los hechos suscitados en horas de la tarde del día 2 de septiembre de

2015, en donde el Dr. César Alfonso Andrade Verdugo y David Vivian Inga Calderón, fueron privados de su libertad por un grupo de alrededor de ciento cincuenta indígenas, quienes ingresaron a la fuerza a la oficina del Dr. Andrade Verdugo, los sacaron agrediéndoles físicamente y causando daños materiales en la oficina jurídica; sin embargo, por la intervención de la policía y de ciudadanos del cantón Cañar se pudo liberar a los abogados aprehendidos, este acontecimiento provocó conmoción dentro del cantón Cañar, en la provincia, incluso tuvo eco a nivel nacional.

Consecuentemente, dentro del proceso signado con el N. 03282-2015-00181, se llegó a establecer cargos para uno de los miembros de la comunidad de San Pedro, quien se sujetó al procedimiento abreviado, obteniendo una sentencia condenatoria de dos años de prisión, aún está pendiente, dentro de esta causa, el juzgamiento de seis miembros de la comunidad de “San Pedro”, quienes se encuentran prófugos de la justicia ordinaria. Mientras que por otro lado, dos personas pertenecientes al Consorcio se encuentran sentenciados a cinco años de prisión en el Centro de Rehabilitación Social de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de Turi. (Proceso Judicial N. 03202-2015-00181, 2015).

Respecto a este caso, los miembros del Consorcio Indígena de San Pedro, en el libro: La Justicia Indígena en San Pedro de Cañar, manifiestan que una comisión de indígenas se dirigió a dialogar con el Dr. Alfonso Andrade, sobre el litigio con José Peñafiel, ya que era su defensor técnico, las cosas se salieron de control, lo que constituye una equivocación por parte de los miembros presentes en este hecho, quienes fueron juzgados de acuerdo a sus costumbres ancestrales dentro de la comunidad, procediendo a sancionar a los involucrados a más de establecer la reparación de los daños causados al profesional del derecho; sin embargo, pese a las

conversaciones mantenidas después del suceso con los afectados, no se llegó a un acuerdo y se prosiguió con la causa penal.

Los miembros del Consorcio, en este documento manifiestan que a raíz del problema suscitado con los dos abogados, se ha desencadenado en una suerte de extorción hacia sus dirigentes, por parte de quienes han sido juzgados por la justicia indígena de esta comunidad, solicitando altas sumas de dinero para retirar las acusaciones particulares o para no entablar juicios penales en su contra.

Para ellos, la intención de la justicia ordinaria, es limitar el ejercicio de la justicia indígena, criminalizándola, y consideran que es necesario un diálogo intercultural entre las dos jurisdicciones con el objetivo de evitar problemas como los que se han dado entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, que a criterio de ellos deviene de la falta de voluntad política que existe en torno a los temas indígenas. (Villarreal, B., 2017, pág. 28.48).

Este caso causó revuelo a nivel nacional, fue difundido por diferentes medios de comunicación, que estuvieron expectantes del desarrollo de este proceso vinculado a la aplicación de la justicia indígena.

El canal de televisión Teleamazonas, informó sobre este hecho, en su noticiero del 4 de septiembre de 2015, en el que dan a conocer sobre la agresión de la que fueron objetos dos abogados en libre ejercicio profesional, por parte de miembros del Consorcio “San Pedro”, quienes intentaron llevarles por la fuerza a dichos profesionales con el fin de someterles a justicia indígena, lo que causó un enfrentamiento entre los habitantes del centro del cantón Cañar y los indígenas pertenecientes al mentado consorcio, señalando además que este no es el primer caso

en el que se vulneran los derechos humanos de personas a causa de la aplicación de la jurisdicción indígena. (Teleamazonas, 2015).

Ecuador Inmediato en su edición N. 4501, publicada el 15 de noviembre de 2015, informó sobre los hechos ejecutados por parte de miembros del Consorcio San Pedro, a nombre de la justicia indígena, en donde añaden lo manifestado por el entonces Ministro del Interior, Dr. José Serrano, a través de su cuenta de Twitter, en el que sostiene: “Es tiempo de indignarnos, la sociedad ecuatoriana NO puede permitir más estas aberraciones, ciertos pseudo dirigentes indígenas, siembran odio racial, nuestra solidaridad con los ciudadanos torturados en Cañar, actuaremos”; además se manifiesta, que el caso de los dos abogados agredidos, es el cuarto caso en el que los miembros del Consorcio Indígena actúan en contra de profesionales del Derecho de ese cantón. (Ecuador Inmediato, 2015).

