

LEY ORGÁNICA DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ECUATORIANA:
¿UN MANDATO CONSTITUCIONAL NECESARIO O UNA NORMA QUE LIMITA A LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA?

Serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador
Volumen 6

La edición de esta obra y las características gráficas son propiedad de Cevallos editora jurídica

Venta y Distribución

Cevallos librería jurídica
www.cevalloslibreria.com
cevalloslibreria@gmail.com

- » Jerónimo Carrión N22-14 y José Tamayo
Teléfax: (593-2) 290 53 03
(593-2) 600 35 66
- » Clemente Ponce 229 y Piedrahita
Teléfono: (593-2) 250 15 32
- » Iñaquito N37-168 y UNP
Teléfono: (593-2) 224 01 68

Quito - Ecuador

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, por medio de cualquier proceso reprográfico y de tratamiento informático, sin la autorización escrita del editor.



Justicia comunitaria
en los Andes:
Perú y Ecuador

LEY ORGÁNICA DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ECUATORIANA: ¿UN MANDATO CONSTITUCIONAL NECESARIO O UNA NORMA QUE LIMITA A LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA?

Jaime Vintimilla Saldaña



Quito - Ecuador
2012

El libro es el producto del esfuerzo intelectual de un grupo humano que facilita su materialización.

Fotocopiar el libro va en perjuicio de todos quienes hacen posible esta obra impresa.

Respetar nuestro trabajo quizá tú también en un futuro seas un autor novel o editor connotado.

El contenido intelectual y de investigación de esta obra son de responsabilidad exclusiva del autor.

Diseño editorial - Montaje fotográfico

Ing. Roberto Cevallos Añasco
Diseñador Gráfico
« cevallosluisroberto@gmail.com »

Impresión

Fausto Reinoso, Ediciones
Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto
Of. 203, Quito

Esta publicación es auspiciada por Peace Research Institute Frankfurt (PRIF) y el programa "Fortalecimiento de Organizaciones Indígenas en América Latina" PROINDIGENA de la Cooperación Internacional Alemana –Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH– con fondos procedentes del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo del Gobierno de la República Federal de Alemania.



Jaime Vintimilla Saldaña, 2012

Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria Ecuatoriana:

¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?

ISBN 13: 978-9978-
Derechos de autor: 0
Edición: Junio 2012
Tirada: 00 ejemplares

Índice

| | |
|--|----|
| Agradecimiento | 7 |
| Presentación | |
| Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador | 9 |
| Prefacio | 15 |
| Introducción | 35 |
| La justicia indígena dentro del nuevo marco jurídico ecuatoriano | 37 |
| Elementos que constituyen la jurisdicción indígena | 38 |
| Qué significa coordinación y cooperación | 50 |
| Acercamiento conceptual | 50 |
| 1.1 Mecanismos normativos | 52 |
| 1.1.1 Normas constitucionales | 52 |
| 1.1.2 Normas convencionales | 55 |
| 1.1.3 Normas legales y reglamentarias | 56 |
| 1.1.3.1 Código orgánico de la función judicial (COFJ) | 56 |
| 1.1.3.2 Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional | 59 |
| 1.1.3.3 Reglamento de sustanciación de procesos en la corte constitucional (LOGJYCC) | 62 |
| 1.2 Mecanismos institucionales | 65 |
| 1.3 Mecanismos procesales o conceptos claves de intervención | 68 |
| 1.3.1 Competencia material | 69 |
| 1.3.2 Competencia territorial | 74 |
| 1.3.3 Competencia personal o étnica | 77 |
| Casística de cooperación y coordinación previa sine lege | 79 |
| Breve revisión de algunos proyectos de ley | 81 |
| Denominación | 83 |

| | |
|---|-----|
| Objeto y ámbito | 84 |
| Principios rectores | 88 |
| Principios que aclaran la cooperación y coordinación | 90 |
| Jurisdicción y competencia | 93 |
| Independencia jurisdiccional | 95 |
| Conflictos de competencia | 96 |
| Declinación de competencia y autorregulación | 98 |
| Legitimidad y eficacia de las decisiones indígenas | 100 |
| Mecanismos de coordinación y cooperación | 102 |
| Control disciplinario de los servidores judiciales | 106 |
| Consulta previa y obligatoria | 107 |
| Resultados y sistematización de los talleres realizados | 113 |
| Impacto | 117 |
| Resultados conseguidos con el aporte financiero | 118 |
| Problemas encontrados durante la ejecución | 120 |
| Conclusiones y Recomendaciones | 120 |
| Bibliografía | 125 |

Agradecimiento

Ninguna obra existe por generación espontánea, al contrario, obedece a una confluencia de esfuerzos, en este sentido el CIDES extiende su más efusivo agradecimiento a la Cooperación Alemana Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH y al Peace Research Institute Frankfurt PRIF - Hessische Stiftung friedens- und Konfliktforschung HSFK por haber hecho posible esta publicación.

De igual forma mis más sinceros agradecimientos para Hans Jürgen Brandt por sus atinadas recomendaciones y al profesor René Kuppe por la gentileza de escribir el prefacio.

Estamos seguros que se va a aportar para el debate en un tema trascendental como el que nos ocupa.

Jaime Vintimilla
Director Ejecutivo de CIDES

Presentación

Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador

Hace nueve años empezamos con nuestros primeros estudios sobre la Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador”. En el año 2003 esta justicia –también llamada comunal o indígena– todavía fue poco conocida. Faltaban estudios cuantitativos sobre la dimensión de los conflictos tratados en las comunidades, sobre el tipo de las controversias y los mecanismos de solución. Además no existieron investigaciones comparativas sobre las normas del derecho y los procedimientos de la jurisdicción comunal de diversas culturas andinas. A pesar del reconocimiento constitucional esta jurisdicción especial no fue percibida como una instancia adecuada para resolver conflictos de los pobladores rurales por la mayoría de los operadores judiciales y el público en general. Fue una jurisdicción marginada y olvidada. Peor aún, en el Perú muchos integrantes de las Rondas Campesinas fueron perseguidos y condenados por la justicia ordinaria por el simple hecho de haber administrado justicia de acuerdo a las normas comunales.

Con nuestras primeras publicaciones tratamos de promover en el Perú y Ecuador un mejor conocimiento sobre la actuación de la justicia comunitaria y el derecho consuetudinario. Los resultados de las investigaciones empíricas fueron divulgados mediante la serie “Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador”, que consistió en cuatro volúmenes:

1. EL TRATAMIENTO DE CONFLICTOS, Un estudio de actas en 133 comunidades, compiladores: Brandt, Hans-Jürgen / Franco Valdivia, Rocío, Volumen 1, Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima 2006 (249 páginas)
2. NORMAS, VALORES Y PROCEDIMIENTOS EN LA JUSTICIA COMUNITARIA, Estudio cualitativo en Comunidades Indígenas y

Campesinas de Ecuador y Perú, compiladores: Brandt, Hans-Jürgen / Franco Valdivia, Rocío, Volumen 2, Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima 2007 (192 páginas)

3. LAS MUJERES EN LA JUSTICIA COMUNITARIA: VÍCTIMAS; SUJETOS Y ACTORES; Franco Valdivia, Rocío / Gonzáles Luna, María Alejandra, Volumen 3, Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima 2009 (200 páginas)
4. DERECHO INDÍGENA; CONFLICTO Y JUSTICIA COMUNITARIA EN COMUNIDADES KICHWAS DEL ECUADOR, Vintimilla Saldaña, Jaime / Almeida Mariño, Milena / Saldaña Abad, Remigia, Volumen 4, Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima 2007 (164 páginas).
(Todas las publicaciones son descargables de la página web del Instituto de Defensa Legal de Lima¹ y del Centro sobre Derecho y Sociedad - CIDES/ Ecuador².)

Un resultado clave de las investigaciones fue que la justicia campesina e indígena es altamente aceptada por los campesinos, siendo parte de su vida cotidiana, expresión de sus valores culturales, sus formas de convivencia y de sus relaciones sociales. En contraste, hay una resistencia, hasta un rechazo, a la “otra” justicia (la justicia estatal), que es percibida como instancia de una cultura ajena, especialmente por no considerar la realidad rural. Otro encuentro central de los estudios es el carácter conciliador de la justicia comunitaria. En la resolución de los conflictos se busca mantener o restablecer la paz comunal mediante un nuevo equilibrio en las relaciones sociales, perturbadas por la vulneración de una norma comunal. Las sanciones y su aplicación tienen una función correctiva y educativa para el transgresor. Objetivo general de los procedimientos es la resocialización y reinserción de los procesados en la comunidad. Hemos mostrado que las soluciones de los conflictos no son arbitrarias, sino que obedecen a una racionalidad. Los estudios muestran también, que las diferencias entre las culturas estudiadas son muy significantes: no hay una cultura jurídica andina homogénea.

A parte de la apreciación positiva encontramos también procedimientos y conductas de actores de la justicia campesina/indígena críticos, como la defi-

1. <http://www.idl.org.pe>
2. <http://www.cides.org.ec>

ciente igualdad de derechos de mujeres, la falta de protección de las víctimas contra violencia familiar o la aplicación de sanciones corporales que vulneran Derechos Humanos. Por el otro lado pudimos comprobar que artículos periodísticos, publicados frecuentemente, que presentan linchamientos como una forma de justicia comunal, no corresponden con la realidad.

Desde nuestros primeros estudios de campo el escenario entorno de la justicia comunitaria ha cambiado en una manera poco imaginable en el año 2003.

En el *Perú* ocurrió un cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema orientado a la despenalización de la justicia comunitaria. En diciembre del 2009, la Corte Suprema aprobó un Acuerdo Jurisprudencial que reconoce la facultad jurisdiccional de las Rondas Campesinas. El Poder Judicial del Perú manifestó una clara intención de comprender en su trabajo institucional –siempre focalizado en la Justicia de Paz– el tema de la coordinación con la justicia comunal. Resultados concretos fueron la creación de Escuelas e Institutos sobre Justicia Intercultural en las Cortes Superiores de Cajamarca y San Martín con respaldo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Momentos álgidos de la apertura del Poder Judicial peruano hacia la justicia comunal fueron tres simposios sobre justicia intercultural, realizados en los años 2010 y 2011. En estos eventos se reconoce que en el país “coexisten diversos pueblos que tienen sus propios sistemas jurídicos” y se plantea un “proceso de diálogo intercultural entre los sistemas de justicia ordinaria y la justicia indígena”³.

En cambio en el *Ecuador* culminó en el año 2008 –con la promulgación de una nueva Constitución política– un proceso de reivindicación del movimiento indígena por “el reconocimiento del estado plurinacional, la incorporación de la interculturalidad como espacio de encuentro entre las culturas indígenas y mestizas en un plano de igualdad, y la inclusión de los derechos colectivos en el estatuto constitucional de derechos”⁴. La magna carta otorga a los pue-

3. Declaración del congreso del Poder Judicial “Construyendo un País con justicia social”, realizado en La Merced/Perú, septiembre 2010.
4. Ávila Linzán, Luis Fernando: Los caminos de la justicia intercultural, en: Gallegos-Anda, Carlos Espinoza / Caicedo Tapia, Danilo (ed.): Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales, Serie Justicia y Derechos Humanos – Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito 2009, pp. 145 s., 177

blos indígenas el derecho de aplicar “normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos” y de ejercer “funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio” (Art. 171 inc.1). Por el otro lado el aparato estatal de justicia –luego de un cambio legal– tiene que aplicar el principio de interculturalidad. De acuerdo al Art. 24 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en “toda Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento”. En estos casos los magistrados y fiscales tienen que buscar “el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante”⁵.

Finalmente se ha desarrollado en el Ecuador y Perú un debate político sobre las pautas de leyes de cooperación y coordinación entre la justicia ordinaria y la comunitaria. Con este propósito CIDES, IDL y otras ONG’s realizaron en los últimos años encuentros de diálogo con los representantes de ambos sistemas de justicia. El debate al nivel de la sociedad civil sobre leyes de justicia intercultural promovió a propuestas de normas legales que actualmente se encuentran en el proceso legislativo del Congreso peruano y de la Asamblea Nacional del Ecuador.

Cabe la duda si los acontecimientos mencionados influenciaron en la práctica jurisdiccional de la justicia comunitaria y la justicia ordinaria. Con estos enfoques realizamos en el Perú y Ecuador investigaciones para medir los cambios en la justicia comunitaria / indígena en la última década y para analizar la jurisprudencia de las cortes y juzgados estatales sobre problemas de la justicia comunal.

Considerando los sucesos mencionados se plantea además la pregunta que los grupos destinatarios –es decir los dirigentes comunales y los magistrados– opinan sobre las pautas para los proyectos de ley de coordinación que actualmente se debaten en los parlamentos de ambos países. Con este objetivo los equipos de IDL y CIDES realizaron en los años 2010 y 2011 talleres de consulta sobre la propuesta de ley de coordinación y luego analizaron y

5. Art. 24 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009).

sistematizaron los resultados de los encuentros. Tocaron en su análisis también los textos debatidos actualmente en los parlamentos.

Fruto de las investigaciones son los últimos volúmenes de la serie “Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador”:

5. Hacia una Ley de Coordinación para la Justicia. Debates en torno a una propuesta desarrollo del artículo 149 de la Constitución, Instituto de Defensa Legal, Lima
6. Ley orgánica de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la ordinaria en el Ecuador: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?, CIDES, Quito
7. Tendencias jurisprudenciales en la coordinación con la jurisdicción comunal indígena: Un análisis de expedientes Instituto de Defensa Legal, Lima
8. La jurisprudencia ecuatoriana frente a los sistemas de justicia indígena: Interculturalidad aplicada o transición del etnocentrismo al universalismo multicultural, CIDES, Quito
9. Cambios en la justicia comunitaria y factores de influencia, Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima

Las investigaciones fueron realizadas por equipos interdisciplinarios de IDL/Lima y CIDES/Quito, en alianza con comunidades y organizaciones campesinas e indígenas así como instancias del Poder Judicial de ambos países. El Peace Research Institute Frankfurt –PRIF– coordinó y acompañó las investigaciones desde el inicio en el año 2003.

Las publicaciones recibieron el auspicio por el programa “Fortalecimiento de Organizaciones Indígenas en América Latina” PROINDIGENA de la Cooperación Técnica Alemana –Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH– con fondos procedentes del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo del Gobierno de la República Federal de Alemania. No obstante la responsabilidad de las opiniones expresadas en los libros corresponde exclusivamente a los autores, y su publicación no significa que la GIZ o el PRIF las compartan.

El PRIF agradece a los colegas de la GIZ por su amplio fomento, a los investigadores de IDL y CIDES por su gran empeño y dedicación, a las organizaciones campesinas e indígenas así como a las instancias judiciales en el Perú y Ecuador, participantes en nuestros eventos, por su constante apoyo y a los centenares de dirigentes comunales, magistrados y fiscales por su cordial acogida y su participación.

Frankfurt, mayo del 2012
Hans-Jürgen Brandt
Peace Research Institute Frankfurt – PRIF

PREFACIO

El día 29 de septiembre del año 2011 la Corte Suprema del Perú transmitió al Congreso de la República la Resolución Administrativa No. 103-2011-SP-C-PJ, expedida por la Sala Plena de la Corte, mediante la cual se había aprobado la presentación del *Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia*.

De manera parecida, el día 19 de diciembre del mismo año, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, presentó al Presidente de la Asamblea el *Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria*. Estos acontecimientos, que recibieron poca atención en la vida pública de los dos países, son indudablemente el resultado cumbre en el largo discurso sobre la consolidación de la jurisdicción indígena y comunal, dentro del marco institucional de los países andinos en consideración.

Los dos proyectos de ley que se han introducido a los fueros legislativos en ambas repúblicas, deben tener una función paralela, ya expresada en sus títulos: Deben coordinar, armonizar la justicia de los pueblos indígenas con la justicia ordinaria estatal. No son actos legislativos para *reconocer* y menos aún para *establecer* la justicia indígena, sino instrumentos que aclaran los detalles de sus relaciones externas. Estas relaciones son complejas, porque en primer lugar, se trata de un pluralismo jurídico, en otras palabras de la presencia de varios órdenes jurídicos que se encuentran vigentes, que conviven, y que se desarrollan en el mismo espacio geográfico. Pero además de tratarse de distintos órdenes jurídicos –los del Estado y los de los distintos grupos étnicos– estos sistemas se caracterizan también por sus distintas lógicas de funcionamiento, sus diversas dinámicas de aplicación y por sus objetivos sociales disímiles. La diferencia entre los órdenes jurídicos estatales y los órdenes jurídicos indígenas resulta tan grande y tan profunda, que

durante muchas décadas los segundos incluso no fueron reconocidos en su carácter jurídico por los órdenes estatales. En la larga historia del derecho republicano peruano y ecuatoriano, –y esto es bastante parecido a la situación en las otras repúblicas latinoamericanas–, las instituciones indígenas no fueron consideradas como “derecho”. En el mejor de los casos fueron respetados hasta cierto grado como “usos y costumbres”, que pudieron mantenerse para organizar la vida interna de ciertos grupos indígenas; y en el peor de los casos, estas instituciones indígenas fueron consideradas como rasgos sociales anacrónicos que mantenían a los miembros de estos grupos en su estado retrasado y aislado y por esto se aplicaba el derecho criminal estatal para oprimirlas.

El cambio significativo en relación al reconocimiento de los órdenes indígenas por parte del derecho estatal surgió no antes de las décadas recientemente pasadas, cuando recibió su impulso más importante por el avance de los derechos humanos internacionales, en las cuales el tema del reconocimiento de la identidad y de los derechos colectivos de los pueblos indígenas empezó a jugar un rol decisivo.

En este sentido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su parte relevante dispone claramente:

Artículo 8

- “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
- ...”

Artículo 9

- “1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
- ...”

El lenguaje del Convenio deja abierto si, en el caso de las instituciones indígenas, se trata de “costumbres” o de “derecho consuetudinario”, pero si pone fuera de dudas que éstas deben considerarse en la aplicación del derecho nacional y además, establece el derecho colectivo de los pueblos a mantenerlas. Aunque no explica claramente como puede entenderse la “compatibilidad” de los métodos aplicados por los pueblos indígenas en la sanción de sus delitos internos, con el sistema jurídico nacional, como condición para ser respetadas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) es muy breve en su referencia explícita a nuestro tema, cuando explica en su artículo 34:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, **costumbres o sistemas jurídicos**, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.” (énfasis por R. Kuppe).

Sin embargo, esta norma hay que leerla y entenderla en el contexto general de los propósitos y principios que inspiran la Declaración, y que se expresan, entre otros, en su párrafo cuarto del preámbulo:

“[...] todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas.”

El Art. 5 de la Declaración dice claramente que “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, [...]” y en el Art. 11.1 se garantiza el derecho de estos pueblos a “practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales.”

La lectura conjunta de las normas de la Declaración nos muestra que el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propios órdenes jurídicos no solamente ha entrado al sistema universal de los derechos humanos, sino que además a estos pueblos se les reconoce que tienen derecho a que sus instituciones jurídicas tengan su fundamento en sus propias tradiciones y patrones culturales. La Declaración aclara la autonomía como forma de ejercer el derecho a la libre determinación (Art. 4), y más allá también garantiza al mismo tiempo el que no se niegue a las instituciones propias de los pueblos indígenas su reconocimiento y su plena vigencia dentro del Estado, por el mero hecho de tener sus bases en un fondo cultural que es distinto a aquel del Estado. La exclusión y el no reconocimiento de las instituciones indígenas debido a sus lógicas particulares de resolución de conflictos, y a su fundamento en cosmovisiones tan distintas a la ética social del Estado serían formas de exclusión y discriminación cultural, siendo éstas completamente contrarias a los principios fundamentales de los derechos humanos internacionales.

Los desarrollos normativos a nivel internacional dejaron sus huellas en los sistemas jurídicos nacionales. En ese sentido y aunque el movimiento indígena durante los años 90 fue muy débil, en la Constitución peruana de 1993 entró en vigencia un artículo que todavía se mantiene, y sigue siendo la norma fundamental para el reconocimiento de la jurisdicción indígena en Perú: Artículo 149: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.” Sin considerar en este contexto la compleja situación terminológica del Perú en relación a los beneficiarios de esta norma, se puede decir que se estableció un régimen constitucional que rehabilita a las autoridades indíge-

nas. A pesar de ese cambio constitucional, la realidad peruana durante varios años siguió siendo la misma: muchas autoridades comunales continuaron siendo reprimidas y perseguidas de manera inconstitucional, porque en muchos casos el ejercicio de la jurisdicción propia fue catalogado como usurpación de funciones, secuestro, privación de libertad y/o otros delitos. Esta situación de represión de la justicia comunal cambió significativamente cuando en el mes de diciembre del 2009 se publicó el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 mediante el cual las Salas Penales Permanentes, Transitorias y Especial de la Corte Suprema decidieron concordar la jurisprudencia sobre las rondas campesinas y su función jurisdiccional.

En contraste con el Perú, las organizaciones indígenas nacionales de Ecuador jugaron un rol trascendental durante la elaboración de la Constitución del Ecuador en el año 1998. El apartado 3 del artículo 191 de dicha Constitución contenía una disposición muy parecida a la fórmula peruana del 93, la cual establecía lo siguiente:

“[...] Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Además la Carta Constitucional ecuatoriana del 98 declaró al Estado como pluricultural y multiétnico. Sin embargo, como nos explica Llasag Fernández, las promesas y visiones de este Estado multiétnico y pluricultural no se cumplieron, “porque continúa con la misma institucionalidad del estado nación, lo cual genera inaplicabilidad de los nuevos derechos colectivos”^[1] de los pueblos indígenas que habían sido reconocidos.

Por esta razón, en la primera década del nuevo milenio se concretó una nueva propuesta política de re-constituir al Estado como plurinacional, como

[1] Raúl Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora” en: Ramiro Ávila Santamaría (ed.) Neoinstitucionalismo y Sociedad. Serie Justicia y Derechos Humanos. Quito 2008: 336.

realización de un nuevo modelo del Estado postcolonial, en el cual todas las instituciones públicas deben ser plurinacionales en su conformación. La plurinacionalidad fue el programa político de los movimientos sociales del país que resultó, como se sabe, en la elaboración y aprobación definitiva de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.

Esta constitución consagra de forma más amplia un catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Pero no es un mero listado de derechos, ni presenta solamente un contenido nuevo y más extenso de derechos. Ella es la expresión de un discurso renovado y renovador de los derechos, que deja atrás el verso dominante que había llevado a su desustancialización. Sobre todo, la nueva constitución se fundamenta en los principios de la directa e inmediata aplicabilidad, de la indivisibilidad y de la plena justiciabilidad de los derechos y garantías reconocidos en ella misma y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y rechaza la relación jerárquica entre estos derechos. Los derechos civiles, por ejemplo, no son más válidos que los derechos económicos, sociales y culturales, ni se debe dar prioridad a los derechos individuales frente a los colectivos.

En la nueva Constitución ecuatoriana se encuentra un capítulo separado que versa sobre “Función Judicial y Justicia Indígena”, teniendo la siguiente norma específica:

“Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

Además, el Art. 56, que enumera los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afroecuatoriano y del pueblo montubio, dispone en el apartado 10 su derecho de:

“[C]rear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres niñas, niños y adolescentes.”

