



Los límites de la justicia indígena en el Ecuador

The limits of indigenous justice in Ecuador

Os limites da justiça indígena no Equador

Francisco Santiago Zhumi-Lazo ^I
francisco.zhumi@psg.ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-4803-7577>

Diego Fernando Trelles-Vicuña ^{II}
dtrelles@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-3237-275X>

Correspondencia: francisco.zhumi@psg.ucacue.edu.ec

***Recibido:** 30 de junio de 2020 ***Aceptado:** 30 de julio de 2020 * **Publicado:** 15 de agosto de 2020

- I. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Magíster en Desarrollo Local con Mención en Formulación y Evaluación de Proyectos de Desarrollo Endógeno, Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Magíster en Administración de Empresas Mención en Recursos Humanos y Marketing, Doctor en Jurisprudencia, Especialista en Docencia Universitaria, Magíster en Derecho Constitucional, Abogado de los Tribunales de Justicia de la Republica, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

En el presente trabajo se hace una breve revisión de la evolución histórica que ha tenido el reconocimiento de la justicia indígena en el Ecuador como mecanismo de solución de conflictos internos de los pueblos y nacionalidades, comenzando desde los pueblos aborígenes, hasta su reconocimiento constitucional; se exponen los conceptos básicos de sus componentes, sus características esenciales, el significado de dicha potestad para sus titulares, a fin de poder diferenciarlo de cualquier otro tipo de justicia similar. Finalmente se aterriza en el contexto constitucional y se procura encontrar sus límites, a efectos de contribuir a reducir los conflictos de competencia que se vienen presentando en la práctica con la justicia ordinaria. Para ello se hace uso del análisis con un enfoque cualitativo interpretativo, preponderantemente documental, con el fin de encontrar el alcance de ciertos preceptos legales de interés al tema, utilizando los métodos inductivo y deductivo que permite llegar a conclusiones específicas a través del razonamiento lógico; además se utiliza el método histórico porque permite descubrir su génesis y la transformación a través del tiempo; y el método analítico – sintético que permite el análisis integral tanto de los aspectos normativos, teóricos doctrinarios y la jurisprudencia, para desentrañar su alcance y aplicación, lo que ha permitido conocer el desarrollo de la justicia consuetudinaria en el tiempo, su vigencia en las distintas épocas de la historia y el ámbito específico de su aplicación a partir de la aprobación de la Constitución del año 2008, de tal suerte que se pueda clarificar el contexto en el que tiene preeminencia la denominada “justicia indígena” y el respeto a dicho derecho.

Palabras clave: Justicia; derecho consuetudinario; pluralismo jurídico; constitución; diversidad cultural; justicia indígena.

Abstract

In this paper a brief review of the historical evolution of the recognition of indigenous justice in Ecuador as a mechanism for solving internal conflicts of peoples and nationalities is made, starting from the aboriginal peoples, up to its constitutional recognition; The basic concepts of its components, its essential characteristics, the meaning of said power for its holders are exposed, in order to be able to differentiate it from any other type of similar justice. Finally, it lands in the constitutional context and attempts to find its limits, in order to contribute to reducing the conflicts of jurisdiction that have been presented in practice with ordinary justice. For this, analysis is made

with a qualitative interpretive approach, predominantly documentary, in order to find the scope of certain legal precepts of interest to the subject, using inductive and deductive methods that allow reaching specific conclusions through logical reasoning; Furthermore, the historical method is used because it allows discovering its genesis and transformation through time; and the analytical - synthetic method that allows the comprehensive analysis of both the normative, theoretical, doctrinal and jurisprudence aspects, to unravel its scope and application, which has allowed to know the development of customary justice in time, its validity in the different epochs in history and the specific scope of its application from the approval of the 2008 Constitution, in such a way that the context in which the so-called “indigenous justice” has pre-eminence and respect for said right can be clarified.

Keywords: Justice; customary law; legal pluralism; Constitution; cultural diversity; indigenous justice.

Resumo

Neste artigo, faz-se uma breve revisão da evolução histórica do reconhecimento da justiça indígena no Equador como mecanismo de solução de conflitos internos de povos e nacionalidades, desde os povos indígenas, até o seu reconhecimento constitucional; São expostos os conceitos básicos de seus componentes, suas características essenciais, o significado de tal poder para seus titulares, a fim de diferenciá-lo de qualquer outro tipo de justiça semelhante. Por fim, cai no contexto constitucional e tenta encontrar seus limites, a fim de ajudar a reduzir os conflitos de jurisdição que vêm sendo apresentados na prática com a justiça ordinária. Para isso, a análise é feita com uma abordagem interpretativa qualitativa, predominantemente documental, a fim de verificar o alcance de determinados preceitos legais de interesse da matéria, utilizando métodos indutivos e dedutivos que permitem chegar a conclusões específicas através do raciocínio lógico; Além disso, o método histórico é utilizado porque permite descobrir sua gênese e transformação ao longo do tempo; e o método analítico-sintético que permite a análise exaustiva tanto dos aspectos normativos, teóricos, doutrinários e jurisprudenciais, para desvendar o seu âmbito e aplicação, o que tem permitido conhecer o desenvolvimento da justiça consuetudinária no tempo, a sua validade nos diversos épocas da história e o alcance específico de sua aplicação a partir da aprovação da Constituição de

2008, de forma que se possa esclarecer o contexto em que a chamada “justiça indígena” tem preeminência e respeito a esse direito.

Palavras-chave: Justiça; direito consuetudinário; pluralismo jurídico; Constituição; diversidade cultural; justiça indígena.

Introducción

La administración de justicia en el Ecuador está conferida a los órganos de la Función Judicial y a otros órganos y funciones que tienen esta potestad conforme establece la Constitución de la República, dependiendo del caso. Para ello, se ha desarrollado todo un marco normativo que regula su accionar, compuesto por principios, normas, reglas y procedimientos, que deben ser observados por quienes cumplen esta labor, incluso por aquellas funciones que utilizan mecanismos de conciliación como los medios alternativos para la solución de conflictos, y los jueces de paz.

Sin embargo, existe también el reconocimiento constitucional a otros mecanismos de ejercer justicia cuyo procedimiento no necesariamente se encuentra normado, regulado, precisamente por su naturaleza de aplicación basada en tradiciones (costumbres), esto es lo que se denomina la “justicia indígena”, que tiene su origen y fundamento en sus raíces ancestrales por haber ejercido funciones jurisdiccionales desde tiempos inmemoriales en base a sus costumbres y derecho propio, labor ejercida incluso antes de la colonización de los pueblos de América Latina. Por consiguiente, hoy se puede afirmar con certeza la existencia de un verdadero “pluralismo jurídico” en el Ecuador, que a decir de Boaventura De Sousa Santos & Grijalva (2012), no es otra cosa que el reconocimiento o coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo Estado.

Esta forma de ejercer justicia tuvo ya su reconocimiento en el Art. 191 de la Constitución de 1998, cuando se confería a los pueblos indígenas la atribución de ejercer funciones jurisdiccionales en base a su derecho propio. Luego, en la Constitución del 2008 se reafirma esta potestad en el Art. 171 con algunas agregaciones como la territorialidad, la participación y poder de decisión de las mujeres y el deber del Estado de garantizar el respeto a dichas decisiones; siendo ésta la única regulación de rango constitucional, que no ha sido desarrollado por la ley, a excepción de ciertos principios que emanan de la misma norma y que se regulan en el Código Orgánico de la Función Judicial, imponiendo al Consejo de la Judicatura el deber de establecer la debida cooperación y coordinación con la justicia ordinaria.

Consecuencia de esta carencia normativa, se ha producido una serie de confusiones respecto del alcance de ésta potestad, al punto que ha llevado a líderes y autoridades indígenas a señalar que a más que el ámbito territorial no existe restricción alguna en la Constitución para el ejercicio de este derecho; y contrario sensu, doctrinarios, administradores de justicia y otros actores sociales que aseveran haber un abuso de este derecho por parte de las comunidades indígenas y la intromisión en competencias que son privativas de la justicia ordinaria, lo que ha generado una especie de confrontación entre estas formas de administrar justicia.

En la Asamblea Nacional se han presentado dos proyectos de ley que pretenden desarrollar este derecho: uno por el Asambleísta Juan Cárdenas Espinoza; y, otra por la ex Asambleísta Lourdes Tibán, cuyas propuestas apuntan a aterrizar los principios constitucionales, normar aspectos prácticos y crear condiciones de cooperación y coordinación con la justicia ordinaria, las mismas que no han llegado ni siquiera a primer debate por parte de los Asambleístas, quizá por falta de voluntad política para delimitar facultades y competencias en este tema tan delicado.

Bajo este contexto, el presente trabajo investigativo pretende aportar en el análisis de los límites impuestos al ejercicio de esta potestad jurisdiccional, basada en la revisión de los textos normativos, lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, los aportes desde la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho comparado, la doctrina y la vigencia del derecho internacional de derechos humanos. Con ello claro está, contribuir a la disminución de las confrontaciones que en la práctica se han venido presentando en este tema.

Referencial teórico

Derecho consuetudinario, derecho de indígena o costumbre jurídica. Sus particularidades

Al hablar de pueblos indígenas, etnias, culturas, sin duda que lo primero que se nos viene a la mente son aspectos relacionados con sus costumbres, comportamientos sociales, gastronomía, rasgos culturales como su danza, la música, el arte y otras manifestaciones, esto porque se ha experimentado en alguna visita de turismo o por haber investigado sobre el tema; sin embargo, respecto de su derecho o forma de resolver sus conflictos poco se sabe, atribuyendo generalmente la aplicación de normas que rigen el Estado por pertenecer a ella.

Vale decir que para sus habitantes, el derecho consuetudinario no es un aspecto apartado, por el contrario forma parte de su estructura social, así como su cultura (Stavenhagen, 2006), de tal

suerte que todos estos aspectos forman en sí su esencia, por ello, que restarle aquella potestad o negársela, significa para ellos haber perdido parte de su identidad, aunque subsistan las demás.