Al referirse a los medios de comunicación, los indígenas entrevistados, sostienen que los mismos se prestan para desprestigiar a la justicia indígena de San Pedro y sus dirigentes, así mencionan que periodistas de Teleamazonas los entrevistaron, sin embargo para publicar su posición necesitaban autorización del Gobernador del Cañar, por lo que no se transmitió su intervención.

Los miembros del Consorcio San Pedro, reconocen que ha habido equivocaciones en su actuar, y uno de ellos son las acciones que se tomaron en contra de los abogados David Inga y Alfonso Andrade.

Manifestaron que en los dos primeros casos analizados, se procedió por parte de los procesados a cancelar altas sumas de dinero a los accionantes a fin de que retiren sus acusaciones particulares; mencionaron la suma de \$15.000 dólares por cada procesado.

En cuanto a los afectados y acusadores particulares en los procesos penales, manifiestan que las actuaciones por parte del Consorcio San Pedro, vulneraron sus derechos fundamentales, uno de ellos menciona que incluso temía por su vida, ya que desconocía las pretensiones de la multitud de indígenas el día que lo retuvieron.

CONCLUSIONES

Una vez analizada doctrina, normas nacionales e internacionales y casos acerca de la aplicación de la justicia indígena por parte del Consorcio San Pedro del cantón Cañar, se ha podido entrelazar la información para determinar si el actuar por parte de este organismo, constituye jurisdicción indígena.

Conforme se desprende de las definiciones que la doctrina da a la justicia indígena, se puede decir que la misma constituye el derecho de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, a ejercer sus propias formas de resolver los conflictos internos que entre sus miembros se presenten, dentro de su ámbito territorial, a través de sus autoridades, con base en sus tradiciones ancestrales, cuyo afán es recobrar la armonía que debe existir según su cosmovisión entre comunidad, individuo y naturaleza.

La visión de la plurinacionalidad y el consecuente reconocimiento del pluralismo jurídico, fue adoptado por la Asamblea Constituyente de Montecristi, estableciendo a la justicia indígena, de manera expresa en el texto constitucional, aprobado por la mayoría de la población ecuatoriana.

Este reconocimiento, como se observó, presenta condicionantes a su ejercicio, los que hacen referencia al ámbito territorial, que se ejercerá en sus conflictos internos,

la presencia de las mujeres indígenas en la toma de decisiones y el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a esta jurisdicción.

Esto en concordancia con lo establecido por los instrumentos internacionales, de los que el Ecuador es signatario, sobre derechos de los pueblos indígenas, los que reconocen su propio sistema de justicia, basada en el derecho consuetudinario de estas comunidades.

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fueron adoptados por varios países Latinoamericanos que conforme a la voluntad política y jurídica de cada Estado, han modificado su normativa interna con el fin de garantizar los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, entre los que se encuentran el derecho a la autodeterminación y a ejercer su derecho indígena.

Queda aún mucho camino por recorrer, en miras a obtener una eficaz aplicación de la jurisdicción ancestral en los países de América Latina, sin duda alguna un gran ejemplo a seguir, en este tema, es Colombia, que a través de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de ese país, se han logrado resolver la mayoría de inconvenientes suscitados entre la justicia indígena y la ordinaria.

En cuanto a la necesidad de desarrollar y solventar los conflictos entre las jurisdicciones existentes en el Ecuador, la Corte Constitucional del Ecuador debe tomar cartas en el asunto y resolver a través de jurisprudencia acerca de la justicia indígena y las dudas que su aplicación pueda generar; asegurando la intervención de los sectores indígenas, y peritajes antropológicos para que las decisiones sean apegadas al principio de interculturalidad.

Es decir, considero que la forma viable de solventar las inquietudes en cuanto a la jurisdicción indígena es a través del pronunciamiento de la Corte Constitucional, que es el órgano encargado de la interpretación de la Carta Fundamental, ya que de elaborarse una norma que regule la justicia comunitaria, únicamente se estaría subordinando aquella al sistema de justicia ordinario, ya que una de las características básicas de la justicia indígena es que sus normas tienen como fuente a la costumbre.

Además que la creación de una norma se daría dentro de los parámetros de la cultura hegemónica, en donde se inobservarían criterios de interculturalidad y serviría para imponer límites a la justicia indígena, reduciéndola al conocimiento de casos de menor importancia, tal como ocurrió con la Ley de Deslinde en Bolivia.