Vale la pena recalcar que las normas que reconocen la jurisdicción indígena en la todavía vigente Constitución peruana del 93, en la Constitución ecuatoriana de 1998 y en la vigente de 2008 tienen algunos elementos importantes en común: Se reconoce la función judicial de las autoridades de los pueblos indígenas. Se garantiza que el ejercicio de esta función tenga su fundamento en las normas, procedimientos y órdenes jurídicos propios de estos pueblos, en otras palabras, no en la legislación estatal. Se mencionan algunos criterios mínimos sobre los límites de las competencias entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. En este sentido, la norma vigente peruana habla de “las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”; igualmente, la ecuatoriana limita el ejercicio de las funciones jurisdiccionales al “ámbito territorial” y además menciona como criterio la “solución de conflictos internos”. Otro aspecto común es la referencia constitucional a los derechos humanos o “fundamentales de la persona” como límite inherente en la aplicación de las normas propias.

Finalmente, un aspecto común de las normas constitucionales que reconocen la jurisdicción indígena es la delegación del establecimiento de las formas y los mecanismos de coordinación de esta jurisdicción con la jurisdicción ordinaria y general en forma de una disposición legislativa. Este tema es central para las consideraciones y reflexiones de esta publicación. Las constituciones no definen los detalles de la coordinación y cooperación de los distintos órdenes jurídicos, sino que dejan tales arreglos en manos de la ley. Sin embargo, es un hecho llamativo que ni en el caso peruano ni en el ecuatoriano se ha dictado todavía este marco legislativo de coordinación. En otras palabras, mientras que por un lado, en el Ecuador al igual que en el Perú, la jurisdicción indígena siempre se ha aplicado y ejecutado, el mandato constitucional al poder legislativo de definir la coordinación de esta jurisdicción con

la ordinaria no se ha cumplido hasta ahora. En el caso del Perú significa que ha transcurrido un tiempo de casi 20 años, y en el Ecuador, desde el momento de su primer reconocimiento constitucional, son 14 años de no-actuación del legislador en relación a este mandato constitucional. Empero, desde finales de la década de los años 90, en ambos países se elaboraron y, en parte, también se han consultado varios proyectos de ley en materia de coordinación, bajo diferentes condiciones políticas e institucionales, aunque en ninguno de esos países han entrado todavía en vigencia. Esto por ausencia de voluntad política de los poderes públicos, pero también por falta de unanimidad sobre los detalles de su contenido entre los mismos promotores de estas iniciativas y, en algunos casos, debido a tecnicismos jurídicos que han sido contruidos para paralizar las iniciativas legislativas consideradas.

Las leyes de coordinación no establecen la jurisdicción indígena. Esta ya se puede ejercer en base al mandato constitucional, y su ejercicio no necesita autorización por parte de esta legislación. Sin embargo, la ausencia de este marco legislativo de coordinación ha creado varios tipos de problemas: Como se explica con más detalle en la publicación que el lector tiene en sus manos, los mecanismos de coordinación son aquellos “medios o procesos que los dos órdenes normativos deben considerar para la administración de justicia efectiva y, concretamente, se refieren a la necesidad de disposiciones administrativas o institucionales, la existencia de normas jurídicas, certeza en los momentos procesales y el conocimiento mínimo de los usuarios y operadores jurídicos de lo que significa interculturalidad, interlegalidad y aplicación de los derechos humanos”. La aprobación de las normas de coordinación, armonización y cooperación tendría la función de aclarar, también frente a los funcionarios de la jurisdicción general, y a los demás órganos del Estado, la legitimidad del ejercicio de la jurisdicción por las autoridades indígenas, los límites de la jurisdicción general frente a la indígena, así como también aclarar que las decisiones de las instancias indígenas deben ser respetadas por las instituciones y autoridades estatales. En otras palabras, las leyes de coordinación serían un importante paso hacia la efectividad del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, y contribuirían a la implementación transversal del carácter plurinacional de todas las instituciones judiciales.

Considerando esta deficiencia institucional en ambas repúblicas, ha sido un avance importante que dentro del Proyecto “Reducción de conflictos entre la justicia indígena/comunitaria y la ordinaria en Perú y en Ecuador”, apoyado por la cooperación internacional alemana, se han dinamizado varios procesos que pudieron contribuir a la redacción final de los textos de los dos proyectos de leyes, mencionados más arriba, que han sido introducidos a las comisiones legislativas durante el año 2011. Debido al excelente trabajo de las dos ONGs “Instituto de Defensa Legal” (Lima) y “Centro sobre Derecho y Sociedad” (Ecuador) ha sido posible, en el marco de este proyecto, realizar amplias consultas sobre las expectativas que tuvieron los diversos sectores sociales –jueces y otros funcionarios estatales, autoridades indígenas, comuneros y expertos del mundo académico– sobre la función y el posible contenido de las leyes de coordinación.

Una serie de talleres en todas las zonas geográficas de ambos países presentaron un panorama amplio y detallado, hasta ahora sin precedentes, de los aspectos y problemas prácticos de la jurisprudencia comunal en distintos contextos culturales y sociales. Además el proyecto pudo aprovechar de los excelentes conocimientos aportados por las expertas y expertos que forman parte de las dos ONGs mencionadas, sobre las legislaciones nacionales vigentes y las experiencias conexas en otros estados latinoamericanos.

El proyecto además contó con un contexto político muy favorable en relación al tema de la jurisdicción indígena. En el caso del Perú sobre todo hubo una nueva actuación favorable dentro de la Corte Suprema (que tomó en sus manos la redacción final del proyecto de ley) y en el caso del Ecuador varios assembleístas indígenas, también expertos en el tema jurídico, desarrollaron una dinámica para la promoción de tales iniciativas legislativas. De suerte, al parecer sean podido combinar las distintas iniciativas y los dos proyectos, sin ninguna duda, pueden ser considerados como fruto de un esfuerzo común de muchos sectores nacionales interesados en esta temática.

Durante varios talleres e intercambios de opiniones sobre la futura legislación de coordinación surgieron algunas dudas, expresadas por integrantes de comunidades indígenas o ronderas, sobre la utilidad de delegar el arreglo de

la coordinación entre los órdenes jurídicos indígenas o comunales a una norma legislativa estatal.

Tal legislación, desde la perspectiva crítica, es vista como un mecanismo inflexible, impositor de criterios rígidos para la limitación de las competencias de la jurisdicción comunal: Igualmente, se supone que la legislación es un acto que simbólicamente somete el fuero indígena a la soberanía del Estado, y les impone unilateralmente criterios ajenos como el catálogo de los derechos humanos individualistas-occidentales. Ahora bien, el autor se permite aclarar algunas dudas sobre la función legislativa en el contexto del discurso sobre la autonomía judicial indígena.

Primero: La ley de coordinación *no establece* la jurisdicción indígena. El poder judicial de las autoridades indígenas puede ser ejercido legal y directamente apoyado en la Constitución. Así, se estableció claramente, por ejemplo en la sentencia T-254/1994, dictada por la Corte Constitucional Colombiana, en relación a una situación constitucional y legal parecida a la vigente en Perú y Ecuador, que el ejercicio de la jurisdicción indígena no dependería de la ley de coordinación no vigente aún “como podría pensarse a primera vista”. La jurisdicción de las autoridades indígenas ya estaría autorizada directamente por la Constitución, así el legislador tiene la función –solamente– de regular la coordinación con el sistema judicial nacional.

Segundo: La ley de coordinación *no puede limitar las competencias de la jurisdicción de manera que viole o restrinja los derechos colectivos* de los pueblos indígenas a su libre determinación. Sobre este aspecto se han expresado muchas dudas durante varios talleres y eventos de consulta sobre los dos proyectos de ley. Esa preocupación se debe principalmente a una función central de las futuras legislaciones, que consistirá en contribuir a la definición de las fronteras entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal.

Los abogados hablan, en este sentido, de establecer las competencias de las jurisdicciones. Como es sabido, desde una perspectiva teórica se presentan tres aspectos para establecer las fronteras con la jurisdicción indígena. Estos aspectos provienen del derecho occidental y se usan no solamente para esa temática, sino también para definir los límites entre otros tipos de

jurisdicción ordinaria entre sí. En el aspecto territorial se pregunta dónde se ejerce la jurisdicción indígena, un problema típico que puede presentarse es si se pueden incluir o no hechos ocurridos fuera del territorio de la comunidad. El aspecto personal busca saber sobre quienes (sujetos del Derecho) se ejerce la jurisdicción indígena, aquí los problemas se presentan sobre todo cuando se trata de un integrante no indígena de la comunidad. Finalmente, el aspecto material comprende los asuntos sobre los que se ejerce la justicia indígena. Se pregunta si también se incluyen en ésta los delitos graves como asesinato, violación, narcotráfico o si sólo se reduce a materias básicas tratadas legítimamente por las instancias indígenas autónomas.

Un vistazo breve sobre los dos proyectos que han sido introducidos a los poderes legislativos nos muestra que la circunscripción de la competencia se ha esbozado de manera muy general y flexible.

En el *Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia* del Perú se encuentra el Art. 7 que define como “regla general” la competencia de la jurisdicción especial comunal:

“La jurisdicción especial comunal tiene competencia sobre los hechos o conflictos surgidos en su ámbito territorial y que de acuerdo a su derecho consuetudinario o propio, corresponde conocer a sus autoridades jurisdiccionales.

Cuando se susciten hechos o conflictos que involucren a personas no pertenecientes a una comunidad campesina, comunidad nativa o ronda campesina, el caso será sometido a (sic!) conocimiento de la Sala correspondiente de la Corte Superior de Justicia, a fin de que ésta dirima que órgano jurisdiccional especial comunal o ordinario debe avocarse a su procesamiento y resolución; salvo que el implicado exprese su consentimiento y se someta a la jurisdicción especial comunal.”

Sin embargo, el Art. 8 de la ley citada estipula lo siguiente:

“[S]erán de conocimiento exclusivo de la jurisdicción ordinaria los delitos contra el estado, contra el ordenamiento jurídico internacional, de criminalidad organizada, de homicidio doloso y de violación sexual”.

El *Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria* ecuatoriana estipula en su Art. 5 que “[l]as autoridades indígenas tienen competencia para conocer y resolver ... todos los conflictos que atentan contra la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad a la que pertenezcan”. Además el artículo citado reza: “El ejercicio de la jurisdicción indígena comprende los conflictos internos que se desarrollan dentro el ámbito territorial [indígena].”

Como se observa, en ambos casos los dos proyectos parten de un alto grado de autorregulación de los órdenes jurídicos indígenas en relación a los límites de las competencias; estos se definen “de acuerdo a su derecho consuetudinario” (Perú) o incluyen “todos los conflictos que atentan contra la comunidad” (Ecuador). Estas referencias se hacen por una buena razón:

La autonomía judicial de los pueblos indígena es un aspecto de la implementación del *derecho humano* de todos los pueblos a la libre determinación, y esto significa que los pueblos indígenas pueden controlar sus instituciones propias. Los contenidos y límites de un *derecho humano* generalmente deben definirse desde la perspectiva de las necesidades del beneficiario de este derecho – en nuestro caso, del pueblo indígena correspondiente. En este sentido, los contornos externos de la jurisdicción indígena, por un lado dependen del interés que tiene cada pueblo indígena en ejercer control sobre ciertas materias o asuntos conflictivos de la vida pública, pero por otro lado, los ámbitos también dependen de las capacidades institucionales de las sociedades indígenas para ejercer su jurisdicción sobre ciertos asuntos. Así las fronteras de la jurisdicción indígena pueden ser determinadas de distinta manera de pueblo a pueblo. En ambos países y en muchas nacionalidades indígenas, ciertos casos graves como el asesinato o la violación son remitidos directamente a la jurisdicción ordinaria, mientras que otras comunidades reclaman, en los mismos casos, el ejercicio de su propia jurisdicción. A pesar de que la autorregulación es el fundamento para la definición de los límites de las competencias de la jurisdicción indígena, esto no significa que el Estado siempre deba reconocer tales límites estrictamente de conformidad con las exigencias o capacidades de los pueblos indígenas. Lo que sí debe hacer de cualquier manera, es justificar la limitación de los ámbitos de competencia de la autonomía indígena, sustentándose en un interés público obli-

gatorio. Se trata de un proceso de ponderación, en el cual deben evaluarse en cada caso concreto, los intereses de los pueblos indígenas en ejercer su jurisdicción frente al reparo del Estado al limitar legítimamente esta jurisdicción.

El reclamo de los pueblos indígenas al ejercicio de su jurisdicción se sustenta en sus derechos fundamentales, particularmente colectivos, y en consecuencia, las leyes de coordinación deben establecer criterios flexibles para definir los límites entre las competencias de la jurisdicción ordinaria e indígena, pero no es su función interferir injustificadamente en el ejercicio de esta función judicial comunal indígena.

Estas leyes, como toda la legislación en el sistema del Estado de derecho constitucional, deben contribuir al adecuado desarrollo de los preceptos constitucionales, y no fungir como limitante de tales principios. En este sentido, reza el Art. 11, apartado 4 de la nueva Constitución ecuatoriana: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”. Por esta razón, siempre y cuando el contenido de las leyes de coordinación limite el ejercicio de la jurisdicción indígena, el Estado debe justificar la aplicación de la ley en el caso concreto y realizar una ponderación frente al reclamo del grupo indígena al ejercicio de su jurisdicción. Cuando el resultado de esa ponderación muestre que el interés del grupo indígena es superior al interés del Estado en la aplicación plena de la ley, el grupo indígena tiene derecho a una exención de la aplicación de la norma. De esta forma, se realiza el principio de la inmediata aplicabilidad y de la plena justiciabilidad de los derechos y garantías fundamentales, las cuales no deben ser restringidas por otras normas jurídicas, aún cuando estas últimas estén formalmente vigentes.

Tercero: La Ley de coordinación *no tiene la función de imponer los valores de la sociedad occidental como límite externo a la función judicial de los pueblos indígenas*, particularmente con el pretexto de obligarles a respetar los derechos humanos. En muchas ocasiones, representantes de pueblos indígenas se han manifestado contra el uso indiscriminado de los derechos humanos como límite absoluto del orden jurídico indígena. Esto por dos razones: Los derechos humanos son vistos como mecanismos que tienen su origen en la

tradición y las experiencias concretas de las sociedades occidentales contemporáneas. Y además, supuestamente parten de una lógica liberal-individualista, opuesta a la ética comunal y holística del “buen vivir” de las sociedades indígenas. Esta argumentación ciertamente es correcta.

Como hemos visto arriba, la Constitución vigente peruana reconoce el ejercicio de las funciones de justicia indígena y comunal bajo la condición de que las normas aplicadas no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. De forma parecida, la Constitución ecuatoriana dispone que las normas que aplican las autoridades indígenas no deben ser contrarias a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Ahora bien, cabe la pregunta: ¿Cómo integran los proyectos de coordinación este fundamento constitucional en su normatividad?

El *Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia* del Perú explica en su Art. 2.e) que “[l]as reglas y prácticas de los sistemas de justicia deben adecuarse a las garantías del debido proceso, así como a los límites y controles que se regulan en la Constitución Política...”.

Igualmente, el proyecto exige que la interacción entre los sistemas de justicia sea “una expresión de interculturalidad, por lo que es necesario un diálogo permanente, en condición de igualdad y respeto mutuo” (Art. 2.b)).

El *Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria* del Ecuador reza en su Art. 2.5, casi de la misma manera: “La justicia indígena adoptará medidas en conjunto con las autoridades de la justicia ordinaria para asegurar el cumplimiento del debido proceso y demás garantías constitucionales, especialmente”. El Art. 2.1. del citado proyecto además afirma que “[l]os diversos sistemas jurídicos gozan de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones...” y que la “interrelación, cooperación y coordinación entre las dos jurisdicciones se fundamentará en la interculturalidad y plurinacionalidad.”

Aquí vale la pena preguntar: ¿Implican estas normas que los catálogos de los derechos humanos, como se encuentran establecidos por el sistema

internacional y por las constituciones de las repúblicas, son un límite absoluto para el ejercicio de la función jurisdiccional indígena?. Para responder a esta pregunta hay que considerar una vez más la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia. En una serie de sentencias, la Corte elaboró el principio de que los límites que legítimamente pueden restringir la jurisdicción indígena no son todos los derechos fundamentales constitucionales en su completo alcance y contenido, sino que corresponde solamente a un ámbito medular de derechos humanos intangibles. La Corte incluso concreta este núcleo absoluto de derechos humanos como el derecho a la vida, la prohibición de torturas, la prohibición de la esclavitud o el trabajo forzoso y el derecho a que se asegure un procedimiento justo, especialmente la audiencia, en procedimientos que conducen a la imposición de penas; además la Corte explica que estos derechos deben ser interpretados de manera intercultural.

El asunto llega al fondo de la interesante cuestión de principio respecto de la imperatividad de los derechos humanos dentro de una cultura no occidental. Para el tribunal, tal concreción de los límites fue el resultado de un consenso básico intercultural con respecto a estos límites. Supone que hay un consenso intercultural y universal sobre el carácter de estos límites como fundamento inherente de cada orden o sistema jurídico como tal. En este sentido, no se trata de la imposición de valores particularmente “occidentales”, sino de la validación de principios inherentes jurídicos. De esta fundamentación, podemos desprender que el tribunal asumió que la imposición estatal de esos límites no se interpondría con el “precepto de pluralismo”, porque los valores asegurados por los límites, debido a su carácter universal, también corresponden a una cultura no occidental.

Los dos proyectos de ley que estamos considerando aseguran que los derechos humanos no se entienden como la imposición de valores y criterios estrictos de una cultura superior sobre los ordenes jurídicos indígenas, sino como principios principales inherentes en estos mismos. Como se ve, los textos no hacen referencias a los derechos humanos como tales, sino más bien se refieren a los límites y garantías constitucionales. Sin embargo, estos límites, como todo el edificio constitucional de ambas repúblicas, deben ser entendidos y aplicados desde una perspectiva intercultural y plurinacional,

basándose en un diálogo permanente entre las culturas indígenas y la occidental, esta última representada por las instituciones del Estado.

Este contexto complejo se puede aclarar mejor en relación al ejemplo de la garantía del debido proceso, la cual se menciona explícitamente en los dos proyectos de ley. Según los resultados de una investigación empírica en comunidades indígenas y comunales en Perú y Ecuador^[2], el derecho al debido proceso es considerado como valor importante dentro de los miembros de las comunidades: Este derecho incluirá las siguientes garantías:

La legalidad, que significa que las autoridades tienen que decidir de acuerdo a las normas comunales;

La imparcialidad y neutralidad de los actores de la justicia comunitaria;

La rapidez, que significa que las autoridades deben tratar de resolver los conflictos dentro de poco tiempo;

El derecho a la defensa y la presunción de inocencia;

El derecho a guardar silencio y no autoinculparse;

Finalmente, el derecho a ser representado;

Estas garantías pueden ser realizadas por las mismas dinámicas y criterios de los órdenes jurídicos indígenas y comunales, y no tienen que ser necesariamente implementadas de la misma manera como en el derecho estatal y por lo tanto no son mecanismos que se sobreponen a sus órdenes jurídicos desde arriba y desde afuera. En este mismo sentido, también los otros criterios del núcleo intangible de los derechos humanos se implementan según los criterios propios de las culturas indígenas, y dentro del marco institucional de sus órdenes legales. En otras palabras, las leyes de coordinación no imponen límites externos a los órdenes jurídicos indígenas, sino garantizan y promueven el fortalecimiento de su propio núcleo intangible de realizar justicia.

Cuarto: Las Leyes de coordinación *no se imponen desde un ángulo unilateral estatal y desde arriba sobre la autonomía de las sociedades indígenas.*

[2] Brandt, Hans-Jürgen, Franco Valdivia, Rocío (Compiladores), Serie: Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, Volumen 2, Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria: Estudio cualitativo en comunidades indígenas y comunales en Ecuador y Perú, Instituto de Defensa legal, IDL, Lima 2007.

En general, en un sistema democrático-representativo la legislación nacional se elabora a nivel parlamentario con vigencia para todos los integrantes de la nación estatal. Sin embargo, en relación a los pueblos indígenas se han desarrollado nuevos estándares mínimos a nivel de los derechos humanos internacionales y nacionales. Dentro del contexto que estamos analizando, la norma constitucional más explícita constituye el Art. 57, Apartado 17 de la Constitución ecuatoriana, según el cual se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho colectivo a “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.” A nivel constitucional del Perú, no existe una norma paralela, sin embargo la república peruana es obligada por las normas internacionales, en las cuales se destacan muchas normas parecidas; por ejemplo los artículos 6.1. y 6.2. del Convenio 169 de la OIT (mencionado arriba) señalan que los Estados deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” y que tales consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Igualmente, varios organismos importantes del sistema internacional se han manifestado sobre la obligación de los Estados a implementar una política de consulta. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos y Libertades de los Pueblos Indígenas, James Anaya, se ha expresado en mayo de 2008 ante la Asamblea Constituyente ecuatoriana de la manera siguiente: “Los principios de consulta y consentimiento buscan promover el entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones [...] se ha negado repetidamente a lo pueblos indígenas la participación en la toma de decisiones que les ha afectado profundamente muchas veces en detrimento de sus derechos humanos fundamentales y en ocasiones hasta su propia supervivencia como pueblos [...]”

La razón para realizar una consulta previa a los pueblos indígenas es una consecuencia del derecho de estos pueblos a la libre determinación. Según el Art. 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los

Pueblos Indígenas, estos pueblos, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno, pero solamente “en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales”: Esta garantía es complementada por el derecho de estos pueblos “a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, [...]” (Art. 18), y otras normas parecidas. El derecho a la consulta supone implementar garantías jurídicas e institucionales que consoliden un marco mínimo de protección a los derechos colectivos de los grupos indígenas y sus integrantes. Ellos pueden, de esta manera, decidir sobre sus propias prioridades cuando se vayan a instaurar medidas –legislativas o administrativas– que pudiesen afectarles.

En este sentido, las leyes de coordinación no deben ser elaboradas y aprobadas unilateralmente por la vía parlamentaria regular. Como son un conjunto de normas que afectan a los pueblos indígenas de manera directa, deben ser por el contrario, sometidas a consultas estrictas, y extensivas, que incluyan todas las garantías que están previstas por los sistemas internacionales y nacionales de derechos humanos.

Los dos proyectos de ley que se consideran, han sido consultados con un número respetable de comunidades y organizaciones indígenas durante sus procesos de creación y validación. Además, se han buscado observaciones, recomendaciones y comentarios para consolidarles, tomando en cuenta las diferentes situaciones y realidades en las distintas zonas donde existen los pueblos indígenas peruanos y ecuatorianos. Gracias al auspicio de Peace Research Institute Frankfurt (PRIF) y la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), el mecanismo más importante de cooperación internacional de Alemania, se hizo posible una metodología verdaderamente participativa para incluir, a nivel nacional, dentro del debate de la norma propuesta o *lege ferenda* propuestas, puntos de vista y perspectivas de los miembros (bases y dirigentes locales) de diversos pueblos y nacionalidades indígenas.

