



*Asesorías y Tutorías para la Investigación Científica en la Educación Puig-Salabarría S.C.
José María Pino Suárez 400-2 esq a Lerdo de Tejada, Toluca, Estado de México. 7223898475*

RFC: ATII20618V12

Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores.

<http://www.dilemascontemporaneoseducacionpoliticayvalores.com/>

Año: VI

Número: Edición Especial.

Artículo no.:71

Período: Junio, 2019.

TÍTULO: Tendencias y problemas actuales de la jurisdicción indígena en Ecuador.

AUTORES:

1. Lic. Yusmany Puerta Martínez.
2. Máster. Mercedes Carolina Navarro Cejas.
3. Máster. Paul Alejandro Centeno Maldonado.

RESUMEN: Esta investigación tiene como objetivo sistematizar los problemas derivados del reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas en la Constitución y analizar las formas a través de las cuales dichos problemas se han ido resolviendo a través de la legislación y la jurisprudencia, puesto que hasta el presente no se ha puesto en vigor una ley especial que regule las relaciones entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena en Ecuador. El resultado principal obtenido es que ninguna de las vías seguidas para resolver los problemas prácticos planteados es suficiente para resolver las dificultades que surgen de la falta de delimitación de la competencia de la jurisdicción indígena y sus relaciones con la jurisdicción estatal.

PALABRAS CLAVES: Pluralismo jurídico, Monismo jurídico, Interlegalidad, Derecho Alternativo, Derecho no Estatal.

TITLE: Trends and current problems of the indigenous jurisdiction in Ecuador.

AUTHORS:

1. Lic. Yusmany Puerta Martínez.
2. Máster. Mercedes Carolina Navarro Cejas.
3. Máster. Paul Alejandro Centeno Maldonado.

ABSTRACT: The objective of this research is to systematize the problems derived from the recognition of jurisdictional functions of the indigenous authorities peoples and communities in the Constitution and analyze the ways in which these problems have been resolved through the legislation and jurisprudence. Nowadays, a special law, governing the relationship between state jurisdiction and indigenous jurisdiction, has not yet been put into effect. The main result obtained is that none of the routes followed to solve the practical problems raised is sufficient to resolve the difficulties that arise from the lack of delimitation of the jurisdiction of the indigenous jurisdiction and its relations with the state jurisdiction.

KEY WORDS: Legal pluralism, Legal Monism, Interlegality, Alternative Law, Non-State Law.

INTRODUCCIÓN.

Uno de los problemas fundamentales que deben enfrentar hoy quienes se dedican al estudio de las diferentes formas de justicia indígena y su regulación jurídica, es la vaguedad, ambigüedad e indeterminación conceptual que afecta al lenguaje teórico y normativo relacionado con el tema. Hay, ciertamente, muchas otras dificultades que se deben atender; sin embargo, con un uso riguroso del lenguaje muchas de ellas pasan a un segundo plano, mientras las que son verdaderamente importantes permanecen más allá de las formas concretas de expresión que se utilicen para su análisis.

Las dificultades lingüísticas afectan tanto a los principios y fundamentos de la justicia indígena, como a su regulación legal a nivel constitucional y legislativo: así, es común la tesis de que el pluralismo jurídico es uno de los fundamentos principales de la justicia indígena, pero es inusual encontrar en

los estudios recientes un análisis detallado del concepto de pluralismo jurídico y sus diferentes versiones, algunas de las cuales son más bien contrarias al reconocimiento de la justicia indígena (Carrillo García & Cruz Carrillo, 2011).

Otros problemas conceptuales afectan a la propia noción de justicia indígena y lo que se supone su base normativa, el derecho indígena. Es usual encontrar estudios donde se compara a la justicia indígena con la justicia estatal, sin delimitar adecuadamente los indicadores en que se basa la comparación y, sobre todo, sin tomar en cuenta no es posible establecer indicadores unívocos para la comparación, puesto que se trata de dos fenómenos tan distintos en cuanto a su origen, funcionamiento y resultados que cualquier conclusión al respecto no puede ser sino provisional (Ron Erráez, 2015).

El propio derecho indígena, o las diferentes expresiones que se utilizan como sinónimos, más que aclarar los problemas contribuyen a su complicación, al considerar que las prácticas, costumbres y tradiciones de las comunidades y pueblos indígenas se pueden asimilar, al menos en su contenido y funciones, al Derecho estatal (Anchatuña Chanatasig, 2011).

Al margen de los problemas conceptuales, que necesariamente influyen en la comprensión teórica de las diferentes perspectivas desde la que se puede estudiar la jurisdicción indígena, existen otros asociados a las formas concretas de su regulación a nivel constitucional y legislativo, así como a las prácticas concretas de la administración de justicia estatal en los casos de conflictos relacionados con la competencia para conocer de hechos cuya atribución no es clara a favor de una u otra jurisdicción. El contexto descrito se inserta en el desarrollo de esta investigación, cuya actualidad radica en primer lugar en la falta de delimitación entre la competencia de la jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena prevista desde el año 2008 en la Constitución, lo que ha tenido como una de sus consecuencias que sea la Corte Constitucional quien haya definido algunos criterios mínimos para resolver los conflictos de competencia en casos concretos.

