

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR: Teoría y realidad. Principales tensiones

CONSTITUTION AND INDIGENOUS JUSTICE IN ECUADOR: Theory and reality. Main tensions

Benjamin Marcheco Acuña¹



Recebimento em 01/06/2021

Accepto em 03/06/2021

RESUMEN

Una de las consecuencias inherentes al pluralismo jurídico es la necesidad de adopción de mecanismos que garanticen la pacífica coexistencia de los sistemas jurídicos que interactúan el interior del Estado. A estos fines, resulta esencial la determinación de las competencias y los límites de cada uno, así como las formas de coordinación entre ellos y, esencialmente con el sistema estatal predominante. La ausencia en Ecuador de normas y mecanismos institucionales sólidos que delimiten la competencia de la justicia indígena y las formas de coordinación con la justicia ordinaria ha planteado serios problemas no solo de armonización entre los subsistemas jurídicos coexistentes entre sí, sino ciertas tensiones otros preceptos constitucionales. El propósito de este trabajo es analizar críticamente las principales tensiones que se producen entre el ejercicio práctico de la justicia indígena y los presupuestos constitucionales que le sirven de fundamento y establecer criterios teórico- jurídicos sobre las cuales deberían articularse ciertos límites al ejercicio de aquella, bajo el prisma de la vigencia de los derechos fundamentales y los principios y los valores superiores del constitucionalismo ecuatoriano.

Palabras clave: Interculturalidad. Pluralismo jurídico. Justicia indígena. Derechos fundamentales.

ABSTRACT

The recognition of the legal pluralism requires the adoption of mechanisms that guarantee the peaceful coexistence of the legal systems that interact within the State. To these purposes, it is essential the delimitation of the competences and the limits of each one, as well as the forms of coordination between them and, important with the predominant state system. The absence in Ecuador of solid institutional regulations to determinate the competence of indigenous justice and the forms of coordination with the state justice system has raised serious problems not only of harmonization between the legal subsystems that coexist with each other, but also certain tensions with other constitutional precepts. The purpose of this paper is to make a critical analysis of the main tensions between the practical exercise of indigenous justice and its constitutional regulation and propose theoretical criteria on which certain limits to the exercise of that justice must be articulated, under the prism of the validity of fundamental rights and the principles and superior values of Ecuadorian constitutionalism.

Keywords: Interculturality. Legal pluralism. Indigenous justice. Human rights.

1 INTRODUCCIÓN: INTERCULTURALIDAD, PLURALISMO JURÍDICO Y JUSTICIA INDÍGENA

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil.

Las consecuencias que en el plano jurídico comporta la multiculturalidad (o la interculturalidad, como expresión dinámica de lo multicultural) son de diversa índole y han tenido a lo largo de la historia, tanto en el plano teórico como en el puramente normativo, enfoques y tratamientos muy dispares que van desde la negación del fenómeno multicultural y, por tanto, la construcción de una teoría práctica jurídicas sin tomarlo en consideración, o aun reconociéndolo, explicarlo y gestionarlo desde una perspectiva unitaria (monismo jurídico), hasta la aceptación plena de que el derecho, en los contextos multiculturales requiere, tanto en la teoría como en su realización práctica, ser mirado y entendido desde una óptica plural (pluralismo jurídico).

Ese pluralismo jurídico, se encuentra, por tanto, necesariamente ligado – en palabras de Eberhard (2003, p. 2)- a la antropología de lo intercultural; pluralismo e interculturalidad que aparecen así, como dos fenómenos de una misma realidad. El pluralismo jurídico presupone la coexistencia de varios sistemas jurídicos al interior de un mismo espacio Estado: además del sistema estatal (oficial o predominante), se reconocen los propios de los llamados pueblos indígenas o tribales, esto es, los grupos o colectividades cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres y tradiciones o por una legislación especial o los que, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas, según la definición de la OIT.

El desarrollo del pluralismo jurídico es principalmente el producto de las luchas reivindicatorias, aún inconclusas, de pueblos indígenas y tribales, que ha logrado incluso reconocimiento internacional. Así, el *Convenio 169 de la OIT, Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, de 27 de junio de 1989, reconoce en su preámbulo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven y proclama su derecho a 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 (art. 8.2). De igual manera, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (Resolución, 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007) proclama el derecho de dichos pueblos a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (art. 5).

En la actualidad, el pluralismo jurídico ha devenido, en palabras de Boaventura de Sousa (2007, p. 24), en principio fundamental del constitucionalismo intercultural. Las diferencias – afirman – exigen instituciones apropiadas y las semejanzas instituciones compartidas. Por eso el Estado deberá tener instituciones compartidas e instituciones apropiadas a la identidad cultural de las plurinaciones dentro del Estado. En el contexto particular americano, para este autor, lo que verdaderamente ha distinguido las luchas indígenas de las restantes luchas sociales es el hecho de reivindicar una precedencia histórica y una autonomía cultural que desafían todo el edificio jurídico y político del Estado moderno. Por esta razón, las luchas indígenas tienen potencial para radicalizar los procesos de transformación social, sobre todo cuando asumen una dimensión constituyente (2012, p. 12-13). Hasta la década de los ochenta del pasado siglo no se había reconocido expresamente por los Estados latinoamericanos ni la autodeterminación ni las peculiaridades de derechos indígenas; estos asuntos eran tratados política y jurídicamente como una cuestión de integración o asimilación más o menos forzada de los indígenas en la sociedad nacional. Sólo con las constituciones de Brasil (1988), de Guatemala (1985) y Nicaragua (1986), se produjo un signo de cambio de mentalidad (Wolf, 1991, p. 153). Sin embargo, como consecuencia de estos movimientos reivindicatorios, incluso de alcance internacional, a partir fundamentalmente de la última década del pasado siglo incorporan varios textos constitucionales de la región incorporan diversas fórmulas dirigidas al reconocimiento explícito de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Tal es el caso, p.ej., de Colombia

(art. 246), Bolivia (art. 171), México (art. 2.A), Venezuela (art. 260), Perú (art. 149) y Ecuador (art. 171).

En el caso particular ecuatoriano, la Constitución Política de 1998 sentó por primera vez las bases jurídicas del reconocimiento del pluralismo jurídico y consecuentemente de la justicia indígena. El art. 1 consideraba al Ecuador como un Estado pluricultural y multiétnico, debido a que posee un territorio muy diverso, tanto en recursos geográficos como en recursos naturales, con culturas originarias propias, con diferentes manifestaciones y tradiciones. Con la Constitución de 2008 (art. 1) el Estado pasa a definirse como intercultural y plurinacional, dando una primera visión de la justicia indígena y consagrando el respetando la diversidad cultural, étnica y cosmovisión de cada nacionalidad, pueblo, y comunidad indígena.

En el preámbulo se señala la decisión de construir una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía de la naturaleza para alcanzar el buen vivir o *sumak kawsay*. Más adelante, al desarrollar los principios fundamentales del Estado, se asienta sobre la diversidad de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. Un tema importante es la diversidad de valores que contiene la cosmovisión indígena ante el incumplimiento de las reglas de la comunidad, que en estos casos es también muy diferente en cada uno de los pueblos y nacionalidades.

En correspondencia con esos principios y con los tratados internacionales en esta materia, la Carta Magna proclama las bases del pluralismo jurídico y en especial de la justicia indígena, consecuentemente con el derecho de los pueblos indígenas a su autorregulación y el ejercicio de su propia justicia:

Artículo 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.

La asunción de la existencia y legitimidad de la justicia indígena adquiere en este contexto un nuevo significado político y jurídico. No se trata únicamente del reconocimiento de la diversidad cultural del país o de la posibilidad de que las comunidades resuelvan determinados conflictos a lo interno. Se trata, por el contrario, de concebir la justicia indígena como parte importante de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista, una segunda independencia que finalmente rompa con los vínculos eurocéntricos que han condicionado los procesos de desarrollo en los últimos doscientos años (DE SOUSA, 2012, p. 13) y que, al mismo tiempo propicie una transformación paradigmática en la manera de concebir este derecho, a la vez que salvaguarde el derecho de las personas.

Ahora bien, una de las consecuencias inherentes al pluralismo jurídico es la necesidad de adopción de mecanismos que garanticen la pacífica coexistencia de los sistemas jurídicos que interactúan el interior del Estado. A estos fines, resulta esencial la delimitación de las competencias y los límites de cada uno, así como las formas de coordinación entre ellos y, esencialmente con el sistema estatal predominante. El citado art. 171 de la Constitución ecuatoriana encomienda a una ley el establecimiento de los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la aprobación de esa ley ha sido, hasta el momento, imposible, como consecuencia de la complejidad misma del fenómeno intercultural y del pluralismo jurídico como expresión de este y la falta de voluntad política para abordarlo.

Las costumbres, las tradiciones, la forma de concebir y practicar el derecho en las son muy diversas en las decenas de nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas que habitan en el Ecuador y la interacción con las formas jurídicas estatales se proyectan de manera más o menos intenso en unas y otras. Las escasas referencias al tema pueden encontrarse en una Propuesta de ley ligada al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de Ecuador y su aplicación en la regulación del derecho consuetudinario, del año 2001 (anterior por tanto a la actual Constitución), realizada por un equipo de juristas, en lo que atañe únicamente a la regulación de la competencia (subjética y material) entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (SALGADO, 2002).