Los detalles sobre ese proceso se encuentran detalladamente explicados en la presente publicación. Aunque todavía falta en el ámbito nacional de la

República del Ecuador una reglamentación definitiva de la consulta pre-legislativa, hay que enfatizar que la propuesta legislativa que se ha introducido a nivel parlamentario es el verdadero resultado de un proceso participativo e intercultural. No se trata, pues, de una superposición de arreglos “técnicos” encima de las sociedades indígenas.

El material presentado en esta obra contiene un completo y exhaustivo esbozo de los avances que han contribuido a la elaboración de los proyectos de ley de coordinación entre la justicia estatal y las justicias indígenas/comunales en los países en cuestión. Debido a su tremendo significado paradigmático para esta temática, deseaba a este libro una amplia acogida también fuera de Perú y Ecuador.

Profesor René Kuppe
Universidad de Viena

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, sin duda alguna, el tema del Derecho Indígena ha atravesado por varias etapas históricas hasta desembocar en el actual pluralismo jurídico que se caracteriza por la presencia del derecho colectivo que tanto los pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio tienen gracias a la norma constitucional que dispone la facultad de “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario”^[3].

Sin embargo, este derecho tiene un límite, conforme lo dispone el artículo constitucional *in comento*, pues no puede violentar o vulnerar derechos constitucionales, “en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

En consecuencia, se puede apreciar que en el país existen varios sistemas de reglas y principios que regulan la sociedad y conforme la Carta Magna deben tener una interacción o interlegalidad que permita que los usuarios puedan recibir seguridad jurídica, pues pluralismo significa una especie de terminal donde todos los trenes confluyen, aunque posteriormente vayan a diferentes direcciones.^[4]

En definitiva, este pluralismo no debe confundirse con paralelismo, sino que debe tenderse a la formación de una suerte de puntos de conexión que permitan que la interculturalidad sea toda una realidad y no una mera descripción normativa.

[3] Artículo 57, número 10 de la Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

[4] Sobre el pluralismo jurídico existe todo un debate con argumentos favorables y críticas sesudas. Una obra recomendable es precisamente “Pluralismo Jurídico” de Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Z. Tamanaha que cuenta con un estudio preliminar de Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

Estos elementos claves de conexión tendrían como misión principal apoyar a los operadores y usuarios sobre el ordenamiento normativo o sistema de reglas y principios que debería aplicarse en un caso determinado, es decir, se torna imprescindible la presencia de conceptos que no proporcionen soluciones para los conflictos entre particulares, sino que tienen como exclusivo objeto o finalidad el zanjar o solucionar los conflictos de normas, pues una sola debe ser aplicada.

Es decir, resulta necesario contar con procedimientos claros de coordinación y cooperación inter sistémicos, al respecto André Hoekema defiende un pluralismo donde existen principios o reglas de coordinación dirigidas a establecer las competencias de cada uno de los sistemas presentes, pues debe existir respeto hacia los órdenes jurídicos alternativos^[5].

Los puntos de conexión deben referirse, entonces, a las autoridades comunitarias, a los procedimientos propios, al sentido de conflictos internos, al uso y entendimiento de derecho consuetudinario, a la competencia material, competencia personal, competencia territorial y a los mínimos constitucionales que deben considerarse comenzando por el control constitucional de las decisiones de autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

La investigación que ponemos a consideración del lector cuenta con el auspicio de la cooperación alemana GIZ y PRIF y se ha realizado gracias a la metodología de talleres interactivos realizados con líderes indígenas, hombres y mujeres, operadores judiciales y expertos donde se han analizado diversos proyectos que tratan de regular el mandato constitucional dispuesto en la parte final del artículo 171 que textualmente indica que “la Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

[5] Ibidem, p. 42.

LA JUSTICIA INDÍGENA DENTRO DEL NUEVO MARCO JURÍDICO ECUATORIANO

El país ha reconocido la existencia del pluralismo jurídico desde 1998, es decir, la presenciade varios sistemas jurídicos que conviven en el mismo espacio geográfico, sin ser necesariamente coincidentes. Empero, el principal problema que han debido enfrentar, ha sido el de la compatibilidad, coordinación o choque conceptual entre ellos y su incidencia en la población.

Al respecto, se torna imperioso no confundir justicia indígena^[6] con linchamiento o violencia, pues esta nueva jurisdicción tiene su propia institucionalidad, alejada por completo de prácticas que concluyen en la pena capital o inobservancia de los derechos mínimos de defensa que tienen todas las personas, ya que es esencialmente una administración de justicia conciliadora y restauradora en lugar de exclusivamente sancionadora^[7].

Por desgracia existe todavía un desconocimiento y hasta una falta de aplicación de los instrumentos internacionales vigentes como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas donde se establecen los elementos mínimos del sistema jurídico indígena.

No obstante, cabe destacar, que la jurisdicción indígena tiene algunos elementos que aparecen descritos tanto en el artículo 171 de la nueva Constitución^[8] como en el novísimo Código orgánico de la Función Judicial^[9]

[6] Lourdes Tibán explica que Justicia indígena supone reconocer la aplicación de normas y procedimientos propios o el ejercicio de la jurisdicción indígena que la autoridad propia realiza para resolver un conflicto interno dentro de su territorio. Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador, Fundación Hanns Seidel, 2008, página 26.

[7] Esto se puede comprobar en el libro “El tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades”, segunda edición, volumen I de la serie Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador de Hans-Jurgen Brandt y Rocio Franco, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2008.

que trata del principio de la justicia intercultural y de la declinación de competencia a favor de la justicia indígena.

Por lo pronto, hace falta que la policía, los jueces y fiscales conozcan la realidad indígena y que en su intervención observen los derechos colectivos así como también se advierte una necesidad de las autoridades indígenas de una formación permanente en temas jurídicos claves, pues es recurrente su deseo de conocer los límites de su proceder, especialmente los derechos humanos y las garantías del debido proceso.

Entonces, en ningún momento, se puede omitir el hecho cierto que las autoridades indígenas únicamente pueden aplicar, a sus conflictos internos, normas y procedimientos propios, siempre y cuando, no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Por ello, una mínima coordinación socio-jurídica se hace imprescindible entre los dos mundos.

Elementos que constituyen la jurisdicción indígena

Gracias a la Carta de Montecristi se puede advertir que la justicia indígena tiene varios aspectos que le dotan de una identidad propia, así:

1. Presencia de autoridades propias de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas^[10].

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

[9] Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

En primer lugar, se debe entender que conforme al artículo 10 de la Constitución, los pueblos y nacionalidades indígenas son titulares de los derechos constitucionales y convencionales^[11], por ende, tienen derecho a “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”^[12]

Al existir 14 nacionalidades indígenas, las denominaciones y hasta las funciones de las autoridades varían, así se puede advertir en la nación Shuar la coexistencia de autoridades tradicionales como el “*uuntri*” (sabio) y de otras asimiladas o mimetizadas como “jueces de justicia”, asociaciones, centros, etc^[13]. En cambio, en la realidad quichua de la sierra se advierte la presencia de los cabildos y asambleas, al lado de los padrinos, ancianos de la comunidad e incluso familiares^[14].

La necesidad de que las autoridades indígenas se encuentren claramente identificadas y respetadas tanto en las comunidades indígenas como en la estructura administrativa mestiza resulta trascendental, pues son operadores comunitarios que no pueden omitir la defensa de los derechos constitucionales. Precisamente, en este sentido, el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución nos muestra, sin ambages, que las

[10] Se puede revisar Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, volumen 4: Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador de Jaime Vintimilla, Milena Almeida y Remigia Saldaña, Instituto de Defensa Legal IDL, Lima, 2007. También de la misma serie el volumen 1: “El tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades”, segunda edición, Hans-Jurgen Brandt y Rocío Franco, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2008.

[11] Artículo 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

[12] Artículo 57, número 9 de la Constitución.

[13] Proceso político de constitución de la nación Shuar del Ecuador, Nashe, Rainforest Foundation US, Fundación Pachamama, 2010.

[14] La abogada indígena Rosa Baltazar explica que las autoridades indígenas de acuerdo con la gravedad de los conflictos tienen su nivel de participación, por ello en algunas nacionalidades y pueblos se habla de tres instancias a las cuales pueden acudir las víctimas o las partes en la búsqueda de una resolución justa. La justicia indígena en el Ecuador dentro de Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales, Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009.

autoridades indígenas deben garantizar la vigencia del debido proceso, especialmente el principio “*Ne bis in idem*”^[15].

Además, por mandato constitucional, “el Estado garantizará que las Decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”^[16].

2. Ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

Las autoridades indígenas, indudablemente, están revestidas de jurisdicción. Como se sabe y conforme el Código Orgánico de la Función Judicial la jurisdicción “consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”^[17].

En este sentido, la Constitución otorga facultades jurisdiccionales a todas las autoridades indígenas, siendo este aspecto ratificado por el artículo 152 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) que explica el nacimiento de la jurisdicción gracias al nombramiento efectuado conforme a la Constitución (CRE) y la ley.

En definitiva, estamos ante el derecho que gozan los pueblos y nacionalidades indígenas de poseer autoridades que puedan administrar justicia en base a un ordenamiento normativo propio y, por supuesto, con la consideración de los límites jurídicos como los derechos constitucionales y aquellos reconocidos en instrumentos internacionales.

Finalmente, es pertinente seguir a Esther Sánchez Botero quien explica que “la jurisdicción indígena es jurisdicción en el estricto sentido de la

[15] Artículo 76: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:...i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

[16] El artículo 171 de la Constitución citado debe coordinarse con el artículo 225 de la misma norma.

[17] Artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.

palabra”^[18], es decir, presenta, con sus características propias, tres elementos: *notio, iudicium e imperium*. En otras palabras, las autoridades indígenas están revestidas de tres facultades, a saber: a) conocer el caso, b) resolver el problema, y c) hacer cumplir la decisión en la práctica, incluso con el auxilio de la fuerza pública.

Algo que debe aclararse es el tema del ámbito territorial o competencia territorial, es decir, dónde deben administrar justicia las autoridades indígenas. Para ello, podemos hacer un doble acercamiento: a) espacio físico territorial y b) Lugar de trabajo o domicilio urbano.

En el primer caso, podemos advertir que el territorio debe coincidir con el ámbito de sus actividades sociales, económicas y culturales, por ejemplo, el territorio de una comunidad regida por un cabildo o las circunscripciones territoriales indígenas. El segundo se refiere al espacio físico de los grupos o colectivos de indígenas que habitan o laboran en ciudades como Quito, Guayaquil, Machala, Quevedo, etc.

3. Usan sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.

Los pueblos indígenas tienen sus propios órdenes normativos basados en la costumbre, por ello, se llama, en forma genérica, derecho consuetudinario a aquel conjunto de normas no escritas que son observadas, en circunstancias similares, por la mayoría de los miembros de un pueblo o nacionalidad indígena.

Debe entenderse, además, que existe una coincidencia entre derecho y justicia, pues se trata de un derecho vivo y dinámico que se equipara con el valor justicia.

Por ello, se habla de sistemas normativos indígenas que tienen, siguiendo a Weber, las siguientes características: a) Autoridades legítimamente

[18] Sánchez Botero, Esther y Jaramillo, Isabel Cristina, La Jurisdicción Especial Indígena en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009.

reconocidas; b) Aplicación universal de la norma; c) El derecho surge en el momento mismo que aparece el conflicto en la comunidad; y, d) La sanción se encuentra legitimada por la fuerza de la autoridad y por la aceptación de la comunidad.

Finalmente, nos encontramos ante un fenómeno socio-jurídico e histórico que reformula y adapta el derecho positivo conforme sus necesidades cotidianas y culturales, es decir, es un derecho que contempla la interlegalidad en cada caso concreto.

Los elementos y principios que sobresalen en los diversos órdenes normativos indígenas son los siguientes:

- a) Colectividad, o sea, la comunidad indígena es la protagonista o sujeto principal del Derecho, eventualmente se la conoce como comunidad, pues se trata de la búsqueda de la equidad y armonía en relación a la convivencia de los miembros que forman una comunidad;
- b) Para alcanzar lo indicado *ut supra*, la justicia indígena tiene funciones centrales como: imposición de orden y autoridad, educación de los culpables, resocialización y reinserción de los procesados, paz comunal, función reparadora, prevención disuasiva, expulsión de los incorregibles, entre las principales^[19].
- c) Es un Derecho en pleno movimiento, en transición y con una fuerza de acoplamiento a la realidad cotidiana socio-jurídica, pues es un sistema plenamente capaz de introducir instituciones, principios y conceptos del derecho positivo vigente e incluso histórico para adaptarlos a sus propias herramientas de administrar justicia.

El derecho propio contiene dos limitaciones que aparecen respectivamente descritas en el artículo 57, número 10 de la Constitución y en el 343 del Código orgánico de la Función Judicial, pues el derecho indígena

[19] Para un análisis sobre la naturaleza de la justicia indígena se pueden estudiar los textos Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, volumen 4: Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador de Jaime Vintimilla, Milena Almeida y Remigia Saldaña, Instituto de Defensa Legal IDL, Lima, 2007, y volumen 1: "El tratamiento de conflictos: Un estudio de actas en 133 comunidades", segunda edición, Hans-Jurgen Brandt y Rocio Franco, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2008. Además Manual informativo para Autoridades judiciales estatales: La justicia indígena en los países andinos, Eddie Córdor (Coordinador); Mirva Aranda; Leonidas Wiener, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009.

na no puede vulnerar derechos constitucionales de mujeres, niñas, niños y adolescentes como "no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres".

4. Garantía de participación y decisión de las mujeres.

Constituye un avance de la legislación ecuatoriana, pues la intervención de las mujeres dentro de los sistemas normativos indígenas, permite alcanzar niveles óptimos para lograr el respeto de los derechos humanos y transformar a la justicia ancestral en una verdadera posibilidad que busca mejorar el acceso a justicia, ya que se da paso a la consideración de sus diferencias y se generan espacios para la prevención de la violencia intrafamiliar, en especial, contra las mujeres^[20] y niños.

5. Existencia y aplicación de normas y procedimientos propios.

Este tema se relaciona directamente con el uso de tradiciones ancestrales y derecho propio, pues el derecho indígena, comunitario o consuetudinario se caracteriza por la presencia de normas y procedimientos propios^[21], es decir, son ordenamientos normativos que tienen reglas y principios tanto materiales como formales.

Coincidimos con un estudio de la Comisión Andina de Juristas^[22] en el sentido que los llamados sistemas de justicia indígena no son armónicos

[20] El tema mujer indígena y su relación con los órdenes normativos consuetudinarios lo podemos estudiar en dos textos, a saber: Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, volumen 3: Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores de Rocio Franco Valdivia y María Alejandra González Luna, Instituto de Defensa Legal IDL, Lima, 2009; y, Mujeres indígenas y justicia ancestral, compilación de Miriam Lang y Anna Kucia, UNIFEM, 2009. De igual forma, es útil el artículo "Los derechos de las mujeres en la justicia indígena" de Lourdes Tibán en Los Derechos individuales y derechos colectivos en la Construcción del Pluralismo jurídico en América Latina, Participación Política Indígena, Konrad Adenauer, Comisión Andina de Juristas, La Paz, 2011.

[21] Las normas y procedimientos de la justicia indígena se pueden estudiar en Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, volumen 2: Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en Comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú, Hans Jürgen Brandt y Rocio Franco Valdivia, Instituto de Defensa Legal IDL, Lima, 2007 así como también en Panorama del Derecho Indígena Ecuatoriano de Vladimir Serrano, Ricardo Rabinovich y Pablo Sarzosa, Projusticia, Banco Mundial, CEDECO, Quito, 2005.

ni estáticos, sino que incorporan constantemente elementos nuevos, ajenos y propios, que hacen modificar sus normas y procedimientos. Así podemos advertir la incorporación de aspectos como la redacción de reglamentos internos donde se incluyen derechos y obligaciones, actas de registro de acuerdos, nociones como derechos humanos y equidad de género, etc^[23].

Estos sistemas contienen, al menos, tres elementos básicos, a saber: un conjunto de normas (el derecho indígena), la existencia de autoridades y los mecanismos de administración de justicia (procedimientos y sanciones)^[24]. Es decir, el derecho a administrar justicia de cada pueblo indígena está acompañado del reconocimiento de las normas y procedimientos de cada pueblo indígena así como de la facultad de producción normativa^[25], que hoy en día es un claro e ineludible derecho colectivo de todas y cada una de las nacionalidades indígenas.

En consecuencia, podemos colegir que cada nacionalidad y pueblo indígena tienen derecho a sus propios procedimientos de administración de justicia, pues no hay un sistema uniforme, sino más bien varían dependiendo de la cultura, así un procedimiento Shuar no es el mismo que uno Quichua o Epera^[26].

[22] Córdor Chuquiruna, Eddie, Coordinador. Estado de la relación entre Justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009.

[23] En varios talleres realizados con representantes de diversos pueblos y nacionalidades indígenas se ha encontrado que muchos jóvenes e incluso un grupo de líderes, hombres y mujeres, han empezado a incorporar el tema de los derechos humanos dentro de sus normas y han visto la necesidad de contar con procedimientos claros y conocidos por todos.

[24] *Ibidem*, pp. 233 y 234.

[25] Salgado Judith, compiladora, Justicia indígena. Aportes para un debate, Universidad Simón Bolívar, Embajada Real de los Países Bajos, Abya Yala, Quito, 2002, p. 133.

[26] Los procedimientos de los pueblos Quichuas de la sierra han sido descritos por Lourdes Tibán y Raúl Ilaquiche tanto en su obra Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, Fundación Defensoría Kichwa de Cotopaxi "FUDEKI", IWGIA, Quito, 2004 como en Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador, Fundación Hanns Seidel Ecuador, 2008.

6. Solucionan sus conflictos internos.

Este es uno de los temas más controversiales, pues la Constitución no define lo que significa conflicto interno ni coloca límites o limitaciones materiales. En la práctica, no obstante, se ha advertido que las diversas nacionalidades indígenas lo interpretan de diferente forma, pues los mismos problemas son, en algunos casos, sometidos a la justicia ordinaria y, en otros, son resueltos por la autoridad indígena, tal es el caso de los asesinatos y violaciones.

El estudio de la Comisión Andina de Juristas citado anteriormente coincide con nuestras investigaciones, pues "la justicia indígena en los cuatro países estudiados interviene como regla general en conflictos producidos dentro de su territorio (de cualquier materia) y que involucre a dos o más personas o familias indígenas, especialmente cuando este conflicto no es considerado grave. En casos de mayor gravedad (como asesinatos o violaciones) se tiende a preferir derivar el caso a la justicia estatal"^[27].

En el país ha existido un movimiento político para considerar que conflictos internos se refieren exclusivamente a casos sencillos y no graves. Al respecto, se considera que es una tendencia reduccionista, pues las autoridades indígenas tienen plena capacidad para resolver diversos asuntos, sin dejar de lado, claro está, el tema de los derechos constitucionales y humanos como eje transversal que no puede omitirse en la administración de justicia ancestral y, por ende, los pueblos indígenas deberían autoregularse para que puedan, de este modo, manejar exclusivamente aquellos problemas que ellos mismos consideren que son de su competencia y derivar aquellos que consideran pertenecen a la jurisdicción ordinaria.

Algunos autores consideran que conflicto interno es "toda acción o acto que desestabiliza la paz, la armonía y la tranquilidad de un colectivo o de

[27] Córdor Chuquiruna, Eddie, Coordinador. Estado de la relación entre Justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009, p. 234.

una comunidad". En este sentido, las autoridades indígenas conocerán todos aquellos casos que sean considerados como no permitidos en cada una de las comunidades^[28].

7. Los Procedimientos y soluciones no deben ser contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia, toda actividad de las autoridades indígenas, incluyendo la administración de justicia, debe someterse al principio de constitucionalidad así como irrestrictamente, desde una visión intercultural, deben respetar los derechos humanos que aparecen descritos en instrumentos internacionales diversos como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, etc.

En definitiva, es preciso buscar mecanismos que permitan hacer compatibles los derechos humanos con los órdenes normativos indígenas y para ello se pueden encontrar varias entradas, pues muchas veces se tiende a un relativismo cultural, mientras que otras se busca un núcleo duro intocable de derechos y una interpretación intercultural de los mismos, tendencia que ha sido recogida por la legislación local, especialmente por el COFJ que en su artículo 344 habla de los principios de la justicia intercultural^[29].

De todas formas, se ha advertido que el concepto de los derechos humanos es paulatinamente asimilado por las autoridades de los pueblos y

[28] Consultar Beltrán, Bolívar, Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena, Fundación Lianas, Ecuarrunari, GTZ, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, Quito, 2010, y Tibán, Lourdes e Ilaquiche, Raúl, Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador, Fundación Hanns Seidel Ecuador, 2008.

[29] La interculturalidad se la puede estudiar en el artículo La Jurisdicción Indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad de Fernando García Serrano en Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Editores, tomo 7 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009. Por otro lado, se hace necesario considerar los principios de la justicia intercultural que aparecen en los artículos 344, 345 y 346 del COFJ, especialmente Diversidad, Igualdad, Ne bis in idem, Pro jurisdicción indígena, interpretación intercultural, Declinación de competencia e independencia.

nacionalidades indígenas en el sentido que buscan aplicar las sanciones corporales exclusivamente en casos excepcionales.

Además se hace imprescindible el trabajar en la implementación de las normas tanto del Convenio 169 de la OIT como los de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, sin dejar de lado las constitucionales y legales, especialmente aquellas que aparecen en el COFJ. En definitiva, es hora de empezar a estudiar y aplicar el derecho internacional de los pueblos indígenas o derecho consuetudinario internacional^[30] que genera obligaciones convencionales para los estados.

Resulta, por otro lado, necesario la formación de las autoridades judiciales e indígenas para establecer criterios de coordinación mínimos así como advertir las aplicación de las limitaciones normativas convencionales y constitucionales.

Hay tareas concretas que se deben realizar: a) Buscar un consenso nacional sobre la delineación de la pluralidad cultural y jurídica de la sociedad y la demarcación de los sistemas de justicia. b) Desarrollar la ley de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria. c) Promover en las Facultades de Jurisprudencia el estudio de ramas especializadas como Sociología del Derecho, Antropología jurídica y la comprensión integral del Derecho consuetudinario y la aplicación forense de la interculturalidad.

8. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

Este aspecto es trascendental, pues marca la fuerza jurídica que tienen las decisiones o resoluciones de las autoridades indígenas que se encuentran al mismo nivel que las sentencias que provienen de la jurisdicción ordinaria e incluso ciertas decisiones administrativas.

[30] Para entender el tema estudiar Anaya, James, Los Pueblos Indígenas en el derecho internacional, Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005 y COAMA, Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina, Disloque editores, Bogotá, 1996.

Al respecto, Bolívar Beltrán explica que esta disposición “es parte del avance de los conceptos y principios sobre los sistemas legales indígenas”, empero, también sostiene “que muchas autoridades ahora no respetan las decisiones de las autoridades indígenas y creen que es necesario limitar sus funciones jurisdiccionales”^[31].