La investigación del tema es importante, además, desde el punto de vista teórico, por cuanto tiene como objetivo sistematizar de los principales problemas actuales relacionados con la jurisdicción indígena, así como valorar las tendencias principales por las que discurren las diferentes vías de solución propuestas, las que sin ser suficientes, contribuyen al llenar el vacío legislativo no cubierto aún por la Asamblea Nacional con la expedición de una ley especial para delimitar la competencia de la jurisdicción indígena y sus relaciones con la justicia estatal.

DESARROLLO.

Complejidad de los problemas conceptuales relacionados con la jurisdicción indígena.

El fundamento teórico principal que sustenta el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, por un lado, y por otro la facultad atribuida a sus autoridades de ejercer funciones jurisdiccionales, es el pluralismo jurídico, que suele ser entendido como lo opuesto al monismo jurídico, la concepción dominante en el pensamiento jurídico desde finales del siglo IX.

Desde el punto de vista conceptual, no existe una única definición de pluralismo jurídico, sino que en los estudios sobre el tema es posible encontrar diferentes visiones con importantes consecuencias teóricas y prácticas para el análisis del tema que nos ocupa (Hernández, 2012).

Cuando se analizan los estudios más difundidos, citados y comentados relacionados con el pluralismo jurídico, no deja de sorprender las características del lenguaje en que esos textos son presentados.

Uno de los autores más citados, después de afirmar que “El concepto de pluralismo jurídico lleva discutiéndose unos cuarenta años...” reconoce “que las discusiones sobre esta idea se han vuelto cada vez más superficiales, sobre todo porque adolecen de claridad conceptual y de una adecuada comprensión de sus implicancias teóricas y metodológicas para entender el papel del derecho en la sociedad” (Von Benda-Beckmann, 2014, pág. 17).

A causa de tanto uso y abuso de las expresiones "pluralismo jurídico", "monismo jurídico", "interlegalidad", "derecho alternativo", "derecho no estatal" u otras de connotaciones similares, se puede concluir que cada autor recrea, utilizando un mismo lenguaje, un universo de referencia esencialmente diferente al de sus colegas (Garzón López, 2014, pág. 187).

Teniendo en cuenta esas divergencias, la primera obligación del investigador consiste en definir el tipo de pluralismo al que hace referencia en su análisis; en este trabajo se parte de una *concepción analítica* del pluralismo jurídico con un doble propósito: *teórico* para analizar lo que se dice en los discursos sobre el pluralismo jurídico; y *sociológico* para identificar el objeto de referencia de dichos discursos.

De acuerdo con ese enfoque, en la literatura más reciente sobre el tema se pueden identificar las siguientes versiones del pluralismo jurídico.

Pluralismo jurídico como teoría. Una teoría es una construcción conceptual que, a partir de unas tesis básicas, unos principios definidos y un objeto de estudio delimitado pretende dar respuestas a la mayor cantidad de preguntas posibles sobre su objeto de estudio, el pluralismo jurídico es concebido como tal por determinados autores. El pluralismo jurídico como teoría "obvia los efectos del derecho en la sociedad, e incluso los efectos de la sociedad en el derecho, e intenta conceptualizar una relación más compleja e interactiva entre las formas oficiales y no oficiales de interacción" (Engle Merry, J, & Tamanaha, 2014, pág. 96).

Pluralismo jurídico como metodología. El pluralismo jurídico también puede ser entendido como una metodología empírica que se enfoca en el estudio de la realidad, para constatar existencia o no de diferentes sistemas normativos en una sociedad o un contexto particular. "El pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico" (Irigoyen Fajardo, 2006, pág. 537). Que se verifique esa existencia no

significa que necesariamente el pluralismo empírico se traduzca necesariamente en pluralismo jurídico.

Pluralismo jurídico como observación empírica. A través de la observación científica, basa en métodos adecuados de investigación, se puede verificar si en un mismo espacio o grupo social, coexisten diferentes órdenes normativos que reclaman en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. La pertenencia a un orden normativo distinto puede ser porque su origen, por su contenido y aún por su forma, lo importante es el hecho en sí de la coexistencia y fuerza que pueda tener cada uno de los órdenes normativos para imponerse, desaparecer, o coexistir.

Pluralismo jurídico como fundamento de acción reivindicatoria. Desde esta perspectiva, el pluralismo jurídico funciona, por un lado, como instancia de crítica al monismo jurídico, al Derecho estatal y al Estado en general, y por otro como fundamento de legitimidad de reivindicaciones sociales frente al Estado. Con base en la existencia del pluralismo se reclama, por ejemplo, el reconocimiento de derechos singulares que se consideran diferentes al resto de la sociedad (como los pueblos indígenas, por ejemplo). "El pluralismo jurídico una vez aceptado como indiscutible realidad permite ver el complejo normativo como lugar de la lucha entre sistemas que son sostenidos por grupos y clases antagónicos" (Correas, 2011, pág. 108).