Esta alta complejidad, diversidad y dinámica de las formas de coordinación entre justicia indígena y justicia ordinaria ha hecho que algunos autores (GRIJALVA; EXENI, 2012) se cuestionen la posibilidad de que la dimensión general y abstracta de una ley pueda regular plenamente las mismas o reemplazarlas, o incluso su conveniencia o legitimidad, pues ello podría implicar una disminución de los márgenes de pluralismo jurídico (en este caso de pluralismo legal), interculturalidad y plurinacionalidad ya reconocidos, para satisfacer la tendencia unificadora que es consustancial al Estado moderno y que con tanto énfasis y legitimidad se critica desde el pluralismo jurídico (CARRILLO; CRUZ, 2016, p. 178).

En cualquier caso, la ausencia de una ley de coordinación o de otros arreglos o mecanismos institucionales sólidos que definan el contenido, los límites y las formas de comunicación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena ha planteado serios problemas no solo de armonización entre los subsistemas jurídicos coexistentes entre sí, sino de compatibilización de esta última con otros con valores y principios superiores enarbolados en la propia Constitución como la seguridad jurídica o el respeto a los derechos humanos reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales.

Entre las dificultades que acusa la falta de desarrollo de la normativa constitucional puede citarse, en primer lugar, lo relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la justicia indígena y las eventuales incompatibilidades constitucionales que supone el sometimiento a ella de personas externas. ¿Sería compatible con la seguridad jurídica, o con el principio de legalidad, la aplicación a un individuo de un derecho no escrito (basado primordialmente en costumbres y tradiciones orales de las comunidades) y, que mediante estas reglas se estipulen penas que en ciertos casos sean desconocidas para él? ¿Se violenta el derecho a la tutela judicial efectiva o al debido proceso, por la aplicación de procedimientos que no prevén muchas de las garantías básicas procesales entre ellas la impugnar la decisión tomada por las autoridades indígenas?

Otro problema presenta la cuestión de los derechos de las víctimas cuando los mecanismos de reparación o indemnización propios de los usos y costumbres indígenas pudieran ser insuficientes y en algunos casos lesivos a los miembros de otras culturas destinatarios de estos. Así mismo, aspectos como la entidad e intensidad de las sanciones imponibles y la eventual vulneración de la prohibición de tortura o de tratos inhumanos, crueles o degradantes; la delimitación material y territorial de la jurisdicción indígena; la noción de «derecho propio» y la cuestión de la participación de las mujeres, son también otras de las complejas cuestiones que presenta el actual panorama en el desarrollo de la justicia indígena.

La problemática antes descrita constituye, entonces, el punto de partida del presente trabajo, cuyo propósito es realizar un análisis crítico de las principales tensiones que se producen entre el ejercicio práctico de la justicia indígena y los presupuestos constitucionales que le sirven de fundamento y establecer criterios teórico- jurídicos sobre las cuales deberían articularse ciertos límites al ejercicio de aquella, bajo el prisma de la vigencia de los derechos fundamentales y los principios y los valores superiores del constitucionalismo ecuatoriano.

Este trabajo viene precedido por el dato de que los estudios jurídicos sobre la justicia indígena en el Ecuador, y en particular sobre sus contradicciones, han sido abordados desde posiciones principalmente reivindicadoras de la autonomía indígena, faltando, en la mayoría de los casos, la crítica respecto de los resultados conseguidos en su aplicación práctica y sin que se aborde suficientemente la cuestión de sus límites, siquiera de forma tangencial.

En el estudio se han utilizado los métodos de análisis de contenido teórico y exégesis de las disposiciones normativas reguladoras del tema en cuestión y se han obtenido diferentes datos a partir de sentencias, publicaciones, reportes de prensa, el examen de documentos originales y los resultados de investigaciones previas de otros autores.

2 PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA INDÍGENA Y PRINCIPALES TENSIONES COMO CONSECUENCIA DE SU EJERCICIO

Del texto del art. 171 se extraen los presupuestos o condiciones para el ejercicio de la justicia indígena, que pueden sintetizarse como sigue: (i) La identificación de una autoridad jurisdiccional, (ii) que se ejerza con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, (iii) que se ejerza dentro de su ámbito territorial (iv) que cuente con la participación y decisión de las mujeres; (v) la solución de sus conflictos internos, y (vi) que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Sin embargo, en un contexto de diversidad cultural, de coexistencia de diferentes maneras de ver y entender el mundo, es natural que se produzcan conflictos interculturales producto de esas cosmovisiones a veces enfrentadas o diametralmente opuestas. Es así que el reconocimiento al ejercicio legítimo de los pueblos indígenas de su propia jurisdicción de conformidad con sus costumbres ancestrales podría colisionar (y de hecho colisiona) con otros principios y valores muy distintos, a veces ajenos, pero fundados en conceptos y convenciones de alcance universal – particularmente en relación con los derechos humanos- que constituyen la base ética sobre las cuales se asientan las sociedades democráticas contemporáneas y sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Al mismo tiempo, la dinámica en el desarrollo de la justicia indígena en un marco normativo insuficiente o en ausencia de una sólida y consistente jurisprudencia constitucional o de otros arreglos institucionales que desarrollen su contenido, alcance, límites y formas de comunicación con la justicia ordinaria, ha generado no pocas tensiones con los presupuestos constitucionales sobre los que se configura, los que han sido en ocasiones distorsionados, desdibujados o frontalmente inobservados sin que haya existido una respuesta institucional eficaz.

La existencia de estas tensiones plantea el importante reto para el Estado de encontrar mecanismos que permitan solventar estos conflictos sin perder de vista el elemento de interculturalidad que lo define; esto es, procurar la coexistencia armónica de las distintas formas de expresión de la diversidad étnica y cultural aún frente a sus radicales diferencias, cuidándose de no imponer una particular cosmovisión sobre otra, pero, al mismo tiempo, garantizar los derechos fundamentales de todas las personas, reconociendo las particularidades que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales diferentes. En relación con cada uno de los presupuestos plasmados en el art. 171 constitucional, podríamos identificar al menos ocho supuestos en los que el ejercicio de la justicia indígena puede estar en tensión con otros preceptos constitucionales: a) supuestos de confusión entre los actos intrínsecamente jurisdiccionales y los actos de otra naturaleza de las propias autoridades indígenas; (b) tensiones en relación con el contenido del derecho propio indígena y su distinción del derecho estatal; (c) supuestos en los que la especial relevancia para la sociedad en general del bien jurídico lesionado o su titular, superan la noción de «conflicto interno» (d) supuestos de quebrantamiento de las garantías del debido proceso cuando el sujeto juzgado no pertenece a la comunidad indígena; (e) supuestos de posible vulneración de los derechos de las víctimas, especialmente si ésta no pertenece a la comunidad indígena o en los casos de violencia contra las propias mujeres indígenas ; f) actuaciones de la justicia indígena fuera de su ámbito territorial; (g) supuestos de ausencia de participación efectiva de las mujeres y (h) supuestos en los que la aplicación de ciertos castigos corporales pudieran considerarse como tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Pasemos a analizar cada una de estas tensiones.

A) La identificación de la autoridad indígena y la cuestión de la delimitación objetiva de la función jurisdiccional

La identificación de una autoridad legítima en el seno de la comunidad, es decir, un ente ante el cual se resuelvan los conflictos que a ella conciernen y con capacidad para tomar e imponer las decisiones en nombre de esta, es el presupuesto básico del reconocimiento de un fuero indígena y de la atribución de un poder jurisdiccional. Esta autoridad comunitaria a quien corresponde el ejercicio de la actividad jurisdiccional –en palabras de la C.C. que cita a Kelsen– no se identifica necesariamente con una persona o ente individual, sino con un órgano habilitado para emitir tal o cual especie de norma jurídica o adoptar tal o cual decisión jurídica; un órgano habilitado para crear derecho, Sentencia caso (LA COCHA, 2014, p. 14) o sea, que dicha autoridad puede residir igualmente en órganos de deliberación colectiva, como las asambleas comunales.

La existencia de una institucionalidad comunitaria es una condición necesaria no sólo de la validez de la jurisdicción, sino fundamentalmente de su eficacia, en tanto la aceptación social y el efectivo cumplimiento de las decisiones mediante el ejercicio de la coerción por parte de dicha autoridad es una garantía que permite conservar la paz y la armonía en el seno de la comunidad, y la protección de los derechos de las víctimas.

En las nacionalidades y pueblos indígenas, hay distintas formas de denominar o reconocer a las autoridades comunitarias: cabildos, directivas, consejos de gobiernos, consejos de ancianos y otras denominaciones propias de cada una de las nacionalidades, pueblos o comunidades. La adopción de cualquiera de las denominaciones responde a diferentes situaciones, territoriales, históricas, culturales, lingüísticas o religiosas (CODENPE, 2012, p. 23).

Ahora bien, el ejercicio de la autoridad jurisdiccional plantea tensiones importantes. Y es que las organizaciones estructurales de las comunidades indígenas, como se ha dicho, son disímiles y varía de una a otra, pero, como rasgo general, no se asimilan a los esquemas estatales de división funcional de las competencias, donde las autoridades judiciales son independientes de otras. Aquí, por lo general, no existen jueces indígenas en el sentido estricto del término cuya función sea exclusivamente la de impartir justicia, sino una atribución de función jurisdiccional a las mismas autoridades encargadas de manejar los asuntos cotidianos de la comunidad y de tomar decisiones. Esta cuestión no sólo plantea el problema de la imparcialidad de la justicia indígena en los casos de conflictos que enfrenten a los miembros de la comunidad con sus autoridades, sino el de la delimitación objetiva de la propia justicia indígena; es decir, cuándo las decisiones de las autoridades indígenas que puedan afectar los derechos fundamentales constituyen auténticos actos jurisdiccionales y cuando no lo son; lo que resulta trascendental de cara a las implicaciones que pudieran tener para la justicia ordinaria.