En cuanto a las prácticas realizadas por el Consorcio San Pedro del cantón Cañar, en la resolución de sus conflictos, se puede observar, que si bien se ejercía la justicia comunitaria desde hace mucho tiempo atrás, esta organización se conformó a causa de la presencia de pandillas en las zonas rurales, que cometieron delitos, los que fueron reprimidos con su intervención.

El actuar del Consorcio San Pedro que ejercía justicia indígena, tomó importancia, por la rapidez y eficacia con la que resolvían los conflictos puestos a su conocimiento; sin embargo, con el tiempo estas prácticas generaron conflictos con la justicia ordinaria, imponiéndose denuncias de secuestro por parte de los miembros de este organismo, hacia ciudadanos que presuntamente no pertenecían a las comunidades indígenas, lo que ocasionó la apertura de los procesos penales analizados.

Con respecto a los casos suscitados con los señores Quintuña, Montero y Peñafiel, a decir de los miembros de la comunidad indígena entrevistados, ellos pertenecían al Consorcio de Justicia Indígena, o su intervención fue solicitada por sus

padres, por lo que, sus autoridades eran competentes para conocer y resolver los conflictos en los que ellos intervenían en calidad de infractores.

Además, se manifestó que en los procesos penales en los que constaban como accionantes Edgar Quintuña y Wilson Montero, fueron retiradas las acusaciones particulares debido a la entrega de altas cantidades de dinero por parte de los procesados.

Conforme se desprende de los procesos penales, todos los acusadores particulares se consideraban mestizos, mientras que los miembros del Consorcio, manifestaban que eran indígenas que ahora por conveniencia se convirtieron en mestizos; he aquí la necesidad de un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, para evitar que los ciudadanos auto definan la raza a la que pertenecen según sus intereses.

En cuanto al caso suscitado con los abogados Alfonso Andrade y David Inga, los miembros del Consorcio tanto en la entrevista otorgada como en su libro recientemente publicado, reconocen haber cometido un error en cuanto al proceder de varios de sus miembros, ya que los afectados son ciudadanos mestizos, y estos hechos fueron sancionados conforme sus costumbres ancestrales, sin embargo, sus dirigentes se encuentran privados de la libertad.

En este contexto, al amparo de lo establecido por la Constitución de Montecristi así como de los tratados internacionales que forman parte del ordenamiento ecuatoriano y la doctrina existente en torno al tema, se concluye los miembros y dirigentes del Consorcio de Justicia Indígena de San Pedro actúan amparados en el Art. 171 de la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, que les permite a los

pueblos indígenas resolver sus conflictos según su derecho ancestral, ellos al considerarse indígenas, tienen el derecho de ejercer su jurisdicción.

En cuanto a los límites que establece la propia Constitución a la jurisdicción indígena, y la aplicación de la misma por parte de los miembros del Consorcio, se considera, que no hubo un estricto respeto al mandato constitucional, debido a que fueron sometidos a su sistema de justicia ciudadanos que no pertenecían a su comunidad.

Esto indudablemente es producto de la falta de coordinación entre ambas jurisdicciones y de la omisión por parte de la Corte Constitucional sobre la interpretación del Art. 171 de la Carta Fundamental y la solución a través de jurisprudencia de los conflictos y dudas que genera el ejercicio del derecho indígena.

Es importante señalar que las medidas tomadas por los miembros del Consorcio San Pedro, se debe a la falta de credibilidad, desconfianza del sistema de justicia ordinario, en el que se sienten discriminados, mal tratados, sintiendo que cuando acuden a ella no son escuchados, por lo que se comenten grandes injusticias.

Cabe manifestar que dentro de los procesos penales que se han seguido en contra de los dirigentes y miembros del Consorcio San Pedro, carecen de análisis sobre justicia indígena y se limitan a la fundamentación en torno al delito de secuestro.

Dentro de los procesos penales, se ha inobservado el contenido de las normas establecidas en el Convenio 169 de la OIT, específicamente en los numerales 1 y 2 del artículo 10 que manifiesta:

“1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberán darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Ya que pese a la condición de indígenas que tienen los procesados, han sido reclusos en un Centro de Privación de Libertad, sin tomar en cuenta, sus tradiciones, sus costumbres, su cosmovisión, en la que el encarcelamiento no constituye un medio viable para la rehabilitación y reinserción del infractor a la vida en comunidad.