Ahora bien, desde un *punto de vista sociológico*, descriptivo, los discursos sobre el pluralismo jurídico suelen referirse a:

- Pluralidad de autoridades estatales con facultades normativas y/o jurisdiccionales en sentido amplio.
- Una única autoridad legislativa estatal que delega parte de sus funciones normativas y/o jurisdiccionales en otras.
- Existencia de autoridades no estatales con facultades normativas y/o jurisdiccionales.
- Grupos sociales legalmente constituidos que tienen sus propias autoridades con facultades normativas y/o ejecutivas de sus decisiones.

- Grupos ilegales que tienen sus propias autoridades con facultades normativas y/o ejecutivas de sus decisiones (el caso de grupos guerrilleros, por ejemplo).
- Pueblos o comunidades indígenas, originarias o ancestrales que conservan sus prácticas tradicionales, incluyendo normas de convivencia y aplicación de sanciones ante su violación.

El análisis anterior permite afirmar que la referencia de la expresión pluralismo jurídico, en función del tema que se investiga, es aquella que designa la coexistencia y convivencia, dentro del territorio de un Estado, de grupos humanos con culturas, tradiciones, lenguajes, prácticas y cosmovisiones marcadamente diferentes de la cultura dominante, a las que se les reconocen derechos específicos en el ordenamiento jurídico vigente, en las que el Derecho estatal ocupa un lugar hegemónico, pero coexiste con aquella normatividad originaria, propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Ariza Santamaría, 2010, pág. 91).

El reconocimiento a nivel constitucional y legislativo de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades: Pluralismo normativo y pluralismo jurisdiccional.

En las sociedades mencionadas, donde es posible encontrar un auténtico pluralismo jurídico, se habla de la coexistencia de diferentes sistemas normativos, sistemas jurídicos o tipos de Derecho: de un lado estaría el propio de los pueblos y comunidades indígenas, y del otro, el estatal.

Los problemas surgen precisamente desde el punto de vista conceptual, al utilizar la terminología propia del derecho estatal y la teoría jurídica tradicional para analizar las prácticas de los pueblos indígenas referentes a la organización social y la resolución de conflictos.

Para evitar desde el principio esas dificultades, conviene precisar los términos de discurso, y hacer una distinción entre el derecho estatal general aplicable a todas las personas sometidas a la soberanía estatal, y las disposiciones jurídicas estatales aplicables únicamente a los pueblos o comunidades indígenas para regular las relaciones entre sí con el Estado. Este último puede ser llamado

simplemente Derecho sobre los indígenas, que en otro tiempo estaba destinado a regular la llamada “cuestión indígena” (Mondol López, 2018).

El derecho indígena, por su parte, hace referencia a las prácticas concretas de organización social y resolución de conflictos propias de los pueblos indígenas, al que suele hacerse referencia con otras expresiones como “fuero indígena”, “justicia indígena”, “derecho consuetudinario”, “derecho tradicional”, entre otros (Carrillo García & Cruz Carrillo, 2011).

Hasta qué punto es correcto llamar derecho a esas prácticas, y assimilarlas al derecho estatal no parece claro en los estudios sobre el tema; para empezar, llamar Derecho a esa normatividad comporta serios inconvenientes teóricos, conceptuales y prácticos a un tiempo: el término "Derecho" está asociado, desde su origen con el término "Estado": si la normatividad propia de los pueblos indígenas no se asocia a la idea de Estado o autoridad estatal, antes bien en muchos casos la excluye, parece muy poco apropiado llamar a esa normatividad Derecho, aun cuando se le agregue el adjetivo indígena.

La noción de Derecho, en la teoría tradicional que el pluralismo jurídico cuestiona, y probablemente en cualquier otra teoría del Derecho defendible, se asocia a la existencia de un orden, de un sistema en el que se integran continuamente disposiciones jurídicas de diferente origen, contenido, carácter y jerarquía, que sin embargo, tienen un mismo centro de imputación que no es otro que una autoridad estatal (Kelsen, 2009, pág. 111).

Mientras que el llamado derecho indígena implica: “la forma de concebir, explicar y vivir la vida desde los pueblos indígenas, fundamenta los sistemas de vida, sistemas jurídicos y de organización política, social, económica y cultural, así como el conjunto de valores, principios, creencias, normas y todas las formas de manifestaciones y expresiones propias de los pueblos indígenas. La cosmovisión de los pueblos indígenas se basa en que el universo es un todo, es una integralidad, cada uno de los elementos que lo conforman tiene una razón de ser, están interrelacionados y son complementarios” (Del Cid Lucero, 2011, pág. 48).

