

Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de prácticas coloniales

⁴¹Raúl Llasag Fernández
rllasag@hotmail.com

Resumen

A partir de un análisis sintético del reconocimiento constitucional formal de la justicia indígena, este artículo analiza la práctica desconstitucionalizadora de la Función Legislativa con respecto al tema de la justicia indígena y cómo la Corte Constitucional ecuatoriana retoma las prácticas coloniales en relación a los colectivos indígenas, lo cual incide en el retorno de esas prácticas coloniales en la Función Judicial.

Palabras clave: desconstitucionalización, retorno de prácticas coloniales, justicia indígena, derecho propio.

Introducción

La constitucionalización de la justicia indígena en el Ecuador se concretó en la Constitución de 1998, ratificada en la Constitución del 2008. Después de casi diez años de esa constitucionalización, es imperioso hacer un balance crítico sobre el problema de su desconstitucionalización y los procesos de subordinación al cual ha sido sometido por parte de la justicia ordinaria. De ahí la pregunta que pretendo contestar en este artículo es la siguiente: ¿existe un proceso de desconstitucionalización de la justicia indígena y el retorno de las prácticas coloniales? Me li-

41 Raúl Llasag Fernández, abogado kichwa de Cotopaxi, Doctor (PhD) en Pos-colonialismo y Ciudadanía Global por la Universidad de Coimbra-Portugal, Doctor en jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador, Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede en Ecuador. Docente de la Universidad Central del Ecuador y profesor invitado de varias universidades dentro y fuera del país.

mitaré a la justicia indígena, sin que ello signifique que no exista el reconocimiento constitucional formal de la administración de justicia de otros colectivos como los pueblos afroecuatorianos y pueblos montubios.

Para contestar a la pregunta antes indicada, realizaré un análisis crítico a las normas jurídicas que han sido aprobadas por la Asamblea Nacional con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 2008, de manera básica el Código Orgánico de la Función Judicial⁴² (COFJ) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴³ (LOGJCC); examinaré también las resoluciones de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional o simplemente Corte), relacionados con el tema de la administración de justicia indígena, de manera preferente el caso de La Cocha; y, también recurriré a la bibliografía que analiza el problema planteado. Es decir, metodológicamente utilizaré el análisis e interpretación hermenéutica normativa y jurisprudencial, pero también la crítica socio-jurídica.

Este artículo lo divido en tres partes: en la primera parte sintetizaré los elementos básicos que reconoce la Constitución ecuatoriana sobre el tema de la justicia indígena; en una segunda analizaré la desconstitucionalización de la justicia indígena en el desarrollo normativo; en una tercera miraré el retorno de las prácticas coloniales en las resoluciones de la Corte Constitucional; y, terminaré con la conclusión.

1. Constitucionalización formal de la justicia indígena

Por constitucionalización formal entiendo al análisis de las normas constitucionales como un deber ser y como la única fuente de razones que justifican el actuar tanto de la institucionalidad del Estado como de la sociedad en general. Por tanto, en este

42 Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) (Ecuador), 9 de marzo de 2009, R.O. Sup. No. 544.

43 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) (Ecuador), 22 de octubre de 2009, R.O. 52.

epígrafe analizaré los elementos básicos que contiene las normas constitucionales relacionadas con la justicia indígena, elementos que deberían ser observados por toda la institucionalidad del Estado ecuatoriano y la sociedad en general.