Los pueblos indígenas desde el origen de los tiempos tuvieron que inventarse reglas y procedimientos en su comunidad para mantener el orden y la armonía, no se requería de ningún derecho escrito, porque cierta regla de comportamiento formaba parte de la conciencia de sus habitantes. Solo en el contexto de la conquista o el colonialismo y luego con la estructura y organización del Estado como institución jurídica es que se empieza a pensar en el derecho escrito como derecho único, valedero, desplazando a estas formas de convivencia que existían por siglos, incluso con afán de relegarlas y subordinarlas al derecho positivo. En este sentido, entonces la justicia indígena o consuetudinaria no es algo que recién se inventa a partir del reconocimiento como sucedería con la plurinacionalidad, “no es un proyecto, algo por construir, una novedad. Es una realidad que, reconocida o no por el Estado, ha formado y forma parte de la vida de las comunidades.” (De Sousa Santos, 2012)

En cuanto a sus particularidades, de su contexto fácilmente se puede colegir los aspectos más importantes del derecho consuetudinario con el fin de esbozar una definición, concibiéndolo primero como aquellas normas basadas en la tradición de los pueblos, reglas de comportamiento no escritas en ningún código o ley, cuya transmisión oral responde a un código moral de justicia (Díaz & Antunez, 2016), pero que se mantienen vigentes en un determinado conglomerado social que la ha adoptado. Es tanta la importancia de estas normas de conducta invisibles, que incluso ha servido de base para implantación de la legislación positiva de algunos países, pues recordemos que en nuestro caso según el Art. 2 del Código Civil, la costumbre constituye fuente del derecho en los casos expresamente permitidos y sobre ello hay varios pasajes de la ley que se remite a la costumbre del lugar, por consiguiente, esta es la evidencia de que el derecho consuetudinario, como un derecho vivo, cambiante, sirve incluso en la actualidad para la resolución de ciertos casos de la justicia ordinaria.

Otra diferencia también con el derecho escrito según apunta Stavenhagen, es que el derecho consuetudinario no es elaborado o transformado por entes administrativos encargados para ello, por el contrario, el derecho se encuentra en la propia estructura social de la comunidad, son costumbres y tradiciones conocidas por la colectividad, es decir, nacen y permanecen en la comunidad de tal suerte que no necesita ser escrita; en cambio, el derecho positivo se lo asocia con la estructura del Estado, porque se le delega a una entidad su formación. Esto no quiere decir

que el derecho indígena no tenga un procedimiento, una guía, un camino a seguir; al contrario, existen normas de procedimiento rápidas, de carácter público y colectivo, con participación de la comunidad en lo que se denomina las asambleas (Pacari, 2002).

Finalmente, se podría señalar que este tipo de reglas de conducta son de carácter general, amplias, aplicadas de forma recurrente en la solución de conflictos indistintamente de su materia, a diferencia del derecho positivo, en cambio, que todo comportamiento o situación particular está tipificada y merece una sanción específica de acuerdo a la gravedad del caso (Stavenhagen, 2006).

La autoridad

La Constitución también refiere que las “autoridades” aplicarán las normas y procedimientos propios para la solución de conflictos, lo que indudablemente conlleva a pesar que existe una instancia o personas que son los encargados de aplicar las normas o procedimientos de la comunidad. El vocablo de autoridad implica en los términos de la Carta Fundamental la potestad de adoptar de decisiones, similares a las que existe en el derecho positivo (Estado), en cuanto a su potestad de ejercer funciones jurisdiccionales; en cambio, diferente en sus mecanismos y la forma de decidir, lo que obedece a procedimientos propios.

De acuerdo a la magnitud de los conflictos que se presente, pueden existir diversos niveles de autoridad: Un primer nivel formado en el seno de la intimidad familiar, para rencillas familiares, chismes, asuntos menores, en los cuales generalmente los padres o los hijos mayores son los que ejercen esta potestad; un segundo nivel de autoridades conformado por un cuerpo colegiado denominado en nuestro medio como “cabildo” que generalmente lo integran el Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y Síndicos de la organización comunitaria (Ilaquiche, 2001), estas autoridades son elegidas por la propia comunidad y gozan de suficiente autonomía, son los encargados de la administración de justicia en toda la comuna, pueblo o comunidad.

Un parámetro importante en la toma de decisiones en esta instancia, es que éstas no se adoptan de forma aislada o unilateral por las autoridades, sino que en la decisión participa toda la colectividad a través de las denominadas asambleas. Finalmente, un tercer nivel de toma de decisiones está previsto para los casos que se consideran graves o muy graves, en cuyo caso acuden a las organizaciones de segundo grado las que están dirigidas por los Consejos de Gobierno como autoridad de decisiones.

Tomando en cuenta todos los parámetros señalados, podríamos decir que la justicia consuetudinaria se refiere a aquellas prácticas basadas en costumbres de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, mediante la cual, autoridades elegidas por ellos mismos, ejerce funciones jurisdiccionales para el mantenimiento de la paz y armonía dentro de la comunidad. A pesar de lo dicho, resulta un tanto complejo determinar una definición específica de justicia indígena o derecho consuetudinario y en ello los autores tampoco se han puesto de acuerdo, resulta por el contrario más productivo saber diferenciar sus características esenciales para distinguirlo de justicia ordinaria como queda dicho.

La autodefinition de indígena

El vocablo indígena evoca y se asocia generalmente a los primeros individuos que existieron en América Latina antes de la conquista por lo europeos, podríamos decir los primitivos hombres, no por utilizar el término en sentido despectivo, sino por situarse temporalmente antes de la conquista de esta parte de la tierra y que luego fueron desplegados y excluidos al punto de querer desaparecerlos por una raza que quizá se consideró más civilizada. Pero esta concepción primaria, dado los cambios que se han producido, la mezcla de razas y el desplazamiento del propio individuo fuera de su lugar de nacimiento, la negación de su origen y otros fenómenos sociológicos, resulta a la actualidad insuficiente para establecer la identidad indígena de un individuo; en cambio en esta tarea mucho ha de servir sus prácticas y vivencias culturales, la auto percepción, la lengua o algunos vínculos que tenga con la comunidad, como su filiación sociocultural (INSTITUTO DE ESTADISTICAS Y CENSOS, 2001).

De hecho, uno de los elementos preponderantes que se toma en cuenta en los datos de censo poblacional es la autodeterminación de la persona al momento de contestar la pregunta ¿cómo se autodefine?, aquello ayuda a tener los datos aproximados de la población indígena en el Ecuador, pero en cambio, no resulta del todo suficiente en el caso que nos ocupa, esto es determinar la identidad de un individuo para la aplicación de la justicia indígena, pues en algunos casos se reniega de su propia identidad por haberla abandonado al igual que sus costumbres y tradiciones; y, en otros casos en cambio se aduce pertenecer a un pueblo indígena o nacionalidad para evadir la responsabilidad en la justicia ordinaria. Por consiguiente, la identificación en muchos casos depende de la conveniencia del momento y tiene más recurrencia en el caso que colisiona con la justicia ordinaria.

Respecto de la terminología, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, en su artículo 1 prefiere hablar de pueblos tribales para diferenciarlos de otros sectores de la colectividad nacional, y de pueblos independientes denominados indígenas al hecho de pertenecer a una colectividad que descende de poblaciones que habitaban en determinada región geográfica a la época de la conquista o colonización. Agrega como elemento importante para la aplicación del convenio, al individuo que tiene la conciencia de su identidad indígena o tribal, reforzando en este sentido que la auto-identidad del individuo y la descendencia de alguno de los pueblos que tienen sus raíces antes de la conquista, serían los elementos más importantes al conceptualizar lo indígena, sumado a lo que se ha referido respecto de los aspectos socioculturales.

Uno de los principios fundamentales de nuestro Estado según la propia Constitución es el reconocimiento que el Ecuador es un Estado unitario, pero a la vez intercultural y plurinacional; definición que conlleva el reconocimiento de las diversas razas, etnias, culturas, pueblos y nacionalidades que coexisten dentro la misma nación (Estado), basado en aspectos determinantes como su historia, costumbre, tradición, lengua y otros aspectos propios de cada cultura, cuya vivencia se remonta a tiempos ancestrales y que ha trascendido a través del tiempo resistiéndose a desaparecer en un mundo cada vez más globalizado.

Si bien en el Ecuador la población mestiza es predominante, sin embargo, según datos del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, aquí también cohabitan 14 nacionalidades y 18 pueblos jurídicamente reconocidos como son: los Shuar, Achuar, Shiwiar, Andoa, Zápara, Kichwa, Awa, Chachis, Cofán, Secoya, Siona, Tsa'chila, Huaorani y Epera; y en cuanto a los pueblos los: Chibuleo, Cañari, Karanki, Cayambe, Kisapincha, Kitukara, Panzaleo, Natabuela, Otavalo, Puruwa, Palta, Salasaka, Saraguro, Waranka, Huancavilca, Secoya, Siona y Cofán. Dentro de cada uno de estos pueblos y nacionalidades, existen un sinnúmero de comunas y comunidades cada una con su identidad propia, costumbres particulares, su estructura organizativa y a lo mejor con procedimientos propios que varían de un lugar a otro, por consiguiente, no podemos hablar de un procedimiento y sanciones uniformes, aquello de penderá de su tradición jurídica.

Evolución del reconocimiento de la justicia indígena

Al tratar de hacer una revisión a los cambios que ha experimentado el derecho consuetudinario a lo largo de la historia, claramente se pueden distinguir al menos cuatro momentos trascendentales que han marcado su transformación. Comenzando con la total autonomía de los pueblos originarios en la aplicación de sus costumbres y derecho propio para la solucionar controversias en su entorno; pasaría a un segundo momento con la conquista y el sometimiento de los pueblos a las decisiones del conquistador, del blanco, del amo, del señor o del Rey; luego, la instauración del Estado soberano e independiente como entidad generadora de derecho que es único y aplicable en todo el territorio; y, finalmente el reconocimiento en las constituciones de la coexistencia de varias culturas dentro de un mismo Estado y con ello también las costumbres jurisdiccionales que se venían ejerciendo al margen de la justicia oficial y que de cierta forma se negaban a desaparecer.