Desde un punto de vista analítico, es importante distinguir si con las expresiones “derecho indígena”, “justicia indígena”, “derecho consuetudinario” o “derecho tradicional”, utilizadas comúnmente para hacer referencia al mismo objeto, se utilizan para designar a:

- Prácticas toleradas por el Estado, pero no reconocidas legalmente; tolerancia en este sentido con la pretensión implícita de conseguir en algún momento la desaparición, mediante asimilación, de la normatividad originaria.
- Reconocidas pero limitadas al territorio donde está asentado el grupo y aplicables a cualquiera que se encuentre dentro del mismo.
- Reconocidas pero limitadas a los miembros del grupo sin importar donde se encuentren.
- Reconocidas pero limitadas solo por el respeto de ciertos parámetros establecidos en la ley estatal, como la dignidad humana o los derechos humanos, por ejemplo (Garzón López, 2014).
- Prácticas integradas al orden jurídico estatal mediante leyes especiales (en este caso desaparecería este tipo de "pluralismo"), dando lugar así a un Derecho sobre los indígenas (Stavenhage, 2002, pág. 34).

El reconocimiento a nivel constitucional y legislativo de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades, así como de algunos derechos individuales a sus miembros, por un lado, y por otro la atribución de funciones jurisdiccionales a sus autoridades, configuran en el Ecuador un pluralismo jurídico de doble carácter: pluralismo normativo y pluralismo jurisdiccional, respectivamente.

Si se toman en consideración las diferentes perspectivas del pluralismo jurídicos señaladas anteriormente, se puede afirmar que en el Ecuador el pluralismo jurídico como fundamento para acciones reivindicatorias a favor de los derechos e intereses de los tiene un peso fundamental, sobre todo porque después del reconocimiento constitucional de sus derechos en la Constitución de la República del Ecuador (**CRE**) del año 2008, no se ha dictado una ley especial que desarrolle su

contenido, especialmente el relacionado con el ejercicio de funciones jurisdiccionales atribuido a sus autoridades.

La inexistencia de leyes especiales, la disposición constitucional que atribuye aquellas facultades es explícita al determinar que las autoridades indígenas, en el ejercicio de la jurisdicción que se le atribuye, debe respetar como límites la Constitución y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales (CRE art. 171).

Ambas exigencias son comunes tanto en algunas constituciones que reconocen aquellos derechos como en los instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas (Carrillo García & Cruz Carrillo, 2011), puesto que en todos los textos aparece la exigencia que se impone a la jurisdicción indígena, de respetar en sus prácticas los derechos humanos reconocidos a todos los ciudadanos, que incluyen obviamente a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas.

Ahora bien, cuando la CRE establece como límites la Constitución y los derechos humanos, interesa averiguar cuál es el concepto más apropiado para definir tales derechos, teniendo en cuenta que los indígenas tienen los mismos derechos individuales y colectivos que el resto de los ciudadanos, además de sus derechos específicos.

Al parecer, el límite está previsto especialmente para las autoridades indígenas cuando ejercen sus funciones jurisdiccionales, lo que significa que en sus prácticas, normas y procedimientos de resolución de conflictos deben respetar los derechos humanos de los justiciables y, especialmente, aquellos que protegen sus integridad física y corporal, así como su derecho al debido proceso judicial. Las actitudes de algunos teóricos o dirigentes indígenas con respecto al tema de la jurisdicción indígena y los derechos humanos se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- Para la justicia indígena la exigencia de respeto a los derechos humanos puede resultar contraproducente (Castro, 2010), ya que se trata de construcciones elaboradas a partir de la visión

propia de las civilizaciones occidentales, con sus ingredientes de racionalidad, universalidad e individualismo que nada tienen que ver con la cosmovisión indígena (CONAIE, 2017, pág. 72).

- Los derechos humanos son relevantes para la justicia indígena en la medida en que sean compatibles con sus tradiciones, prácticas y costumbres, o sean funcionales a sus intereses de preservación de su cultura, costumbres y tradiciones; de esta percepción se derivan probablemente las exigencias de los pueblos indígenas a tener su propio derecho.

- Los derechos humanos constituyen uno de los límites para el ejercicio de la justicia indígena; ya que aunque le son reconocidas legalmente sus tradiciones, prácticas y costumbres, incluidas las relativas a la resolución de conflictos y aplicación de sanciones, su actuación no puede ser contraria al respeto a dichos derechos humanos (Borja, 2009, pág. 35).

Ninguna potestad pública atribuida por la Constitución o las leyes se puede ejercer sin sujeción a unos límites precisos, pues de ello depende el respeto a los derechos humanos y las garantías de protección frente a los excesos del poder. El principio aplica también para las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, a quienes se les atribuye la función pública de administrar justicia dentro de los límites del artículo 171 de la CRE, entre ellos el respeto a los derechos humanos.

Siendo así, importa entonces identificar cuáles serían los derechos humanos relevantes para la justicia indígena, y en qué sentido pueden argüirse como límites legales para su ejercicio. No es preciso insistir en que la expresión “derechos humanos” hay que tomarla con suma cautela; su significado puede variar notablemente dependiendo del hablante, del contexto o del discurso, así como en relación al objeto al que se haga referencia con dicha expresión.