1.1 Sujetos de derecho: colectivos indígenas

La Constitución del 2008 trae al menos tres novedades con respecto a los sujetos de derechos:⁴⁴ primero, que a más de los sujetos individuales y personas jurídicas de tradición liberal, de manera expresa constitucionaliza a los sujetos de derechos colectivos en general (colectivos indígenas, afroecuatorianos, montubios y otros); segundo, la Naturaleza es constitucionalizada como sujeto de derecho; y, tercero, como sujetos colectivos indígenas se determina a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.⁴⁵

Los sujetos colectivos indígenas no son lo mismo o equivalente a personas jurídicas. Las personas jurídicas son un invento de la tradición liberal. La tradición liberal solamente admitía como sujeto de derecho a la persona humana individual y para ser coherente con esa concepción admitió que varias personas se unan con fines específicos y formen otro ente denominado “persona ficticia”.⁴⁶ La personería jurídica lo otorga el Estado a través de su institucionalidad previo al cumplimiento de varios requisitos establecidos en las leyes. Por tanto, su existencia depende de la vida jurídica que le otorga la institucionalidad del Estado y

44 Por sujeto de derecho lo estoy asumiendo como los titulares o destinatarios de derechos.

45 Para conocer sobre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ver en Llasag, Raúl, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, en Andrade, Santiago y otro (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos (Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009), pp. 186-189.

46 Código Civil (Ecuador), 19 de junio de 2015, R.O. Sup. 46, art. 564.

termina su existencia cuando se haya cumplido su objetivo o se encuentre incurso en una de las causales determinada en la ley.

Los colectivos indígenas: comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas son entes históricos que incluso la mayoría de ellos precedieron a la invasión española y al nacimiento del Estado ecuatoriano, tienen sus propias formas de organización social, económica y política, sus territorios; autoridades e instituciones, idiomas y sistemas de producción y transmisión de conocimientos. Al ser entes históricos, su existencia, nacimiento y extinción no dependen de la autorización de la institucionalidad del Estado, en otras palabras, para existir no dependen de la personería jurídica que otorga la institucionalidad del Estado. Estos sujetos colectivos indígenas conviven entre ellas, con el resto de la sociedad y la institucionalidad del Estado, por ello entre estos colectivos y la institucionalidad del Estado deben coordinar y cooperar mutuamente. Tampoco son entes que se extinguen por el cumplimiento de sus objetivos, porque los objetivos se van actualizando y readecuando a las necesidades de cada momento histórico que viven. Tampoco se extinguen por las causales que las leyes hayan contemplado para las personas jurídicas.

Por esas consideraciones la Constitución vigente afirma que las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas forman parte del Estado ecuatoriano,⁴⁷ es decir, la Constitución no reconoce, sino que constitucionaliza como sujetos de derechos colectivos que forman parte del Estado como organización social.

Justamente por ello, la Ley de Régimen de las Comunas que fue dictado en 1937 se convirtió en una norma inconstitucional para las comunas y comunidades indígenas y dejó de regir para esos sujetos colectivos por la disposición derogatoria de la Constitución del 2008.

Esos sujetos colectivos gozan de ciertos derechos que están desarrollados en los artículos 57 y 171 de la Constitución ecuatoriana.

⁴⁷ Constitución (Ecuador), 20 de octubre de 2008, R.O. No. 449, art. 56.

riana y las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independiente (en adelante Convenio 169 de la OIT), la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Declaración de Naciones Unidas) y la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante Declaración Americana), en este artículo me limitaré únicamente al tema de la justicia indígena:

1.2. Autonomía legislativa de los colectivos indígenas

De acuerdo con la Constitución ecuatoriana, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, tienen el derecho a “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio, que no podrá vulnerar los derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.⁴⁸ Eso significa que estos colectivos tienen autonomía legislativa.⁴⁹

La autonomía legislativa implica: a) la libertad para crear normas que cada una de las colectividades requieran para el desenvolvimiento de la vida en su integralidad; b) la libertad para derogar las normas que a criterio de la colectividad ya no son aplicables; c) la libertad para adecuar sus normas a las necesidades de cada momento histórico, social y político que viven las colectividades; d) la libertad para determinar los procedimientos y los órganos para la creación, derogación y actualización de sus normas; y, e) la libertad para aplicar y practicar esas normas propias en cada una de las colectividades. En conclusión, la autonomía legislativa significa que al interior de cada una de las colectividades indígenas no rige las normas que hayan dictado o que dictaren en la Función Legislativa a través de la Asamblea Nacional.