La distinción objetiva de los actos de naturaleza típicamente jurisdiccional de otras actuaciones de las autoridades indígenas en el contexto comunitario no había sido objeto de discusión hasta hace muy poco. Hasta el momento, se ha asumido pacíficamente que cualquier acto de la autoridad indígena dictado en el marco de la solución de los conflictos comunitarios de conformidad con su derecho propio, se integra dentro de la noción de justicia indígena, que se ha caracterizado así por tener un contenido es universal respecto de cualquier asunto que atañe a la comunidad.

Al mismo tiempo, la Corte Constitucional (C.C.) ha sido enfática en ratificar su competencia exclusiva para revisar, mediante el mecanismo de la acción extraordinaria de protección, cualquier decisión dictada en el contexto de la jurisdicción indígena, según lo prevé el art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial.²

² Art. 344... c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional.

Así lo recoge en el razonamiento de la sentencia No. 134-13-EP/20 de 22 de julio de 2020, con cita de la No. 309-15-SEP-CC

Esta Corte estima necesario enfatizar que ninguna autoridad judicial ordinaria está facultada para revisar las decisiones de la jurisdicción indígena adoptada conforme a sus derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ende, ante una solicitud de declinación de competencia, las juezas y jueces ordinarios deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena... En ningún caso, los jueces ordinarios examinarán el sentido de la respectiva decisión, incluso si ya existiese un proceso en la justicia común sobre el mismo asunto. [...]. Esto vulneraría el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena. Es así que, de existir inconformidad con una decisión definitiva de la justicia indígena, la única vía adecuada para discutir esa decisión o cualquier efecto que se derive de ella, es la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, por lo que resulta improcedente cualquier acción ordinaria que se intente contra una decisión de la justicia indígena respecto de un asunto resuelto en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (2020, p. 54-56).

Sin embargo, hechos recientes han hecho que la Corte matice estos pronunciamientos. En enero de 2020, varias personas del pueblo kichwa Saraguro, entre ellas cinco adultas mayores, presentaron una acción judicial en contra del presidente de la comuna Gunudel- Gulucpamba debido a la imposición de la sanción de corte de agua de consumo, la que finalmente terminó rechazada por la propia C.C., al inadmitir la acción extraordinaria de protección contra la sentencia de la Corte Provincial que la desestimó.

La propia C.C. en el posterior auto de selección para revisión de la sentencia justifica que:

la causa tiene que ver con una decisión tomada en un contexto comunitario y muestra el eventual conflicto entre una decisión *como resultado de la administración de justicia indígena*, o bien, un *acto emitido por una autoridad indígena* y si esta última podría ser objeto o no de una acción de protección. [La revisión] permitirá a la Corte Constitucional emitir parámetros para determinar y diferenciar cuándo una decisión, que podría afectar otros derechos fundamentales, *pertenece al ámbito de la justicia indígena* o es un acto de autoridad indígena y cuáles son sus efectos y alcances en la justicia constitucional ordinaria.

Este giro de la Corte, con el que pretende establecer una delimitación material del campo perteneciente a la jurisdicción indígena, constituye un punto de inflexión importante, por cuanto podría significar una apertura de la justicia (constitucional) ordinaria a la hasta ahora impenetrable autonomía de las decisiones de las autoridades indígenas, lo que coadyuvaría indiscutiblemente a la solución efectiva de muchas de las tensiones constitucionales que se presentan en su ejercicio en relación con la eventual vulneración de los derechos fundamentales.

B) La noción de «derecho propio»: alcance, contenido y tensiones en relación el derecho estatal

La consagración constitucional de una jurisdicción indígena autónoma deriva del derecho de estos pueblos al reconocimiento y protección de sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales, - art. 5 del Convenio 169 de la OIT-. Así lo recoge el art. 57 constitucional que determina el derecho de 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 a «mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad,

sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social» y a «crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario...».

Desde esta perspectiva y según el art. 171 CRE, la existencia de un derecho propio constituye un presupuesto insoslayable de la justicia indígena. La noción de *derecho propio* remite a la idea de una potestad autónoma de la comunidad para conservar y desarrollar sus propias formas de organización, estructuras institucionales, procedimientos, prácticas y costumbres o sistemas jurídicos (Corte Constitucional, Dictamen Dictamen No. 9-19-RC/19, 2019), siempre que no contravengan la Constitución. Este derecho propio estará constituido usualmente por las prácticas y tradiciones ancestrales de la comunidad, pero no necesariamente limitado a ello.

En otras palabras, los sistemas jurídicos de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena son expresiones directas de su derecho a la autodeterminación, por lo que deben gozar del grado más alto posible de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de conformidad con su derecho propio y solo limitado por el respeto de la Constitución y los derechos humanos (Corte Constitucional, Dictamen No. 5-19-RC/19, 2019).

Sin embargo, esta noción de *derecho propio*, también es susceptible de generar ciertas tensiones con otros preceptos constitucionales como el principio de igualdad o el de unidad jurisdiccional del Estado, en los casos en que ese derecho carece de identidad propia y se construya casi exclusivamente (o fundamentalmente) mediante adaptaciones del derecho estatal.

Como antes hemos apuntado, la existencia de regulaciones y procedimientos propios para resolver conflictos internos, constituidos generalmente por las prácticas y tradiciones culturales y sociales de la comunidad y siempre que no contravengan la Constitución, deviene presupuesto fundamental del reconocimiento de la autonomía de justicia indígena. Pazmiño Paladines y Ávila, en su *amicus curiae* del archimentado caso La Cocha, exponen las características generales de este derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas: no está en códigos ni cuerpos legales, a pesar de que en algunas comunidades existan normas escritas por decisión propia. Cada colectivo indígena tiene su propio orden político y por tanto de derecho, que no está centralizado ni generalmente explícito (p. 7).

La noción de *derecho propio* no se limita a la conservación de sistemas ancestrales de regulación social, sino que permite la constante reconfiguración de esas formas jurídicas, la reconstrucción o la incorporación de elementos del derecho mayoritario, pues esas circunstancias son propias del dinamismo de toda sociedad y se hallan amparadas también por la autonomía de los pueblos originarios. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-463/14, 2014). El problema está entonces en saber determinar cuándo existe en realidad un derecho propio (evolucionado o no) y cuándo no; o sea, cuándo la identidad de ese derecho propio ha desaparecido y es sustituida por meras acomodaciones del derecho estatal.

Y es que la cultura indígena en el Ecuador es muy diversa. Mientras algunas comunidades conservan y desarrollan sus tradiciones, usos y costumbres, otras han experimentado un deterioro de su cultura como consecuencia de la colonización y de la mayor interacción con la llamada civilización, lo que ha provocado un debilitamiento de sus estructuras institucionales y su *derecho propio* es impreciso o prácticamente inexistente, aparece desdibujado en ciertas jurisdicciones indígenas, como una mezcla o adaptación acomodadiza de las regulaciones, los procedimientos y las formas del ordenamiento jurídico estatal al orden comunitario, en donde los elementos del derecho originario o las costumbres ancestrales, si aparecen, tendrán un carácter residual o complementario.

A modo de ejemplo, comunidades como la Tuncarta, Ñamari, Oñacapac y Kiskinchir del Pueblo Saraguro determinaron aún en la primera década del siglo XXI no tenían roles específicos ni procedimientos para la solución de los conflictos comunitarios, los que eran llevados ante la justicia ordinaria. Sin embargo, el ulterior impulso al reconocimiento del derecho indígena en el plano internacional y constitucional evidencia un proceso de recuperación de ciertos elementos de la justicia indígena, como la creación de una institución especializada en funciones de justicia, lo mismo que la comunidad de La Toglla, con un sistema de procedimientos y documentos escritos tales como actas, notificaciones, resoluciones, de fuerte impronta del derecho estatal, que se percibe en el

lenguaje y la lógica de la documentación interna, así como en los procedimientos del Consejo descritos por los entrevistados, que recuerda elementos del derecho ordinario (GRIJALVA, 2012, p. 553).

Además, en un examen a las actas de algunos casos resueltos por el pueblo Kichwa Salasaka, se puede constatar lo siguiente:

- En un reclamo sobre servidumbre de paso entre dos hermanos (20/09/2020) se decide que: a quien incumpla la resolución se aplicará *multa de un salario básico unificado*, categoría propia del sistema sancionador estatal.
- En un acta de 18-11-2020 relativa a un conflicto de linderos, se describe un procedimiento muy similar al previsto por el derecho procesal ordinario: llegado a conocimiento de la autoridad el conflicto procedió a notificar a quienes son parte en el conflicto, a fin de que las partes hicieran uso del derecho a la legítima defensa, y aportara con todos los elementos de prueba que fueren necesarios para el mejor resolver de la autoridad. Una vez hecha la investigación convocó a audiencia oral a las partes en conflicto...
- En un acta por un delito de homicidio producto de un accidente de tránsito cometido por una persona ajena a la comunidad de resuelve que: El denunciado debe resarcir los daños ocasionados por la muerte de la menor la cantidad de cinco mil dólares americanos. Fue puesto en libertad inmediata. El automotor quedó retenido hasta el cumplimiento de la obligación. La obligación debe ser cumplida en el plazo máximo de 20 días.
- Mediante el Acta de Resolución Jurisdiccional No. 008, se decide crear un auténtico procedimiento administrativo de registro de la propiedad adicional al establecido en el ámbito estatal, al crearse el Certificado de Autorización» emitido por la máxima autoridad indígena, como requisito previo para la inscripción de un inmueble en el registro de la propiedad del Gobierno Autónomo Municipal de Pelileo, disponiendo además obligaciones que deberá observar una autoridad estatal como lo es el Registrador de la Propiedad.