Las expresiones “derechos naturales”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, relativas todas a la expresión genérica “derechos humanos”, dan buena cuenta de ese desarrollo, a la

vez que permiten introducir matizaciones que pueden ayudar a entender su relación potencialmente conflictiva con la justicia indígena; el siguiente análisis persigue ese objetivo (Aguilar Cavallo, 2010):

- *Derechos naturales*: serían todos aquellos que le corresponden al hombre por su naturaleza humana; cuál sea esa naturaleza aún se discute; no obstante baste con decir en este contexto que desde que fueron formulados taxativamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 se han incorporado, con otros nombres y otros fundamentos, a la mayoría de las constituciones modernas.

- *Derechos fundamentales*: los que sirven de base o fundamento para el desarrollo de la persona, de donde puede colegirse que no todo lo que suele identificarse como derecho humano es necesariamente un derecho fundamental (Bastida, 2004, pág. 13).

- *Derechos constitucionales*: de entre todos los derechos humanos, los derechos constitucionales son todos aquellos incluidos en la constitución, sin que implique excluir otros derechos no incorporados, que se deriven de ellos o que surjan como resultado del desarrollo de la sociedad, sean inferiores a éstos o gocen de menor protección.

Ahora bien ¿a cuál de los significados posibles de la expresión “derechos humanos” se está haciendo referencia cuando se habla de ellos como límites legítimos a la justicia indígena? La respuesta en principio, es que se refiere a los derechos humanos en general, tanto a los reconocidos en la CRE como en los instrumentos internacionales sobre la materia.

En ese contexto, las tensiones surgen porque de uno y otro lado se manejan concepciones distintas sobre los fundamentos de los derechos humanos; de ahí que muchas de las prácticas de la justicia indígena pueden parecer violatorias de aquéllos para quienes defienden un fundamento legal de los derechos humanos, mientras para quienes adhieren a una concepción de tipo historicista y antropológica, antes que violaciones aquéllas prácticas aparecen como realización de los derechos particulares de los pueblos indígenas, cuya práctica está autorizada por la CRE.

Ante la divergencia de posiciones, es preciso insistir, en que así como no es posible reducir la justicia indígena a un solo modelo, tampoco se puede asumir una única forma de interpretar los derechos humanos como límites que deben respetar las autoridades indígenas en sus prácticas de justicia, ni definir de una vez cuáles derechos y en qué sentido y hasta qué punto deben ser respetados en dichas prácticas.

El marco obligatorio para resolver las posibles tensiones se encuentra en las disposiciones de la CRE del año 2008, que en gran medida profundiza las que ya habían sido incorporadas en la Constitución de 1998.

Hasta aquí los principales problemas que plantea el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas en el artículo 171 de la CRE. Corresponde ahora sistematizar las diferentes vías de solución que se han venido ensayando en la legislación y la jurisprudencia ecuatorianas.

Propuesta para el estudio de las tendencias actuales de la jurisdicción indígena en Ecuador.

El término tendencia es utilizado aquí como para significar el resultado de una interpretación de datos con cierto grado de plausibilidad, que puede indicar las líneas del probable desarrollo futuro del Derecho sobre los indígenas en el Ecuador. Se pueden identificar las siguientes tendencias, con sus características más sobresalientes.

Tendencias políticas. Los derechos de los pueblos indígenas no son, ciertamente, un tema politizado sino un tema político, el tema político por excelencia en las campañas electorales, sin importar cuál sea el contexto, el candidato o el partido que participe en la contienda.

Su importancia electoral radica, entre otras cosas, en su número más que en sus cualidades; y conseguir el mayor número de votos implica crear la ilusión de que, ahora sí, los viejos problemas serán resueltos; y en cada período electoral se alzan las mismas esperanzas que luego, con la victoria, pasan a un segundo plano donde ya no importa la cantidad de votos sino la cualidad de los que

integren el equipo de gobierno, que ya no serán de la mayoría sino todo lo contrario, de la minoría selecta capaz de gobernar.

Aquí no hay, en todo caso, una tendencia extraída analíticamente de los datos consultados, sino la constatación de un hecho que se repite en cada campaña electoral donde se juegan más intereses que derechos; no obstante, viendo hacia el pasado, sí se puede constatar una tendencia política a ampliar el margen de los derechos formalmente reconocidos a los pueblos indígenas, que eran solo colectivos en la Constitución de 1998, y que en la CRE colectivos o individuales. Un ingrediente particular de esa tendencia es “prometer” en la Constitución y dejar para una ley posterior el desarrollo de algunos de esos derechos, sobre todo los que implican acciones afirmativas por parte del Estado.

Tal aconteció con la ley que debía hacer compatibles las funciones de justicia que podían ejercer las autoridades de los pueblos indígenas con el sistema judicial nacional, que 10 años después de aprobada la Constitución de 1998 donde constaba la promesa, no se materializó siquiera como proyecto de ley serio llevado hasta el Congreso Nacional.