48 Constitución supra n. 7, art. 57.10.

49 La autonomía legislativa y jurisdiccional se fundamenta en los derechos contemplados en los numerales 1 y 9 de la Constitución ecuatoriana del 2008 y el derecho a la libre determinación reconocidos en los artículos 3, 4 y 5 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Esa autonomía legislativa genera resistencia por parte de la institucionalidad del Estado, porque ésta ve reducido su poder y esa parte del poder es trasladada a las colectividades indígenas. De ahí que el reconocimiento de la autonomía legislativa para los colectivos indígena implica una nueva forma de organización social.

El único límite que tiene, tanto la autonomía legislativa de las colectividades indígenas como la autonomía legislativa del Estado como institución, es la obligación de no vulnerar los derechos constitucionales, enfatizando los de las mujeres, niñas, niños y adolescente. Pero como se trata de un Estado plurinacional e intercultural, se impone la necesidad de que los derechos humanos sean interpretados de manera intercultural, es decir, a partir de las cosmovisiones, formas de pensar y derechos de cada colectividad involucrada en el caso.

1.3. Autonomía jurisdiccional de los colectivos indígenas

La autonomía jurisdiccional deriva del reconocimiento constitucional, que dice: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales”.⁵⁰ Esa autonomía implica la libertad para definir cuáles son los conflictos internos, determinar sus autoridades, establecer los procedimientos para conocer, investigar, resolver y ejecutar las resoluciones, determinar las reglas de competencia y la libertad para establecer todas las garantías necesarias para mantener la armonía en interrelacionalidad de todo lo existente.

1.3.1. Conflicto interno

Según la Constitución ecuatoriana, los colectivos indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, aplicando su Derecho Propio.⁵¹ El Derecho Propio no es solamente normas, es todo un sistema de vida, en los cuales se incluye las instituciones, normas adje-

⁵⁰ Constitución *supra* n. 7, arts. 57.10 y 171.

⁵¹ Constitución *supra* n. 7, art. 171.

tivas, normas de procedimiento y las normas que determinan lo que se ha entender por conflicto interno.

En consecuencia, quien determina en qué consiste el conflicto interno, son los derechos propios de cada uno de los colectivos indígenas en ejercicio de su autonomía legislativa y jurisdiccional. Por tanto, ni la Corte Constitucional ni la justicia ordinaria están habilitados para definir el conflicto interno de una comunidad. En otras palabras, cada colectivo indígena determinará lo que es un conflicto interno para su respectivo colectivo.

1.3.2. Reglas de competencia

En ejercicio de la autonomía legislativa y jurisdiccional, los mismos colectivos determinarán las reglas de la competencia, con la única condición de que no se vulnere derechos constitucionales. La Constitución ecuatoriana y los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas no limitan la competencia de las autoridades indígenas. Si la Constitución no limita la competencia no puede hacer esa labor la Corte Constitucional. Por otro lado, la misma Corte Constitucional tiene límites y esos son los derechos humanos. Los derechos humanos no se pueden restringir, porque éstos deben desarrollarse de manera progresiva y será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.⁵²

En el derecho anglosajón u ordinario la competencia se determina por la materia, el territorio y la persona. Esas reglas de competencia no existen en la justicia indígena. De ahí que:

... jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal (si se pretendiera dividir por materias) es de co-

⁵² Constitución *supra* n. 7, art. 11.8.

nocimiento del Derecho Indígena. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limita las materias que pueda conocer el Derecho Indígena a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas.⁵³

En cuanto a la competencia territorial, la Constitución ecuatoriana es mucho más amplia y abierta, porque dice que las autoridades de las colectividades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales “dentro de su ámbito territorial”.⁵⁴ Esto significa que el proceso de administración de justicia lo ejercerá dentro de su ámbito territorial, pero no está limitado a los conflictos surgidos dentro de ese ámbito territorial. Esta posición es coherente con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas, que no limitan la competencia de las autoridades de los pueblos indígenas a los conflictos surgidos dentro del territorio indígena. Además, la jurisdicción indígena tiene su razón de ser, porque pretende un control social de los miembros de los colectivos indígenas, para garantizar el derecho a vivir como colectivo diferente y mantener su cultura.