En estos casos cuesta precisar si se trata de la aplicación de una genuina justicia indígena con base en su derecho propio, o de una suerte de jurisdicción ordinaria o cuasi ordinaria aplicada por autoridades indígenas, es decir, un orden jurisdiccional paralelo que, a más de alejarse de los fundamentos que justifican la autonomía de la justicia indígena, rompe abiertamente con los principios constitucionales de unidad jurisdiccional del Estado y de igualdad -teniendo en cuenta el tratamiento distinto que reciben los sujetos de un mismo derecho objetivo.

En más de una oportunidad se han presentado propuestas de modificación de la Constitución con los fines de dotar de una institucionalidad formal y jerarquizada a la justicia indígena. Así, en agosto, octubre y diciembre de 2019 se presentaron ante la Corte Constitucional propuestas de modificación de la Constitución, las dos primeras en nombre del Consejo de Gobierno de los Pueblos Indígenas, Kichwas, Chonos, Cholos, Montubios y Afros del Litoral, que pretendía la creación un sistema de justicia indígena paralelo y similar a la justicia ordinaria y la otra, a nombre del Consejo Nacional de Justicia Indígena, que buscaba la incorporación de la justicia indígena al sistema institucional del Estado y la asignación de partidas presupuestarias para jueces y fiscales indígenas.

En ambos casos la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que este tipo de medidas de asimilación institucional constituyen una disconformidad con la esencia misma del respeto a las diversas manifestaciones jurídicas de cada comunidad (Dictamen No. 16-19-CP/20, 2020).

En la paradigmática sentencia del caso La Cocha, la Corte recordaba que el derecho indígena.

por su estructura y composición, tanto sus tradiciones ancestrales, como sus normas y procedimientos propios no son equivalentes o equiparables ni por vía del silogismo ni por vía analógica, al derecho ordinario, ni adjetivo ni procesal [...] Es justamente

por esta particularidad que es menester reconocer que se trata de un derecho propio, distinto al derecho ordinario, pues opera y funciona con principios y reglas distintas a este; de ahí que es destacable la coherencia del constituyente de Montecristi al distinguirlos y establecerlos como justicia ordinaria y justicia indígena (LA COCHA, 2014, p. 25).

Aplicando estos argumentos *contrario sensu*, cabría entender entonces que allí donde las normas del derecho estatal y las propias de la comunidad indígena sean equivalentes o equiparables, donde las segundas carezcan de identidad propia y por tanto de esos elementos culturales que las distinguen de las primeras, desaparecerá el fundamento que justifica el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional indígena y deberá regir el ordenamiento estatal en todo su contenido, sin perjuicio de la consideración de la jurisdicción indígena, en estos casos, como un medio de solución de conflictos.

C) La delimitación material de la justicia indígena. La noción de conflicto interno y las tensiones sobre la titularidad o la especial relevancia del bien jurídico afectado

Además del aspecto territorial, el presupuesto de la existencia de un conflicto interno en los términos del art. 171, conllevaría a una doble limitación de la justicia indígena, tanto en el ámbito material, es decir los de asuntos cuya decisión corresponde a la jurisdicción de la comunidad, como en el subjetivo –del que nos ocuparemos en otro epígrafe.

En el aspecto material, el término «interno» remite a la idea de que el ejercicio de la jurisdicción indígena debe quedar constreñido no sólo a las controversias que se produzcan al interior de la comunidad (delimitación territorial), sino a aquellas que por su naturaleza atañen directamente al orden interno de la misma, porque puedan afectar la armonía interior, la convivencia, sus valores o sus costumbres. Esto genera una importante discusión debido a las posibles tensiones constitucionales que puedan generarse respecto de los asuntos que, por afectar a bienes jurídicos de especial importancia para la sociedad mayoritaria pudieran trascender los intereses propios de la comunidad y, por consiguiente, también existen suficientes razones para que sean excluidos de dicha jurisdicción y conocidos por la justicia ordinaria.

Las propias organizaciones indígenas no reconocen ningún tipo de límite material a su jurisdicción. Según el extinto Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador, los conflictos internos o llaki (kichwa) más comunes, se producen por peleas, robos, violación, tenencias de tierras, límites, brujerías, administración de recursos, asesinatos, abortos, matrimonios, hechicería o chisme, pero que el art. 171 de la Constitución vigente, no establece límites para el ejercicio de la facultad jurisdiccional, es decir las autoridades indígenas pueden solucionar toda clase de conflictos: narcotráfico, asesinato, violaciones (CODENPE, 2012, p. 55).

Sin embargo, como ya hemos señalado, el fundamento constitucional del reconocimiento de la justicia indígena radica en el derecho de estas comunidades a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. Desde esa premisa, la justicia indígena se concibe con un carácter excepcional en relación con el sistema jurisdiccional general, e instrumental respecto de esos fines específicos consagrados en la Constitución; esto es como un fuero especial para en su ámbito territorial, las comunidades puedan resolver conflictos internos como forma de preservación de su identidad cultural, su forma de vida y cosmovisión. Al mismo tiempo, la subordinación de la justicia indígena al contenido de la Constitución implica la posibilidad que ésta pueda ser objeto de limitaciones encaminadas a garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los propios miembros de la comunidad, de manera que se eviten situaciones que puedan atentar contra ellos o menoscabar gravemente la dignidad humana.

Con esta afirmación nos oponemos a la posición de autores como Llasag (2019) que concibe la autonomía indígena en términos prácticamente absolutos, negando incluso la

posibilidad que la autoridad legislativa estatal (ni siquiera mediante la ley de coordinación que ordena la Constitución) o la propia Corte Constitucional puedan conformar el ámbito competencial de su jurisdicción o establecer cualquier tipo de límites, so pena de ser entendido como una práctica colonial.

Llega a afirmar, incluso, que la determinación de los conflictos «internos» que este tipo de jurisdicción conoce corresponde exclusivamente a las autoridades indígenas; lo que se traduce, indefectiblemente, en que la competencia de los tribunales ordinarios tiene un carácter residual y quedará supeditada, en consecuencia, a lo que determinen las propias comunidades indígenas sobre el alcance, contenido y naturaleza de los conflictos sometidos a su jurisdicción, determinaciones que podrían modificar en cualquier tiempo, ampliando o disminuyendo a voluntad el campo de actuación de la justicia ordinaria. Tales planteamientos no sólo son incompatibles con la propia letra de la Constitución, que regula explícitamente la competencia del legislador ordinario para disponer las formas de coordinación de la justicia indígena y la ordinaria y de la Corte Constitucional para el ejercicio del control, sino que además, la contundencia con que se formulan desdibuja la propia noción de interculturalidad planteándola no en términos de diálogo o coordinación, sino de imposición unilateral de las minorías a las mayorías.

De los fundamentos antes apuntados se ha valido la C.C. para sustraer de la jurisdicción indígena la competencia para juzgar delitos que afectan a la vida, como bien jurídico universal, en la parte dispositiva del tantas veces aludido caso La Cocha. En dicha sentencia, ante el dilema del juzgamiento por parte de la justicia ordinaria de un delito de homicidio ya juzgado por las autoridades del pueblo Kichwa Panzaleo de la Provincia Cotopaxi que involucraba a miembros de la propia comunidad, la C.C., en intento por salvar la contradicción que ello supondría con la prohibición del *non bis in ídem*, realiza un razonamiento algo extraño, basando su discurso argumentativo en la sustancial diferencia de los fines que persiguen la sanción de los delitos en ambas jurisdicciones (indígena y ordinaria) y por tanto la compatibilidad constitucional del doble juzgamiento; para luego terminar por sustraer definitivamente de la jurisdicción indígena la competencia material frente a delitos de homicidio, poniendo el énfasis la especial relevancia social de la vida como bien jurídico. Así, sostiene que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico ‘vida’, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad. Seguidamente, la Corte razona sobre el carácter limitado de los derechos constitucionales, se pregunta sobre las obligaciones del Estado frente a bienes jurídicos de especial relevancia para la Constitución, para el Derecho Internacional y, particularmente, para el Derecho Penal Internacional y los límites que han de considerarse cuando la vulneración o afectación a los mismos son cometidos por ciudadanos indígenas, dentro o fuera de sus comunidades:

Uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado -dice-, dentro del orden constitucional contemporáneo, es establecer amplias garantías que amparen el derecho a la vida y a la dignidad humana de las personas. [...] en el derecho común, *ius commune*, el derecho a la vida es protegido en sí mismo, esto es, por el solo hecho de su existencia. [...], es en el Estado donde recae la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y tomar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano [...], le corresponde al Estado y a sus instituciones, de manera prioritaria, evitar que los delitos que atenten contra la vida queden en la impunidad, garantizando que la respectiva sanción recaiga en la responsabilidad de quien causa la muerte.

Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena [...] le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a

petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia (p. 28).

Cabe notar de este razonamiento de la Corte que, a pesar de las consideraciones generales que realiza acerca del deber del Estado de proteger los derechos humanos de conformidad con la Constitución y el Derecho Internacional y de resaltar la trascendencia constitucional de la sentencia, limita su análisis únicamente a ponderar el valor de la vida, limitando consecuentemente la competencia de la jurisdicción indígena respecto de los homicidios, pero soslaya otros delitos sumamente graves que, por su trascendencia social deben ser sancionados más allá de consideraciones culturales, como las agresiones sexuales, abusos de menores, tráfico de estupefacientes, la trata o el tráfico de personas; especialmente considerando, en estos últimos supuestos, que Ecuador es un país de origen, tránsito y destino de altos flujos migratorios por sus fronteras terrestres, y no son pocos los testimonios que dan cuenta de la comisión de estos delitos, que muchas veces quedan impunes.³

D) La delimitación subjetiva de la justicia indígena. Tensiones en relación con su aplicación a personas externas a la comunidad

La discusión sobre el alcance y contenido de este presupuesto constitucional (conflicto interno) es sumamente relevante, a la vez que compleja, debido a las tensiones interculturales que se producen por la aplicación de facto del derecho comunitario a personas ajenas a la comunidad, en los supuestos nada infrecuentes de comisión de infracciones dentro de su territorio por agentes externos, lo que a su vez podrían devenir en un quebrantamiento de los derechos constitucionales de estas personas, que el Estado tiene el deber de garantizar.

Como antes hemos señalado, la índole interna del conflicto como presupuesto del ejercicio de la justicia indígena a que se refiere el art. 171 constitucional ha de suponer, además de la delimitación material de la justicia indígena, también la de su ámbito subjetivo. Y es que, junto con los elementos territorial y material, el aspecto subjetivo –entendido por la autoconciencia de identidad indígena, es decir, la manifestación expresa de una persona acerca de su identificación con determinada cultura, pueblo o comunidad indígena– es presupuesto clave y constitucionalmente determinante para poder habilitar el ejercicio de esta jurisdicción. Así lo determina el *Reglamento de Sustanciación de Procesos Competencia Corte Constitucional* (2015) en su art. 55. 3 cuando, en referencia al examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena, establece que: «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”.

En el mismo sentido, la regla jurisprudencial obligatoria establecida por la propia C.C., en la sentencia del caso La Cocha reza que: «la administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen *entre sus miembros* dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios (p. 35).

Esta explícita delimitación personal del ámbito competencial de la justicia indígena no ha sido óbice para que, en la práctica, esta jurisdicción continúe conociendo conflictos, específicamente de índole penal, que involucran a personas ajenas a la comunidad,⁴ al socaire de las facultades

³ Sobre la trata de personas y su relación con el fenómeno migratorio en el Ecuador puede consultarse el *Estudio sobre el Estado de la Trata de Personas en Ecuador*, publicado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito en Lima, Perú, en: www.unodc.org/documents/peruandecuador/Informes/ECUADOR/trata_de_personas_en_ecuador_Final.pdf

⁴ En un reporte del periódico El Comercio, de 1 de marzo de 2020, se da cuenta de que la justicia indígena ha resuelto 4 410 casos en cuatro años que involucra a personas extra comunitarias; p.ej., acusados presuntamente de robos de vehículos o de “libar y hacer escándalo público).

jurisdiccionales reconocidas en el art. 171 constitucional, lo que ha sido además asumido pacíficamente por las instituciones.

De manera que esta tensión generada por el juzgamiento por una comunidad de sujetos ajenos a ella se debe a la constatada ineficacia de unas normas que, por su tipología, sus objetivos y su falta de contundencia, han pasado prácticamente desapercibidas tanto para sus destinatarios como para la sociedad en general. La norma reglamentaria aludida tiene por destinataria a la propia C.C.; es, por tanto, una norma *secundaria* de adjudicación -según la clasificación hartiana-, no una norma primaria que impone una obligación o establece alguna prohibición; en consecuencia, poco o nada pueden sentirse vinculados por ella las autoridades indígenas.

La regla jurisprudencial, por otro lado, se incorpora en el fallo de la sentencia sin estar precedida de ningún debate o argumento de la Corte sobre su contenido concreto, sino como parte de las limitaciones de la competencia material de la justicia indígena, referida específicamente a la exclusión del conocimiento de los delitos contra la vida. En este contexto, la regla ha sido asumida como parte de los ámbitos competenciales de la jurisdicción indígena que no se ven afectados por la medida de la Corte, es decir, sobre aquellos espacios en los que conserva competencia, más que como una limitación al fuero personal.

Ante este panorama, cabe preguntarse en qué medida los derechos constitucionales de los ciudadanos ajenos a una comunidad indígena podría verse violentados por esta en el ejercicio de su jurisdicción. Y aquí volvemos a las preguntas formuladas en la introducción de este trabajo: ¿Sería compatible con la seguridad jurídica la aplicación a un individuo de un derecho cuyos fundamentos, contenido y forma no puede conocer ni comprender ni, por tanto, por prever las actuaciones de las autoridades indígenas? ¿Se respeta el derecho al debido proceso con la aplicación de procedimientos carentes de muchas de las garantías básicas procesales -entre ellas la defensa técnica, el derecho al juez natural, el derecho a impugnar- que forman parte del acervo jurídico de la cultura mestiza mayoritaria?

Ciertamente la interpretación aplicación de los preceptos constitucionales ha de realizarse en *clave intercultural*, lo que supone el reconocimiento y respeto por la autonomía de los sistemas de regulación indígenas, pero, al mismo tiempo, también supone el reconocimiento y el respeto de los derechos y las garantías de quienes se identifican con valores culturales diferentes (a veces incompatibles) con esos sistemas regulatorios, en casos de colisión entre unos y otros.

En ese sentido, el vigente Código Orgánico de la Función Judicial, al regular las formas de relación de la justicia indígena y la ordinaria, bajo lo que denomina *principios de la justicia intercultural*, prevé lo siguiente:

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

- a) Diversidad: Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad: La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- e) Interpretación intercultural: En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

En similar sentido, en la ya aludida sentencia La Cocha, la Corte enfatiza en la necesidad de:

...reconocer el derecho que tiene todo ciudadano indígena que se vea sometido a la justicia penal ordinaria, bajo los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho interno, de ser considerado y que se respete su condición económica, social y cultural. En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.

La preocupación -o mejor, la ocupación- por el enfoque intercultural en el ejercicio de la función jurisdiccional plasmada en las disposiciones transcritas no es, como puede observarse, bidireccional; es decir, establece parámetros a tener en cuenta respecto del juzgamiento de personas pertenecientes a culturas indígenas por parte de la justicia ordinaria, mas no en el caso de que el ejercicio de la jurisdicción indígena involucra a personas de otras culturas, principalmente de la cultura mayoritaria lo que podría constituir, *prima facie*, una vulneración del principio constitucional de igualdad. Esta previsión puede obedecer a que, tanto el legislador como la Corte Constitucional, han dado por supuesto que el ámbito subjetivo de la jurisdicción indígena queda limitado a sus propios miembros y no alcanzaría a personas externas, pero como se ha visto la realidad es completamente distinta.

Dicho esto, no cabría sino concluir que las respuestas a las interrogantes antes planteadas son, en principio, negativas.

La seguridad jurídica es en un valor inherente al Estado de Derecho, garantía de la libertad personal, que se funda en la idea del conocimiento del derecho y la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de conocer o poder prever la certeza de la actuación del poder en su aplicación. La virtualidad de este principio en la aplicación del derecho propio de las comunidades indígenas no sería un problema al interior de la comunidad, dado el conocimiento y aceptación de sus miembros de sus propias costumbres. Así lo ha constatado la mentada sentencia 113-14-SEP-CC:

...de modo que la sanción, reprimenda o consejo aplicado dentro de la comunidad indígena (...) constituye una práctica que toda la comunidad conoce y reconoce como mecanismo de amonestación, advertencia o llamado al orden. La comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas... (p. 36)

No puede decirse lo mismo de quien, por no identificarse con la cultura indígena en cuestión, poco o nada conoce sobre sus formas o costumbres y no está en condiciones ni de conocer el alcance de su conducta respecto de aquellas ni prever sus consecuencias. Igual circunstancia es predicable de los procedimientos de juzgamiento y toma de decisiones, que no siempre obedecen a la racionalidad propia de los sistemas convencionales, sino que en algunos casos incorporan otros elementos espirituales o se fundan en el juicio de quien ejerce autoridad moral sobre la comunidad.

Otro elemento relevante en relación con los derechos del acusado tiene que ver con el tipo de sanción o castigo que se le aplica, que pudiera colisionar con la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, de lo cual nos ocuparemos en otro apartado.

Esta tensión acusada pudiera parcialmente remediarse a través del establecimiento de diálogos interculturales y multidisciplinares, a través de los cuales, con la intervención de las propias comunidades, las personas puedan tener un conocimiento general de estos sistemas regulatorios, los procedimientos de justicia y las sanciones que aplican. Pero ello, aunque resulte necesario y deseable, sobre todo en favor del fortalecimiento de la interculturalidad, no resuelve el problema; en primer lugar, por la alta heterogeneidad del derecho indígena y, en segundo lugar, porque ello supone un sobredimensionamiento de la justicia indígena, incompatible con sus propios fundamentos.