Por camino similar avanza el artículo 171 de la Constitución del 2008 que contiene la promesa de una ley que “establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.” En este caso, no se trata solo de una promesa electoral elevada luego a rango constitucional, sino de un mandato incorporado en la disposición transitoria primera, apartado 11 de la Constitución, donde se establece que “el ordenamiento jurídico necesario para el desarrollo de la Constitución será aprobado durante el primer mandato de la Asamblea Nacional”.

Tendencia legislativa. En materia legislativa la tendencia que se puede extraer de las fuentes y datos consultados es, contradictoriamente, la de “no hacer una ley” de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Desde el punto de vista legislativo, la posibilidad de establecer mecanismos de cooperación y coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria de manera efectiva y legítima mediante una ley especial, ha sido uno de los principales

puntos de tensión entre los defensores y detractores de la jurisdicción indígena. La solución ha sido, tanto en 1998 como en 2008, reconocer los derechos y no hacer o aplazar la redacción de una ley que los haga realizables, más allá de la aplicabilidad directa de las normas constitucionales.

Aunque no haya ley especial, de todas formas hay cuestiones técnicas y de coordinación que se deben resolver, por lo que en la práctica se ha impuesto la tendencia de regular esas cuestiones de manera fragmentaria, como se ha hecho a través de las disposiciones del *Código Orgánico de la Función Judicial* (Asamblea Nacional (1), 2009), incorpora algunas normas para delimitar el ámbito de la jurisdicción indígena y se definen los principios de la justicia intercultural.

Artículo 343. Las *autoridades* de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán *funciones jurisdiccionales*, con base en sus tradiciones *ancestrales* y su *derecho propio o consuetudinario*, dentro de su *ámbito territorial*, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la *Constitución* y a los *derechos humanos* reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”.

Esa disposición es básicamente una transcripción del artículo 171 de la Constitución (con el añadido del artículo 57.10 referido a los derechos de las mujeres, aunque no incluyó los derechos de los niños, niñas y adolescentes previstos en dicho artículo constitucional).

En el artículo 344 se identifican y definen los principios que deben observarse en la actuación de los funcionarios públicos en general, y particularmente de los servidores judiciales en la aplicación de la jurisdicción estatal; su denominación como “principios de la justicia intercultural” salvan en parte la objeción hecha al constituyente al no incluir en la interculturalidad entre los principios de la administración de justicia o de la función judicial en el lugar correspondiente de la Constitución.

Por su parte, en la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (Asamblea Nacional (2), 2009) se establece la Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena en los siguientes términos: Artículo 65. *La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión en el término de veinte días de que la haya conocido*”.

A través de esta disposición se hace operativa la facultad de control constitucional que sobre las decisiones de las autoridades indígenas en el ámbito jurisdiccional le viene atribuida a la Corte Constitucional; se trata de un recurso extraordinario, que puede ejercer cualquier persona inconforme con una decisión de la autoridad indígena, cuando considere que en la misma se violan los derechos garantizados en la Constitución o discriminan a la mujer “por ser mujer”.

Una interpretación literal de esta disposición podría sugerir que hay al menos dos inconsistencias entre ella y su correlativa en el texto constitucional; por un lado, hay una ampliación del sujeto legitimado para interponer el recurso, ya que en la Constitución se faculta solo a “los ciudadanos en forma individual o colectiva”, mientras que aquí está legitimada “la persona que estuviere inconforme”.

Por otro lado, la disposición implica una limitación del sujeto al identificar como titular de la acción a “la persona” en singular, sin tomar en cuenta, al parecer, que un sujeto colectivo también pudiera estar inconforme con la decisión de la autoridad indígena, como un colectivo de ciudadanos o una parte de la comunidad, por ejemplo.

Otra disposición jurídica complementaria es el *Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional* (Corte Constitucional del Ecuador (1), 2010); son normas internas de carácter procesal donde se establece el “procedimiento para la sustanciación de las

acciones extraordinarias de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena”, a través del cual se debe realizar el “examen de constitucionalidad de las decisiones de la justicia indígena” (art. 44). Es una norma que le dice al juez constitucional los pasos que debe seguir para verificar la legalidad mínima de la resolución impugnada ante la Corte Constitucional de acuerdo a lo establecido en el artículo 171, para lo cual se debe acreditar que la autoridad indígena actuante es legítima, que el conflicto resuelto sucedió en territorios indígenas, entre personas indígenas, y que fue resuelto en base a su derecho propio.

El Reglamento añadió un criterio de verificación no previsto en la Constitución o las disposiciones jurídicas ya analizadas, estableciendo que “La vinculación de la decisión indígena a los derechos humanos (...) lo será siempre y cuando se efectúe una lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente” (art. 44).

Esa disposición puede interpretarse como una regla de ponderación, según la cual, para decidir si entre una disposición de la justicia indígena y los derechos humanos existe alguna contradicción, el juez constitucional debe solicitar de expertos sociólogos y antropólogos, por ejemplo, un estudio que describa cuáles son las normas, costumbres y tradiciones del pueblo en base a la cuál dicha autoridad indígena adopta la decisión impugnada.