La época pre- colonial

En la época pre-colonial, antes de la llegada de los españoles, sin duda que todos los medios de supervivencia como la tierra, las fuentes de agua, los frutos y toda la naturaleza, era de cierta forma patrimonio y pertenecía por igual a todos los habitantes primitivos, era su madre “la Pachamama”; y al igual que aquello, también se generaron prácticas sociales con el objeto de regular de cierta forma las relaciones entre los miembros de la comunidad (Díaz & Antunez, 2016, pág. 96), costumbres que eran colectivas y practicadas por todos, la paz se mantenía por el ejercicio de la decisión de autoridades que aplicaban normas de convivencia propias, pero siempre la figura de autoridad existió como el ente o instancia encargada de aplicar los castigos.

De lo dicho, mucho se ha aportado doctrinariamente, de hecho, uno de los teólogos más influyentes de España en la época de la conquista como era Francisco de Vitoria, describe en sus relatos a los indígenas como unos bárbaros, debido a sus formas de administrar justicia, pero a la vez los cataloga como verdaderos titulares de jurisdicción pública y dominio privado, lo cual denotaba claramente el reconocimiento que los pueblos conquistados tenían un derecho propio que los regia. (Clavero, 1994)

En el derecho incásico por ejemplo, todo estaba reglado y ello aseguraba la supervivencia de la descendencia, por consiguiente no tenían que sufrir o preocuparse por el futuro, la vida era mucho más sencilla, simple, alegre y no se presentaban mayores problemas o confrontaciones porque no había el individualismo, se podía decir una sociedad comunista en la que todo era de todos, regido por el soberano pero en beneficio de todos, en la que no existía propiedad privada y

no existía el dinero como medio de cambio, de ésta forma todos trabajaban en búsqueda del bien común.

Los incas quienes se asentaron en gran parte del continente suramericano, como la mayoría de los pueblos “indios” de América, no tenían en su desarrollo social un código manuscrito establecido, pero si grandes reglas de conducta que permitían una mejor convivencia, estas premisas mayores de los ancestros que a la actualidad parece ha recobrado vigencia, se resume en lo siguiente: “Ama Sua, Ama llulla y Ama killa”, no robar, no mentir, no ser ocioso, valores que debían ser respetados y su inobservancia hacia merecedores de una grave sanción. Como señala Tristán Marof, “civilización que no hacía literatura de la moral y que castigaba con penas severas a los perezosos, a los falsos y a los ladrones, es de un ejemplo sorprendente en la historia. El Espíritu se maravilla al saber que todo se puede disculpar a un hombre menos el que fuere perezoso”. (Marof, 1924, pág. 8). Recalcando de esta forma la fiel obediencia a las reglas impuestas por la comunidad y la consecuencia de su inobservancia.

El mismo autor califica a las leyes que regían en la época como rígidas, severas y justas, pero su aplicación no era recurrente, pues parece que los individuos estuvieron dotados de alta moralidad y obediencia. Apunta refiriéndose a Rouma, que el sistema era cada vez más fuerte, todos tenían alimentos y aparentemente vivían contentos en armonía con la tierra que les proveía, no existía la delincuencia, pues como se dijo, el robo, la pereza, la mentira se encontraba condenada y era castigada. Así, el imperio de los Incas, parecía ser una población disciplinada, valiente, dueña de todos los medios de subsistencia y apartada de intereses mezquinos, donde el Inca era su máxima autoridad y gobernaba todas las estructuras y aspectos del quehacer de su territorio.

La historia da cuenta de un gran imperio incásico que se ubicó en el sur de América, lo que hoy son los estados de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile y Argentina, el denominado Tahuantinsuyo, constituida gubernativamente por cuatro regiones, el Collasuyo, el Chinchasuyo, el Contisuyo y el Antisuyo; reino que tenía su propia estructura, lengua, costumbres, forma de convivir y ejercer justicia, que pretendió extenderse por toda América, sueño truncado únicamente por los efectos de la conquista, que trajo cambios radicales y un nuevo orden de cosas para los conquistados.

El derecho indígena en la época de la Colonia

En la época de la conquista, se instaura en los pueblos de las Américas los Virreinos como figura administrativa durante del imperio español, autoridad que era el representante de la Monarquía y encargada de ejecutar sus políticas administrativas, económicas, religiosas y justicia en las tierras conquistadas. Los primeros en instaurarse fueron los Virreinos de Nueva España con su capital en México y el Virreinato de Perú con su capital Lima que tenía competencia en toda la parte sur del continente, luego, conforme avanzan las conquistas fueron necesarias la creación de otros Virreinos que para el caso de Ecuador se instituyó el Virreinato de Nueva Granada.

De hecho, el primer Virrey en las Américas fue Cristóbal Colón, quien, en su afán de conquista bajo el apoyo de los Reyes, solicitó como premio a su labor los títulos de Virrey, Almirante y Gobernador General de las tierras que descubriera. De estas designaciones, el Virreinato era el que se concedía por sucesión hereditaria debido a su importancia como máxima autoridad después del Rey. Únicamente en el deseo conquista y descubrimiento de las nuevas indias occidentales, fue lo que llevó a los Reyes católicos a conceder estos títulos fuera de la ley a Colón, que más tarde le fueron retirados. (Rubio, 1955).

Bajo este contexto administrativo, es indudable que se trasplantó en los pueblos aborígenes las leyes que regían en España y con ello se relegó las costumbres y tradiciones propias, pese a que se resistían a acatarlas. Es allí en donde tuvo notoria importancia la labor de los evangelizadores de la iglesia, encargados de adoctrinar a los indios en la religión, pero además en lo político y cultural a fin de arraigar poco a poco las costumbres que existían en estos pueblos.

En cuanto a la administración de justicia, esta se encontraba encargada a la Real Audiencia como Tribunal Superior de Justicia, en donde, se ventilaban las causas criminales y civiles, pero además actuaba como órgano consultivo, por la estrecha relación que tenía con el Real Consejo. Estaba presidida por el Virrey e integrada por los Oidores quienes actuaban como Jueces, que si bien por decreto supremo estas dos funciones debían mantener su independencia, sin embargo, muchas de las veces llegaban a confrontarse por la intromisión de la función ejecutiva en asuntos de justicia, pues precisamente una de las funciones del presidente de la Audiencia (Virrey) aunque no tenía voto en la decisión, era la de firmar las sentencias junto con los oidores, aspecto que significaba su influencia directa en la justicia; y de otro lado, con el pasar del tiempo los oidores dada su importancia en la audiencia, también abarcaron funciones o atribuciones cada vez más amplias que la concedidas por España (Galvez, 1990).

Según refiere Adriana López Ledezma, en el campo de la administración de justicia la primera instancia lo constituía los Alcaldes Ordinarios, la segunda instancia los Alcaldes Mayores, Regidores o Gobernadores; y, la Real audiencia era la instancia superior como queda explicado. (2006). A más de ello, para infracciones contra la iglesia, los curas eran las primeras autoridades encargadas de sustanciar el proceso y aplicar las penas para el caso.

En cuanto a la expedición de normas y reglamentos, aquello era potestad del Consejo Real y Supremo de Indias (Consejo de Indias) quienes eran los encargados por disposición del Rey de establecer el ordenamiento jurídico para las colonias, los que ellos denominaban el derecho indiano, y éstas normas junto con decretos reales debían ser ejecutadas por las audiencias.

En este nuevo orden de cosas, en principio toda norma o costumbre jurídica del conquistado no tenía cabida. Los indios eran considerados salvajes, brutales, idólatras y toda regla que aquellos profesaban iba en contra de lo que dicta la Santa Madre Iglesia Católica y el “Ius Gentium” imperante en la península, por ello que a su criterio había que aplicar la ley en las colonias a fin de resguardar el orden y proteger incluso a los indios inocentes de la barbarie. De los enunciados de los textos normativos se colige como los conquistadores concebían a los nuevos pueblos bajo su régimen, como “nuestras indias occidentales”, “nuestros súbditos y vasallos”, “nuestros reinos”, como si se tratara de cualquier objeto de su propiedad.

En efecto, de la recopilación de las Leyes de la Indias de 1683, podemos encontrar normas como la siguiente:

Mandamos a nuestros Gobernadores y pobladores, que en las partes y lugares donde los naturales no quisieren recibir la doctrina cristiana de paz, tengan la orden siguiente en la predicación y enseñanza de nuestra santa fe. Conciértense con el cacique principal, que está de paz y confina con los indios de guerra, que los procure atraer a su tierra a divertirse, o a otra cosa semejante, y para entonces estén allí los predicadores con algunos españoles, e indios, amigos secretamente, de manera que haya seguridad, y cuando sea tiempo se descubran a los que fueren llamados; y a ellos juntos con los demás por sus lenguas e intérpretes, comiencen a enseñar la doctrina cristiana. (De la Guardia, 1889)

Este tipo de normas como la mayoría de las Leyes de las Indias, da cuenta del sometimiento absoluto a los pueblos, bajo toda forma y estrategia, siendo la evangelización y la enseñanza de la fe católica, el primer mecanismo de colonización para erradicar y desaparecer las costumbres locales. Ordenanza que consistía en obligar al indígena a acudir a la iglesia, que asista a misa todos

los domingos, que se bauticen, que celebren fiestas de santos, además de castigos para los amos que no cooperaban en adoctrinar a los indios, etc. Normas que por el contrario pretendían romper con el culto al Sol, la reverencia a la tierra y al universo entero como divinidad de los aborígenes. A pesar de todo este atosigamiento para implantar la fe, las nuevas leyes y el orden, aquellas no pasaron en su totalidad y los pueblos mantenían con recelo ciertas costumbres y tradiciones, así como su autoridad local, aunque relegada al ámbito político organizativo. Entonces el imperio, sin poder avanzar ante esta resistencia los nuevos conquistadores optaron por reconocer ciertas costumbres e instituciones del derecho indígena, dejar desarrollarlas siempre que no se oponga a la fe cristiana y al derecho de gentes y con ellos avanzar en la evangelización, dictándose con el paso del tiempo normas que recogen sistemas propios de España, pero combinándolo con el sistema Inca, naciendo de esta forma una especie de tolerancia para la convivencia de las dos Repúblicas y la implantación de instituciones prehispánicas al derecho de los indios, de la que nacería la “República de los Indios” como instancia de varias autoridades locales entre españoles e indígenas

La instauración del Estado

Más tarde, en el transcurso de la época colonial, con el devenir del mestizaje, cansados de varios abusos y del gobierno de los colonos, los pueblos rurales en más de una ocasión se revelaron buscando una mejor redistribución de la tierra y justicia, por ende, su independencia. Luchas que se inician a partir de la década de 1760 en las Américas y que de poco amenazaban la estabilidad de los gobiernos de las colonias. Aquellas revueltas, más que de revoluciones populares propiamente dichas, eran el resultado de fuertes pugnas entre fuerzas sociales y económicas dentro de los estados colonos, quienes buscaban acaparar espacios de poder.