Se hace necesario que el Consejo de la Judicatura aplique el artículo 346 del COFJ, pues deberá promover la justicia intercultural sin tener ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena^[32].

Finalmente, instituciones como el Registro de la Propiedad, Registro Civil y otras deberán no solamente respetar las decisiones de la jurisdicción indígena sino acatar y cumplir sus disposiciones cuando sean del caso y siempre que no violenten normas constitucionales. De este modo, *verbi gratia*, decisiones relacionadas con la reforma de linderos, paternidad, alimentos, y otros similares, que provengan del ordenamiento indígena no pueden ser rechazadas.

Es por ello que urge una norma que haga factible la cooperación entre los dos mundos jurídicos, pues las decisiones de las autoridades indígenas son definitivas y únicamente sujetas a control constitucional.

9. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. Este tema ya ha sido zanjado por la Ley de Orgánica de Garantías

[31] Beltrán, Bolívar, Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena, Fundación Lianas, Ecuatoruni, GTZ, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, Quito, 2010, p. 11.

[32] Art. 346.- PROMOCION DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas. El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.

Jurisdiccionales y Control Constitucional^[33] lo cual constituye un real avance tanto en la defensa de los derechos humanos como en el reconocimiento de la justicia plural. En este sentido, los artículos 65 y 66 de la ley mentada disponen dos aspectos claves: la Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena y los principios y procedimientos que la Corte Constitucional debe seguir en estos casos. Más adelante se profundizará en este aspecto.

10. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Es mandato constitucional la promulgación de una ley que establezca herramientas y mecanismos que ayuden a resolver los conflictos de competencia material, territorial y personal entre la jurisdicción ordinaria y la indígena.

Para ello, se hace necesaria una ley de coordinación y cooperación entre los órdenes normativos indígenas y la jurisdicción ordinaria.

Debe además considerarse que dicha ley no podrá entrar en vigencia si previamente no se realiza el proceso de consulta pre-legislativa a todos los pueblos y nacionalidades indígenas, conforme lo dispone el artículo 57, número 17 de la Constitución y las prescripciones de la sentencia constitucional 001-10-SIN-CC de 13 de abril de 2010 publicada en el Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de abril de 2010^[34].

[33] Registro Oficial Suplemento 52 de 22 octubre de 2009.

[34] Como se sabe la Ley de Minería (Ley 45 publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009) fue aprobada precisamente después de entrar en vigencia la nueva Constitución, pero no hubo consulta previa antes de su debate, sin embargo, la Corte Constitucional desechó la impugnación de inconstitucionalidad por la forma de dicho cuerpo normativo y declaró que la consulta pre legislativa es de carácter sustancial y no formal, además defendió la constitucionalidad condicionada de los artículos referentes a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental. Por otra parte, atribuyéndose la condición de guardián de la normativa constitucional y de los contenidos “axiológicos”, declaró también que le correspondía establecer reglas y procedimientos mínimos para los casos que requieran consultas pre legislativas, ante la ausencia de una ley que regule esas consultas y por encontrarse el Ecuador bajo las excepcionales circunstancias propias de una transición constitucional profunda. Así, le obligó a la Asamblea Nacional que, en la expedición de normas que impli-

Cabe recordar que la Carta Magna no habla de una norma que tenga como fin limitar las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas sino, al contrario, busca encontrar mecanismos para concertar una acción común con la justicia ordinaria, pues las distintas jurisdicciones deben obrar conjuntamente para la consecución de un mismo fin, en este caso, la administración de justicia que evite la indefensión, la impunidad o la violación de los derechos constitucionales, construyendo un verdadero puente de interculturalidad^[35].

QUÉ SIGNIFICA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

La Constitución de Montecristi es muy clara cuando habla de la necesidad de contar con una norma legal que “establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”, por ello urge definir lo que estos vocablos significan en la práctica.

Acercamiento conceptual

La ley debe considerar tres aspectos: 1) Mecanismos, 2) coordinación y cooperación, y 3) la justicia indígena y la ordinaria, en lo atinente, se sujetan a las mismas reglas y principios.

quien derechos colectivos, deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales: 1) Organizar e implementar, en cuatro fases, la consulta pre legislativa antes de la adopción de una medida legislativa; 2) La consulta previa pre legislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución; 3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.

[35] Ariza, Rosember, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia, San José, 2010.

1) MECANISMOS

Entre las acepciones de la palabra mecanismos que deben considerarse encontramos las siguientes: a) Medios prácticos que se emplean en las artes, b) proceso como sucesión de fases y c) Estructura de un cuerpo natural o artificial, y combinación de sus partes constitutivas.

Entonces, se puede colegir que los mecanismos constitucionales son aquellos medios o procesos que los dos órdenes normativos deben considerar para la administración de justicia efectiva y, concretamente, se refiere a la necesidad de disposiciones administrativas o institucionales, la existencia de normas jurídicas, certeza en los momentos procesales y el conocimiento mínimo de los usuarios y operadores jurídicos de lo que significa interculturalidad, inter legalidad y aplicación de los derechos humanos.

Como ya se señaló antes, uno de los aspectos cruciales para que la ley *in comento* tenga no solamente vigencia, sino eficacia y hasta eficiencia, es el cumplimiento de la disposición constitucional que obliga al Estado a garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

Es decir, el requerimiento inicial es la actitud y voluntad política de todos los organismos y entidades que forman parte del sector público para aceptar las decisiones que provengan del derecho indígena, claro está, todas aquellas que nazcan gracias al respeto del derecho consuetudinario apegado al constitucionalismo multicultural que no omite las normas constitucionales ni los derechos humanos, sino que introduce una interpretación intercultural que, a mi juicio, debería ser equilibrada, sin caer ni en un relativismo cultural ni en un etnocentrismo, pues urge un universalismo multicultural donde se tienda al respeto y tolerancia entre las culturas así como a la aceptación de las diferencias.

1.1 MECANISMOS NORMATIVOS

Se refiere a las disposiciones normativas que regulan las relaciones de coordinación y cooperación entre los diversos órdenes o sistemas indígenas y la administración de justicia ordinaria. Al respecto, se deben considerar varias normas, a saber: Constitución, Instrumentos internacionales, Código orgánico de la función judicial (COFJ), Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional (LOGJYCC), y el reglamento para la sustanciación de procesos constitucionales.

Como se observa, se refieren a prescripciones y descripciones que permiten que la autoridades indígenas y los operadores judiciales ordinarios tengan claro cuál es su misión en el manejo de conflictos y en la defensa de los derechos constitucionales.

Considero que se torna necesario que el Consejo de la Judicatura dirija un proceso mediante el cual se logre que estas disposiciones sean comprendidas y aplicadas en la realidad con regularidad y certeza para así lograr seguridad jurídica.

1.1.1 Normas Constitucionales

Nos aclaran la naturaleza de los sistemas jurídicos indígenas y nos muestran su relación con los derechos humanos.

Derechos que deben ser respetados y observados.

Así el artículo 57, número 10 de la Carta Magna es claro para explicar que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, son titulares del derecho colectivo referido a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar

derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

El órgano encargado de controlar que este derecho se respete es la Corte Constitucional mediante la acción extraordinaria contra las decisiones de las autoridades indígenas, pues no es admisible práctica alguna que vulnere los derechos descritos.

Por su parte, el artículo 343 del Código orgánico de la función judicial insiste en el tema al disponer que “no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”.

Se advierte que la equidad de género y el respeto de los derechos de niños y adolescentes constituyen un aspecto que paulatinamente va insertándose en la cotidianidad indígena.

Citando a Mirva Aranda y Fernando García la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional colocaría los elementos para comprender lo que significa violación de los derechos humanos, tomando como base la jurisprudencia colombiana que indica que la justicia indígena no puede aplicar: Pena de muerte, tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes, esclavitud o servidumbre^[36].

Empero, se encuentran dos problemas en el control constitucional descrito: a) La ausencia de peritos especializados en antropología o, al menos, la presencia de asesores que conozcan el tema del pluralismo jurídico que puedan recomendar a los jueces constitucionales para que sus decisiones sean justas y apegadas a la nueva realidad normativa, y b) En la práctica, recurrir ante la Corte Constitucional se torna difícil, espe-

[36] La coordinación entre sistemas de justicia en Colombia, Ecuador y Perú de Mirva Aranda Escalante en Los Derechos individuales y Derechos colectivos en la Construcción del Pluralismo jurídico en América Latina, Participación Política Indígena, Konrad Adenauer, Comisión Andina de Juristas, La Paz, 2011.

cialmente para las comunidades alejadas, pues significaría conocimiento jurídico, costos económicos y gastos de oportunidad.

Administración de Justicia

La Carta Magna ubica a la Función Judicial y a la Justicia Indígena a la par y es más el Título IV que versa sobre la participación y organización del poder, ubica dentro de su Capítulo IV a la Función Judicial y Justicia Indígena, algo que demuestra que los dos sistemas gozan de la misma jerarquía, no pudiendo argumentarse que la una es inferior a la otra.

Además el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial establece claramente, dentro de los principios rectores y disposiciones fundamentales que deben considerarse en la administración de justicia ecuatoriana, que las funciones de justicia de las autoridades indígenas son una forma del servicio público llamado administración de justicia por la Función Judicial.

La norma *in comento* textualmente dice:

“Art. 17.- Principio de servicio a la comunidad.-La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje”.

1.1.2 Normas Convencionales

Nos explican la necesidad de considerar los derechos humanos en la impartición de la justicia indígena, en especial el respeto de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, sin dejar de lado la dignidad de todos los ciudadanos.

Entre las normas podemos encontrar aquellas que provienen tanto del sistema universal como interamericano de protección de los Derechos Humanos, instrumentos de protección de las mujeres en los sistemas universal e interamericano, convenios de la Organización Internacional del Trabajo y hasta conferencias mundiales.

Entre los más destacados que la justicia indígena deberá considerar encontramos los siguientes:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- b) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- c) Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- d) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).
- e) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.
- f) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Raúl Llasag habla de la necesidad que la Corte Constitucional debe desarrollar una interpretación intercultural de los derechos humanos, tema que nos parece necesario, sobre todo, por las diferencias existentes entre los diversos órdenes normativos vigentes³⁷.

1.1.3 Normas legales y reglamentarias

Estas sirven para prevenir los excesos que se pudieren dar en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas.

En el país tenemos tres normas básicas, a saber:

1.1.3.1 Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)

Esta ley regula las relaciones entre las dos jurisdicciones y establece varios principios, a saber:

- a) Como ya se expresó, las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades constituyen una forma del servicio público, básico y fundamental que la administración de justicia presta a la comunidad.
- b) La justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena. Si en la sustanciación del proceso una de las partes alega que la controversia se halla ya en conocimiento de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 del Código *in comento* que versa sobre la justicia intercultural.
- c) La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios interculturales:

- Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- Ne bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;
- Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,
- Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con

[37] Llasag Fernández, Raúl, Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador. Año 2010: el caso La Cocha en Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011, p. 48.

- el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales
- d) Promoción de la justicia intercultural.- El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.
 - e) Formación de operadores judiciales.- Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.
 - f) El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.
 - g) Declinación de Competencia.- Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena^[38].

[38] Estos principios se encuentran en el Título VIII, artículos del 343 al 346 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.1.3.2 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Esta norma es fundamental, pues se preocupa por el respeto de las normas constitucionales y establece una acción constitucional para proteger los derechos constitucionales y la discriminación operada en contra de la mujer así como establece el catálogo de principios que la Corte Constitucional deberá aplicar necesariamente en sus sentencias.

En cuanto a la acción constitucional, se advierte que “la persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido”.

Por su parte, la Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

- a) Interculturalidad.- El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural.
- b) Pluralismo jurídico.- El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

- c) Autonomía.- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.
- d) Debido proceso.- La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.
- e) Oralidad.- En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.
- f) Legitimación activa.- Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece.
- g) Acción.- La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días.

- h) Calificación.- Inmediatamente la sala de admisiones deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Se sentará un acta sobre la calificación.
- i) Notificación.- De aceptarse a trámite, la jueza o juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.
- j) Audiencia.- La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia.
- k) Opinión técnica.- La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas.
- l) Proyecto de sentencia.- La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.
- m) Notificación de la sentencia.- La sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.

- n) Violación de derechos de las mujeres.- Las juezas o jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

1.13.3 Reglamento de sustanciación de procesos en la Corte Constitucional (LOGJYCC)

Esta norma es básica para el litigio constitucional, es decir, nos aclara los procedimientos para el reclamo de los derechos constitucionales que han sido vulnerados o los mecanismos de exigibilidad de los derechos humanos descritos en los instrumentos internacionales.

Por ello el título III habla de las garantías jurisdiccionales y entre ellas el capítulo III desarrolla todo lo referente a la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

El reglamento en mención considera, entre otros, los siguientes aspectos: trámite, examen de constitucionalidad, coordinación accidental de jurisdicciones, opinión técnica y notificación verbal de sentencias.

El artículo 40 explica el trámite que debe seguirse para presentar la acción, resaltando dos aspectos claves: 1. Puede ser presentada de forma verbal, y 2. Puede plantearse “en una lengua que no sea el castellano”^[39].

[39] **Art. 40.-** Trámite.- En lo que fuere aplicable, la Corte Constitucional observará lo establecido en los Capítulos I, II y V del Título II de este Reglamento, en cuanto a la recepción, registro, admisión, sorteo y sustanciación.

En los casos en los que la acción sea formulada de manera verbal, la persona o grupo de personas acudirán a la Secretaría General o a las Oficinas Regionales de la Corte Constitucional, donde será receptada la demanda, dejando constancia en grabación magnetofónica, que será transcrita, dentro del término de veinte días.

Si la acción se plantea en una lengua que no sea el castellano, la Corte contará con traductores designados para el efecto, quienes transcribirán la demanda, tanto en la lengua propia como en castellano.

Un aspecto que resulta trascendental es el denominado “examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena”, para ello es menester citar, de forma completa, el artículo 44 que reza:

“En la sustanciación de las acciones extraordinarias de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT, se observarán los siguientes parámetros:

- a) Existencia de una autoridad legítima.- Se verificará que la autoridad que ejerza justicia indígena sea legítimamente reconocida por la comunidad, pueblo o nacionalidad.
- b) Ámbito territorial.- Se verificará que el asunto materia del litigio haya ocurrido en las tierras o territorios de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos.
- c) Identidad.- Se verificará que el conflicto haya sido resuelto respecto de personas que hayan sido reconocidas como indígenas en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.
- d) Derecho Propio.- Se verificará que las autoridades indígenas en la resolución del conflicto, hayan aplicado sus tradiciones ancestrales y derecho propio.
- e) Participación de las mujeres indígenas en el proceso de juzgamiento.- Se verificará que las autoridades indígenas hayan propendido a la implementación de mecanismos para garantizar la participación de las mujeres de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena en la toma de decisiones jurisdiccionales, pero siempre respetando el derecho propio y costumbres en la toma de decisiones internas del pueblo o nacionalidad indígena.

- f) Conflicto interno.- Se constatará que las autoridades indígenas hayan conocido asuntos de cualquier naturaleza respetando los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y particularmente la no discriminación a la mujer, por el solo hecho de serlo.

La vinculación de la decisión indígena a los derechos humanos, de la que trata el artículo 171 de la Constitución, lo será siempre y cuando se efectúe una lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente”.

El tercer elemento es el denominado “coordinación de jurisdicciones”, pues se plantea una suerte de coordinación casuística que dependerá de la complejidad demostrada en cada caso, especialmente cuando aparezcan colisiones. Al respecto, el artículo 45 indica que “en los casos en los que se crucen jurisdicciones, identidades, territorios o sistemas de derecho, la jueza o juez o autoridad indígena que conoce la causa implementará procedimientos ad hoc de coordinación y cooperación entre las dos jurisdicciones”. Es una norma flexible que marca un procedimiento de acercamiento mutuo a fin de buscar reciprocidad y objetividad en los temas puestos a consideración de cualquiera de los operadores jurídicos, judiciales o comunitarios.

Un cuarto punto es la posibilidad de que la Corte Constitucional cuente con una opinión técnica especializada o una suerte de *amicus curiae*, pues “la jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de expertos en la materia”.

Finalmente, el artículo 48 explica la publicidad y notificación de la sentencia constitucional que, una vez “emitida por el Pleno de la Corte Constitucional, será dada a conocer, de forma oral y motivadamente, en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del

ponente o su delegado, sin perjuicio de su notificación en el domicilio judicial, cuando se lo haya señalado”.

De igual forma, “la sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas, que han intervenido en el proceso”.

1.2 MECANISMOS INSTITUCIONALES

Se refiere a las herramientas o mecanismos que cada entidad pública o comunitaria debe considerar para que el pluralismo jurídico no sea tan solo teórico normativo sino que tenga asidero práctico.

En la realidad el Consejo de la Judicatura tiene un papel fundamental en este tema, pues conforme el Código orgánico de la Función Judicial es el ente encargado de la promoción de la justicia intercultural y para ello determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, coincidiendo con Rosember Ariza, considero que el Consejo de la Judicatura debería desarrollar políticas públicas interculturales donde se puedan incorporar, mejor de forma concertada, principios, criterios y objetivos para su real cumplimiento. Por ejemplo, el tema de la declinación de competencia debería ser claro para todos los operadores de justicia, debiendo existir, guardando las posibles diferencias, una suerte de protocolo de intervención, claro está, respetando siempre la convicción del juez y la independencia judicial interna y externa^[40].

[40] El artículo 345 del COFJ textualmente dice: “Declinación de Competencia.- Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”.

Por otra parte, para que sea sólida la relación intersistémica se hace necesario que los mecanismos de coordinación entre las jurisdicciones indígenas y la Función Judicial y otras autoridades administrativas cuenten con lineamientos claros de conocimiento mutuo, para ello se hace imprescindible el conocer las necesidades que posee cada pueblo en el ejercicio de su jurisdicción indígena y establecer instrumentos que promuevan el respeto y ejercicio efectivo de la misma.

Un segundo tema es la formación integral de los operadores judiciales y comunitarios, pues conforme lo dispone el Código orgánico de la Función Judicial deben capacitarse a todos los servidores y servidoras de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas. Se busca, entonces, que los operadores judiciales ordinarios “conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas”.

Sin embargo, deben desarrollarse también programas básicos de formación para las autoridades indígenas, pues muchas veces su forma de administración varía con el cambio de líderes, hombres o mujeres, que se suceden periódicamente en las comunidades. Se hace necesario, *verbi gratia*, incluir un módulo de derechos humanos y la defensa de las mujeres, niños, niñas y adolescentes así como un acercamiento orgánico al funcionamiento de la justicia ordinaria y de la estructura del Estado.

Para que esta formación sea continuada y exitosa se hace necesario un proceso de acercamiento, coordinación y concertación con las organizaciones representativas de los pueblos y nacionalidades, tanto nacionales como provinciales, cantonales y parroquiales, pues la idea no consiste en empezar un proceso de asimilación, sino por el contrario, es necesario darle forma a su derecho de libre autodeterminación, “respetando el derecho que poseen a decidir sobre sus prioridades y las acciones que se deban realizar al interior de cada pueblo”^[41].

No se debe perder de vista lo que dispone el mandato constitucional, pues los derechos constitucionales y las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos son los aspectos que necesariamente, deberán considerar en su ejercicio de administración de justicia cotidiana, las autoridades indígenas.

Pienso que se hace necesario iniciar un proceso de estudio e identificación de cada uno de los 14 sistemas existentes en Ecuador y en la misma línea de Ariza, es imprescindible “impulsar procesos de publicidad, información y registro de las acciones y decisiones de las jurisdicciones indígenas existentes..., respetando los derechos de autor de cada pueblo y su decisión autónoma en dar a conocerlos”^[42]. Sobre el asunto, consideramos muy útiles los trabajos citados de Bolívar Beltrán, Fernando García, Comisión Andina de Juristas y el equipo de Trabajo de CIDES e IDL y, en este sentido, podrían transformarse en un punto de partida para el conocimiento cabal de este derecho consuetudinario diverso.

Finalmente debe quedar claro que el Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena, es decir, no existirá control o regulación de las autoridades ancestrales, aunque deberá velar, como ya se ha insistido, en que existan reglas de juego claras donde la interculturalidad sea práctica y no una aspiración normativa.

Un reto para el Consejo de la Judicatura sería adecuar a la Escuela Judicial un componente intercultural que podría guiar un desarrollo paralelo de sistematización de jurisprudencia indígena en base a las decisiones de las autoridades ancestrales así como sistematizar la jurisprudencia legal y constitucional existente sobre el pluralismo jurídico vigente.

[41] Ariza, Rosember, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia, San José, 2010, p. 20.

[42] *Ibidem*, p. 20.

1.3 MECANISMOS PROCESALES O CONCEPTOS CLAVES DE INTERVENCIÓN

Son los relacionados a la intervención procesal o judicial de los jueces ordinarios como de las autoridades indígenas.

En este tema, debo necesariamente citar a Raquel Yrigoyen^[43], para quien los ejes para establecer pautas de coordinación entre el derecho indígena y el estatal, deben resolver, entre otros temas, el establecimiento de criterios y reglas para definir y resolver los conflictos de competencia, definición de los ámbitos de intervención de la justicia indígena, al igual que definir los llamados límites o “fronteras”. Aspectos que hacen necesario construir mecanismos estables de coordinación con los respectivos Estados que den cuenta de asuntos esenciales como:

- a) Los efectos institucionales de las decisiones judiciales que tomen las autoridades indígenas, es decir, el acatamiento por parte de los agentes del Estado mediante, por ejemplo, el carácter de cosa juzgada, algo que en la legislación nacional ya se encuentra debidamente legislado así como la obligación de acatar y cumplir lo decidido.
- b) La colaboración de parte de las autoridades estatales para hacer cumplir las determinaciones tomadas por estas autoridades, especialmente en aquellos casos complejos que superan la capacidad efectiva de las comunidades o se ubiquen por fuera del ámbito territorial indígena. En este sentido, la Constitución señala que el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.
- c) El desarrollo de procesos investigativos que por sus características requieren de cierto apoyo técnico, logístico y tecnológico, por ejemplo, el examen de ADN previo al reconocimiento de paternidad, el uso de GPS para el establecimiento de linderos, etc.

[43] Yrigoyen, Raquel. “Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Capítulo IV. 2. Pautas para el reconocimiento constitucional del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal”, en: Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal, Guatemala, Fundación Myrna Mack. Disponible en <http://alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>. 1999.

- d) La implementación de una política carcelaria flexible que se adecue a los distintos pensamientos étnicos en materia de encierro, castigo, rehabilitación y resocialización, siempre en coordinación con lo dispuesto en el Convenio 169 que busca la aplicación de penas alternativas distintas a la supresión de la libertad.

En este sentido, es vital tener claro la competencia material, territorial y personal para que los usuarios y operadores judiciales y comunitarios sepan, a ciencia cierta, como actuar.

1.3.1 Competencia material

Es el tema que explica los tipos de problemas que pueden conocer y resolver las autoridades indígenas.