En efecto, mantener la posibilidad de las comunidades puedan juzgar los conflictos que involucren a personas ajenas a la misma, significa reconocerles un poder jurisdiccional *territorial* autónomo, un Estado indígena⁵ que resultaría contradictorio con los fundamentos constitucionales que se derivan del art. 57 de la Constitución, esto es, el reconocimiento de un poder jurisdiccional *funcional* para resolver sus conflictos internos que les permita mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social y crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales.

La afectación a los derechos constitucionales en el juzgamiento de personas no indígenas también se pone de manifiesto en el exceso punitivo de las autoridades de algunas comunidades al extender los efectos de la sanción a personas totalmente ajenas al conflicto, solo por sus condiciones personales.

Por ejemplo, en julio de 2019, con motivo del juzgamiento en la comunidad de Peguche, Otavalo (Imbabura), de tres extranjeros acusados de robar un vehículo, el Consejo de Cabildos dio plazo de tres días para que todos los extranjeros que rentan cuartos abandonen la parroquia y solicitó a la Comisaría Nacional del cantón que vigile el cumplimiento de esta decisión (El Comercio, 2019). Tres días después la resolución fue revertida. La arbitrariedad y el exceso en la aplicación de sanciones por la jurisdicción indígena cuando se trata de personas externas a la misma no es un riesgo latente, sino palmario, que, de momento, sólo puede ser corregido mediante una acción extraordinaria ante la Corte Constitucional que, para cuando resuelva, la violación se habrá consumado y el daño será irreversible.

E) Tensiones en relación con la protección de los derechos de las víctimas por la justicia indígena

Las tensiones en el ejercicio de la justicia indígena también alcanzan a la cuestión de los derechos de las víctimas, tanto en los casos de delitos cometidos en la comunidad por uno de sus miembros contra una persona ajena a la misma, o incluso contra otro de sus miembros. En este último caso muy particularmente cuando se trata de mujeres víctimas de violencia machista o, en general, en los delitos contra la vida, la integridad física o sexual, sobre los que nos referimos también al abordar el tema de la especial relevancia o titularidad del bien jurídico afectado como criterio de limitación material de las competencias de la jurisdicción indígena.

Entre los derechos reconocidos a las víctimas de delitos en los instrumentos internacionales está el derecho a la satisfacción y a la reparación proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, que incluyen, entre otros, la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones.⁶ En los hechos juzgados ante la justicia indígena, en la que generalmente los castigos

⁵ Esa concepción ha sido asumida incluso por la máxima organización de los pueblos indígenas (CONAIE), que, durante las protestas acontecidas en octubre de 2019 en el país llegó a decretar, amparada en el Convenio 169 de la OIT, «un estado de excepción en los territorios indígenas», disponiendo someter a la justicia indígena a los militares o policías que se acercaran a dichos territorios.

⁶ Entre ellos los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional

cumplen una función de sanación espiritual y de recomposición de la armonía al interior de la comunidad, no debe pasar por alto que, eventualmente, algunas de estas sanciones podrían resultar inocuas para una sociedad mayoritariamente acostumbrada a penas severas (esencialmente la prisión) para infracciones de relativa gravedad. Este choque cultural genera una tensión importante cuando se trata de víctimas ajenas a la comunidad; pero, por otro lado, también los mecanismos de reparación o indemnización propios de los usos y costumbres indígenas en algunos casos pueden ser poco eficaces o hasta lesivos no sólo para la cultura mestiza mayoritaria, sino para otras culturas indígenas o incluso para la misma comunidad en cuestión.

Según la investigadora Salgado (2012, p. 262; 264), la gran mayoría de testimonios de las mujeres indígenas participantes en los talleres de diálogos dan cuenta de una violencia contra ellas generalizada y naturalizada y que además justificada en caso de incumplimiento de alguna responsabilidad asignada, lo cual las deja en situación de desprotección sea ante autoridades estatales como ante autoridades indígenas. Por ejemplo, en la comunidad Unión Venecia (Napo), es legítimo que el esposo golpee a la mujer para aplicar la *libachina* y la *yachachina*, que implican un castigo y una enseñanza respectivamente como parte de una socialización de la mujer. Solo cuando les pegan (*makana*) de manera destructiva, sin ser esto una *yachachina*, se genera un conflicto familiar de pareja que es regulado por las autoridades dentro de la familia y en su defecto por las autoridades de la comunidad (YAMÁ, 2012, p. 440).

De acuerdo con los debates desarrollados en estos talleres de diálogo, en la justicia indígena muchos casos de violación o de acoso sexual se resuelven por medio de una transacción entre familias, entre grupos, sin considerar a la mujer como sujeto de derechos individuales. Este tipo de prácticas –señala– se asimilarían a la forma de sexismo denominada familismo, en que la mujer pierde su subjetividad individual y se subsume en la familia y sus intereses (la permanencia de la unidad familiar). Las respuestas son similares frente a casos de violencia física intrafamiliar que ordinariamente se resuelven por medio de la disculpa, la segunda oportunidad o por medios económicos (SALGADO, 2012).

Existen comunidades que prestan especial atención a este problema, en particular, inhibiéndose de actuar incluso en favor de la justicia ordinaria, como Maca Grande, en Cotopaxi. En 2017 esta comunidad impuso una reparación de 10 000 dólares a un hombre que había abusado de una chica. El secretario de la comunidad, Raúl Chaloquina, puntualiza: solo cuando la mujer o sus familiares (si la víctima es menor) están de acuerdo, aplicamos este mecanismo. Caso contrario, la denuncia la trasladamos a la justicia ordinaria. Tampoco actúan si el investigado no pertenece a sus poblaciones.

En Cayambe, sin embargo, la situación es muy diferente. Según el Fiscal de la zona:

a veces, ellos (dirigentes indígenas) emiten actas de juzgamiento con fechas previas a nuestra investigación, para que nosotros no continuemos. Por ejemplo, una mujer de Lote 2, una de las 35 comunidades y pueblos de Cangahua, fue obligada por su conviviente a tomar un líquido fosforado para abortar y eso casi termina con su vida. El hecho se registró en el 2018 y la Fiscalía inició una investigación, pero no avanza, porque ya existe una sentencia emitida por una asamblea local y la afectada no acude a las diligencias (PUENTE, 2020).

Ante este escenario, la protección de los derechos de la víctima ha de pasar necesariamente, por el establecimiento de mecanismos institucionales eficaces que incluyan no sólo la participación de esta en los procedimientos, sino también la limitación de la competencia de la jurisdicción indígena para conocer de los conflictos donde existe no sólo el riesgo de impunidad por la reproducción y perpetuación de los esquemas patriarcales que justifican cierto tipo de violencia

humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», Res. 60/147 de la A.G. de Naciones Unidas de 21 de marzo de 2006;

contra las mujeres sino, en general, para todos aquellos casos en que los mecanismos de reparación no garanticen una efectiva satisfacción a la víctima y la garantía de no repetición.

F) El límite territorial de la justicia indígena: las tensiones por la pretendida aplicación extraterritorial

El territorio de los pueblos y nacionalidades indígenas, éste es, indudablemente, el principal elemento para el reconocimiento y la defensa de sus costumbres, su cultura y su autonomía jurisdiccional. Este comprende las tierras y territorios en posesión y propiedad ancestral, entendiéndose por tales – según el texto del art. 3 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (2016) el espacio físico sobre el cual una comunidad, comuna, pueblo o nacionalidad de origen ancestral, ha generado históricamente una identidad a partir de la construcción social, cultural y espiritual, desarrollando actividades económicas y sus propias formas de producción en forma actual e ininterrumpida.

Esta delimitación geográfica del ámbito territorial de la justicia indígena constituye el límite espacial de la validez de cualquier actuación encaminada al ejercicio de la jurisdicción en una doble dimensión: por una parte, descartaría la idea del fuero personal, es decir, la posibilidad de someter a ella el juzgamiento de delitos cometidos fuera de dicho territorio por alguno de sus miembros sustrayéndolo de a justicia ordinaria y, por otro lado también excluiría la capacidad de persecución, fuera de dicha delimitación, de las personas que no se encuentren en dicha comunidad por los delitos cometidos dentro de la ella.