En 1789, estalla en el continente europeo la Revolución Francesa y trastoca con ello el antiguo régimen, trae consigo grandes premisas como la igualdad, fraternidad, libertad, la soberanía de los estados, etc. y parece que aquello influye en todo el mundo moviendo a las diversas clases a revelarse de la monarquía. Más tarde, la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812 en España marcaba también un golpe duro a la Monarquía y alentaba al mundo sobre un nuevo orden mucho más progresista y democrático.

Aunque para el historiador Jorge Núñez aquello no parecía de influencia inmediata o directa, porque en el caso de América, ya existía a la época un colonialismo desgastado, había cada vez más fuerzas internas que desobedecían a la corona, que poco a poco fue perdiendo el control y

abriendo estas brechas que hacían cada vez más independientes a los pueblos americanos, producto también del desarrollo de la manufactura, la agricultura y el comercio internacional. Precisamente frente al fenómeno independentista, Jorge Núñez señala:

La independencia rompió el equilibrio de la ecuación. En nuestros casos y en Latinoamérica en General, las guerras favorecieron a las fuerzas sociales sobre el estado. Un logro importante de las guerras de la independencia fue el aumento del poder de la sociedad civil. Este poder, en especial en relación con organizaciones de base, llegó muy lentamente y debió enfrentar muchas contrarrevoluciones, lo cual afectó el capital social y la autodeterminación de la sociedad civil en las repúblicas emergentes. (Núñez, 1989)

Si bien la independencia fue de iniciativa de la sociedad civil como se señala, aquello no significa que el poder volvía a ellos, al contrario, la clase burguesa, los colonos criollos, los terratenientes, comerciantes y militares comenzaban a dominar en el nuevo Estado instaurado en constante pugna por los espacios de poder. En esta etapa de la historia, tampoco hubo cambios significativos para la administración de justicia consuetudinaria, por el contrario, al adoptar los Estados las primeras constituciones, se instaura el estado unitario, soberano y basado en la constitución y la ley, como únicas normas que regulan el quehacer del nuevo Estado naciente.

En el Ecuador, en la primera Constitución de 1830, según su Art. 26, al establecer la separación de poderes se atribuye al Congreso de Diputados la facultad de “Formar el Código de leyes civiles, interpretar y derogar las establecidas y dar los decretos necesarios a la administración general” (CONGRESO, 1830), lo que indudablemente supone el imperio de la ley estatal sobre todos los demás, habiendo por consiguiente proscrito cualquier forma de intento de recuperación de las tradiciones de los originarios habitantes y otras formas de legislación. En cuanto al proceso para la formación de leyes se establece un procedimiento en el que tiene iniciativa únicamente el Diputado o el Ejecutivo según establecía el Art.27 *ibídem*.

En cuanto a la Administración de Justicia en el artículo 45 se encomendaba a una alta Corte de Justicia, las Cortes de apelación y los Tribunales establecidos en la ley. Por consiguiente, ningún reconocimiento hubo a la costumbre de los pueblos, a su identidad y libertad; por el contrario, se le desconocían derechos a aquellos ciudadanos que carecían de una propiedad raíz, a los que no tenían dinero, una profesión o industria, quienes no gozaban ni siquiera los derechos de ciudadanía. Y bajo este modelo, un Estado monista, se ha mantenido por décadas y a lo largo de la vigencia de

varias constituciones, sin insertar propuestas que sean más favorables a la vigencia de derechos de los pueblos originarios.

El reconocimiento constitucional

A lo largo de nuestra historia constitucional hemos tenido en el Ecuador 20 constituciones desde 1830, y en ellas no se habla del reconocimiento a un derecho indígena sino hasta la Constitución del año 1998, aquello sería el resultado de varios aspectos coyunturales del orden mundial, pero fundamentalmente es fruto de la lucha permanente de las organizaciones indígenas que a lo largo de la historia buscaban una reivindicación en lo político, social, económico y cultural, demandando ser considerados como parte integrante del Estado a partir del reconocimiento de su identidad y la autodeterminación.

Así, a partir de la década de los ochenta y noventa estos actores han tenido mucha más incidencia junto con los demás movimientos sociales en los grandes acontecimientos de la vida política del país. Los indígenas participaron activamente en el levantamiento indígena de 1990 que paralizó el país y obligó al Presidente Rodrigo Borja a escuchar y negociar la plataforma de pedidos, que entre las más importantes figuraban una reforma que fomente la mejor redistribución de la tierra, el no pago de la deuda externa, el reconocimiento de la plurinacionalidad entre otros. En cuanto a lo organizativo, por aquella época el sector indígena forma en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) con sus respectivas filiales para continuar su lucha; más tarde, fundan su propio movimiento político, pasando así a activar en la vida política del país; han luchado activamente en derrocamientos de Presidentes de la República como sucedió en el año 2000; el levantamiento indígena en el año 2006 como rechazo al Tratado de Libre Comercio (TLC), su participación electoral en presidenciales con alianzas, la lucha y resistencia a ciertas medidas adoptadas en materia económica por los gobiernos de turno, entre otros. La última paralización ocurrida en octubre del 2019 como rechazo a las medidas económicas adoptadas por el Presidente Lenin Moreno y donde se sacrificaron incluso vidas humanas con el propósito de hacer rectificar al ejecutivo.

Quizá también el antecedente de los cambios constitucionales, lo encontramos en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional de Trabajo aprobada en 1989, que entre sus principales postulados reconoce a los pueblos indígenas el derecho a fortalecer su

identidad, cultura, forma de vida, sus instituciones internas, a participar activamente en la vida política y en la toma de decisiones, entre otros derechos relacionados con la educación, salud, trabajo, buscando así la igualdad con los demás ciudadanos de una nación.

También tiene relevada importancia la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007, que ratifica y fortalece el Convenio 169, que en su artículo 3 y siguientes reconoce el derecho a la autodeterminación y con ello el derecho a elegir y perseguir libremente su desarrollo; el autogobierno en cuestiones relacionadas a sus asuntos internos y locales; el derecho a conservar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales, culturales y de cualquier otra índole; el derecho de pertinencia a una comunidad indígena; a manifestar y practicar sus distintas tradiciones, entre otras. (Asamblea General de Naciones, 2007). Se puede señalar entonces que la lucha permanente del movimiento indígena ha sintonizado los cambios que se han dado en el contexto mundial y los ha reproducido bien en lo local, generando procesos para la introducción de los cambios en las Constituciones no solo de Ecuador, sino a nivel de los países de América Latina, así estos cambios se dieron en Nicaragua en 1986, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998, siendo los cambios más significativos en Colombia, Bolivia y Ecuador en los que se hace de forma directa el reconocimiento a la plurinacionalidad y las formas especiales de jurisdicción como la indígena, aspecto que ha llevado a la legislación Colombiana a desarrollar quizá de mejor forma este derecho mediante su jurisprudencia que es un referente en la región.

Todos estos acontecimientos mundiales han coadyuvado en nuestro caso para que en la nueva Constitución del año 2008 se robustezca los pilares establecidos en la de 1998 en este tema, reconociendo primero como un Estado intercultural y plurinacional en su artículo primero, la reagrupación de los derechos del buen vivir en el Capítulo Segundo del Libro Segundo; los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en el Capítulo Cuarto del Título II; y en el artículo 171 el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades a ejercer funciones jurisdiccionales con base en su derecho propio. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Los límites de la Justicia Indígena

Ya en la parte inicial de éste artículo se había hecho alusión a ciertos parámetros que ayudan a determinar las características especiales que tiene la justicia indígena o consuetudinaria, estando entre las principales la aplicación de sus costumbres ancestrales o tradición jurídica que se transmiten de generación en generación. Aquello precisamente recoge nuestra norma constitucional como característica principal para conceder potestad jurisdiccional a los pueblos y nacionalidades indígenas, aspecto que lo diferenciaría de la justicia ordinaria. En efecto el Art. 171 de la Constitución determina:

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. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

De la citada norma hemos de tener presente en primer lugar el reconocimiento que se hace a la existencia de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas como parte integrante de un Estado único y soberano, y aquel concepto parte desde el Art. 1 de la Constitución como principio fundamental del Estado al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad. Sumado a ello la potestad de administrar justicia, es el reconocimiento pleno al hecho de que no existe un solo derecho válido, único y universal, aplicable a todos, sino varios derechos y sistemas jurídicos que han coexistido por décadas y que han sido aplicados de forma paralela a la justicia formal, las que junto con otras fuentes de derecho en un estado Constitucional conforman lo que se ha denominado el pluralismo jurídico, reconocido plenamente en la nueva Constitución.

Es así que encontramos en norma algunos elementos que debemos resaltar; primero, el reconocimiento del derecho al ejercicio de funciones jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades, pueblos o nacionalidades; segundo, que en la aplicación de este derecho debe hacerse uso de tradiciones jurídicas ancestrales, es decir, el derecho creado y desarrollado por la propia comunidad o pueblo; y en tercer lugar, que aquella posibilidad está prevista para los conflictos internos, poniendo de esta forma un límite de característica “territorial” al ejercicio de esta potestad y a la vez como garantía a los derechos reconocidos en la propia Constitución y los derechos humanos a los ciudadanos que territorialmente no perteneces a dicha comunidad.