Sobre este tema podemos encontrar 3 tendencias, a saber:

- a) Universalismo: Es decir, las autoridades indígenas son competentes para conocer y resolver toda suerte de conflictos, siempre y cuando se identifiquen como problemas internos. En este sentido, un ejemplo es el artículo 10 del proyecto de ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria presentado por la asambleísta Lourdes Tibán: “Las autoridades indígenas 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.^[44]”
- b) Autoreguladora: La justicia indígena se aplica exclusivamente a aquellos temas que los indígenas consideran que son competentes porque tienen aptitud para hacerlo o ejercen su derecho de remitir las diferencias a la jurisdicción ordinaria. Esta tendencia se puede observar en una de las versiones del proyecto de ley de coordinación y cooperación preparado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos entre el 2009 y 2010. Concretamente, el

[44] Este proyecto fue presentado a la Asamblea el 3 de febrero de 2010.

artículo 8 que describe la competencia material textualmente dice: "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen competencia para resolver todos sus conflictos que se encuentren regulados en su derecho propio".

Por su lado, también el artículo 8 del proyecto de Ley orgánica de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y la jurisdicción ordinaria preparado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado establece la autorregulación en el sentido que "las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, de común acuerdo con las partes involucradas en un conflicto, podrán someter su resolución a la jurisdicción ordinaria"^[45].

En la realidad, se advierte que en muchas nacionalidades indígenas, ciertos casos graves como la muerte o violación son remitidos a la jurisdicción ordinaria, esta situación se la ha podido constatar en nacionalidades como los Épera, Shuar y Quichuas de la Amazonía.

- c) Restrictiva o limitadora: En el sentido que la justicia indígena resuelve exclusivamente pequeñas causas. Esta tendencia se la puede advertir en la primera versión del proyecto de ley preparado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, siendo la actual posición del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Además constituye la visión dominante en Bolivia, ya que el artículo 10 de la Ley de deslinde jurisdiccional establece el ámbito de vigencia material.

La norma boliviana citada textualmente reza:

"Artículo 10. (ÁMBITO DE VIGENCIA MATERIAL).

- I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente

[45] Informe para el Primer debate del "proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria" presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional el 19 de diciembre de 2011 mediante OFC.- No. 715-CEPJEE-P

conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.

- II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

- a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;
- b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;
- c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;
- d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

- III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas"

Por su parte, el Proyecto de ley orgánica de coordinación y cooperación entre los sistemas de Justicia indígena y la Jurisdicción ordinaria trabajado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado en la presidencia de la asambleísta María Paula Romo indica:

“Art. 9. Competencia material.-Las autoridades indígenas tienen competencia para conocer y resolver con base en sus tradiciones ancestrales y derecho propio, todos los conflictos que atenten contra la armonía de la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad a la que pertenecen.

El ejercicio de la jurisdicción indígena será sobre los conflictos internos que se desarrollen dentro del ámbito territorial habitualmente ocupado por la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad a la que pertenezca la autoridad indígena.

No se considerará conflicto interno:

1. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y aquellos contra el derecho internacional humanitario;
2. Los delitos contra la vida y la libertad sexual;
3. Los delitos que tengan naturaleza transnacional o cuyo impacto exceda la jurisdicción donde la autoridad indígena ejerza su competencia;
4. Los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado;
5. Los delitos contra la administración pública, tributarios y aduaneros;
6. Los procesos contenciosos administrativos o en que el Estado sea parte;
7. Los casos de violencia intrafamiliar, investigación o impugnación de la paternidad y que versen sobre pensiones de alimentos”.

Una de las versiones del anteproyecto de ley de coordinación y cooperación entre el sistema jurídico ordinario y el sistema jurídico indígena incluía la siguiente propuesta:

“Artículo 8. Competencia material.- Las autoridades con jurisdicción indígena tienen competencia para conocer y resolver todas las materias provenientes de conflictos internos dentro de su ámbito territorial, excepto:

- a) En materia penal, los siguientes delitos: los delitos o crímenes contra el derecho internacional humanitario, la agresión, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad; los delitos que tengan naturaleza transnacional; los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado; los delitos contra la administración pública; las infracciones tributarias y aduaneras; los delitos contenidos en la legislación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y de lavado de activos; delitos sexuales; el robo agravado con muerte en la víctima; y, el homicidio no cometido flagrantemente de forma culposa.
- b) En materia civil, administrativa o tributaria, cualquier proceso en que sea parte o tercero el Estado; y, los procesos de alimentos, investigación e impugnación de paternidad y violencia intrafamiliar.
- c) También se exceptúan los procesos laborales, de seguridad social, de medio ambiente; y, los demás que se encuentren estrictamente reservados en la legislación ordinaria”.

Del proceso participativo generado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en conjunto con el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural y las Naciones Unidas se ha obtenido el siguiente resultado: “Competencia material: La justicia indígena puede ver todas las materias, sin importar su cuantía, con excepción de conflictos internos de genocidio, de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el tráfico internacional de estupefacientes, el crimen organizado transnacional, la malversación de fondos públicos y aquellos delitos contra la seguridad del Estado^[46]”

[46] En el equipo de trabajo e investigación intervinieron los profesores Raúl Llasag Fernández, Fernando García Serrano y Carlos Poveda Moreno.

1.3.2 Competencia territorial

Este aspecto permite contestar a la pregunta ¿dónde deben actuar las autoridades indígenas?, aunque algunos expertos consideran que también debe aclararse el efecto de las resoluciones de las autoridades indígenas, en el sentido de conocer su vigencia que, a mi juicio, no la tienen únicamente en el ámbito territorial, sino que incluso puede traspasarlo, en especial si se considera la alta migración indígena existente en varias ciudades.

En primer lugar debe indicarse lo que territorio significa y esto se puede encontrar en la jurisprudencia internacional como en algunos proyectos de ley aparecidos en los últimos dos años, sin dejar de lado las disposiciones constitucionales en vigor y la doctrina.

Al respecto, Rosembert Ariza indica que la territorialidad “se comprende como el espacio físico en el cual la comunidad indígena desarrolla sus actividades productivas, espirituales, comunitarias y culturales aun cuando sea compartido. Sobre este aspecto existe un disenso en tanto que existe la tensión sobre aquellos individuos, quienes siendo parte activa de una comunidad indígena, se movilizan o habitan en lugares distintos al territorio propio de su comunidad”^[47].

En la jurisprudencia colombiana se puede apreciar que “los territorios indígenas son aquellos que ocupan o les pertenecen” a los pueblos indígenas así como “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”^[48].

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente y lo defiende en el caso Pueblo Saramaka versus Surinam^[49].

Por otro lado, no se debe olvidar lo que dispone el artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT, pues nos aclara como debe interpretarse el ámbito territorial para la aplicación de la justicia indígena, en ese sentido “la utilización del término tierra...deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Por ello, Rosa Baltazar considera que también se puede hablar de la aplicación de la justicia indígena en las grandes ciudades como Quito y Guayaquil^[50].

El jurista Carlos Poveda insiste en la formulación de las circunscripciones territoriales, pues técnicamente apoyarían en la defensa del derecho a la oportuna consulta previa.

Por lo expuesto, este tema debe ser entendido correctamente tanto por el Consejo de la Judicatura como por las autoridades indígenas, pues se hace necesario que se coordine la observación irrestricta del principio que nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa así como debe organizarse debidamente la participación de la fuerza pública, ya que debe encontrarse al servicio no solamente de los operadores judi-

[48] Se tratan de las sentencias C-039 de 1997 y T-384 de 1994 citadas en Sánchez Botero, Esther y Jaramillo, Isabel Cristina, La Jurisdicción Especial Indígena en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009.

[49] Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, www.cidh.org, 2010.

[50] Rosa Baltazar Yucailla, La Justicia indígena en el Ecuador en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009, pp. 461 y 462.

[47] Ariza, Rosembert, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia, San José, 2010, p. 36.

ciales ordinarios, sino que cuando sea necesario debe también apoyar a las autoridades indígenas, pues el Estado debe garantizar el respeto de las decisiones provenientes de las autoridades ancestrales.

Este aspecto empieza a cristalizarse en las diversas solicitudes de declinación de competencia que han sido aceptadas por jueces ordinarios, especialmente en provincias como Cañar y Cotopaxi, sin dejar de lado otras experiencias positivas.

El último proyecto de ley de la Comisión Especializada y Permanente de Justicia y Estructura del Estado define el ámbito territorial y lo relaciona con las circunscripciones territoriales indígenas como el espacio donde las autoridades indígenas pueden ejercer su jurisdicción.

El artículo 5 de dicho proyecto expresa dentro de la competencia textualmente lo siguiente: "...El ejercicio de la jurisdicción indígena comprende a los conflictos internos que se desarrollen dentro del ámbito territorial. Se entiende como ámbito territorial el espacio o área habitualmente ocupado por las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a la que pertenezca la autoridad, de conformidad con el artículo 60 de la Constitución de la República del Ecuador".

Por su lado, el artículo 60 de la Carta Magna se refiere a la constitución de circunscripciones territoriales y propiedad colectiva de la tierra y textualmente indica: "Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación"^[51].

[51] Para Carlos Espinosa Gallegos la administración jurisdiccional en base al territorio, se refuerza con las llamadas Circunscripciones Territoriales Indígenas, las cuales según el artículo 257 de la Constitución y el artículo 92 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, se configuran como un régimen especial de gobierno autónomo descentralizado y establecido por la libre determinación de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas.

"Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial".

1.3.3 Competencia personal o étnica

Nos permite contestar a la pregunta ¿a quién deben juzgar las autoridades ancestrales?, pues la idea predominante es que deben hacerlo exclusivamente a ciudadanos indígenas, aunque surgen dudas como ¿qué ocurre en aquellos casos donde personas que pertenecen a la comunidad y sin ser indígenas, solicitan la intervención de la autoridades indígenas? o ¿es factible que se resuelva todo conflicto que se da en el territorio comunitario así los involucrados no sean indígenas?

Además ¿qué sucede cuando surge un conflicto entre sujetos que pertenecen a diferentes nacionalidades o a comunidades distintas de una misma nacionalidad o pueblo ancestral?

En el último proyecto de la Comisión de Justicia nada se dice al respecto y más bien el artículo 6 habla de los conflictos de competencia entre autoridades con jurisdicción indígena y las autoridades de la jurisdicción ordinaria e indica que será la Corte Constitucional la que resolverá el conflicto, conforme el numeral 1 del artículo 144 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La versión final del proyecto del Ministerio de Justicia^[52] indicaba al hablar sobre la competencia personal que "las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas conocerán y resolverán todos los conflictos en los que intervengan personas indígenas", pero además diferencia la competencia para las personas no indígenas cuando enfrentan problemas dentro del territorio ancestral pero que no afectan a las comunidades indígenas.

[52] Artículo 10 de la versión del 28 de diciembre de 2010.

Textualmente el mismo artículo 10 indica que “serán sometidos a la jurisdicción ordinaria, los conflictos dentro de territorio indígena entre personas no pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, cuando se hayan violado derechos que no afecten a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas”.

Por su parte, el primer proyecto de la Comisión de justicia presidida por María Paula Romo explicaba tres causas para que la competencia personal se determine a favor de las autoridades con jurisdicción indígena, a saber:

- a) Pertenencia o identidad étnica: Los conflictos que se suscitaran entre personas pertenecientes a comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas.
- b) Elección del foro ordinario: La agresión o conflicto la perpetúe una persona no indígena contra una indígena, la persona no indígena podrá comparecer ante la jurisdicción de su elección. No se podrá obligar a la persona no indígena a someterse a la jurisdicción indígena.
- c) También se considera que el domicilio de una persona mestiza en territorio indígena marca la competencia de las autoridades indígenas^[53].
- d) Elección de jurisdicción indígena: La persona indígena que viole los derechos de una persona no indígena y ésta última decida voluntariamente no someter su caso ante la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, no se debe omitir lo dispuesto en el artículo 35 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que textualmente indica que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.

[53] Las personas no indígenas cuya residencia o lugar de comercio habitual se encuentre dentro de los territorios habitualmente ocupados por las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades quedarán sujetas a la jurisdicción indígena.

Consideramos que este tema es de importancia suprema y precisamente por ello, debe quedar bien delimitado, pues hasta el momento estos aspectos se han resuelto con el método del caso concreto, tornándose así necesario un mínimo acercamiento normativo, ya sea gracias a un principio, ya sea gracias a una regla que permita que los sistemas sean recíprocos en su relacionamiento.

CASUÍSTICA DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN PREVIA SINE LEGE

Consideramos que deben destacarse algunas buenas prácticas que ya se han dado entre autoridades de pueblos indígenas y operadores judiciales. Es decir, se podría hablar que existe una coordinación fáctica comunitaria institucional.

Entre las herramientas usadas podemos encontrar las siguientes:

1. Información a los jueces de que un caso ya ha sido resuelto ante autoridades ancestrales, para ello, el cabildo remite una comunicación al juez para que se inhiba de iniciar cualquier acción.
2. Algunas comunidades remiten los nombramientos de autoridades indígenas a los diversos jueces que tienen competencia en un cantón, para que así puedan conocer quiénes pueden solicitar declinación de competencia o a qué autoridades ancestrales se puede acudir para realizar consultas o trabajar en conjunto.
3. Varias comunidades indígenas han estructurado un registro que contiene las diversas decisiones comunitarias adoptadas.
4. En muchos casos cuando las autoridades ancestrales solicitan a los jueces ordinarios la declinación de competencia, estos últimos, a veces, solicitan que la comunidad señale un casillero judicial, por ello y en virtud de que carecen de uno, las comunidades establecen la dirección de la comuna como domicilio judicial

5. Existencia de un grupo de más de 40 peritos indígenas de diversos pueblos y nacionalidades indígenas que han sido debidamente formados para participar, ya sea como traductores, ya sea como peritos comunitarios, en cualquier proceso donde intervengan indígenas.
6. El Consejo de la Judicatura ha mostrado una voluntad de crear un Departamento o Secretaría relacionada con el pluralismo jurídico para diseñar políticas judiciales no solamente en justicia indígena sino además en justicia de paz y mediación comunitaria.
7. La presencia de fiscales indígenas^[54] ha puesto en la mesa de discusión un debate articulado por dos tendencias, una negativa relacionada con una suerte de imposición indirecta de un sistema jurídico, donde las instituciones ordinarias son asimiladas por los pueblos y nacionalidades indígenas produciendo una imposición cultural nefasta para el pluralismo frente a otra positiva que muestra que la justicia indígena necesita de instituciones bisagra entre los dos sistemas y que los fiscales pueden servir como traductores, peritos y especialistas en la justicia ancestral, siendo operadores que aclaran a la justicia ordinaria sobre la realidad de los sistemas jurídicos indí-

[54] En el mes de noviembre de 2007 y por iniciativa del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador "CODENPE", presidido por la actual asambleísta Lourdes Tibán, la Fiscalía asumió la responsabilidad de implementar dentro de su propia estructura, la Unidad de Justicia Indígena, con la creación e implementación de Agentes Fiscales Indígenas.

Al decir de Lourdes Tibán, los fiscales indígenas tienen como objetivo primordial, dentro de la justicia ordinaria y cuando un indígena está procesado por esta justicia, velar por el respeto y la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas; principalmente en su proceso inicial de investigación e indagación de alguna infracción.

Deben garantizar en los trámites respectivos la vigencia y el fortalecimiento de la lengua materna, los símbolos indígenas, los sistemas jurídicos del pueblo o comunidad a donde pertenece, y plantearán sanciones distintas como dispone el Convenio 169 de la OIT.

Se analizarán las infracciones o el delito desde la cosmovisión indígena, e incluso, en algunos casos cooperaran con la autoridad de los pueblos indígenas y se logre el fortalecimiento de las mismas y se vele por el cumplimiento del debido proceso y los derechos humanos.

En muchos casos se inhibirá de conocer y proseguir con la investigación de un hecho denunciado y se remitirá ante las autoridades indígenas, respetando su jurisdicción y compendia como lo faculta la Constitución Política del Estado.

Lamentablemente se ha advertido que en muchos casos las fiscalías no han sido la bisagra sino más el vehículo para la aplicación directa de la ley ordinaria en detrimento de la justicia consuetudinaria.

Hoy, incluso, está vigente un Reglamento para concurso de merecimientos para fiscalías indígenas publicado en el Registro Oficial 466 de 9 de junio de 2011.

genas. Es decir, se advierte que las fiscalías pueden ser un mecanismo adecuado de coordinación o sencillamente una herramienta de mera asimilación, el problema es que se hace difícil servir a las dos vertientes a la vez.

BREVE REVISIÓN DE ALGUNOS PROYECTOS DE LEY

Una vez que la Constitución de Montecristi entró en vigencia y gracias a la iniciativa de actores públicos, cooperación internacional y sociedad civil, sin dejar de lado a las mismas organizaciones indígenas, se han preparado varios proyectos de ley de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.

Lamentablemente la mayor parte de los esfuerzos se desplegaron de manera aislada y sin coordinación entre los diversos actores, pues se forjaron procesos paralelos en lugar de uno nacional, de todas formas los resultados han sido bastante interesantes como verdaderamente útiles para dimensionar la importancia de la defensa de los derechos desde diversas perspectivas.

El primer proyecto denominado "Ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria" fue redactado y presentado por la asambleísta Lourdes Tibán el 3 de febrero de 2010, siendo calificado por el Consejo de Administración legislativo (CAL) el 1 de junio de 2010^[55]. Para nuestro estudio comparativo lo vamos a denominar Proyecto de la Asambleísta Tibán (PAT).

[55] Como se sabe la Carta Constitucional de Sangolquí promulgada en 1998 mandaba que se dictara una ley denominada de compatibilización, pues conforme el artículo 191 la norma legal debía hacer compatibles las funciones de justicia de las autoridades ancestrales con las del sistema judicial nacional. La norma en la parte pertinente indicaba: "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional". En la práctica y desde el año 2000 instituciones como CONAIE o la Universidad Andina Simón Bolívar presentaron propuestas, incluso la Comisión de Asuntos Indígenas y otras Etnias del H. Congreso Nacional preparó el anteproyecto de ley de administración de justicia indígena en el año 2002.

La Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional propició un debate sobre este tema y tuvo dos versiones que varían en algunos aspectos, aunque en lo medular tienen coincidencias.

La primera versión se refiere al Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria que fue trabajado durante la presidencia de la asambleísta María Paula Romo hasta el mes de julio de 2011, propuesta que la podríamos denominar como Proyecto de la Asambleísta Romo (PAR).

Por su parte, en el mes de diciembre de 2011 se presentó el informe para el primer debate del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, a este proyecto se lo puede llamar Proyecto del Asambleísta Mauro Andino (PAA)^[56]

El cuarto proyecto es el elaborado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en coordinación con el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural, gracias al auspicio de las Naciones Unidas. El anteproyecto se desarrolló con una metodología participativa, aunque desafortunadamente aparecieron varias versiones que dependieron de la voluntad política del titular de turno en la cartera de justicia. La versión final se denominó anteproyecto de Ley de coordinación y cooperación entre el sistema jurídico ordinario y el sistema jurídico indígena, denominado para nuestro estudio como Proyecto Ministerios (PM).

Finalmente, el Consejo de las Nacionalidades y Pueblos indígenas del Ecuador (CODENPE) se permitió elaborar el proyecto denominado “Ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”, que en adelante se lo puede llamar Proyecto CODENPE (PC).

[56] En la sesión No. 97 realizada el 19 de diciembre de 2011, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado aprobó el texto del informe para el primer debate del proyecto de Ley orgánica de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria.

Denominación

El artículo 171 de la Carta Constitucional claramente explica la necesidad de contar con una ley que establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, países como Bolivia han denominado a esta norma como “Deslinde Jurisdiccional”, pero en el caso ecuatoriano, sin duda alguna, no se habla de limitación sino de coordinación y cooperación, es decir, de una ley que regule la relación inter sistémica entre los ordenamientos normativos indígenas y derecho denominado ordinario.

Al respecto, se advierte que todos los proyectos señalados, excepto el PM hablan de ley orgánica, pues conforme al artículo 133, números 1 y 2 de la Constitución, esa es precisamente la naturaleza que deberá tener dicha ley^[57].

Sin embargo, hay tres formas de denominar a la norma:

1. Los proyectos PAT y PC hablan de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.
2. No obstante que una versión del proyecto PM se refería al mismo título que 1, su versión final se denominaba Ley de Coordinación y Cooperación entre el sistema jurídico ordinario y el sistema jurídico indígena^[58].
3. Los proyectos PAR y PAA, en cambio, hablan de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria.

A nuestro entender, el último sería el acercamiento adecuado, pues es una norma que trata de establecer herramientas y mecanismos de coordinación

[57] Art. 133.- (Clases de leyes).- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales...”.

[58] La versión final fue un borrador para discusión de 28 de diciembre de 2010, sujeto a consulta pre legislativa.

y cooperación entre la jurisdicción ordinaria y los 14 sistemas de justicia indígena existentes en el país.

Objeto y ámbito

Es decir, debe explicarse la materia de conocimiento o asuntos que los sistemas de justicia indígenas deben conocer y el espacio en el cual las autoridades ancestrales son competentes para intervenir y resolver los conflictos internos.

Estos aspectos deben supeditarse tanto a lo regulado por los artículos 171 y 424 de la Constitución como a las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, especialmente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas.

Tampoco se puede dejar de lado la actuación de la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, conforme lo disponen los artículos 429 y 436.1 de la Carta Magna.

Los proyectos analizados dividen su contenido en títulos y capítulos, aunque dos únicamente utilizan capítulos como los proyectos PAR y PAA.

De todas formas, la división es así:

El Proyecto PAT presenta cinco títulos, a saber:

1. Objetivos y Principios.
2. Jurisdicción y Competencia de las Autoridades de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas.
3. A su vez, contiene 2 capítulos: De las autoridades indígenas, Jurisdicción y Competencia, Conflictos de Competencia, Legalidad de las Resoluciones de las Autoridades Indígenas, y De la capacitación y promoción de los sistemas jurídicos indígenas.

4. Mecanismos específicos de coordinación y cooperación entre la Jurisdicción indígena y la Jurisdicción ordinaria.
5. Control de Constitucionalidad de las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena.
6. Disposiciones Generales

Algo interesante es la explicación de lo que significa conflicto interno así como un glosario especializado para comprender conceptos claves como autodeterminación, territorio, derechos colectivos, pluralismo jurídico, entre otros.

Por su parte, el proyecto PAR presenta cuatro capítulos, a saber:

1. Disposiciones generales.
2. Jurisdicción y Competencia.
3. Legalidad de las decisiones indígenas.
4. Coordinación y Cooperación Interinstitucional.

El proyecto PAA mantiene la división anterior, aunque cambia la denominación del capítulo III y lo denomina Eficacia de las decisiones indígenas en lugar de legalidad.

Por otro lado, el proyecto PM tiene cinco títulos, divididos de la siguiente forma:

1. Objeto
2. Derechos y Principios
3. Jurisdicción y competencia
4. Derechos Humanos y Jurisdicción indígena
5. Coordinación y Cooperación

Finalmente, el proyecto PC contempla nueve capítulos, conforme el siguiente orden:

1. Objetivo y ámbito,
2. Jurisdicción y Competencia,

3. Principios de la Jurisdicción Indígena,
4. Mecanismos de Coordinación y Cooperación,
5. Conflictos de Competencia, Facultades legislativas de las Comunidades,
6. Pueblos y Nacionalidades; Declinación de Competencias,
7. De la Formación y capacitación, y
8. Control de Constitucionalidad.