En relación con esta cuestión, se producen situaciones no poco frecuentes de vulneración de este principio de limitación territorial por la actuación de algunas comunidades que han perseguido, aprehendido y llevado por la fuerza ante sus autoridades a terceras personas para someterlos a la justicia indígena, lo que ha dado lugar, en algunos casos, al procesamiento de algunos comuneros o autoridades por delitos de secuestro. Los casos más conocidos, no son, paradójicamente, de naturaleza penal, sino por cobro de deudas. Por ejemplo:

- En el año 2015, dirigentes del Consejo de Justicia Indígena de la Comunidad San Pedro de Cañar, fueron sentenciados por los delitos de secuestro, extorsión y daños, con motivo de denuncias formuladas por personas ajenas a la comunidad a las que le fue aplicada la justicia indígena, así como por el incidente violento que se produjo por el intento de secuestro, también para ser juzgados, de los abogados Alfonso Andrade y David Vivian Inca en el consultorio jurídico del primero, ubicado (fuera de la jurisdicción territorial de la comunidad indígena) por haber patrocinado a las personas denunciantes de las autoridades y por presuntamente haber estafado a una mujer indígena por hacerle perder un juicio por el que le cobró la cantidad de 10 mil dólares (SAAVEDRA, 2017, p. 37-40). El 30 de julio de 2020, la Asamblea Nacional otorgó la amnistía a 20 autoridades indígenas por estos hechos. Según el informe presentado, la actuación de las autoridades indígenas fue legítima en ejercicio de sus derechos constitucionales; pero fueron objeto de persecución por parte del gobierno anterior y el sistema de justicia
- Una nota del Ministerio de Gobierno de 10 de junio de 2013 da cuenta del rescate de un hombre de 55 años retenido por una comunidad indígena en cumplimiento de una resolución de sus autoridades. El hombre fue interceptado por alrededor de 15 a 20 personas, quienes rompieron los cristales de su vehículo para sacarlo por la fuerza y llevarlo a la comunidad de Quinchuquí, donde fue ilegalmente retenido y maniatado bajo la supuesta acusación de adeudar la cantidad de 200 mil dólares a José Manuel Chiza Yacelga

- en noviembre del 2019, 15 personas de la comunidad de la Maca (pertenece a la parroquia Poaló, del cantón Latacunga) fueron procesadas por presunto secuestro en Los Ríos, en Ecuador, al intentar llevarse a una señora y su padre hasta Cotopaxi, para ajusticiar a aquella, para que pague una deuda (El Comercio, 27/11/2019).
- en febrero de 2020, en el centro de Latacunga, indígenas de Toacazo retuvieron a un hombre que no es de su comunidad y lo obligaron a subir a una camioneta para llevarlo
- y juzgarlo por estafa, un delito por el que estaba siendo procesado en la justicia ordinaria. El fiscal de Cotopaxi, Augusto Semanate, intervino y les dijo que no podían llevarlo porque es ilegal. Pero encendieron el vehículo y se marcharon. Después fueron detenidos por la Policía y fueron son indagados por el delito de secuestro. El Fiscal reconoce que no es el único caso, que hay investigaciones abiertas contra los dirigentes por otros hechos (PUENTE, 2020).

Estos casos no solo constituyen una evidente infracción de la Constitución, sino una muestra de la distorsión (quizás antojadiza, quizás por una falta de comprensión cabal de sus presupuestos) de los fundamentos de la justicia indígena. Sin embargo, hasta el momento no se tiene conocimiento de la existencia de mecanismos institucionales destinados a remediar esta situación, más allá de la respuesta penal.

G) Las garantías de participación y decisión de las mujeres

La participación de la mujer en la justicia indígena obedece al propósito de hacer efectivo el principio constitucional de igualdad en todos los ámbitos institucionales y eliminar cualquier forma de discriminación contra la mujer, de conformidad con los tratados internacionales suscritos por el Estado, y muy especialmente aquí con lo previsto en el art. 22.2 del Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la realización efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres en las culturas indígenas, dada su diversidad, es un desafío que se torna muy difícil de superar.

Según la investigadora Judith Salgado (2012) se ha constatado, según el testimonio de mujeres indígenas que han participado en talleres de diálogos que, al interior de las familias y las comunidades se siguen reproduciendo mayoritariamente las estructuras patriarcales y los tradicionales roles de género que asignan a las mujeres las tareas domésticas, la crianza de los hijos y el trabajo agrícola, pero perciben que este trabajo no es suficientemente valorado en la familia. Un elemento que destaca la autora es el hecho de que cada vez más las mujeres indígenas se han organizado para intentar posicionar al interior de sus comunidades sus preocupaciones, necesidades e intereses, y existe en ellas una fuerte motivación por aumentar su participación activa en sus comunidades; pero señala también las dificultades que y obstáculos que se le interponen. En varias ocasiones se menciona que para aceptar cargos directivos en sus comunidades las mujeres indígenas deben contar con el consentimiento de sus maridos. Inclusive la aceptación inconsulta de una responsabilidad directiva puede desencadenar violencia por parte de sus parejas. Otras mujeres, aunque reconocen estas dificultades no lo ven como un obstáculo insalvable, inclusive en ciertos casos dan cuenta de transformaciones en las relaciones de pareja que reflejan mayor equidad. (p. 256- 257)

En comunidades kichwas como la San Francisco del pueblo Chibuleo y Llinllin del pueblo Puruway la norma es que los hombres, generalmente casados, son elegidos líderes y los proveedores de justicia indígena son principalmente hombres, jóvenes y de mediana edad; en otras comunidades en Chimborazo hay un sesgo masculino mediante el cual la administración de justicia indígena tiene a la discriminación de las mujeres (GARCÍA SERRANO, 2012, p. 515). Esta amplia heterogeneidad y los desafíos que supone la superación de esas estructuras y costumbres patriarcales en algunas

comunidades, pueblos y nacionalidades no le es ajena a la Corte Constitucional, que en su Reglamento de sustanciación ha rebajado» la exigencia de participación de las mujeres en la justicia indígena de presupuesto indispensable para su válido reconocimiento a un mero principio de carácter programático o desiderativo. Así, según el tenor del art. 55. 5, en el examen de la constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena:

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 (énfasis del autor).

Es decir que, conforme la letra del precepto transcrito, la exigencia de igualdad de género en el ámbito de la justicia indígena se reduce a la muy laxa constatación de la propensión a al establecimiento de mecanismos que involucren a las mujeres, más no a la traducción en la práctica de tales mecanismos, lo que indudablemente podría conducir a una perpetuación de los modelos de justicia patriarcales que aún subsisten.

H) El respeto a los derechos constitucionales: tensiones en elación con la aplicación de las sanciones y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos, crueles o degradantes

La polémica más acusada en relación con la justicia indígena tiene que ver con las sanciones que aplican, ya sea ante la comisión de delitos o ante el incumplimiento de las «sentencias», no tanto por su eficacia sino por las eventuales tensiones que su aplicación producen con respecto a las disposiciones constitucionales o internacionales que prohíben la tortura y los tratos inhumanos, crueles o degradantes.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, define ésta en su artículo 2, como:

todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica., define a la tortura

El propio precepto excluye de tal calificación las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Tanto el Tribunal Europeo (TEDH, 1978) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CAESAR; TOBAGO, 2005) coinciden en señalar que para que un trato sea considerado como tortura o inhumano o degradante deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad cuya valoración es, por naturaleza, relativa; depende de todas las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. La Corte IDH además ha establecido que un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo (ORTEGA et al., 2010, p. 124).

Por su parte, el trato o castigo de un individuo se describe como degradante si lo humilla de manera grave delante de terceros o lo lleva a actuar contra su voluntad o su conciencia (CEDH, 1969)

que sea capaz de provocar en él sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlo y posiblemente quebrar su resistencia física o moral (TEDH, 1978, p. 167).

Ahora bien, según la cosmovisión indígena, en general, las sanciones, y dentro de estas los castigos corporales, buscan la restitución del equilibrio quebrantado y la sanación de los involucrados, Sentencia caso (LA COCHA, 2014, p. 18).

Al ser aplicada públicamente - expresa la sentencia- cumple una labor disuasiva y preventiva que busca influir en los demás miembros de la comunidad, disciplinándolos para evitar el cometimiento de este tipo de faltas en un futuro, así como también para evitar la reincidencia por parte del infractor.

El juez Jaramillo Villa añade en su voto salvado a la sentencia *in comento* que

este tipo de sanciones no constituyen prácticas que tengan como fin la tortura o la degradación de la dignidad de las personas; por el contrario, son medios tradicionales propios de sus costumbres con un alto significado simbólico que tienen por objeto devolver a los infractores su función dentro de la comunidad y su dignidad como miembro de la misma; así como también buscan restaurar el equilibrio y la armonía con la naturaleza y sus valores (p. 72).

Las sanciones con las que se busca precautelar el resarcimiento del daño ocasionado por el infractor van, según describe Pérez Guartambel (2015, p. 12), desde la imposición de trabajos forzados que deberán ejecutarse a favor de la familia de la víctima o de la propia comunidad hasta castigos corporales como azotes con látigo u ortigas, cargas pesadas con piedras, baños de purificación con agua helada con temperaturas que van de uno a tres grados centígrados, trabajos comunitarios y, dependiendo del delito cometido, la expulsión de la comunidad de manera definitiva, lo que se constituye en una deshonra por el resto de su vida al ser alejado de su círculo social. Ahora bien, valorar este tipo de sanciones a la luz de la vigencia de los derechos fundamentales, como la dignidad humana, y el respeto a la integridad física o corporal, requiere de un enfoque intercultural, de manera que cualquier juicio que sobre ellos pueda hacerse sea respetuoso con la autonomía de los pueblos indígenas y los derechos individuales de quienes se identifican como indígenas, procurando evitar cualquier forma de tergiversación o estigmatización de las prácticas culturales de estos pueblos y de los procedimientos de impartir justicia.

Como bien apunta Boaventura de Sousa (2012) se trata de desarrollar mecanismos de traducción intercultural que permitan interpretar la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en términos interculturales. Los valores plasmados en esos derechos deben ser respetados, pero las actuaciones concretas que los respetan o que los violan, no siendo éticamente neutras, pueden ser objeto de interpretaciones opuestas conforme a las normas culturales de las que se parta (2012, p. 41)

No obstante, no debe perderse de vista que el concepto de tortura está presidido por un elemento objetivo; esto es, la consideración como tal de un acto con independencia de los fines que persiga y de su interpretación cultural. Así, un castigo corporal aplicado con fuerza excesiva o con una duración prolongada, capaz de producir dolores insoportables o un intenso sufrimiento pueden constituir tortura, por muchos propósitos de purificación que persiga. En todo caso, deben tenerse en cuenta las particularidades o circunstancias específicas de cada situación; tanto las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar, como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal (CORTE IDH, 2007, p. 83).