Masache, citado por Ana Cristina Bastidas, coincide que en esta disposición hay tres elementos importantes que resaltar: “normatividad, institucionalidad y jurisdicción”, la primera entendida por potestad de crear y desarrollar sus propias normas; la segunda sobre la legitimidad de sus instituciones y autoridades; y, la tercera sobre la potestad que se concede para ejercer la función jurisdiccional. (Bastidas, 2013). La lectura hecha por la autora es correcta y sobre ello no cabe discusión alguna, porque de conformidad con el numeral 1 del Art. 56 de la propia Constitución se reconoce a este grupo social el derecho a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), siendo parte integrante entre dichas costumbres, las jurídicas como parte de su composición social.

No está en discusión también la potestad jurisdiccional de sus autoridades, al punto que el Art. 17 del Código Orgánico de la Función Judicial lo considera como una forma de servicio público junto con otros mecanismos alternativos de solución de conflictos. Pero lo que no consta en este análisis expuesto, son los dos límites que nace del propio texto constitucional; el primero ya mencionado, respecto de su ámbito territorial, criterio que se complementa cuando se condiciona su aplicación a “conflictos internos” entendiendo el mismo dentro de un conglomerado social que se asienta en un espacio territorial; mientras que el segundo límite, constituye los derechos reconocidos en la propia Constitución a todos los ecuatorianos y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, y en este caso vemos que la restricción se amplía, pudiendo constituir un obstáculo al libre ejercicio del derecho indígena como se verá más adelante.

Si bien estos dos límites constitucionales estarían claros y podría no presentar confusiones, sin embargo, en la práctica existe un gran abanico de problemas que pueden originarse dentro de una comunidad, partiendo desde problemas familiares, pasando por los asuntos mercantiles, civiles, laborales e incluso penales, lo que en el derecho ordinario se conoce como “materias” y cuyo contenido no se encuentra regulado en la justicia consuetudinaria. El contenido de la norma suprema es comprensible considerando que sienta la base fundamental del reconocimiento de este derecho, pero que bien puede ser desarrollado por normatividad secundaria y en ella determinar estas peculiaridades.

Algo de estas facultades se ha desarrollado en el Código Orgánico de la Función Judicial, lo que ayuda a una mejor comprensión respecto del ámbito de su aplicación. En efecto, el Art. 343 del cuerpo legal citado, a más de reproducir la norma de la Constitución ya expuesta, agrega que “No

se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres” (Asamblea Nacional, 2015), aspecto que presupone otro limitante al ejercicio de esta facultad, pues en caso de violación de derechos de mujeres de una determinada comunidad, no se podría alegar ninguna costumbre jurídica para obviar castigar o sancionar al agresor; y por otro lado, tampoco se podría alegar esta circunstancia para emitir o proferir sanciones que vulneren sus derechos. Es tan evidente esta limitante que incluso la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé en el Art. 65 la Acción de Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena, para los casos de violación de los derechos reconocidos en la Constitución o la discriminación a la mujer por el hecho de ser mujer, pudiendo impugnar las decisiones de autoridad indígena dentro del término legal. (Asamblea Nacional, 2009).

Si bien el numeral 3 del Art. 66 del cuerpo legal antes citado, determina como principios rectores en esta materia que las autoridades indígenas en el ejercicio de sus facultades gozan de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no deja de recalcar en cambio que “tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y ésta ley” (Asamblea Nacional, 2009), resaltando de esta forma que dicha potestad no es absoluta, no queda al libre albedrío de la autoridad o los miembros de la comunidad, sino que se debe respetar los derechos que todos tienen no solo como parte del Estado, sino como seres humanos, aspecto que vuelve en cambio la discusión sobre la concepción de derechos humanos por parte de los pueblos indígenas.

Los artículos 344 y 345 del Código Orgánico de la Función Judicial señalan los principios que deben ser considerados cuando en los procesos judiciales intervienen personas integrantes de las comunidades o pueblos indígenas, a efectos de garantizar en lo posible su identidad, lengua, y costumbres, tradiciones y con ello garantizar plenamente los derechos establecidos en la Constitución. Se establece el principio “Non bis in ídem” como una forma de evitar el doble juzgamiento y el principio “pro jurisdicción indígena” como mecanismo que ayude a dilucidar en caso de duda de aplicación de la justicia indígena u ordinaria en un caso determinado, prevaleciendo la primera sobre la segunda. (Asamblea Nacional, 2015).

También la ley obliga a tener en cuenta la costumbre jurídica de determinada comunidad o pueblo para adoptar las mejores decisiones que garantice sus derechos en los procesos judiciales en los que puede estar involucrado un miembro de una comunidad indígena. Aquello sin duda es de vital

importancia para la fundamentación en las decisiones de los jueces, en cambio, no aporta en mayor medida al debate de los límites que tienen las autoridades indígenas en el ámbito de su competencia, pues de darse un caso así, si algún miembro de la comunidad o pueblo se encuentra inmerso en algún conflicto judicial, no espera que el Juez adopte la decisión tomando en cuenta su identidad o costumbre, lo que solicitan en estos casos es que se decline la competencia a las autoridades indígenas para ser juzgado de acuerdo a su costumbre, aspecto que se encuentra también regulado en el Art. 345 ibídem y es en dicho momento en el que se presentan los problemas de competencia precisamente porque no se encuentran bien delimitadas estas facultades, quedando muchas veces a la interpretación subjetiva de los conceptos generales.

Finalmente, en el Código Orgánico en referencia encontramos la obligación del Consejo de la Judicatura de determinar o destinar los recursos necesarios en procura de una verdadera cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, con el propósito de que estos dos tipos de jurisdicciones no se confronten o choquen por asumir la competencia, al contrario que exista una verdadera comunicación y se respete el ámbito de cada una de ellas, anhelo que hasta a hora no se ha logrado, pese a que el Art. 171 de la Constitución dispone que la ley debe establecer los mecanismos de cooperación y coordinación, sin embargo, ningún texto normativo secundario se ha preocupado de ello.

Con las reglas de aplicación que se ha expuesto, se encuentra determinado los lineamientos generales del límite de este derecho, habiendo advertido así:

- a) Los límites territoriales, es decir el ámbito geográfico hasta donde se extiende la comunidad;
- b) Solución de conflictos internos, aquello que se produce dentro de una comuna, comunidad o pueblo y entre sus miembros, estando excluido en principio las relaciones que ocurre con el mundo externo.
- c) Los derechos consagrados en la propia Constitución, aquellos principios y normas de garantía conferida a todos los ciudadanos y cuya obligación de respeto y resguardo corresponde al propio Estado a través de las diferentes autoridades;
- d) El derecho internacional de derechos humanos, como derechos básicos y connaturales al ser humano en donde quiera que se encuentren.
- e) Los derechos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, consideradas como grupos vulnerables y de atención prioritaria, en cuyo caso el deber del Estado es brindar atención

prioritaria y garantizar su no vulneración, tal como consagra el numeral 10 del Art. 57 de la Constitución.

Sin embargo, a pesar que estas restricciones constitucionales y legales, resulta insuficiente para poder dilucidar los problemas y conflictos que se generan entre estas dos jurisdicciones, pues lo descrito no ayuda a responder algunas interrogantes que a menudo resaltan este tema, cuestiones como: ¿ Que sucede en el caso de que un ciudadano salga temporalmente de su territorio y comunidad, estaría sujeto a la jurisdicción indígena o pierde este derecho?; o, ¿qué sucede si un ciudadano mestizo o no perteneciente a dicha comunidad ingresa, convive y se ve involucrado en problemas con algún habitante del lugar?; ¿qué sucede en el caso de los asuntos criminales o penales?; ¿cuál es la situación si un grupo social, pueblo o comunidad ha sido desplazada de su territorio y se asienta en otro?; o ¿qué sucede con los temas relacionados con la propiedad privada, sus formas de enajenación y correspondiente registro de titular, aquello tendría la posibilidad de ser dilucidado en la justicia indígena?; ¿cuál es ámbito de aplicación de los derechos reconocidos en la Constitución a todos los ciudadanos como el derecho al libre tránsito y movilidad frente a la justicia indígena o consuetudinaria?, etc. Estos por poner algunos ejemplos de duda.

Para ciertas autoridades indígenas y para los defensores de ésta clase de derechos, parece que no existe límites a esta facultad concedida por la Constitución, partiendo del principio de autodeterminación consagrado en los artículos 3, 4, 5, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, facultad que les concede el derecho a determinar libremente su condición política y perseguir de forma libre su desarrollo económico, social y cultural, así como el derecho a la autonomía y al autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (Asamblea General de Naciones, 2007).

Así, para Raúl Ilaquiche (Ilaquiche, 2001) el reconocimiento de la justicia indígena implica terminar con la imposición de una ley única en el Estado, circunstancia que significó para el pueblo indígena, subordinación, exclusión y discriminación. Dice el autor que mediante esta conquista se “está reconociendo y delegando a las autoridades indígenas su calidad y su carácter de autoridad pública; se está delegando una función pública, la administración de justicia; está simplificando la engorrosa, corrupta e ineficiente función judicial”. (pág. 4). Esta es una concepción bastante subjetiva que concibe a la potestad de las autoridades indígenas equiparable a la función estatal, al punto de atribuir que se les ha delegado una función pública, la de administrar justicia, aspecto que no es del todo cierto, porque si bien existe el reconocimiento a dicha potestad, aquella no es

similar con la potestad de las juezas y jueces ordinarios, primero por su origen o designación, luego por el tipo de normas o reglas que aplican, y en tercer lugar por los casos o materias que conocen y resuelven. Precisamente por esta forma de concebir a la justicia indígena, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que “La justicia indígena no debe ser asimilada a la justicia estatal porque ambas tienen sistemas jurídicos diferenciados. Las fuentes, las autoridades, las normas son distintas en cada sistema jurídico” (Dictamen N° 16-19-CP/20, 2020) (...) agrega la Corte que “este tipo de medidas de asimilación institucional constituyen una disconformidad con la esencia misma del respeto a las diversas manifestaciones jurídicas de cada comunidad” (pág. 5), reafirmando en el sentido que no puede asimilar este tipo de jurisdicción a la misma función que nace del Estado.