Sobre el objeto se tienen las siguientes posiciones:

1. Una descripción general del objeto como es el caso de los proyectos PAT y PAA.
2. Una explicación del objeto y el ámbito como en el proyecto PC.
3. Una división entre objeto y objetivos como en el proyecto PAR y de cierta manera en el PM.

La primera posición es muy clara así el PAA indica en su artículo 1 lo siguiente: “Objeto.- Esta ley tiene por objeto establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre los órganos de la Función Judicial y demás instituciones públicas, y las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, conforme a los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”

En cambio, el proyecto PAT se circunscribe a lo estrictamente judicial, pues su artículo 1 indica que “la presente ley tiene por objetivo determinar las formas de coordinación y cooperación, dentro del marco del mutuo respeto y la interculturalidad, las funciones de administrar justicia a cargo de los órganos de la función judicial con las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, conforme lo establece el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 343 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y los demás instrumentos jurídicos internacionales sobre el tema”.

La segunda posición se la puede advertir en el proyecto PC, pues el objeto sigue el lineamiento del proyecto PAT, pero incorpora en su artículo 2 el

ámbito en el sentido que “las disposiciones de la presente ley, se aplicarán a todos los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y de sus formas de organización existentes en el país; así como, a las personas que a pesar de residir fuera de sus comunidades de origen, se auto-definen o se auto reconocen como tales”

Creemos que existen dos territorios, el físico y el cultural, de allí que debe ponderarse el manejo de conflictos suscitados en ciudades para que sean las autoridades ancestrales las competentes para resolver los conflictos acaecidos entre ciudadanos indígenas.

La tercera posición la encontramos en el proyecto PAR que explica que el objeto de la ley es determinar la coordinación y cooperación entre los órganos de la Función Judicial y las funciones jurisdiccionales de las autoridades ancestrales, a lo que agrega tres objetivos, a saber:

1. Proteger y promover el ejercicio del derecho colectivo a mantener, crear, aplicar, practicar, innovar y desarrollar el derecho propio o consuetudinario de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. El ejercicio de este derecho respetará el principio de interculturalidad y se aplicará en concordancia con las particulares formas de convivencia y organización social de cada comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad.
2. Garantizar el respeto y eficacia en la aplicación de los procedimientos propios de todas las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.
3. Establecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre los órganos e instituciones del Estado con las autoridades indígenas que ejerzan funciones jurisdiccionales en las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Finalmente, el proyecto PM explica que la ley tiene por objeto los siguientes aspectos:

1. Proteger y fortalecer el derecho colectivo a crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalida-

des indígenas^[59]; y el derecho a conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral^[60].

2. Garantizar el respeto y observancia de la Constitución y los instrumentos internacionales y derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas^[61].
3. Establecer la normativa jurídica de coordinación y cooperación entre los órganos de la Función Judicial^[62], la Corte Constitucional^[63], la Policía Nacional y demás instituciones estatales con las autoridades indígenas que ejerzan funciones jurisdiccionales en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas^[64].

En este tema debe entenderse que los sistemas jurídicos indígenas buscan, al igual que la jurisdicción ordinaria, cumplir con los fines básicos del Derecho como orden, paz, seguridad, armonía, equilibrio social, etc.

Principios rectores

Se refieren a los conceptos básicos que, conforme la Carta Constitucional y los instrumentos internacionales, servirán para que la ley no solamente sea válida sino debidamente aplicada, esto es, eficaz y eficiente^[65].

Algunos de estos principios ya han sido legislados en el Código Orgánico de la Función Judicial^[66] y otros se han tomado de la jurisprudencia internacional.

[59] Constitución de la República del Ecuador, Art. 57.10.

[60] Constitución de la República del Ecuador, Art. 57 (9).

[61] Constitución de la República del Ecuador, Arts. 56 y 171.

[62] Constitución de la República del Ecuador, Art. 177.

[63] Constitución de la República del Ecuador, Art. 429.

[64] Constitución de la República del Ecuador, Art. 171 y 343.

[65] Para entender la naturaleza jurídica de los principios revisar Vintimilla, Jaime, Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *ius Novus* ecuatoriano en Revista *Lurisdicctio*, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, año X No. 13, septiembre 2010.

Todos los proyectos consideran los siguientes principios:

1. Pluralismo jurídico, es decir, la convergencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo país. Al respecto, el PAA indica que se “reafirma la existencia de diversos sistemas de regulación social en los sistemas de justicia. La interrelación, cooperación y coordinación entre las dos jurisdicciones se fundamentará en la interculturalidad y plurinacionalidad”.
2. Igualdad entre jurisdicciones y autonomía, se refiere al hecho que a pesar de las diferencias la jurisdicción ordinaria y la indígena tienen la misma protección e igual jerarquía sin que ningún sistema jurídico quede sometido al otro. En palabras de Carlos Poveda se diría que existe equiparación entre los diversos sistemas jurídicos, a lo que habría que agregar reciprocidad.

Como dice Lourdes Tibán la igualdad, para que sea real y efectiva, no puede basarse en la uniformidad, sino en el respeto y la tolerancia de la diferencia, la diversidad y en la pluralidad jurídica dispuesta en la norma constitucional^[67].

El PM explica que “el Estado reconoce la existencia de varios sistemas jurídicos con igual jerarquía, los cuales deben respetarse mutuamente, coordinar y cooperar sus acciones”^[68].

Por su parte, el PAA indica que “los diversos sistemas jurídicos gozan de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en ejercicio de

[66] El artículo 344 del COFJ establece y define 5 principios que deben aplicarse en la justicia intercultural, a saber: Diversidad, Igualdad, Non bis in idem, pro justicia indígena e interpretación intercultural. Por su lado, la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional establece que la Corte Constitucional debe respetar 14 principios que deben ser considerados por la justicia indígena: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, acción, calificación, notificación, audiencia, opinión técnica, proyecto de sentencia, notificación de la sentencia y violación de derechos de las mujeres. Considero que algunos más se refieren a los elementos procesales típicos para el tema del control constitucional que a verdaderos principios que colmen lagunas o resuelvan antinomias. Por ello, inclusive no sería estrictamente necesario que dichos principios consten en la ley en debate, pues ya se encuentran en vigor.

[67] Proyecto PAT. Art. 6, letra b).

[68] Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Art. 2.

sus funciones jurisdiccionales, no solamente para mantener, desarrollar y fortalecer las formas de organización política, económica, lingüística, cultural, espiritual, generación de autoridad, sino también para fortalecer y desarrollar sus propios derechos”^[69].

3. Diversidad. En base al artículo 11.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas debe reconocerse la diferencia cultural, siendo la base para una interpretación intercultural.

Considero que el PAA sintetiza claramente este principio, pues ratifica al Ecuador como país intercultural y plurinacional que reconoce las distintas identidades, valores, tradiciones, símbolos, creencias y modos de comportamiento existentes en el país. Las autoridades indígenas y ordinarias actuarán conforme a este reconocimiento.

Finalmente indica que las actuaciones realizadas dentro de la justicia ordinaria se desarrollarán en función de asegurar y promover el reconocimiento y plena realización de la diversidad cultural.

4. Prohibición de doble juzgamiento y cosa juzgada. Es el principio *Ne (Non) bis in idem*, es decir, una vez que un asunto ha sido conocido y resuelto por una autoridad indígena, ningún juez u operador de la justicia ordinaria podrá conocer de dicho tema, pues ya fue juzgado, debiendo, en caso de hacerlo, enfrentar una sanción conforme lo dispone la ley.

Por otra parte, debe quedar claro que las resoluciones de las autoridades indígenas, al gozar de la naturaleza de cosa juzgada, no son susceptibles de recurso alguno, salvo la acción extraordinaria de protección.

[69] Proyecto PAA. Art. 2.1, segundo inciso.

Principios que aclaran la cooperación y coordinación

A nuestro juicio existen tres principios básicos: interculturalidad, aplicación directa de la Constitución y respeto de los derechos constitucionales.

1. Principio de Interculturalidad

Sin duda alguna, el Código orgánico de la Función Judicial se constituye en un gran marco normativo que coloca elementos concretos para la coordinación y cooperación entre los operadores jurídicos ordinarios y comunitarios, en este sentido, no se puede omitir lo que dispone el artículo 24 de dicho cuerpo normativo, ya que establece los elementos del denominado principio de interculturalidad.

“En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de la justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante^[70]”.

2. Principio de aplicación directa de la Constitución

Al respecto, la Constitución es muy clara al disponer en su artículo 11.3 que todos los derechos y garantías establecidos en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse de manera directa e inmediata. Es decir, cuando se encuentren en juego derechos constitucionales de miembros pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas, todos los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar directamente las normas constitucionales, ya sea de oficio, ya sea a petición de parte.

De todas formas, debe aclararse que deben identificarse mínimos jurídicos que protejan la integridad de cada uno de los indígenas como ciudadanos y como sujetos titulares de derechos colectivos.

[70] COFJ, artículo 24.

La aplicación normativa siempre deberá orientarse a la defensa de las normas más favorables para el ejercicio efectivo del derecho.

3. Principio de respeto de los derechos constitucionales

El PAA recomienda la inclusión de este principio y aparece descrito dentro del artículo 2 de su texto que versa sobre principios de coordinación y cooperación.

Se orienta a respetar garantías constitucionales básicas como el debido proceso así como a evitar la violencia propinada en contra de las mujeres.

Esta norma resulta trascendental en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia donde teóricamente lo que se busca no es solamente la limitación del poder sino el respeto irrestricto de los derechos humanos que se transforman en verdaderos parámetros para la administración de justicia.

El PAA *in comento* textualmente propone:

“La justicia indígena adoptará medidas en conjunto con las autoridades de la justicia ordinaria para asegurar el cumplimiento del debido proceso y demás garantías constitucionales, especialmente, de protección contra toda forma de violencia hacia las mujeres, niños, niñas y adolescentes”.

De igual forma, no se pueden omitir las limitaciones que aparecen claramente descritas tanto en el artículo 57. 10 de la Constitución como en el 343 del Código Orgánico de la Función Judicial que ya han sido debidamente analizados.

Jurisdicción y competencia

Como ya se ha explicado, la jurisdicción, conforme el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, consiste en aquella potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Lo importante en la legislación ecuatoriana es el hecho que dicha potestad corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Carta Constitucional y las leyes, en este sentido, dicha potestad también corresponde a las autoridades de las 14 nacionalidades indígenas que habitan en el país, ya que el artículo 171 del Código político, de forma concreta y clara, así lo dispone.

Finalmente, la potestad pública se ejerce según las reglas de la competencia, que conforme al artículo 156 *ibídius* “es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”. Es decir, esta potestad de administrar justicia revestida de *notio, iudicium e imperium* también le pertenece a las autoridades indígenas o ancestrales, debidamente reconocidas como tales, recalcando eso sí, que existe, en palabras de Esther Sánchez Botero, una especificidad cultural de la jurisdicción de cada nacionalidad indígena.

Los proyectos PM y PC definen a la jurisdicción, en tanto que los proyectos PAA, PAR, PAT y PM se refieren además a las autoridades con jurisdicción indígena, aunque a lo que realmente se refieren es a la existencia de autoridades indígenas revestidas de jurisdicción y competencia.

El PC, siguiendo a la doctrina predominante en el derecho procesal, define a la jurisdicción como aquel poder, capacidad o potestad pública que tienen las autoridades indígenas para conocer, juzgar y resolver los conflictos o problemas dentro de sus respectivas tierras y territorios, y hacer cumplir las decisiones adoptadas.

Por otro lado, recalca que dicha potestad emana “de la voluntad o convicción de las propias comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, conforme

a los usos, costumbres, prácticas, esto es, su derecho propio o consuetudinario”^[71].

Esta definición es complementada por el artículo 7 del PM que coloca los límites que en el ejercicio de la administración de justicia comunitaria deben observar las autoridades ancestrales, pues necesariamente tienen que respetar la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley^[72].

En cuanto a las autoridades indígenas con jurisdicción, el PAA explica que son autoridades “todas las personas responsables de administrar justicia de manera individual o colectiva, y que gocen de legitimidad de acuerdo al derecho propio de su comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”.

Así mismo señala 4 aspectos relacionados con la ilegalidad o ilegitimidad de las autoridades, especialmente destaca aquellos casos en los cuales no se reconoce a las supuestas autoridades ancestrales como competentes para resolver un conflicto.

1. No se acepta la autoproclamación, pues la persona carece del reconocimiento comunitario. Este tema es vital, ya que en ciertos casos los fiscales indígenas, los mediadores comunitarios y hasta los líderes religiosos, sin ser autoridades, se consideran como tales, atentando de este modo, a las normas comunitarias vigentes en cada nacionalidad y pueblo indígena. Esta situación no deslegitima las funciones que estas personas pueden cumplir al interior de las comunidades, pero siempre deberán hacerlo en plena coordinación y cooperación con las autoridades ancestrales.
2. No son autoridades indígenas aquellos individuos, hombres o mujeres, que se abroguen o usurpen las funciones que deben ser estricta o exclusivamente cumplidas solo por aquellos funcionarios elegidos por la intervención de la comunidad, conforme su derecho consuetudinario.

[71] Proyecto de Ley Orgánica de CODENPE PC, Artículo 3.

[72] Proyecto del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Artículo 7: Las autoridades de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas tienen la potestad de administrar justicia, de conformidad con su derecho propio, respetando la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y esta ley.

Generalmente se desconocen a aquellas personas que carecen de un vínculo ancestral o continuidad histórica y que insisten en abrogarse, de forma ilegítima, funciones de autoridad.

3. Bajo ninguna condición, salvo la declinación de competencia, los funcionarios, autoridades u operadores pertenecientes a las instituciones de administración de justicia ordinaria no podrán ejercer las funciones reservadas a autoridades indígenas dentro de su jurisdicción.
4. Aquellas personas que actúen ilegal o ilegítimamente como autoridades ancestrales serán sancionadas penalmente o, en caso de existir norma comunitaria, conforme lo disponga el sistema de justicia indígena. En este aspecto punitivo como, en general en la aplicación del derecho consuetudinario, deberá considerarse el principio desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en el sentido que “a mayor conservación de sus usos y costumbres mayor autonomía” y un mínimo de restricciones, ya que las normas del derecho ordinario y toda actuación de una autoridad estatal respetarán la autonomía de cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, evitando en todos los casos imponer restricciones o condicionar el ejercicio de sus derechos^[73].

Independencia jurisdiccional

El principio de independencia judicial, tanto interna cuanto externa, debe ser un imperativo para la eficiencia de la justicia indígena, pues a pesar que no forma parte de los órganos de la función judicial, cumple la misma función que aquellos, resolver los conflictos que se suscitan en su jurisdicción así como regular la conducta de los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas.

En esta línea de pensamiento, los proyectos PAA y PAR coinciden en defender que las autoridades indígenas son independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional en los espacios territoriales habitualmente ocupados por la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad a la que pertenezcan. Esta afirmación es crucial y aclaratoria, pues la competencia territorial no se supe-

[73] *Ibid.*, Artículo 5. 6.

dita, como se podría creer desde el derecho positivo formal, únicamente a los límites geográficos de cada comunidad sino que se extiende al lugar donde se encuentren los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas, que pueden ser comunidades, Circunscripciones territoriales y ciudades^[74].

Lourdes Tibán ya explicaba en su proyecto que “las autoridades de los pueblos indígenas, serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, aun frente a los demás órganos de la Función Judicial”.

De igual modo, los proyectos PAT, PAR y PAA coinciden en el hecho que la independencia estará supeditada exclusivamente a lo dispuesto en la Carta Constitucional, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley.

Conflictos de competencia

En primer lugar, se debe advertir que los proyectos, de formas diversas, coinciden en diferenciar que la competencia debe ser material, territorial y personal, asuntos que ya fueron tratados en el tema de la coordinación y cooperación procesal.

De todas formas, el PAA se refiere a la competencia de las autoridades ancestrales para atender y resolver los conflictos internos y los define, pues las autoridades indígenas tienen competencia para conocer y resolver con base en sus tradiciones ancestrales y derecho propio, todos los conflictos que atenten contra la armonía de la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad a la que pertenezcan^[75].

A su vez, el PC define como conflicto interno a “toda situación, circunstancia, acto, hecho que provoque preocupación, alarma, tristeza, malestar o alteración de la vida normal y pacífica de las familias o miembros de las comunidades, pueblos, nacionalidades”^[76].

[74] Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Art. 26 y 27.

[75] Proyecto PAA. Art. 5, inciso primero.

[76] Proyecto de Ley Orgánica de CODENPE PC, Artículo 5. Además estamos seguros que dicha definición proviene del significado de la palabra quichua llaky.

Un tema que ha sido omitido por la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional es el conflicto de competencia entre autoridades comunitarias, tanto de la misma nacionalidad cuanto de distintas, pues a pesar que los proyectos PAT, PC y PM si lo desarrollan, las dos versiones de la Comisión legislativa ponen énfasis en los conflictos de competencia entre autoridades indígenas revestidas de jurisdicción y los operadores de la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, el artículo 6 del PAA propone que la Corte Constitucional resuelva el conflicto conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 144 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que textualmente dice:

“Competencias.- La Corte Constitucional debe realizar las demás funciones previstas en la Constitución de la República, y en particular, las siguientes:
1. Resolver los conflictos de competencia o de atribuciones constitucionales entre las funciones del Estado o entre los órganos establecidos en la Constitución que les sean planteados”.

De todas formas, debe entenderse que los conflictos de competencia pueden ser positivos o negativos y que la misma norma explica el procedimiento a seguir en cada caso^[77].

Lamentablemente hasta la fecha el órgano constitucional ha pecado de omisión y nada ha resuelto en temas tan importantes como el caso de la Cocha 2010^[78].

[77] El artículo 145 se refiere a los conflictos de competencias constitucionales e indica que la Corte Constitucional resolverá los conflictos de competencias constitucionales, positivos o negativos, entre funciones u órganos establecidos en la Constitución, cuya solución no esté atribuida a otro órgano.

Los titulares de los órganos constitucionales, incluidos regímenes especiales, o funciones del Estado podrán someter a conocimiento de la Corte Constitucional la existencia de un conflicto de competencia.

[78] La resolución indígena, denominada juzgamiento, se pronunció el día 23 de mayo de 2010 sobre la muerte del estudiante Antonio Olivo, lamentablemente se rompió el principio Ne bis in ídem y el caso, a pesar, de haber sido sancionado con un procedimiento comunitario, pasó a manos de la justicia ordinaria.

Por otro lado, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado considera que “no cabe, en ningún caso, la intromisión del poder judicial o sus órganos para resolver conflictos netamente comprendidos en el ejercicio de facultades jurisdiccionales indígenas”^[79].

Conforme el artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el PM considera, de forma adecuada, que en todos los casos en los que la Corte Constitucional resuelva el conflicto de competencia, tomará su decisión sobre la base de la participación obligatoria de miembros de la comunidad, pueblo o nacionalidad que hayan desempeñado como autoridades y que se encuentren involucrados en el conflicto. Además la resolución debe considerar un procedimiento de interpretación intercultural que considere peritajes especializados, testimonios de miembros de la comunidad y otros medios que permitan el verdadero diálogo intercultural^[80].

Declinación de competencia y autorregulación

Como se sabe, el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial explica, de forma clara, la figura de la declinación de competencia, empero, todos los proyectos consideran la necesidad de incluir un artículo que robustezca este mecanismo.

Para ello existen cuatro acercamientos:

1. La aplicación irrestricta de la norma orgánica mencionada, donde además el operador judicial deberá verificar que el pedido provenga de auto-

[79] Informe para primer debate del “Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, PAA, punto 7.5.1 sobre conflictos de competencia entre autoridades.

[80] La norma en mención textualmente reza: Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

ridad indígena competente, obligándose, sin necesidad de formalidad alguna, a remitir inmediatamente el caso a la jurisdicción indígena.

2. Conforme los proyectos PM y PC, en el caso de que un juez o fiscal consideraren que tienen competencia para resolver el caso, deberá remitirlo a la Corte Constitucional para que resuelva el conflicto.
3. La necesidad de introducir el silencio positivo, o sea, que la petición de la autoridad indígena solicitante sea aceptada, siempre y cuando vencido el plazo para resolver, ni la Corte Constitucional, ni el juez o fiscal, en su caso, no se hayan pronunciado.
4. La necesidad de recalcar la responsabilidad civil, administrativa y penal de los operadores judiciales que se nieguen, sin fundamento jurídico, a declinar la competencia.

A su vez, conforme a los artículos 35 de la Declaración de las Naciones Unidas y 12 del Convenio 169 de la OIT, según el PM, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen competencia para resolver todos los conflictos que se encuentren en su derecho propio. Es decir, se deja abierta la posibilidad de la remisión o reenvío a la jurisdicción ordinaria, ya sea en forma de autorregulación^[81], ya sea en forma subsidiaria^[82], siempre y cuando las partes se encuentren conformes y además las autoridades ancestrales consideren que el caso tratado no es de conocimiento consuetudinario.

Como ya se dijo, el remitir ciertos temas o casos a la justicia ordinaria también constituye un derecho de los pueblos indígenas, que deberá, empero, ser resuelto a la luz de la interpretación intercultural e interdisciplinaria.

[81] El artículo 8 del PAA indica que las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, de común acuerdo con las partes involucradas en un conflicto, podrán someter su resolución a la jurisdicción ordinaria.

[82] El PM establece el concepto de la subsidiaridad de la justicia ordinaria, pues en su artículo 14 dispone que las autoridades de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, de común acuerdo con las partes involucradas, podrán someter el conflicto a la justicia ordinaria.

Legitimidad y eficacia de las decisiones indígenas

Al tratarse de ordenamientos normativos con identidad propia y que gozan de igual jerarquía que el sistema jurídico ordinario, no debe sorprender que las decisiones o resoluciones^[83] provenientes de las autoridades ancestrales tengan la naturaleza de cosa juzgada, es decir, salvo vicios de inconstitucionalidad, no pueden ser impugnados.

Por ello, se hace menester recalcar la obligatoriedad de las decisiones de las autoridades comunitarias, pues deben ser acatadas no solamente por las partes intervinientes sino además por todos los órganos de la administración pública^[84], incluidos los judiciales^[85].

Lourdes Tibán, a su vez, considera que estas resoluciones son cosa juzgada e incluso deben ser obligatorias para instituciones y autoridades privadas^[86].

Un tema que se relaciona con lo analizado es la forma de las decisiones de las autoridades indígenas y la necesidad de un registro, siempre y cuando los pueblos indígenas lo consideren necesario.

En esa dirección, el proyecto PAA considera dos aspectos básicos:

1. Los actos escritos que se desarrollen dentro de las comunidades indígenas en la resolución de sus conflictos internos no necesitan de aprobación ni registro de autoridad ordinaria alguna, pues son plenamente autónomos y válidos. Tampoco necesitan ser remitidos a ningún archivo estatal, pues cada comunidad llevará el suyo propio.
2. Se considera necesario, en aquellos casos donde se requiere que la autoridad ordinaria deba conocer información de la jurisdicción indígena,

[83] Bolívar Beltrán las denomina sentencias, pues a su entender contienen elementos similares a las sentencias de la justicia ordinaria, Op. cit., p. 6.