Las anteriores constituyen un conjunto de disperso de disposiciones del *Derecho sobre los indígenas* que sirven para orientarse en la manera en que deben resolverse los probables conflictos entre las decisiones de la justicia indígena y los derechos humanos; de disposiciones que de manera tangencial hacen referencia diferentes aspectos del problema, sin establecer una solución integral a la indeterminación de los límites entre la justicia indígena y los derechos humanos.

Tendencia jurisprudencial. La Corte Constitucional ha emitido algunas sentencias donde se analizan las relaciones entre la jurisdicción estatal y la indígena; de entre todas en esta ponencia interesa señalar la recaída en el caso La Cocha.

La Corte Constitucional constituye, entre otras cosas, el único centro común de imputación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, la única institución con autoridad para revisar las decisiones de esta última y verificar que sus actuaciones cumplan con los límites establecidos, particularmente el respeto a los derechos humanos.

En ejercicio de esa facultad, y a falta de una ley especial sobre la materia, delineó algunos aspectos concernientes a las relaciones entre ambas jurisdicciones, la competencia de la justicia indígena para juzgar hechos que impliquen supuestas violaciones a los derechos humanos, y las pautas que deben respetar los medios de comunicación al momento de informar sobre hechos relativos a la justicia indígena (Corte Constitucional del Ecuador (2), 2014).

Lo más importante de la sentencia radica en el hecho de que la CC, en su cualidad de máximo intérprete de la Constitución, definió “criterios interpretativos y reglas [que] también se extienden a casos que presenten hechos similares” en los casos en que la justicia indígena, en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, tome decisiones en casos en los que el bien jurídico afectado sea la vida. En su parte resolutive estableció tres disposiciones de carácter vinculante dirigidas, *prima facie*, a diferentes tipos de sujetos: “La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”.

Los sujetos destinatarios de este mandato son en primer lugar las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a quienes se les notificó que “a partir de la publicación de la sentencia” las reglas establecidas en la parte resolutive son “de aplicación obligatoria”; en segundo lugar el mandato va dirigido a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, a quienes se les notificó que en virtud del carácter vinculante de la resolución adoptada, es de su “jurisdicción y competencia

exclusiva y excluyente” la facultad de “conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, sin importar que sean o no indígenas los presuntos involucrados, o que los hechos ocurran dentro de territorio indígena”.

Dispuso, además, la “obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que, para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios”.

El segundo mandato va dirigido también a dos tipos de sujetos diferentes, aunque con vistas a una misma finalidad: a los medios de comunicación se les impone la obligación de contar previamente con la autorización de las autoridades indígenas para informar sobre hechos relacionados con la justicia indígena, información que debe ser verificada, contextualizada y no constreñirse únicamente a la aplicación de sanciones derivadas de la jurisdicción indígena; y a los “funcionarios públicos judiciales o no y particulares” que deben tener en cuenta los mismos criterios al momento de informar sobre hechos relacionados con la justicia indígena.

En este último aspecto, al parecer la CCC fue más allá de establecer criterios en cuanto a los límites de la justicia indígena con respecto a los derechos humanos, creando para las autoridades indígenas el privilegio de decidir si los medios de comunicación pueden informar o no sobre hechos relacionados con la justicia indígena, lo que pudiera estar en contradicción con los derechos de comunicación e información reconocidos a todas las personas en la Constitución.

CONCLUSIONES.

El trabajo presenta como conclusiones:

Primera. Son varias los problemas teóricos y prácticos que se derivan del reconocimiento de la jurisdicción indígena en la CRE del 2008; entre los primeros se destacan los relacionados con las dificultades que surgen por la falta de definición de varios términos y conceptos relativos al tema, por lo cual una parte significativa de los estudios consultados no siempre exhiben el rigor necesario en la determinación del objeto de estudios a los que hacen referencia en su contenido. Ello sucede con expresiones como pluralismo jurídico, del cual en la sistematización realizada se pueden identificar al menos cuatro significados con grandes diferencias entre sí: *pluralismo jurídico como teoría, como metodología, como observación empírica y como fundamento de acción reivindicatoria.*

Segunda. Lo anterior pone en evidencia que no todo pluralismo jurídico, o todo enfoque basado en esa idea, constituye un fundamento adecuado para el análisis de los derechos individuales y colectivos reconocidos a los pueblos y nacionalidades indígenas, ni para el estudio técnico-jurídico de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las autoridades indígenas.

Desde el punto de vista de la Sociología del Derecho, el pluralismo jurídico parte de la constatación empírica de la coexistencia de diferentes sistemas normativos, sistemas jurídicos o tipos de Derecho en un mismo espacio geográfico; uno de esos sistemas es el Derecho estatal.