De otro lado, cierto es que los procesos judiciales en años anteriores tuvieron un retardo exagerado y mientras que los de aplicación de la justicia indígena son mucho más ágiles, pero aquello no fue el fundamento para tal reconocimiento por parte de los constituyentes, además de que a la actual fecha la administración de justicia ha tenido también transformaciones, de modo que no puede ser el fundamento para el ejercicio de esta función, pues detrás de tal reconocimiento hay derroteros mucho más grandes como la igualdad y no discriminación, la plurinacionalidad, pluriculturalidad y la multiétnicidad.

Varios autores han coincidido que el principal punto de discordia que crea el conflicto entre los dos modos de aplicar justicia, es el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución, es decir, la ruptura de una institucionalidad del derecho que parece que lleva al caos y los distintos grupos disputando una liberalidad para la aplicación de normas, como reclamando tener otra nación dentro de un Estado, lo cual a criterio de Boaventura de Sousa no es así, porque las tradiciones y costumbres jurídicas de los pueblos indígenas vienen siendo aplicadas durante varios años y se mantienen como parte de la estructura social, no existiendo divorcio con las otras áreas que atañen a la comunidad, ya la autoridad indígena a más de aplicar la costumbre jurídica, se ocupa de los aspectos económicos, sociales, políticos, culturales, etc. Entonces no se trata de buscar una libertad jurídica para aplicar la norma que a cada quien le conviene, sino el reconocimiento pleno de sus atribuciones. Este criterio tiene mucho sentido tomando en consideración que el modo de ejercer autoridad en los pueblos indígenas no nace con el reconocimiento constitucional, no se inventa recién los procedimientos, sino que aquellos silenciosamente ya estuvieron vigentes a lo largo de la historia y fueron aplicados por las autoridades en conflictos internos, evitando con ello a lo mejor

que los problemas deriven en la justicia ordinaria. Empero, y sin lugar a duda que, como toda potestad dentro de un estado constitucional, debe tener sus límites y frenos a objeto de evitar abusos y arbitrariedades.

Para Nina Pacari, (2002) la existencia de una pluralidad jurídica en el Ecuador es una realidad a partir del reconocimiento constitucional, sin embargo, apunta que en cuanto a su aplicación “aun exige superar las cargas de ideológicas de dominación que bajo el escudo de estereotipos suelen adjetivar a la administración de justicia indígena como sinónimo de “salvajismo” (pág. 1). En cuanto a la crítica del modo de aplicar las sanciones en la jurisdicción indígena señala que la concepción de división por materias, está solo previsto en la justicia ordinaria, en cambio, en el sistema indígena se parte de una filosofía interrelacionada entre el hombre, la naturaleza y la sociedad, de tal suerte que no puede haber división y el rompimiento de alguno de estos elementos que afecta todos los demás, por ello que considera que la justicia indígena resuelve todo tipo de conflictos que se presenta en el interior de la comunidad.

Sin duda, esta apreciación tiene su lógica en el sentido de que la división por materias es una construcción formalista, literaria, quizá de organización de la cultura jurídico monista, aspecto no distinguido por la justicia consuetudinaria que simplemente considera a cualquier conflicto como un aspecto que altera la paz de la comunidad, que rompe la armonía y debe ser solucionado independientemente de su materia. Sin embargo, con base en este criterio no se distingue restricciones, aspecto alejado de la disposición constitucional desde 1998 y sobre todo de la normativa internacional reconocida en la propia Carta Suprema y que sirvió de fundamento para su consecución, pues habiendo principios jurídicos universales, aquellos no podrían ser exigidos en unos casos, como el derecho a la igualdad, al trabajo, la salud, la autodeterminación, y por otro lado, desconocer otros derechos por considerar que son ajenos a una concepción distinta de los demás. Seguro que aquello resultaría discriminatorio.

La falta de una reglamentación que desarrolle las normas constitucionales, así como las distintas conceptualizaciones de la justicia indígena tanto desde el ámbito de la cosmovisión, cuanto de la cultura monopolista del derecho escrito, ha llevado a enfrentamientos entre estas dos formas de administrar justicia, aspecto que ha sido en parte remediado mediante vía jurisprudencial por la Corte Constitucional en la Sentencia N° 113-14-SEP-CC, mediante el cual se delimita el campo de acción de la justicia indígena relacionados con delitos en contra de la vida.

El antecedente de esta resolución resulta de una causa originada por el asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, habitante de la comuna de la Cocha, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, ocurrido el domingo 9 de mayo del año 2010, y en el que resultaron responsables luego de las indagaciones realizadas por la comunidad, cinco jóvenes integrantes de la comunidad de Guantopolo, siendo dicho hecho conocido y resuelto por las autoridades indígenas de la comunidad de la Cocha y de Guantopolo, emitiendo la correspondiente sanción. Sin embargo, las autoridades penales ingresan a la comunidad y utilizando la fuerza capturan al presunto responsable para procesarlo penalmente por la justicia ordinaria, algo que consideran los comuneros, atentatorio a su derecho de administración de justicia.

En la sentencia la Corte considera la naturaleza de la justicia indígena, sus formas de concepción, de sanción e incluso el procedimiento que utilizan, delimita de forma primordial el bien protegido en la justicia indígena y en la justicia ordinaria, constando que aquella cuando conoce casos de muerte no resuelve sobre la afectación al bien jurídico “vida”, sino en función de la afectación que este hecho provoca en la comunidad. Enfatiza que la Constitución expone los límites de dicha forma de administrar justicia a los propios derechos constante en ella y el derecho internacional de derechos humanos, pero resaltan que resulta insuficiente para dilucidar los problemas que se presentan haciendo necesaria desarrollarla.

Como el caso puesto a conocimiento de la Corte se trata de un asunto de privación de la vida, se considera que el bien jurídico se encuentra protegido en el Art. 66. Numeral 1 Constitución que garantiza la inviolabilidad de la vida, por consiguiente, es deber del Estado activar los mecanismos necesarios para garantizar dicho bien y evitar que los delitos que atentan contra la vida queden en la impunidad de conformidad con la legislación penal. La vida también es un bien protegido internacionalmente, por consiguiente, acarrea obligaciones erga omnes. Así para dilucidar el ámbito de competencia la Corte Constitucional señala:

La Corte Constitucional advierte que siendo la inviolabilidad de la vida un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en los ius cogens, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar porque, ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione la conducta como tal, tomando en cuenta además los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad.

Como consecuencia de esto, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida. Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al formar parte de la sociedad ecuatoriana, tienen también la responsabilidad de precautar el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en consecuencia, deben garantizar que todo atentado contra ella sea juzgado de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales y la ley (SENTENCIA N° 113-14-SEP-CC, 2014).

Como se puede apreciar del análisis de la Corte, los límites de justicia indígena encuentra su fundamento en los propios derechos reconocidos en la Constitución y el Derecho Internacional de Derechos Humanos como ya se señaló en líneas preliminares, por consiguiente el conocimiento de los delitos contra la vida por parte de la justicia ordinaria en nada afecta a la facultad de resolver los conflictos internos de la justicia indígena, sabiendo que en dicho sistema el bien jurídico protegido es el bienestar y la armonía de la comunidad. Cabe recalcar que la Corte ha enfatizado en el sentido que los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades a desarrollar, practicar y fortalecer su sistema de administración de justicia no es absoluta, que no existen derechos ilimitados y que aquellos no pueden colocarse al margen de la Constitución y de los convenios y tratados internacionales. Finalmente, la Corte concluye dictando regla jurisprudencial de aplicación obligatoria para las autoridades indígenas, administrativas y jurisdiccionales en el sentido que los asuntos de delitos contra la vida, es de jurisdicción y competencia exclusiva del sistema de Derecho Penal Ordinario, mientras que la administración de justicia indígena mantiene su competencia para conocimiento y resolución de conflictos internos dentro de su ámbito territorial y que afectan los valores comunitarios (pág. 35).

Con la expedición de esta sentencia se ha contribuido en gran medida a solventar algunas dudas respecto de los límites de la justicia consuetudinaria, al menos en lo que a materia penal se refiere; sin embargo, queda todavía una gran tarea por realizar a efectos encontrar los caminos correctos de cooperación y coordinación de estos dos sistemas de justicia, obligación dispuesta por la ley, pero que todavía no ha sido asumida por el legislador. Esta falencia lleva incluso en la actualidad a confusiones o incorrectas interpretaciones de las disposiciones legales, al punto de llegar al desatino el amenazar públicamente a un Vicepresidente de la República con aplicarle justicia indígena en caso de no respetar la autonomía de las comunidades, situación que fue de

conocimiento público por la declaración de un dirigente indígena ante medios de comunicación; o en el caso de la obstaculización del libre tránsito en las comunidades a los funcionarios del Ministerio de Salud en el contexto de la Pandemia del COVID-19, por no solicitar permiso a las autoridades o haber coordinado las visitas, actos que pueden chocar con el derecho al libre tránsito establecido en el numeral 14 del Art. 66 de la Constitución. Por consiguiente, mientras no se generen reglas mucho más específicas en esta materia, las subjetividades seguirán imperando.

En la Asamblea Nacional desde la vigencia de la nueva Constitución, se han presentado dos propuestas legislativas que buscan desarrollar mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y ordinaria, la primera presentada por la ex Asambleísta Lourdes Tibán, y la segunda por Juan Cárdenas Espinoza. En la primera propuesta denominada “Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria” se profundiza en los conceptos de indígena, autoridad, diversidad, pluralismo, etc., pero en el Art. 10 se establece que “las autoridades indignas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conocerán y resolverán los conflictos en todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad, ni delito” (Tibán, 2010), aclarando que ni la Constitución, ni los instrumentos internacionales establecen límites en cuanto a la materia, cosas, personas o grados, lo cual no es del todo cierto conforme se analizó, pues precisamente los derechos reconocidos en la propia Constitución y los derechos internacionales son los límites inmediatos como refiere la Corte Constitucional. Además, la propuesta establece que en caso de conflictos entre personas indígenas y no indígenas y entre jurisdicciones indígenas, esta sea dirimido por la Corte Constitucional, prevaleciendo siempre el derecho de la comunidad, por consiguiente, no se trata de una propuesta de coordinación y cooperación precisamente, sino de desarrollo del derecho indígena, aspecto comprensible teniendo en cuenta que la propuesta fue presentada en el año 2010.