[84] Constitución de la República de Ecuador, Artículos 225, 226 y 227.

[85] Constitución de la República de Ecuador, Artículos 177 y 178.

[86] Art. 20.- Obligatoriedad de las decisiones de la autoridad indígena.- Las decisiones de las autoridades indígenas emitidas dentro de sus funciones jurisdiccionales, serán respetadas por las instituciones y autoridades públicas y privadas, y tendrán la misma fuerza obligatoria que los actos jurídicos adoptados por los órganos de la Función Judicial.

la construcción de un mecanismo para que las autoridades ancestrales u operadores comunitarios puedan compartir información con los jueces y fiscales así como otras entidades públicas, en cambio, deberán aceptar los documentos de los pueblos indígenas en temas relacionados con linderos y registro civil, por poner un par de ejemplos.

Seguramente por ello, el proyecto analizado indica que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que libremente desarrollen un sistema de registro escrito, no podrán negar su acceso a las autoridades ordinarias^[87].

Es de justicia que los jueces también, en los casos que sean necesarios, puedan también permitir el acceso a las autoridades indígenas.

En este tema, resulta muy ilustrativa la propuesta que proviene del artículo 22 del proyecto PM que textualmente indica:

“Registro de actuaciones de las autoridades indígenas. Las actuaciones de la autoridad indígena, en relación al registro, deberán seguir las siguientes reglas:

1. El registro se realizará de conformidad con el derecho propio.
2. En los casos que sea necesario registrar la decisión o actuación de la justicia indígena por parte de la justicia ordinaria, se podrá solicitar a las autoridades indígenas reducir a escrito el contenido de sus decisiones. En el registro deberá constar el nombre de la comunidad, pueblo o nacionalidad, la circunscripción territorial en donde se encuentra localizada, con determinación de la región, provincia, cantón o parroquia, además se señalarán los nombres de las partes intervinientes, las normas y procedimientos propios aplicados, a fin de que sirvan de precedentes con el valor que este tenga en su propio derecho.
3. Cuando la ley exija la inscripción o registro de los actos o hechos actuados por las autoridades indígenas, se comunicará esta resolución o acta

[87] El segundo párrafo del artículo 16 correspondiente al proyecto PAR explica además que la existencia de actos escritos por las autoridades indígenas solo procederá cuando ello se desarrolle de forma libre dentro de la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad. Una vez adoptado un sistema de registro, no se podrá negar el acceso a las autoridades ordinarias al mismo.

a la institución competente para su registro, tales como el reconocimiento de paternidad o maternidad, la adopción, acogida familiar o formas similares, de la fijación de linderos de los predios colindantes resuelto en litigio, actas de resolución de conflictos sobre tierras y territorios donde se reconozcan o establezcan los derechos de propiedad, o el usufructo, entre otros⁷.

En el último tema registral, el proyecto PC es muy drástico, pues califica como desacato a la autoridad el hecho que los funcionarios y operadores ordinarios no consideren ni observen las decisiones de las autoridades indígenas^[88].

Mecanismos de coordinación y cooperación

Los cinco proyectos se preocupan por este aspecto básico, aunque aparecen 2 tendencias:

1. Los Proyectos PAA y PAR hablan de coordinación y cooperación interinstitucional.
2. Los proyectos PAT, PM y PC se refieren a mecanismos específicos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

La tesis de la inter institucionalidad busca la aplicación del principio de reciprocidad entre los sistemas de justicia constitucional, ordinaria e indígena. Es decir, el legislador o asambleísta busca aplicar la igualdad jurídica de cada uno de los sistemas pero en base a elementos de conexión que hagan que la justicia no tenga problemas de paralelismo, sino definiciones claras de selección de foro, respeto de procedimientos, declinación de competencia, intervención conjunta, ejecución de decisiones e incluso sanciones bien determinadas.

[88] El artículo 15 del Proyecto de CODENPE indica que las autoridades administrativas, judiciales o policiales de la jurisdicción ordinaria, cuando por mandato legal y el principio del pluralismo jurídico sea necesario, registrarán o marginarán las actas de resoluciones de conflictos u otros certificados, emitidas por las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. El incumplimiento será considerado y sancionado como desacato a la autoridad.

En esta dirección se orienta el artículo 11 del proyecto PAA que considera varios elementos en lo que denomina reciprocidad y asistencia:

1. Los sistemas jurídicos aplicarán el denominado principio de reciprocidad, para ello sus actuaciones deberán articularse por medio de la corresponsabilidad y asistencia, con la finalidad de prestarse apoyo para la investigación, juzgamiento o ejecución de sus decisiones.
2. Conforme con las necesidades de cada una de las autoridades indígenas revestidas de jurisdicción, podrían suscribir convenios de cooperación tanto con los órganos de la justicia ordinaria como con las diferentes instituciones del Estado. Al respecto, el proyecto PAR explica que son autoridades de apoyo, coordinación y colaboración entre los sistemas de justicia indígena y la jurisdicción ordinaria todas las instituciones comprendidas en los artículos 163 (Policía Nacional), 178 (órganos encargados de la administración de justicia), 201 (sistema de rehabilitación social) y 225.3 (organismos creados para el ejercicio de la potestad estatal, prestación de servicios públicos o desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado) de la Constitución de la República^[89]. Se considera que los acuerdos podrían ser numerosos, pues existen muchísimas comunidades indígenas regadas en todo el territorio nacional, de allí que sería importante encontrar un mecanismo donde estos convenios o protocolos de actuación puedan acordarse con las organizaciones representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas que existen en las parroquias, cantones, provincias e incluso a nivel nacional. El Consejo de la Judicatura debería ser el órgano encargado de iniciar un programa que busque esta coordinación y cooperación necesaria para la certeza y respeto de los derechos de los usuarios^[90], donde además se deberá contar con la intervención de la Corte Constitucional. Finalmente, el proyecto PAR tantas veces citado, expresa que los acuerdos de cooperación y coordinación deberían perfeccionarse entre “los rangos específicos de acción de cada jurisdicción”^[91].

[89] Proyecto PAR, Artículo 17. 3.

[90] El inciso primero del artículo 346 del COFJ indica que el Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

[91] Vid. Supra nota 87.

Algo que llama la atención es el hecho que gracias a la intervención de las autoridades ordinarias, los acuerdos suscritos deberían ser publicados en el Registro Oficial, para que, de este modo, se logre plena eficacia en la ejecución y aplicación de los mismos.

Nos parece que se trata de un requerimiento que debe estudiarse y debatirse más, ya que podría conducir a la construcción de un formalismo totalmente innecesario.

De forma ejemplificativa el proyecto PAA recomienda que los convenios inter sistémicos deben establecer procesos o mecanismos de coordinación y cooperación sobre: a). Investigación sobre la infracción y responsabilidades; b). Intercambio de pruebas; c). Detención de personas; d). Realización de peritajes especializados; y e). Protección a víctimas y testigos.

3. Al encontramos en un Estado Constitucional que se orienta a la defensa de los derechos constitucionales y para el cumplimiento y acatamiento de las decisiones de las autoridades indígenas se propone que todas las instituciones del Estado se encuentren obligadas a facilitar la adopción de mecanismos legítimos y apegados a derecho que favorezcan la reciprocidad, asistencia y plena cooperación.
4. En congruencia con lo anterior, el Estado deberá facilitar la presencia de antropólogos jurídicos y peritos, pues su presencia permitirá la eficaz coordinación y cooperación inter sistémica y hará posible el entendimiento de la diferencia en la Jurisprudencia^[92] y en el Derecho.

El artículo 11 correspondiente al proyecto PAA, en lo pertinente, explica: "Las autoridades indígenas u ordinarias asegurarán la presencia de intérpretes interculturales para el juzgamiento de personas que lo requieran. Esto incluye la obligación de que existan traductores cuando una persona no pueda comunicarse en la lengua o idioma que utilice el sistema.

Se deberá incorporar peritos antropológicos o solicitar la opinión técnica de personas expertas u organizaciones especializadas en temas relacionados con justicia indígena".

[92] Se conoce que la jurisprudencia tiene varios acercamientos conceptuales, a saber: a) Ciencia del Derecho, b) Conjunto de tesis judiciales y c) Conjunto de opiniones emitidas por famosos juristas que puede coincidir con la doctrina, vid. Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas, Tomo I, 1ª. ed. México; Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 167.

De igual modo, los proyectos PAT y PM ponen énfasis en la necesidad de contar con peritos intérpretes especialistas en lenguas nativas así como en Antropología jurídica y/o cultural.

Por su parte, la tesis de la necesidad de contar con mecanismos específicos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, a más de considerar algunos elementos de la tesis anterior, incorpora varias acciones concretas así:

- a) Principios que deben aplicarse en los procesos penales de la jurisdicción ordinaria donde intervengan indígenas, entre ellos se consideran la no criminalización del ejercicio de la justicia indígena, la posibilidad de que los indígenas sancionados puedan cumplir penas alternativas en sus comunidades y conforme a su realidad antropológica, la aplicación de penas no privativas de la libertad, etc.[93]
- b) Los procedimientos y sanciones tendrán las formalidades que exclusivamente el derecho propio haya establecido, conforme lo dispone el artículo 57 numerales 1 y 9.[94]
- c) Registro de actuaciones de las autoridades indígenas.
- d) Medidas de acción afirmativa encaminadas a fortalecer los sistemas de justicia indígena, formación de autoridades y operadores de justicia, erradicación de la discriminación.
- e) Centro especializado de Estudios Jurídicos Interculturales y Plurinacionales.
- f) Encuentros y diálogos entre los responsables de la administración de justicia ordinaria e indígena.
- g) Conformación intercultural de los órganos judiciales y constitucionales o, al menos, la presencia de un equipo asesor multidisciplinario e intercultural en cada uno de ellos, especialmente en las Cortes Provinciales y Nacional de Justicia, Corte Constitucional, Consejo de la Judicatura y Fiscalía.
- h) Un glosario que contenga conceptos claves que sean comprendidos en forma uniforme tanto por las autoridades ancestrales como por los operadores judiciales ordinarios^[95].

[93] Proyecto PM, Artículo 20.

[94] *Ibidem*, Artículo 21.

[95] Un ejemplo de ello se puede mirar en el proyecto de la asambleísta Tibán, especialmente en la disposición general cuarta que define, entre otros, indígena, territorio indígena, autoridad ancestral, derecho indígena, normas y procedimientos propios, derecho a la autodeterminación.

Control disciplinario de los servidores judiciales

Actualmente no existe ninguna sanción disciplinaria para los operadores judiciales que desconozcan los principios de interculturalidad, muy a pesar que conforme al capítulo VII del Código Orgánico de la Función Judicial se establecen las normas que regulan las prohibiciones y el régimen disciplinario aplicables a los servidores judiciales.

En este tema, los proyectos PAA y PM proponen, como disposición reformativa, la inclusión de una nueva causal que configure una infracción disciplinaria gravísima que tiene como consecuencia la destitución del funcionario responsable.

La norma propuesta indica que se debe reformar el artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial en el sentido que a la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: “17. No declinar la competencia en los casos de jurisdicción indígena, de conformidad con la Constitución y la Ley”.

Por su parte, el proyecto PM propone agregar al artículo 108 del mismo COFJ que versa sobre las infracciones graves, la siguiente causal: “9. Omitir o incumplir el deber de coordinación y cooperación establecido en la ley en el caso de la jurisdicción ordinaria y al derecho propio en el caso de la jurisdicción indígena”.

Como se sabe el órgano disciplinario es el Consejo de la Judicatura que en base a sumarios administrativos investiga las infracciones o faltas disciplinarias cometidas por los operadores judiciales^[96].

Por su parte, las autoridades indígenas cuentan con el control social de los miembros de las comunidades indígenas donde prestan sus servicios, pues el Consejo de la Judicatura, conforme el artículo 346 del Código Orgánico de la Función Judicial “no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena”.

[96] COFJ, Artículos 113, 114, 116, 117, 118 y 119.

Consulta previa y obligatoria

Un derecho colectivo que tienen todos los pueblos indígenas es el denominado consulta pre legislativa que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 57.17 de la Constitución es aquel derecho que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas a “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de los derechos colectivos”.

Este derecho es muy amplio, pues conforme el artículo 6 a) del Convenio 169 de la OIT “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

Por su parte, el artículo 19 de la ya tantas veces mencionada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas propugna el consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo a lo siguiente:

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Al respecto, se hace necesario comprender que existen tres tipos de consulta constitucionalmente definidas, cada una con diversas características, pues se diferencian en su finalidad como en los sujetos que deben ser consultados, a saber:

1. Consulta previa ambiental orientada a proteger un derecho difuso como el medio ambiente, conforme lo dispone el artículo 398 de la Carta Magna^[97],

[97] **Art. 398.**- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Las consultas previas del artículo 57 en tanto derechos colectivos, que, a su vez, son dos: a) Consulta, libre e informada, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en las tierras de los pueblos y nacionalidades indígenas y que pueden afectarles ambiental o culturalmente (artículo 57, numeral 7)^[98] y b) Consulta pre legislativa, en el sentido que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deberán ser consultadas antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (artículo 57, numeral 17)^[99], es decir, si se aprobare una ley sin haberse realizado el procedimiento de consulta dicha norma resultaría inconstitucional, y
3. Consulta popular como derecho político o de participación (artículo 104)^[100]. Obsérvese que en las consultas previas colectivas los titulares

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

[98] ...7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

[99] ...17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

[100] Art. 104.- El organismo electoral correspondiente convocará a consulta popular por disposición de la Presidenta o Presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados o de la iniciativa ciudadana.

La Presidenta o Presidente de la República dispondrá al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular sobre los asuntos que estime convenientes.

Los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes, podrán solicitar la convocatoria a consulta popular sobre temas de interés para su jurisdicción.

La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto. Cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio contará con el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral; cuando sea de carácter local el respaldo será de un número no inferior al diez por ciento del correspondiente registro electoral.

Cuando la consulta sea solicitada por ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano, requerirá el respaldo de un número no inferior al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial.

Las consultas populares que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución.

En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.

de este derecho constitucional son exclusivamente los pueblos indígenas y otros como los montubios y afro ecuatorianos, en cambio tanto la consulta previa ambiental como la consulta política son ejercidas por la ciudadanía en general.

Lamentablemente y en contraposición con los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT (artículos 6 y 15) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 19 y 32) se han confundido estos tipos de consulta en detrimento de los derechos colectivos de las 14 nacionalidades indígenas que habitan en Ecuador. Tanto es así que la nueva Ley Orgánica de Participación Ciudadana^[101] coloca dentro de los denominados mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública tanto a la consulta previa, libre e informada en temas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus territorios como a la consulta previa ambiental dirigida a la comunidad^[102] junto a otros mecanismos de participación ciudadana como las veedurías, observatorios, consejos consultivos, audiencias públicas, cabildos populares, etc. Como se advierte, no se hace diferencia entre la consulta como derecho colectivo y la participación ciudadana en la gestión pública.

Otro caso que llama la atención, por ser contrario a las normas constitucionales, es la Ley de Minería^[103] que fue aprobada precisamente después de entrar en vigencia la nueva Constitución. El asunto es que no hubo consulta previa antes de su debate, sin embargo, la Corte Constitucional desechó la impugnación de inconstitucionalidad por la forma de dicho cuerpo normativo y declaró que la consulta pre legislativa es de carácter sustancial y no formal, además defendió la constitucionalidad condicionada de los artículos referentes a declaratorias de utilidad pública, servidumbres, libertad de prospección, otorgamiento de concesiones mineras, construcciones e instalaciones complementarias generadas a partir de un título de concesión minera y consulta ambiental^[104]. Por otra parte, atribuyéndose la condición de guardián de la

[101] Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010.

[102] Revisar los artículos 81, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Participación.

[103] Ley 45 publicada en el Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009.

[104] Sentencia Constitucional 001-10-SIN-CC de 13 de abril de 2010 publicada en el Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de abril de 2010.

normativa constitucional y de los contenidos “axiológicos”, declaró también que le correspondía establecer reglas y procedimientos mínimos para los casos que requieran consultas pre legislativas, ante la ausencia de una ley que regule esas consultas y por encontrarse el Ecuador bajo las excepcionales circunstancias propias de una transición constitucional profunda. Así, le obligó a la Asamblea Nacional que, en la expedición de normas que impliquen derechos colectivos, deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales:

1. Organizar e implementar, en cuatro fases, la consulta pre legislativa antes de la adopción de una medida legislativa;
2. La consulta previa pre legislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución;
3. Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos^[105].

La Corte concluyó que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, es decir, anterior al debate de la norma recurrida, “el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución”.

Lamentablemente los artículos 88 y 90 de dicha Ley son contradictorios, pues el primero habla de procesos de información donde “a partir del otorgamiento de una concesión minera y durante todas las etapas de ésta, el concesionario, a través del Estado, deberá informar adecuadamente a las autoridades competentes, gobiernos autónomos descentralizados, comunidades y entidades que representen intereses sociales, ambientales o gremiales, acerca de los posibles impactos, tanto positivos como negativos de la actividad minera”, es decir, que se proporcionará información que se debió compartir con los pueblos indígenas antes y durante la consulta previa, no después, cuando las concesiones ya han sido adjudicadas.

[105] Torres, Luis Fernando, Análisis Constitucional, Derechos Colectivos y Consulta Pre legislativa, Informativo Número 20, mayo 2010.

Por su parte, el artículo 90 vuelve a confundir la naturaleza de la consulta previa y le brinda una suerte de “Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos”, enmarcándole en lo previsto en el artículo 398 de la Constitución que difiende los derechos difusos de todos los ecuatorianos, dejando de lado el artículo 57 que se refiere a los derechos colectivos de los pueblos indígenas^[106].

Tampoco se puede omitir el hecho que se han aprobado dos leyes vitales para los pueblos indígenas sin que haya operado previamente la consulta pre legislativa, tal es el caso del Código Orgánico de la Función Judicial^[107] y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional^[108].

Para concluir es vital recordar lo que dispone el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues nos coloca el tema del consentimiento previo informado, ya que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Esta realidad debe entenderse desde lo que disponen los artículos 417, 426 y 427 de la Carta Magna que establecen criterios de aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las normas constitucionales.

[106] “Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras y territorios ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses. De conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República”.

[107] Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

[108] Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Como se advierte este derecho constitucional deberá manejarse con suma prudencia más allá de que el resultado sea o no vinculante, empero, se concluye, conforme lo dispone el Convenio 169 que “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”^[109].

Considero que se hace imprescindible un debate nacional sobre una ley de Consulta previa así como es hora de empezar a buscar candidatos probos, sapientes y transparentes para la conformación de la Corte Constitucional, pues al ser un verdadero poder jurídico, no puede perder su independencia y especialidad, sobre todo, ante la posibilidad de dictar sentencias atípicas o de modulación que se toman vinculantes u obligatorias para autoridades y ciudadanos.

Mientras tanto resulta ineludible la aplicación directa de las normas constitucionales, más aún, cuando existen instrumentos internacionales que nos explican que la finalidad de la consulta no es mera información y participación e incluso al advertir que todos los derechos constitucionales, incluidos los colectivos, son plenamente justiciables y se encuentran jurisdiccionalmente garantizados bajo el amparo de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el derecho a la defensa.

Como ya se dijo, no se requiere de ley para defender los derechos, para ejercer las acciones dirigidas a ese objetivo o para que sean reconocidos. Uno de los deberes primordiales del Estado es precisamente garantizar los derechos constitucionales^[110].

En suma, la consulta previa pre legislativa se sujetará a la sentencia constitucional *in comento* en tanto que la consulta previa del artículo 57 numeral 7, hasta que no se dicte una ley, deberá realizarse respetando el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas y la aplicación directa de las normas constitucionales.

[109] Artículo 6.2.

[110] Zavala Egas, Jorge, “Derecho Constitucional, neo constitucionalismo y argumentación jurídica”, Edilex S. A., Guayaquil, 2010, p. 34.

Para concluir, es importante compartir las reflexiones de Carlos Poveda, pues se ha podido constatar en los talleres realizados que hay una tendencia para rechazar una ley de coordinación y cooperación, pues los pueblos indígenas no la consideran necesaria, pues sin ella, recalcan, se ha podido administrar justicia comunitaria sin contratiempos.

En caso negativo habría que ponderar la colisión de los derechos, debiendo respectarse “el principio de autodeterminación de los pueblos y simplemente se deberá trabajar en la aptitud y actitud de jueces, fiscales y actores claves para la exigencia del cumplimiento directo e inmediato de la Constitución, en cada caso concreto”^[111].

Finalmente, con o sin ley de coordinación y cooperación, la Corte Constitucional está llamada a cumplir un papel fundamental, pues “aprovechando la casuística ocasionada por las garantías procesales constitucionales, deberá ir creando jurisprudencia obligatoria para determinar los límites del artículo 171”^[112] de la Carta Magna.

RESULTADOS Y SISTEMATIZACIÓN DE LOS TALLERES REALIZADOS

Como se sabe el objetivo de la investigación realizada era promover la reducción de conflictos institucionales entre la justicia indígena/comunitaria y la ordinaria.

Se advirtió, entonces, que una de las herramientas más funcionales que coadyuvarían a alcanzar lo buscado era el debate claro y sincero sobre los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.

[111] Carlos Poveda, Reflexiones básicas e ideas iniciales sobre el proyecto de ley de coordinación y cooperación en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009, p. 498.

[112] *Ibid.*

En tal virtud, una de las actividades más sobresalientes fue el desarrollo de talleres participativos donde los usuarios y autoridades indígenas podrían expresar sus reales puntos de vista acerca de la necesidad de contar con una norma que regule el pluralismo jurídico en la práctica forense gracias a la presencia de mecanismos concretos de cooperación y coordinación.

Los criterios obtenidos sirvieron de insumos para presentarlos en varios espacios, pero en especial en la Asamblea Nacional, Consejo de la Judicatura y Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Gracias al auspicio de Peace Research Institute Frankfurt PRIF y la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GIZ, se hizo posible el manejo adecuado, como ya se dijo, de una metodología verdaderamente participativa para incluir, a nivel nacional, dentro del debate de la norma propuesta o *lege ferenda* las impresiones de los miembros de diversos pueblos y nacionalidades indígenas.

Consideramos que los resultados podrán ser debatidos y hasta validados con los representantes de las organizaciones indígenas nacionales como FEINE, CONAIE, FENOCIN y FEI, pues los casos de administración de justicia acaecen todos los días al interior de las diversas comunidades tanto en la sierra como en la Amazonía y costa.

El proyecto tuvo dos fases que se ejecutaron en dos momentos distintos: 1) de enero a octubre de 2010 y 2) de abril de 2011 a marzo de 2012.

En la primera fase se llevaron a cabo 10 talleres en tanto que en la segunda se desarrollaron 9.