Bajo estas consideraciones se debe insistir a la Corte Constitucional que desarrolle el derecho a ejercer su propia jurisdicción que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para obtener una verdadera coordinación entre la justicia indígena y la ordinaria, con el fin de que los ciudadanos puedan someterse a su sistema de justicia, respetándose los derechos fundamentales y la cosmovisión que posean.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (2012). Extractivismo y derechos de la naturaleza. En B. d. Santos, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. (págs. 157-180). Quito: ABYA YALA.
- Acta N. 22. (2008). *N. 22*, (pág. 164). Montecristi.
- Acta N. 28. (2008). *Asamblea Constituyente*, (pág. 140). Montecristi.
- Acta N. 36. (2008). Montecristi.
- Acta N. 63. (2008). Montecristi.
- Acta N. 78. (2008). Montecristi.
- Acta N. 82. (2008). Montecristi.
- Acta N. 91. (2008). Montecristi.
- Albó, X. (2004). ¿Cómo manejas la interculturalidad jurídica en un país intercultural? En *Justicia Comunitaria en los pueblos originarios de Bolivia* (págs. 85-13). Sucre: Poder Judicial.
- Aranda, M. (2011). La coordinación entre sistemas de justicia en Colombia, Ecuador y Perú. En E. Córdor, *Los derechos individuales y colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina* (págs. 127-140). La Paz: Konrad Adenauer.
- Ariza, R. (2007). Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. En I. Velásquez, *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria*. (págs. 9-65). Quito: Konrad Adenauer.
- Ariza, R., Ossio, L., & Gutierrez, G. (2007). *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria Un matrimonio imposible? Sistematización de Propuestas de Complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*. Quito - Ecuador: Fundación Konrad Adenauer.
- Avila, L. (2009). Los caminos de la justicia intercultural. En C. Esiposa, & D. Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. (págs. 175-218). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Avila, R. (2012). ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? En B. Santos, & A. Grijalva, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (págs. 279-304). Quito: ABYA YALA.

- Baltazar, R. (2009). La Justicia Indígena en el Ecuador. En C. Espinosa, & D. Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. (págs. 451-472). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Caicedo, D. (2012). Criminalización de las comunidades indígenas. En B. Santos, & A. Grijalva, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. (págs. 207-242). Quito: ABYA YALA.
- Canqui, E. (2009). *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*. Quito: UNIFEM.
- Constitución de la República del Ecuador. (21 de Diciembre de 2015). Montecristi, Ecuador.
- Convenio 169 de OIT. (s.f.).
- Cruz, E. (2012). Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. *Dikaion*, 379-383.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (13 de septiembre de 2007).
- Ecuador Inmediato*. (15 de noviembre de 2015). Recuperado el 16 de noviembre de 2017, de Ecuador Inmediato:
http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818787761
- Espinosa, C., & Caicedo, D. (2009). *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Estrada, K. (2012). Racismo en la justicia ordinaria. En B. d. Santos, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. (págs. 185-206). Quito: ABYA YALA.
- García, F. (2002). *Formas Indígenas de Administrar Justicia*. Quito: FLACSO, Sede Ecuador.
- García, F. (2012). No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: Comunidades Chimborazo y Chibuleo. En B. Santos, & A. Grijalva, *Justicia Indígena, Pluralismo en Interculturalidad en Ecuador*. (págs. 501-550). Quito: ABYA YALA.
- Grijalva, A. (2012). Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador. En B. Santos, & A. Grijalva, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (págs. 51-76). Quito: ABYA YALA.
- Gutierrez, G. (2007). Complementación entre la justicia ordinaria y la justicia consuetudinaria, sistematización en el marco de la Asamblea Constituyente. En I. Velásquez, *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria* (págs. 119-200). Quito: Konrad Adenauer.
- Huber, R. (2008). *hacia sistemas jurídicos pluraes. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Bogotá: Antropos.