Desde el punto de vista técnico jurídico, al contrario, el pluralismo jurídico solo es relevante cuando en el ordenamiento jurídico estatal se reconocen prácticas, normas o costumbres distintas a las previstas en el Derecho estatal, así como autoridades legalmente reconocidas como facultadas para resolver los conflictos internos del grupo en base a sus propias normas y procedimientos.

Tercera. Además de los problemas teóricos y conceptuales, en la práctica el reconocimiento de la jurisdicción indígena plantea otros desafíos, como son la delimitación con la jurisdicción estatal, la determinación de las competencias respectivas y los límites que deben respetar la primera en el

ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; todo ello en principio debería ser regulado en una ley especial como lo dispone la CRE; sin embargo, hasta la fecha eso no ha sucedido, por lo que los principales problemas prácticos se han ido resolviendo de manera fragmentaria a través de la legislación y, en menor medida, por la jurisprudencia de la CCE.

Las vías principales en la resolución de esas dificultades se pueden agrupar en tres tipos de tendencias: *políticas* (reconocer a nivel constitucional los derechos de los pueblos indígenas y sus funciones jurisdiccionales, pero no crear las leyes especiales para hacerlos efectivos); *legislativas* (regulación parcial y fragmentaria en la medida en que es necesario para garantizar el adecuado funcionamiento de la jurisdicción estatal) y *jurisprudenciales* (la CC ha establecido algunos principios y normas que deben tenerse en cuenta para definir la competencia de las autoridades indígenas, el más importante es que la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Aguilar Cavallo, G. (2010). Derechos fundamentales- derechos. BMDC, Boletín Mexicano de Derecho Comparado , 15-71.
2. Anchatuña Chanatasig, C. N. (2011). La justicia indígena y la aplicación de los derechos humanos. Latacunga: Universitaria.
3. Ariza Santamaría, R. (2010). Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
4. Asamblea Nacional (1). (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito: Registro Oficial.
5. Asamblea Nacional (2). (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Quito: Registro Oficial.
6. Bastida, F. (2004). Teoría general de los derechos. Madrid: Tecnos.

7. Borja, E. (2009). Derecho indígena, sistema penal y derechos. *Nuevo Foro Penal*, 23-45.
8. Carrillo Garcia, Y., & Cruz Carrillo, J. (2011). Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador. *Revista Ratio Juris*, 155-188.
9. Castro, J. (2010). Los derechos Humanos y la Jurisdicción Especial. *Criterio Jurídico Garantista*, 114-121.
10. CONAIE. (2017). *Agenda Nacional para la igualdad de Nacionalidades y*. Quito: SENPLADES.
11. Correas, O. (2011). Ideología, derecho alternativo y democracia. *Crítica Jurídica*, 99-111.
12. Corte Constitucional del Ecuador (1). (2010). *Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional*. Quito: Registro Oficial.
13. Corte Constitucional del Ecuador (2). (2014). Sentencia N.º 113-14-SEP-CC. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731->
14. Del Cid Lucero, V. (Ed.). (2011). *Glosario de Ciencias Sociales y Pueblos Indígenas*. Managua: s/e.
15. Engle Merry, S., J. G., & Tamanaha, B. (2014). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
16. Garzón López, P. (2014). Pluralismo jurídico. *Eunomia. Revista en Cultura de Legalidad*. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2178/1114>
17. Hernández, C. A. (2012). Arquetipos de pluralismo jurídico. *Análisis de sus visiones*. *Verba Iuris*, 85-105.
18. Irigoyen Fajardo, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: *P. I. humanos*, Berraondo, M. Bilbao: Universidad de Deusto.
19. Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: UEDEBA.

20. Mondol López, L. (2018). La institucionalización de la “cuestión” indígena desde el Estado costarricense. Revista Rupturas, 8(2), 77-100. Recuperado de: <https://investiga.uned.ac.cr/revistas/index.php/rupturas/article/view/2114/2478#>
21. Ron Erráez, X. (2015). La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural? Quito: UASB.
22. Stavenhage, R. (2002). Los pueblos indígenas y sus derechos. Ciudad de México: ONU.
23. Von Benda-Beckmann, F. (2014). La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal. En J. A. Guevara Gil, & A. G. Rivas, Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales (págs. 17-38). Lima: CICAJ.

DATOS DE LOS AUTORES.

1. **Yusmany Puerta Martínez.** Especialista de Postgrado Asesoría Jurídica. Licenciado en Derecho. Docente Universidad Regional Autónoma de los Andes, Extensión Riobamba. Correo electrónico: yupuma18451@gmail.com
2. **Mercedes Carolina Navarro Cejas.** Máster en Administración del Trabajo y Relaciones Laborales. Docente Universidad Regional Autónoma de los Andes, Extensión Riobamba. Correo electrónico: mechyn@hotmail.com
3. **Paúl Alejandro Centeno Maldonado.** Máster en Gestión Pública. Docente Universidad Regional Autónoma de los Andes, Extensión Riobamba. Correo electrónico: p_centenom@hotmail.com

RECIBIDO: 1 de mayo del 2019.

APROBADO: 12 de mayo del 2019.