En la primera fase se contó con la presencia de 494 indígenas, de los cuales 161 fueron mujeres. Un dato importante es que se contó con representantes de 10 nacionalidades indígenas: Dos de la costa: Chachi y Épera, una de la sierra: Kichwa y siete de la región amazónica: Shuar, Achuar, Kichwa, Cofán, Huaorani, Zápara y Andoas.

En la segunda fase, en cambio, se desarrollaron 9 talleres con la presencia de 342 personas y para mejor ilustrar a los lectores se pueden observar los resultados de los asistentes mediante un desglose que aparece en el cuadro que sigue.

| Provincia | Número Participantes | Nacionalidad | Pueblo | Hombres | Mujeres | Fecha Taller |
|-----------------|----------------------|--------------|------------------|---------|---------|--------------|
| Chimborazo | 1 | Kichwa | Puruhá | 1 | 0 | 11/04/2011 |
| Cotopaxi | 3 | Kichwa | Panzaleo | 3 | 0 | 11/04/2011 |
| Imbabura | 1 | Kichwa | Otavaló | 0 | 1 | 11/04/2011 |
| Loja | 1 | Kichwa | Sarakuro | 0 | 1 | 11/04/2011 |
| Pichincha | 2 | Ecuatoriana | Mestizos | 2 | 0 | 11/04/2011 |
| Orellana | 1 | Kichwa | Kichwa Amazónico | 1 | 0 | 11/04/2011 |
| | | | | | | |
| Chimborazo | 44 | Kichwa | Puruha | 35 | 9 | 24/06/2012 |
| Orellana | 1 | Kichwa | Kichwa Amazónico | 1 | 0 | 24/06/2012 |
| Pichincha | 1 | | Mestizo | 1 | 0 | 24/06/2012 |
| | | | | | | |
| Esmeraldas | 70 | Epera | Epera | 31 | 39 | 15/07/2012 |
| Orellana | 1 | Kichwa | Kichwa Amazónico | 1 | 0 | 15/07/2012 |
| Pichincha | 1 | | Mestizo | 1 | 0 | 15/07/2012 |
| | | | | | | |
| Cotopaxi | 23 | Kichwa | Puruha | 16 | 7 | 22/07/2011 |
| Orellana | 1 | Kichwa | Kichwa Amazónico | 1 | 0 | 22/07/2011 |
| Pichincha | 7 | | Mestizo | 7 | 0 | 22/07/2011 |
| | | | | | | |
| Morona Santiago | 31 | Shuar | Shuar | 20 | 11 | 29/07/2011 |
| Orellana | 1 | Kichwa | Kichwa Amazónico | 1 | 0 | 29/07/2011 |
| Pichincha | 1 | | Mestizo | 1 | 0 | 29/07/2011 |
| | | | | | | |
| Loja | 28 | Kichwa | Sarakuro | 15 | 13 | 26/08/2011 |
| Pichincha | 1 | | Mestizo | 1 | 0 | 26/08/2011 |
| | | | | | | |
| Pastaza | 6 | Shuar | Shuar | 4 | 2 | 02/09/2011 |
| Pastaza | 3 | Huaorani | Huarani | 1 | 2 | 02/09/2011 |
| Pastaza | 12 | Kichwa | Kichwa Amazónico | 6 | 6 | 02/09/2011 |
| Pastaza | 2 | Zapara | Zapara | 0 | 2 | 02/09/2011 |
| Pichincha | 3 | | Mestizo | 2 | 1 | 02/09/2011 |
| | | | | | | |
| Cotopaxi | 83 | Kichwa | Panzaleo | 49 | 34 | 08/01/2012 |
| Pichincha | 2 | | Mestizo | 2 | 0 | 08/01/2011 |
| | | | | | | |

| | | | | | | |
|------------|-----|--------|------------------|-----|-----|------------|
| Manabí | 5 | | Pueblo Manta | 4 | 1 | 12/01/2012 |
| Guayas | 4 | | Wankavilka | 4 | 0 | 12/01/2012 |
| Esmeraldas | 4 | Epera | Epera | 2 | 2 | 12/01/2012 |
| Pichincha | 3 | | Mestizo | 3 | 0 | 12/01/2012 |
| | | | | | | |
| Cañar | 3 | Kichwa | Kañari | 1 | 2 | 03/02/2012 |
| Chimborazo | 3 | Kichwa | Puruha | 1 | 2 | 03/02/2012 |
| Cotopaxi | 2 | Kichwa | Panzaleo | 2 | 0 | 03/02/2012 |
| Imbabura | 4 | Kichwa | Otavalo | 4 | 0 | 03/02/2012 |
| Loja | 4 | Kichwa | Sarakuro | 4 | 0 | 03/02/2012 |
| Tungurahua | 1 | Kichwa | Salasaca | 1 | 0 | 03/02/2012 |
| Pastaza | 1 | Kichwa | Kichwa Amazónico | 1 | 0 | 03/02/2012 |
| Pastaza | 1 | Shuar | Shuar | 1 | 0 | 03/02/2012 |
| Pichincha | 4 | | Mestizo | 2 | 2 | 03/02/2012 |
| | | | | | | |
| Total | 370 | | | 233 | 137 | |

| Nacionalidad / Pueblo | Cantidad |
|-----------------------|----------|
| Kichwa / Kañari | 3 |
| Kichwa / Puruha | 48 |
| Kichwa / Panzaleo | 111 |
| Kichwa / Otavalo | 5 |
| Kichwa / Sarakuro | 33 |
| Kichwa / Salasaca | 1 |
| Kichwa Amazónico | 15 |
| Shuar | 38 |
| Huaorani | 3 |
| Zápara | 2 |
| Épera | 74 |
| Manta | 5 |
| Wankavilka | 4 |
| Total | 342 |

Total Kichwas: 216

Total otras nacionalidades: 126

Impacto

Gracias a las reuniones ha sido posible obtener los siguientes aspectos positivos:

1. El debate ha operado dentro de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo o Plan Nacional del Buen Vivir, trazado por el Estado.
2. Las denominadas bases de los pueblos y nacionalidades indígenas han reconocido que deben ser actores activos y propositivos para el debate de esta ley de cooperación y coordinación. Esta situación calza con la agenda política del movimiento indígena que entre sus reivindicaciones aparece el tema de la administración de justicia indígena de cada nacionalidad. En este sentido, el programa ha sido un verdadero aporte, pues ha fortalecido a algunos miembros de las bases comunitarias, quienes podrán dialogar con los dirigentes comunitarios y con los órganos gubernamentales.
3. Ha sido el momento propicio para sensibilizar a algunos dirigentes indígenas en cuanto al contenido mínimo que debe reunir la propuesta de ley, así por ejemplo al Presidente de la CONAICE y a ciudadanos de la nacionalidad Épera. Por otra parte, sin duda alguna, el programa ha sido un aporte al tema con insumos y criterios técnicos que los pueblos y nacionalidades indígenas y los organismos públicos podrán usar en la ejecución de la consulta pre legislativa.
4. Se ha hecho posible una suerte de ejercicio de posibles mecanismos de debate comunitario, experiencias que bien podrían servir como antecedentes para la redacción y debate de cualquier norma que sobre consulta previa a los pueblos indígenas se pueda desarrollar en el futuro.
5. Se ha hecho posible la intervención directa previa de algunos actores comunitarios que efectivamente administran justicia en las comunidades, quienes deberán aplicar cualquier ley de coordinación y cooperación una vez que entre en vigor. Debemos indicar que se ha contado con la participación directa de miembros y algunos antiguos y actuales dirigentes de organizaciones representativas como la CONAIE, FEINE y FENOCIN, tal es el caso de la Red de Defensores indígenas que pertenecen a las tres organizaciones.

Resultados conseguidos con el aporte financiero

1. El apoyo financiero de la GIZ y PRIF ha sido fundamental para difundir el tema de la justicia indígena dentro de varios espacios comunitarios y públicos.
2. Se ha apoyado en el desarrollo de la redacción a varios equipos técnicos que han intentado obtener un borrador de anteproyecto de ley de coordinación y cooperación, uno de ellos adjuntamos como anexo. Se debe aclarar que nuestro esfuerzo se ha concentrado en unirnos con nuestros aportes, comentarios e ideas tanto al anteproyecto de ley preparado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos como al de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional.
3. Se han mantenido reuniones y talleres con miembros de 10 de las 14 nacionalidades indígenas presentes en las tres regiones naturales del Ecuador.
4. Por otro lado, se han obtenido las siguientes lecciones aprendidas:
 - a) Frente al anteproyecto de ley ha salido a la luz la existencia de diversas posiciones dentro de los pueblos y nacionalidades indígenas, así por ejemplo, todo aquello relacionado con el tema de la limitación de la competencia material.
 - b) Se ha hecho visible la realidad de que muchos pueblos indígenas e incluso nacionalidades han perdido o han mimetizado su sistema consuetudinario y con la Carta Magna advierten la posibilidad de reinventar o crear su derecho propio, conforme lo dispone el artículo 57, numeral 10 de la Constitución vigente, sin olvidar, claro está, los instrumentos internacionales vigentes.
 - c) Algunas autoridades comunitarias muestran ciertas dudas y limitaciones en los procedimientos de solución, especialmente en el manejo de nuevos problemas que antes no habían ocurrido al interior de sus comunidades.
 - d) Ciertos dirigentes se rehúsan a tener una ley, pues consideran que el nuevo cuerpo legal se constituiría en una verdadera limitación a su actuación.

- e) La complejidad de la naturaleza de la norma, pues deberá recoger los 14 sistemas jurídicos indígenas, que como se sabe, guardan profundas diferencias de forma y fondo.
 - f) Por su parte, los operadores de justicia (jueces y fiscales) reclaman que se dicte esta norma, pues actualmente consideran que no tienen muy claro las actividades que deben mostrar la interculturalidad en su actuación.
 - g) Se advierte la necesidad que exista mayor interacción entre los líderes de las organizaciones indígenas representativas y las autoridades y miembros de las comunidades indígenas donde operan cotidianamente las prácticas consuetudinarias.
 - h) Se nota un claro divorcio entre las diversas entidades públicas que deben manejar el tema, pues al interior del Gobierno se han advertido varias posiciones e incluso proyectos distintos, aunque cabe resaltar el protagonismo positivo inicial del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, especialmente en la época de los ministros Jalkh y Ardito.
 - i) Se ha generado la necesidad estructural de construir senderos o herramientas, más allá de las normativas, que hagan posible la ruptura de las barreras de comunicación y coordinación entre los sistemas indígenas y el ordinario.
 - j) La justicia indígena, dentro de los diversos pueblos y nacionalidades, tiene dos acercamientos: 1) Consideran que la justicia ordinaria constituye un verdadero castigo, a la cual se acude ante la imposibilidad de aplicar el derecho consuetudinario y, 2) Se constituye en una verdadera necesidad, ante la ausencia de un sistema propio.
5. Finalmente, el proyecto ha tenido una repercusión nacional, pues se ha mantenido actividades en las tres regiones naturales del país repartidas en 9 provincias (Sucumbíos, Morona Santiago, Pastaza, Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Loja, Santo Domingo de los Tsáchilas y Esmeraldas).
 6. Las actividades han hecho visible el derecho de las mujeres para participar en el derecho indígena y los pueblos indígenas se han sensibilizado, pues cualquier creación de norma consuetudinaria no puede atentar contra los derechos constitucionales de las mujeres, niños/as y adolescentes.

Problemas encontrados durante la ejecución

Entre los principales obstáculos que se han debido enfrentar se encuentran:

1. El desconocimiento de las normas constitucionales, legales y hasta consuetudinarias de la mayoría de los miembros de las diversas nacionalidades.
2. El desconocimiento de los proyectos de ley de coordinación y cooperación de la mayoría de los actores indígenas y jurídicos.
3. La necesidad de contar con la presencia de todas las nacionalidades indígenas.
4. La Colisión entre el gobierno y parte del movimiento indígena ha hecho que el tema sufra una cierta politización. Además se advierte una agenda del gobierno para imponer criterios en la creación normativa, especialmente en la necesidad de poner límites a las autoridades indígenas sin consideraciones antropológicas y jurídicas.
5. El aspecto final ha sido el hecho que la agenda de las algunas organizaciones representativas ha estado marcada por otros temas que han retrasado el debate del derecho consuetudinario y su relación con la jurisdicción ordinaria.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Confirmamos el hecho que hay un desconocimiento, con pequeñas excepciones, del tema tratado entre las bases comunitarias, tanto de sus derechos consuetudinarios como de los proyectos de ley usados en la formación de los talleres: PAT, PAA, PAR y PM. Esta realidad nos mueve a pensar que antes de cualquier ley se necesita un proceso sostenido de formación socio-jurídica y preparación para la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas. Lamentablemente, de nuestras reuniones con jueces y funcionarios públicos, concluimos que el tema actualmente no es prioritario y existe una corriente adversa a la justicia indígena, creyendo que únicamente debe manejar asuntos pequeños.

2. Desconocimiento en los operadores judiciales del funcionamiento forense del pluralismo jurídico, así como un deseo que la tesis restrictiva sea la que se adopte en el país para regular, de este modo, la competencia material de la administración de la justicia indígena. De igual modo, se ha confirmado que el Consejo de la Judicatura todavía no ha cumplido con el mandato legal sobre la difusión de la justicia indígena, tal y como pregona el Código Orgánico de la Función Judicial. Sin embargo, se advierte un gran deseo de aprender por parte de jueces y fiscales, y, por ello, en provincias como Cotopaxi y Loja se ha logrado que se inicie un proceso de acercamiento entre los actores judiciales y las autoridades indígenas, incluso en Loja, ya se han reunido autoridades indígenas con el Presidente de la Sala Penal de la Corte provincial.
3. Se observa que los proyectos de ley tienen tres tendencias: universal, o sea, que la justicia indígena se aplica a todos los casos (PAT), autorreguladora, es decir, que se aplica exclusivamente a lo que los indígenas consideran que es apropiado (PM y PAA) y restrictiva en el sentido que la justicia indígena resuelve pequeñas causas (actual posición del Ejecutivo).
4. Persiste todavía una falta de diálogo y coordinación entre los dos sistemas de justicia y aún se advierte paralelismo en lugar de pluralismo coordinado, especialmente en lugares de difícil acceso o donde no existen operadores jurídicos ordinarios.
5. Para que la ley pueda ser aplicable a todas las nacionalidades indígenas es imperioso que se inicien procesos de sistematización y hasta de codificación de las diversas costumbres o normas que rigen a las nacionalidades, especialmente Kichwas amazónicos, Achuar, Shuar, Épera, Chachi, Shiwiar, Zápara, etc.
6. Desconocimiento de actores judiciales y comunitarios de la mayoría de normas como la Constitución, Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, código orgánico de la Función Judicial, etc., en este sentido hace falta una difusión de estas normas antes de la misma redacción de la ley de coordinación y cooperación.
7. Se desconocen los principios jurídicos, especialmente el de interculturalidad. En consecuencia, se recomienda que paralelamente al debate de cualquier proyecto de ley, el pensar en una norma, ya sea regla, ya sea principio, que regule coordinadamente el funcionamiento de los 14 siste-

mas jurídicos independientes con la jurisdicción ordinaria y demás órganos públicos se vuelve imprescindible. Además para que la consulta pre legislativa prospere se necesita de formación previa tanto en las bases como en las organizaciones indígenas, pues existen algunas diferencias en las posiciones socio jurídicas de operadores jurídicos ordinarios y autoridades comunitarias.

8. Es trascendental evitar la asimilación de cualquier Derecho, ya sea indígena, ya sea ordinario, pues cada pueblo y nacionalidad indígena tienen diferencias que deberán aparecer en la norma en debate. No hacerlo así sería propiciar un etnocentrismo alejado tanto de un relativismo cultural como de un necesario universalismo multicultural.
9. En cuanto al PAA se observa que contiene casi todas las recomendaciones doctrinarias, jurisprudenciales y convencionales del último tiempo: igualdad y autonomía de las jurisdicciones, mínimos jurídicos, priorización de la justicia indígena, prohibición de doble juzgamiento y cosa juzgada, definición de autoridades con jurisdicción indígena, independencia jurisdiccional, posibilidad de la jurisdicción ordinaria de declinar la competencia y de la justicia indígena de remitir las causas a instancias ordinarias.
10. Creo que la autorregulación se constituye en un mecanismo eficaz, pues cada pueblo y nacionalidad indígena decidirán que conocen y resuelven así como que temas remiten a la justicia ordinaria, aunque tanto de nuestro taller como del grupo de trabajo del Ministerio de Justicia y PNUD se ha concluido, corroborado con los criterios de representantes indígenas, que se hace necesario excluir de la competencia material delitos como crímenes contra la humanidad, contra la seguridad del Estado o contra la administración pública.
11. En cuanto a los delitos contra la vida y la libertad sexual, se torna imprescindible el respeto de la diversidad cultural del país, pues existen comunidades donde no se conocen y resuelven estos delitos así como hay otras que si los conocen, por eso no se puede tomar la realidad de un pueblo que eventualmente lo pudiere hacer como parámetro para otros que no lo aceptan.
12. En definitiva, la ley tiene que buscar un *modus vivendi* o acuerdo de convivencia jurídica mínimo para todos los pueblos indígenas, lo que significa una exclusión de conflictos innecesarios.

13. Finalmente, la Corte Constitucional será el órgano que como máxima instancia de interpretación de la Constitución nos dará luces sobre el respeto de los derechos constitucionales en el ejercicio de una ley de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

Anaya, James, Los Pueblos Indígenas en el derecho internacional, Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005.

Aranda Escalante, Mirva, La coordinación entre sistemas de justicia en Colombia, Ecuador y Perú en Los Derechos individuales y Derechos colectivos en la Construcción del Pluralismo jurídico en América Latina, Participación Política Indígena, Konrad Adenauer, Comisión Andina de Juristas, La Paz, 2011.

Ariza, Rosembert, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena Colombia, San José, 2010.

Baltazar, Rosa, La justicia indígena en el Ecuador en Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales, Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009.

Beltrán, Bolívar, Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena, Fundación Lianas, Ecuatorunari, GTZ, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo, Quito, 2010.

Bernal Beatriz y Ledesma José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas, Tomo I, 1ª. ed. México; Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

Brandt, Hans-Jürgen y Franco, Rocío (Compiladores), Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, El tratamiento de conflictos: Un estudio de

actas en 133 comunidades”, segunda edición, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2008.

COAMA, Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina, Disloque editores, Bogotá, 1996.

Cóndor Chuquiruna, Eddie, Coordinador, Estado de la relación entre Justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009.

Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, www.cidh.org, 2010.

Franco, Rocío y González Luna, María Alejandra, Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores de Instituto de Defensa Legal IDL, Lima, 2009.

García Serrano, Fernando, La Jurisdicción Indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad en La Transformación de la Justicia, Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Editores, tomo 7 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009.

Llasag Fernández, Raúl, Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: el caso La Cocha en Develando el desencanto, Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011.

Manual informativo para Autoridades judiciales estatales: La justicia indígena en los países andinos, Eddie Cóndor (Coordinador); Mirva Aranda; Leonidas Wiener, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2009.

Merry Sally, Engle; Griffiths, John y Tamanaha, Brian Z., Pluralismo Jurídico, estudio preliminar de Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

Mujeres indígenas y justicia ancestral, compilación de Miriam Lang y Anna Kucia, UNIFEM, 2009.

Nashe, Proceso político de constitución de la nación Shuar del Ecuador, Rainforest Foundation US, Fundación Pachamama, 2010.

Poveda, Carlos, Reflexiones básicas e ideas iniciales sobre el proyecto de ley de coordinación y cooperación en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009.

Salgado Judith, compiladora, Justicia indígena. Aportes para un debate, Universidad Simón Bolívar, Embajada Real de los Países Bajos, Abya Yala, Quito, 2002.

Sánchez Botero, Esther y Jaramillo, Isabel Cristina, La Jurisdicción Especial Indígena en Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales, Carlos Espinosa y Danilo Caicedo Editores, tomo 15 de la Serie Justicia y Derechos Humanos: Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2009.

Serrano, Vladimir, Rabinovich, Ricardo y Sarzosa, Pablo, Panorama del Derecho Indígena Ecuatoriano, Projusticia, Banco Mundial, CEDECO, Quito, 2005.

Tibán, Lourdes y Ilaquiche, Raúl, Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, Fundación Defensoría Kichwa de Cotopaxi “FUDE-KI”, IWGIA, Quito, 2004.

Tibán, Lourdes, Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador, Fundación Hanns Seidel, Latacunga, 2008.

Tibán, Lourdes, Los derechos de las mujeres en la justicia indígena en Los Derechos individuales y derechos colectivos en la Construcción del Pluralismo jurídico en América Latina, Participación Política Indígena, Konrad Adenauer, Comisión Andina de Juristas, La Paz, 2011. Torres,

Luis Fernando, Análisis Constitucional, Derechos Colectivos y Consulta Pre legislativa, Informativo Número 20, mayo 2010.

Vintimilla, Jaime; Almeida, Milena y Saldaña, Remigia, Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador, Instituto de Defensa Legal IDL, Lima, 2007.

Vintimilla, Jaime, Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del *Ius Novus* ecuatoriano en *Revista Iuridictio*, Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito, año X No. 13, septiembre 2010.

Yrigoyen, Raquel, Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal, Guatemala, Fundación Myrna Mack. Disponible en <http://alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>. 1999.

Zavala Egas, Jorge, Derecho Constitucional, Neo constitucionalismo y argumentación jurídica, Edilex S. A., Guayaquil, 2010.

Normas citadas y sentencias

Constitución de la República de Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Registro Oficial Suplemento 175 de 20 de abril de 2010.

Ley de Minería, Registro Oficial Suplemento 517 de 29 de enero de 2009.

Reglamento de sustanciación de procesos en la Corte Constitucional, Registro Oficial,

Registro Oficial Suplemento 127 de 10 de febrero de 2010 y Registro Oficial Suplemento 587 de 30 de noviembre de 2010.

Sentencia constitucional 001-10-SIN-CC de 13 de abril de 2010 publicada en el Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de abril de 2010.

Instrumentos Internacionales

Convenio OIT 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, aprobado según Registro Oficial 304 de 24 de abril de 1998 y ratificado según Registro Oficial 206 de 7 de junio de 1999.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Proyectos de Ley

Anteproyecto de Ley de Administración de Justicia Indígena, Comisión de Asuntos Indígenas y Otras etnias del H. Congreso Nacional, Quito, abril, 2002.

Informe para el Primer debate del “proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria” presentado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional el 19 de diciembre de 2011 mediante OFC.- No. 715-CEPJEE-P.

Proyecto denominado “Ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” redactado y presentado por la asambleísta Lourdes Tibán el 3 de febrero de 2010, siendo calificado por el Consejo de Administración legislativo (CAL) el 1 de junio de 2010.

Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria trabajado durante la presidencia de la asambleísta María Paula Romo hasta el mes de julio de 2011.

Proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en coordinación con el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural, gracias al auspicio de las Naciones Unidas denominado Anteproyecto de Ley de coordinación y cooperación entre el sistema jurídico ordinario y el sistema jurídico indígena.

Proyecto denominado Ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, preparado por el CODENPE o el Consejo de las Nacionalidades y Pueblos indígenas del Ecuador.

Webs

www.asambleanacional.gob.ec

www.corteconstitucional.gob.ec