En la otra propuesta denominada Ley Orgánica para la aplicación de la Justicia Indígena en el Ecuador, se sientan los principios básicos, se establece como mínimos jurídicos los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. En el Art. 8 de la propuesta el ámbito de competencia, se establece todas las materias que atenten contra la armonía y la paz de la comunidad, pero señalando como restricciones los actos que atentan contra el derecho internacional humanitario; delitos que atenten contra la seguridad interna y externa del Estado; los delitos contra la administración pública, aduanera y tributaria; procesos contenciosos administrativos, los que vulneran derechos de niños, niñas y adolescentes; y los que afectan los derechos laborales, de

seguridad social y de ambiente (Cárdenas, 2018). En cuanto a los conflictos de competencia, se confiere potestad a la Corte Constitucional para dirimir tal conflicto; regula los conflictos con personas que no son indígenas pero que tienen relación por el territorio, comercio u otra índole y posibilita un acuerdo de las partes para someterse a la justicia que elijan. Vista así, esta propuesta recoge mucho de los parámetros analizados por la Corte Constitucional y establece ciertos límites concretos en materia de derechos fundamentales, lo cual es bastante positivo dado las líneas generales dadas por la propia Constitución y el Derecho Internacional.

Ahora bien, si tenemos de límite los derechos establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ¿acaso no resulta complejo que alguna decisión de la justicia indígena pueda afectarlos si no se mira reglas mínimas en el procedimiento y juzgamiento? Que sucede con el derecho al debido proceso que aunque se haya generado principios que obliga a mirarlos con apego a los usos, costumbres y tradiciones según el Art. 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la práctica no se observan y se hace caso omiso; o la seguridad jurídica, la tutela efectiva, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, el derecho a la propiedad, libertad de pensamiento y culto, etc., acaso aquellos derechos no tendrían cabida en un sistema de administración de justicia diferente al ordinario. Que sucede con las instituciones jurídicas reconocidas en la constitución como el matrimonio, la familia, la sociedad conyugal, el patrimonio familiar, los derechos de niños, niñas y adolescentes, los derechos de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria, etc. por señalar algunos ejemplos, acaso aquellos derechos pueden ser desconocidos en la concepción ancestral de justicia o se necesita tener criterios básicos de respecto a derechos fundamentales y a instituciones estatales que bien puede ser aplicados por las autoridades indígenas.

El Dr. Julio Cesar Trujillo (Trujillo, 2002) señala precisamente la necesidad de regular en mejor medida el campo de acción de esta potestad, pero advierte que el derecho consuetudinario no podría contradecir las propias normas constitucionales, en efecto “la ley ha de tener presente que el derecho propio o consuetudinario no puede contradecir a la Constitución y a las leyes por así disponer el mismo precepto constitucional” (pág. 5), y señala que aquello es obvio pues se trata de la norma fundamental del Estado, pero concluye que para saber si existe o no contradicción “no bastan los principios de interpretación de la norma jurídico desde a Constitución” sino que ha de generarse normativa secundaria en el que debe tenerse en cuenta la perspectiva de “cultura”, examinar su valoración y el significado que se da a ella, para establecer porque cierto acto es malo

o pernicioso en una cultura y en otra no lo es. Apunta el jurista a una distribución de funciones para terminar con el conflicto generado, aspecto que deja al máximo organismo de interpretación Constitucional en los casos que se presenten.

Ahora bien, en muchos de los casos los conflictos se presentan porque por un lado la administración de justicia ordinaria mira con temor la posibilidad de derivar el conocimiento de la causa a la jurisdicción indígena, pues no se tiene claridad sobre el procedimiento, las medidas o sanciones que se va adoptar y ello puede ocasionar alguna vulneración de derechos que acarrearía responsabilidades para la autoridad que derivó; y por otro lado, el recelo de los pueblos o nacionalidades, la idea de intromisión de cultura ajena en su territorio, donde tienen plena competencia las autoridades indígenas y por consiguiente no permiten ninguna otra intervención a menos que cuente con el visto bueno de sus comunidades. Estos resquebrajamiento se han visto en procesos judiciales cuando los administradores de justicia niegan la derivación, o cuando las comunas o pueblos indígenas se niegan a cumplir decisiones de autoridad pública, presentando oposición por proteger los derechos de alguno de sus miembros.

La solución es muy compleja y para tal efecto no solo se debería considerarse el carácter intrínseco de la costumbre, usos o tradición jurídica, sino tomar en cuenta que en un mundo globalizado las circunstancias sociales también han variado, la movilidad humana, el internet, la mezcla de razas y culturas, los negocios jurídicos, la profesionalización de los integrantes de las comunidades, han ido rompiendo poco a poco el aislamiento de los pueblos, por consiguiente ahora existe más información y conocimiento del derechos comunes al ser humano y las reformas debe ir en el mismo sentido y regular las nuevas relaciones sociales entre los individuos que se identifican con la cultura indígena y los que no se identifican con aquella, de tal suerte que se pueda encontrar armonía entre estas dos formas de ejercer justicia, evitar la supeditación o dependencia de una justicia a otra y hallar un verdadero respeto a la justicia consuetudinaria. Diverso es el caso de los pueblos en aislamiento voluntario, en donde tiene justificada vigencia la aplicación de una costumbre jurídica pura que ha no ha variado como medio de mantener la paz y la convivencia social; y por consiguiente todo aspecto que les atañe debe tener en cuenta dicha condición al momento de adoptar decisiones tal como lo exige el Art. 160 de la Organización Internacional de Trabajo.

Esta es una tarea de la Asamblea Nacional políticamente difícil, porque en ella se confluyen fuerzas ideológicas de diversa índole y siendo una función notoriamente electoral, al parecer nadie desea

crear conflictos con algún grupo social, pero, por el bien de los pueblos y nacionalidades, de la justicia en general y el derecho consuetudinario constitucionalmente reconocidos, sería muy importante iniciar tal labor a partir de un gran dialogo social.

Método

De acuerdo con el estudio adoptado para este trabajo de investigación académica, la metodología fue basada en el enfoque cualitativo que ha permitido la recolección de información preliminar, explorar y potencializar las distintas conceptualizaciones que se han enunciado frente a este tema, así como encontrar criterios valorativos del mismo, complementándose por un diseño documental – bibliográfico, debido a la recolección de datos extraídos de diversos textos, enfocado en el contenido escrito preponderantemente.

En cuanto a la metodología abordada se utilizó el método analítico relacionado con el sistema lógico, enfocándose en el estudio de aspectos particulares, escrutados en el análisis de contenido desarrollado en los manuscritos (Bernal-Torres, 2006), así lo Analítico – sintético, consistió en la desmembración o descomposición de todo lo enunciado frente a este tema, un proceso que ha permitido separar o dividir el objeto de estudio en los aspectos o cualidades particulares que lo componen. (Rojas Soriano, 2010, pág. 151) y con ello determinar las conclusiones generales. La síntesis, por el contrario, es el proceso que ha permitido la integración para obtener una comprensión general. (Villabella Armengol, 2014, pág. 936).

Para este trabajo de investigación se ha utilizado el método inductivo deductivo. Por cuanto al método inductivo permite partir de aspectos, condiciones, análisis o resultados particulares para llegar a generalizaciones, es decir, de lo particular a lo general, por el contrario, el método deductivo parte de aspectos, condiciones, análisis o resultados generales para aplicarlos a situaciones particulares. (Salinas, 2013). Dentro de esta investigación también se aplicaron el método histórico - lógico, porque permite explorar los cambios que el fenómeno ha experimentado en el tiempo, exponiendo la evolución histórica del tema de estudio y su transformación. Dentro de esta investigación también se aplicaron el método histórico, a través del cual es posible indagar en los antecedentes de determinado fenómeno para lograr su comprensión mismo se combina con el comparativo, creando el método histórico comparativo, mismo que permite esclarecer fenómenos culturales, estableciendo semejanzas y parentesco de su origen común. (Mora Delgado & Alvarado Cervantes, 2010, pág. 12)

La consideración en la aplicación de los métodos mencionados permitió analizar hechos, teorías, leyes, sentencias, bibliografía y el impacto que ha tenido en la sociedad en las distintas épocas, generando mediante el análisis documental jurídico, extrayendo aspectos necesarios en el campo del derecho constitucional. (Erazo-Álvarez & Narváez-Zurita, 2020).

Consideraciones finales

Es evidente que la justicia consuetudinaria o indígena es una realidad innegable, que no ha perdido vigencia a pesar de los siglos que ha transcurrido desde su origen, pasando por épocas de sometimiento y todo intento de destrucción; sin embargo, ha resistido al pasar del tiempo, las dificultades y las nuevas corrientes del pensamiento moderno del derecho, las costumbres siguen vigentes e incluso han recobrado su vitalidad desde el nuevo constitucionalismo en América Latina. El reconocimiento a nivel constitucional ha sido una muestra clara del pluralismo jurídico que se vive, la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo estado y la tolerancia a ciertas formas de administrar justicia diferente al sistema ordinario debe robustecer aún más el sentido de democracia y justicia constitucional. La potestad de las autoridades indígenas frente a problemas internos de las comunidades y la búsqueda constante de la paz y la tranquilidad colectiva tampoco se encuentran en discusión, pues al respecto el texto constitucional y la normativa internacional ha sido muy elocuente y reafirma un derecho connatural a los pueblos y nacionalidades.