- Llásag, R. (2012). Justicia Indígena. ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha. En B. Santos, & A. Grijalva, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (págs. 321-272). Quito: ABYA YALA.
- Masapanta, C. (2009). El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico. En C. Espinosa, & D. Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. (págs. 409-450). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Masapanta, C. (2015). *Acción Extraordinaria de Protección contra las desiciones de la Justicia Indígena*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ossio, L. (2007). Avances y retrocesos: rumbo a la complementariedad de la Justicia Comunitaria y la Justicia Estatal en Bolivia. En I. Velásquez, *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria* (págs. 71-117). Quito: Konrad Adenauer.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1996).
- Padilla, G. (2011). Coordinación entre sistemas legales en Centro América. En E. Córdor, *Los derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina* (págs. 105-126). La Paz: Konrad Adenauer.
- Paredes, E. (2006). *Notas sobre justicia formal y justicia indígena*. Cuenca, Ecuador: U. Ediciones.
- Pérez, C. (2010). *Justicia Indígena*. Cuenca: Universidad de Cuenca Facultad de Jurisprudencia.
- Proceso Judicial N. 03202-2015-00181, 03202-2015-00181 (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA 2015).
- Proceso Judicial N. 03282-2015-00138, 03282-2015-00138 (UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE PENAL DEL CANTON CAÑAR 2015).
- Proceso Judicial N. 03282-2015-00188, 03282-2015-00188 (TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTÍAS PENALES DE CAÑAR 2015).
- Proceso Judicial N. 03282-2015-00197, 03282-2015-00197 (Tribunal Segundo de Garantías Penales de Cañar 2015).
- Roa, J. E. (2014). Pluralismo Jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia. *Derecho del Estado*, 101-121.
- Rodríguez, E. (2011). Ley de deslinde jurisdiccional - Derechos individuales y colectivos. En E. Córdor, *Los derechos individuales y colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina* (págs. 141-152). La Paz: Konrad Adenauer.
- Rojas, F. (2011). Del Monismo al pluralismo jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional. En E. Córdor, *Los derechos individuales y derechos colectivos en la*

- construcción del pluralismo jurídico en América Latina* (págs. 21-34). La PAz: Konrad Adenauer.
- Rojas, F., Schonbohm, H., García, F., Molina, R., Albarracín, W., Tibán, L., y otros. (2011). *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. La Paz - Bolivia: Garza Azul.
- Sánchez, E., & Jaramillo, I. (2000). *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Sánchez, M. (2016). *Límite de la Actividad Jurisdiccional Indígena en relación con el Debido Proceso en materia Penal*. Cuenca: Universidad Católica de Cuenca.
- Santos, B., & Grijalva, A. (2012). *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. (S. Boaventura de Sousa, & A. E. Grijalva, Edits.) Quito: Abya Yala.
- Sentencia N. 113-14-SEP-CC. (2104). Quito.
- Sentencia T-001 . (2012). Bogotá.
- Solano, N., & Padilla, G. (2017). La colisión cultural entre dos visiones: Justicia Indígena y Derecho Estatal . *Misión Jurídica*, 309-324.
- Stavenhagen, R. (1990). Derecho consuetudinario indígena en América Latina. En *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Mexico: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos .
- Teleamazonas*. (4 de septiembre de 2015). Recuperado el 2017 de noviembre de 2015, de Teleamazonas: <http://www.teleamazonas.com/2015/09/miembros-de-comunidad-indigena-trataron-de-aplicar-su-justicia-a-dos-abogados/>
- Tibán, L. (2011). Los derechos de las Mujeres en la Justicia Indígena. En E. Córdor, *Los derechos individuales y colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina* (págs. 89-104). La Paz: Konrad Adenauer.
- Trujillo, J. (2012). Plurinacionalidad y Constitución. En B. y. Santos, *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador* (págs. 305-314). Quito: ABYA YALA.
- Villarreal, B. (2017). *La Justicia Indígena en San Pedro de Cañar*. INREDH.
- Vintimilla, J., Almeida, M., & Saldaña, R. (2007). *Derecho Indígena, Conflicto y Justicia Comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Yamá, L. (2012). Entre el garantismo y el colonialismo: Unión Venecia. En B. Santos, & A. Grijalva, *Justicia Indígena, Pluralismo e Interculturalidad en Ecuador*. (págs. 431-468). Quito: ABYA YALA.
- Yrigoyen, R. (1998). *El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala*. México: América Indígena.

- Yuquilema, V. (2015). *La Justicia Runa. Pautas para el ejercicio de la justicia indígena.* . Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos.
- Zaffaroni, E. (2009). Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. En C. Espinosa, & D. Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales.* (págs. 99-124). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Zambrano, D. (2009). Justicias Ancestrales: Analogías y Disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes. En C. Gallegos, & D. Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales.* (págs. 219-249). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.