En lo que respecta a los tratos inhumanos o degradantes, donde los padecimientos físicos no son tan graves (en esto radicaría su principal diferencia con la tortura) el aspecto subjetivo resulta de especial relevancia, por cuanto aquí se ven afectadas de manera sensible las consideraciones que

tiene una persona sobre sí misma. Aquí las diferencias culturales son importantes, capaces de generar tensiones, especialmente cuando se juzga por la justicia indígena a personas ajenas a la misma.

Y es que la aplicación de determinados castigos corporales u otras sanciones similares – como, p.ej., caminar desnudos o semidesnudos delante de una multitud, repitiendo frases o consignas alusivas al presunto delito cometido, y luego ser expuestos en las redes sociales-⁷ que pudieran ser considerados habitualmente dentro de una comunidad indígena como un simple escarmiento que puede causarle vergüenza a uno de sus miembros frente a su familia o toda la comunidad; puede ser tenido, sin embargo, por un no indígena, como un acto de humillación grave, grosera, capaz de degradarlo en su fuero interno. Estos argumentos refuerzan lo ya expuesto anteriormente en cuanto a la necesidad de establecer límites al fuero personal de la justicia indígena, a fin de preservar los derechos constitucionales de los ciudadanos.

3 CONCLUSIONES

La definición constitucional del Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional, determina un nuevo modelo de integración nacional que apuesta por el reconocimiento efectivo de la autonomía de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que les permita mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sus tradiciones ancestrales, sus formas de organización social y de generación y ejercicio de la autoridad y la creación y aplicación de su derecho propio o consuetudinario y los mecanismos de justicia para la solución de las controversias internas en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

Sin embargo, en este contexto de diversidad cultural, donde interactúan principios valores y costumbres diferentes (a veces diametralmente enfrentados), la justicia indígena se ha ido desarrollando con base en las propias interpretaciones que del art. 171 constitucional realizan sus autoridades y las instituciones estatales; pero en ausencia de otras disposiciones -legales o jurisprudenciales- que desarrollen el contenido de dicho precepto y determinen, de manera clara, el contenido, el alcance, los límites y las condiciones de su ejercicio; lo que ha generado contradicciones con los propios presupuestos constitucionales con los que se configura y ciertas tensiones con los derechos reconocidos por la Constitución al resto de los ciudadanos que no se identifican con dichas culturas, tal como se ha expuesto en el cuerpo de este trabajo.

⁷ El 26 de noviembre de 2020 – según da cuenta el diario *El Comercio*- se produjo en la comunidad de Saquisilí el juzgamiento a tres presuntos integrantes de un grupo que, aparentemente, roba carros en los cantones Saquisilí y Pujilí, en la provincia de Cotopaxi. Los tres hombres, semidesnudos y atados las manos caminaban descalzos por las calles del cantón bajo una pertinaz lluvia. «El pueblo unido jamás será vencido», gritaban los asistentes a la marcha. Los presuntos ladrones fueron llevados hasta los exteriores de la plaza Kennedy donde les hicieron repetir: «nosotros somos ladrones de carros». En el lugar los acostaron en la vía y un hombre les golpeó con un látigo, mientras les gritaban «aprende a trabajar», «aprende a sufrir y a trabajar» y «dónde tienes el carro». Estos videos que fueron publicados en la red social Facebook de la Unión de Organización Indígenas de Saquisilí (Jatarishun). En julio de 2019, los habitantes de la comunidad de Peguche, Otavalo (Imbabura), castigaron a tres personas extranjeras acusadas de robar un vehículo. Las espaldas, glúteos y piernas de los tres extranjeros quedaron marcados por los latigazos y azotes con ortiga que recibieron. Los implicados tenían las manos atadas y los ojos cubiertos con telas. Caminaron descalzos por las calles empedradas hasta el estadio. Por pedido de los vecinos las tres personas quedaron en ropa interior. «Esto es un castigo moral, para que tengan vergüenza», aseguró un dirigente. La sanción incluyó que los retenidos pidan perdón por el robo y que reciban un castigo físico, que incluyó un baño de agua fría, golpes con ramas de ortigas y 14 latigazos cada uno. La comunidad quemó una moto en la que se movilizaba uno de ellos. En Instragram y Tiktok, p.ej., se comparten con relativa frecuencia vídeos de este tipo de castigos donde se observan mujeres y hombres en ropa interior siendo azotados con ortiga frente a una multitud de personas que filman la escena con los teléfonos móviles mientras gritan y celebran, a modo de espectáculo.

De manera que el principal reto que se plantea el Estado plurinacional e intercultural para la solución de las tensiones descritas, es el diseño e implementación de arreglos institucionales que permitan gestionar de mejor manera la interculturalidad y armonizar el ejercicio de la autonomía indígena con el resto de los preceptos constitucionales; de tal forma que, sin perder de vista el elemento del pluralismo que lo define, procure la coexistencia armónica de los distintos sistemas jurídicos aún frente a sus radicales diferencias. Estos arreglos institucionales permitirían asegurar el respeto de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, reconociendo al mismo tiempo las particularidades que surgen de la pertenencia de las personas a grupos culturales diferentes.

REFERENCIAS

CARRILLO, Y.; CRUZ, J. P. Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador. **Ratio Iuris**, v. 11, n. 23, p. 155-188, 2016.

CEDH, Greek Case. **Comisión Europea de Derechos Humanos**, 1969.

CONSEJO DE DESARROLLO DE LAS NACIONALIDADES Y PUEBLOS DEL ECUADOR. **Legislación para el Fortalecimiento de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador**. Quito: Codenpe, 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia C-463/14**. Colombia: Corte Constitucional, 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL DICTAMEN. **N. 9-19-RC/19, 9-19-RC/19**. Corte Constitucional, 12 nov. 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DICTAMEN. **N. 5-19-RC/19, 5-19-RC/19**, 4 sept. 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. **Sentencia N. 134-13-EP/20**. Corte Constitucional del Ecuador, 22 jul. 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. **Sentencia caso La Cocha. Sentencia N. 113-14-SEP-CC**. Corte Constitucional, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago**. Sentencia, 11 mar. 2005.

DE SOUSA SANTOS, B. Cuando los excluidos tienen Derecho. *In*: SOUZA, B. D.; GRIJALVA, A. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, 2012. p. 13-50.

DE SOUSA, B. **La reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba: CENDA-CEJIS- CEDIB, 2007.

DE SOUSA, B. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SOUSA, B. D.; J. L. (ed.). **Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia**. Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 11-48.

EBERHARD, C. Penser le pluralisme juridique de manière pluraliste—Défi pour une théorie interculturelle du droit. **Cahiers d'Anthropologie du droit**, 2003. p. 51-63.

JUSTICIA indígena a tres acusados de intentar robar un vehículo en Otavalo. **El Comercio**, Guayaquil, 22 jul. 2019. Disponible en: https://www.elcomercio.com/actualidad/justicia-indigena-robo-vehiculo-otavalo.html?fbclid=IwAR3J166KwrY6ItOC5EvbQEy3Vr-k_cXlu-7x5Ft82jd-gQPAICowmQfnDmw. Acceso en: 22/07/2019

MINISTRA Romo dice que mujer y su padre eran llevados de Los Ríos a Cotopaxi para 'justicia indígena'. **El Comercio**, 27 nov. 2019. Disponible en: <https://www.elcomercio.com>. Acceso en: 27/11/2019

FERNÁNDEZ Ortega y otros vs. México. Corte IDH, 30 ago. 2010.

GARCÍA SERRANO, F. No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro. In: SOUSA, B. D.; GRIJALVA, A. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. Quito: Abya Yala- Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 501-550.

GRIJALVA, A. Conclusiones de todos los estudios: Experiencias diversas y convergentes. In: SOUSA, B. D.; A. G. (ed.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. Quito: Abya Yala- Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 551-578.

GRIJALVA, A.; EXENI, J. L. Coordinación entre justicias, ese desafío. In: GRIJALVA, B. D. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. Quito: Abya Yala- Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 581-614.

LLASAG, R. Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de las prácticas coloniales. **Palabra**, v. 1, n. 1, p. 53- 79, 2019.

PÉREZ GUARTAMBEL, C. **Justicia Indígena**. Quito: Enacuri- Conaie, 2015.

PUENTE, D. 4 410 casos fueron resueltos por justicia indígena en cuatro años. **El Comercio**, 01 mar. 2020. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/casos-resueltos-justicia-indigena-ecuador.html>. Acceso en:

SAAVEDRA, L. E. **La justicia indígena en San Pedro de Cañar**. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, 2017.

SALGADO, J. **Justicia Indígena, aportes para un debate**. Quito: UASB- Abya Yala, 2002.

SALGADO, J. El reto de la igualdad: género y justicia indígena. *In*: SOUSA, B. D. ; A. G. (eds.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. Quito: Abya Yala- Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 243-278.

TEDH, Ireland v. United Kingdom. TEDH, 18 ene. 1978.

WOLF, P. Los derechos del indio - ayer y hoy. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n.8, p. 141-160, 1991.

YAMÁ, L. Entre el garantismo y el colonialismo: Unión Venecia. *In*: SOUSA, B.; GRIJALVA, A. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador**. Quito: Abya Yala- Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 431-468.