Sin embargo, se encuentran puntos discordantes en cuanto al alcance de dicha potestad jurisdiccional, los límites de materia por sobre todo y en cierto aspecto la territorialidad, pues desde la cosmovisión de los pueblos no existe límite constitucional, de personas o materias, ni tampoco del derecho internacional de derechos humanos, siendo aquellos (para la justicia indígena) los postulados generados desde el derecho positivo que no tendría una misma concepción en un sistema ancestral. Así los atentados contra los derechos humanos como generalmente se los concibe, no tienen la misma dimensión en la justicia de costumbres, cuya finalidad resulta ser la purificación del individuo y su conversión a vivir en armonía con sus pares. De otro lado, la otra visión, una interpretación gramatical e integral de la constitución y la ley, encuentra los límites de esta justicia sometida al propio texto constitucional y otros derechos de naturaleza superior como han quedado expresados.

A pesar de ello, por el carácter normativo del contenido de la Constitución que tiene que ser desarrollada o ajustada a los criterios de interpretación para convertirse en reglas, sigue siendo insuficiente para establecer la línea de división entre estas dos formas de ejercer justicia es allí donde se encuentran los resquebrajamiento, las disputas, en las distintas formas de interpretar la norma suprema, pues para unos sopesa más el derecho a la libre determinación de los pueblos y con ello la autonomía, el autogobierno, el derecho a conservar y reforzar las instituciones políticas, jurídicas y otros derechos reconocidos, tal como establece la Declaración de las Naciones Unidas; mientras que para otros, está de por medio la institucionalidad del Estado, del derecho, la supremacía Constitucional y la vigencia del derechos internacional de derechos humanos que no permitiría tener una autonomía total como se persigue.

Si bien se han dejado expuestos los límites que emanan de las propias disposiciones que reconoce este derecho, sin embargo, para seguir acortando las distancias, es necesario entrar en las regulaciones mucho más específicas que delimite de mejor forma el accionar de la justicia indígena y encuentre los puntos de armonización que haga posible la respectiva cooperación y eficiencia de éstas instancias jurídicas. La opción de dejar a la Asamblea Nacional tal tarea sería lo ideal, pero a lo mejor no la más conveniente dada su estructura y composición, y sobre todo la politicidad con que se manejan las reformas legales, que como se ha visto, a pesar de haber iniciativas no ha sido posible tratarlos. En esta tarea, claro está la labor preponderante de la Corte Constitucional como lo ha hecho en el caso de los delitos contra la vida, precisamente por su alta especialización en derechos constitucionales y derechos humanos que es materia central de discusión, además de la heterogeneidad de pensamiento, aunque faltaría el ingrediente especial de la interculturalidad en su composición que permita abarcar desde todas las ópticas estos temas tan delicados y a la vez importantes para un Ecuador multicultural.

Varios de los fallos de la jurisprudencia constitucional Colombiana pueden ayudar a ilustrar el devenir de nuevas regulaciones, así por citar algunos ejemplos, la Corte Constitucional Colombiana ha determinado tres principios fundamentales en la delimitación de las facultades de la justicia consuetudinaria, el primero que tiene que ver con maximizar la autonomía de las comunidades, el segundo, el respeto al núcleo duro de derechos, y el tercero la proporcionalidad que debe existir entre la autonomía y la asimilación cultural (Burgos, 2008), es decir una especie de gradación que va de acuerdo al cognición de cada individuo. En este sentido se ha restringido la potestad de las autoridades indígenas frente a normas legales de orden público o cuando se trate de derechos que

protegen un valor constitucional superior al de la diversidad étnica, por consiguiente, dotando de facultades en varias materias como las de orden civil, penal, laboral, que no se contrapongan a las restricciones descritas.

Vía jurisprudencia se ha regulado el ámbito de sucesiones hereditarias, aspectos laborales, controversias entre habitantes indígenas y no indígenas, los asuntos indígenas fuera de la zona de resguardo, etc. Pero ha sido enfático en el respeto a derechos fundamentales, mucho más en lo que constituye el núcleo duro de derechos como el derecho a la vida, prohibiciones de tortura, de esclavitud, delitos y penas contrarios a ley, debido proceso y otros, algo de esto recogido ya por la jurisprudencia ecuatoriana.

Un aspecto que toma muy en cuenta la jurisprudencia es el grado de conservación de las costumbres y tradiciones, que en principio son respetados, pero también aquello delimita la potestad de la ley ordinaria, así, aquellos pueblos que no lo conservan en mayor grado las costumbres, deben regirse por las leyes ordinarias del Estado y no se podría invocar derecho consuetudinario para la solución de un determinado conflicto. Del mismo modo el tema del abandono de lugar de “resguardo” para vivir en la gran ciudad ha sido materia de análisis por la Corte Constitucional Colombiana adoptando el criterio de que por dicha circunstancia no se pierde tal derecho. En este punto, parece que en nuestro país sigue teniendo preminencia la justicia indígena de quienes por razones laborales se han trasladado a vivir en ciudad, tal como lo describe Ilaquiche (Ilaquiche, 2001) respecto de la solución de un conflicto presentado entre dos miembros de la misma comunidad que laboran en un mercado de la ciudad, que aunque no se encuentra establecida dicha potestad en la ley, sin embargo el asunto ha sido derivado a la autoridad indígena, quien ha devuelto la armonía entre sus comuneros.

De consiguiente hay una gran tarea por realizar; en cuanto a las concepciones y definiciones existen criterios contrapuestos, en el ámbito doctrinario de igual modo, dependiendo del punto de vista que se aborde el tema; en el ámbito de aplicación también se vienen presentando problemas porque se está adoptando figuras jurídicas extrañas a las costumbres, experimentando una especie de mezcla entre la justicia consuetudinaria y la adopción de mecanismos de la justicia ordinaria, algo que debe ponerse en orden para dar el verdadero sentido a esta forma de ejercer justicia ancestral.

Financiamiento

No monetario.

Agradecimiento

Un agradecimiento profundo a mi familia, pilar y soporte de todo, de forma especial a mi esposa Elicia, a mis hijos Luis, Matías y Thiago, por su apoyo y comprensión en todo momento de la vida. A la Universidad Católica de Cuenca, por la oportunidad de seguir profundizando en el estudio del derecho constitucional.

Referencias

1. Asamblea General de Naciones. (2007). Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. New York.
2. Asamblea Nacional. (Septiembre de 2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional . Quito, Ecuador.
3. Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
4. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República. Montecristi, Ecuador: Cooperación de Estudios y Publicaciones.
5. Bastidas, A. C. (2013). La aplicación de la Justicia Indígenas en el Ecuador. *Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 68.
6. Burgos, F. (2008). Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver. *Revista Derecho de Estado N° 21*, 95-108.
7. Cárdenas, J. (02 de 08 de 2018). Ley Orgánica para la aplicación de la Justicia Indígena en el Ecuador. *Ley Orgánica para la aplicación de la Justicia Indígena en el Ecuador*. Quito, Ecuador.
8. Clavero, B. (1994). *DERECHO INDIGENA Y CULTURA CONSTITUCIONAL EN AMERICA. MEXICO: SIGLO VEITIUENO EDITORES, s.a. de c.v.*
9. CONGRESO. (1830). CONSTITUCION DEL ESTADO DEL ECUADOR (1830). QUITO.
10. De la Guardia, M. (1889). *Leyes de Indias*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Pedro Nuñez. .
11. De Sousa Santos, B. (2012). Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En D. S. Boaventura, & A. Grijalva Jimenez, *Insticia*

- Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador.* (pág. 16). Quito: Fundación Rosa Luxemburgo/Abya Yala.
12. Díaz, E., & Antunez, A. (2016). El conflicto de competencia en la Justicia Indígena del Ecuador. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 100.
 13. Dictamen N° 16-19-CP/20, 16-19-CP (Corte Constitucional del Ecuador 08 de 01 de 2020).
 14. Erazo-Álvarez, J. C., & Narváez-Zurita, C. I. (2020). Medición y gestión del capital intelectual en la industria del cuero - calzado en Ecuador. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria Koinonía*, 437-467.
 15. Galvez, F. (1990). La Real Audiencia y su configuración en el virreinato. *Boletín del instituto Riva Agüero.*, 325-346.
 16. Ilaquiche, R. (2001). La administración de Justicia en la Ciudad: Estudio de un caso. *Revista Yachaikuna*.
 17. INSTITUTO DE ESTADISTICAS Y CENSOS. (Noviembre de 2001). La población indígena del Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador.
 18. Lopez, A. (2006). El Derecho Prehispánico en el Derecho Indiano: Causa Criminal en la Nueva España por acciones incidentes y sublección indígena. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 34.
 19. Marof, T. (1924). *La justicia del Inca*. Glasgow: Edición Latino Americana (Bruselas, Bélgica).
 20. Mora Delgado, G., & Alvarado Cervantes, D. (2010). *Métodos de investigación*. México: Pearson.
 21. Nuñez, J. (1989). La Revolución Francesa y la Independencia de América Latina. *Nueva Sociedad*, 22-32.
 22. Pacari, N. (marzo de 2002). Pluralidad Jurídica: Una realidad constitucionalmente reconocida. *Pluralidad Jurídica: Una realidad constitucionalmente reconocida*. Cuenca, Azuay, Ecuador.
 23. Rubio, J. I. (1955). *El Virreinato I, orígenes y jurisdicciones, y dinámica social de los Virreyes*. México: UNAM, Fondo de Cultura Económica México.
 24. Salinas, P. J. (2013). *Metodología de la Investigación científica*. Mérida: Universidad de los Andes.
 25. SENTENCIA N° 113-14-SEP-CC, 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de julio de 2014).

26. Stavenhagen, R. (16 de 10 de 2006). Derecho consuetudinario indígena en América Latina. *Antología. Grandes temas de la Antropoligí jurídica*. Oaxtepec, Morelos, México: Red Latinoamericana de Antropología Jurídica.
27. Tibán, L. (4 de Febrero de 2010). Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción ordinaria . Quito, Ecuador.
28. Trujillo, J. C. (20 de febrero de 2002). Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena. *Adminsitración de Justicia Indígena*. Quito, Ecuador. Obtenido de <http://www.uasb.edu.ec/padh>
29. Villabella Armengol. (2014). Los métodos en la investigación jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*(141), 923-953.

©2020 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).