Desde la concepción de los colectivos indígenas, el territorio no se limita únicamente al espacio geográfico donde se asienta el colectivo. El Convenio 169 de la OIT define como el espacio “que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”,⁵⁵ con los componentes cultural, religioso y filosófico de los colectivos indígenas. Por ello, la Corte Constitucional colombiana, al

53 Yrigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal* (Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999), p. 90.

54 Constitución *supra* n. 7, art. 171.

55 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independiente (Convenio 169 de la OIT), 27 de junio de 1989, entrada en vigencia 5 de septiembre de 1991, ratificado el 15 de mayo de 1998, art. 13.2.

referirse a los territorios de los colectivos indígenas, entiende además a “aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”.⁵⁶

En cuanto a la competencia por persona, los Derechos Indígenas “están destinados a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros como partes del derecho a la propia vida cultural”,⁵⁷ en este sentido debe tenerse en cuenta, que es fundamental la pertenencia al colectivo para determinar la competencia de la autoridad indígena, pero sin que sea exclusivo.

¿Cómo se determina la pertenencia a un colectivo? Lo determina el colectivo indígena, aplicando el Derecho Propio de cada uno de los colectivos indígenas. Generalmente se verifica por la autoidentificación de la persona como miembro o parte de un colectivo indígena y que ese colectivo indígena le acepte como miembro. Los colectivos indígenas generalmente le consideran miembro a aquellas personas que participan activamente en la vida comunitaria, que son fundamentalmente: mingas, reuniones, aportes económicos e intelectuales y actos sociales.⁵⁸

Al momento de determinar la competencia por la pertenencia al colectivo, se pueden presentar varios casos en combinación con la competencia territorial y otras circunstancias, que debe ser dilucidada por el derecho indígena⁵⁹ en ejercicio de su derecho a la autonomía.

En la justicia indígena, además, la competencia se determina por acuerdo de las partes o de las autoridades, generalmente en los

56 Corte Constitucional (Colombia), Sentencia SU-039/97, 3 de febrero 1997, caso T-84771.

57 Yrigoyen, *supra* n. 12, p. 91.

58 Véase más en Llasag, *supra* n 5, pp. 195 y 196.

59 Ver Llasag, Raúl, “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Konradenauer, Uruguay, 2006, Tomo 2), pp. 749-760.

conflictos intercomunitarios o cuando los infractores sean de diferentes comunidades.

En consecuencia, la competencia se determina fundamentalmente por la pertenencia a un determinado colectivo, pero también se puede determinar por varios factores o en combinación de varios de ellos, como es el territorio y acuerdo de las partes o de las autoridades.

1.3.3. Autoridades legitimadas para resolver los conflictos

El derecho a “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad...”⁶⁰ y la autonomía jurisdiccional constitucionalizada a favor de los colectivos indígenas habilitan para que los Derechos Propios de éstos determinen qué autoridades resolverán los conflictos internos.

En los derechos propios, generalmente, existen tres clases de autoridades habilitadas para resolver los conflictos: “las autoridades tradicionales, las autoridades de elección y la autoridad comunitaria o asamblea”.⁶¹

1.3.4. Procedimientos para conocer, investigar, resolver y ejecutar las resoluciones

La autonomía jurisdiccional y autonomía legislativa, también, habilitan a los colectivos indígenas para determinar sus propios procedimientos, de tal manera que el debido proceso que deben cumplir las autoridades indígenas para conocer, investigar, resolver y ejecutar las resoluciones serán los determinados en sus Derechos Propios.⁶² Estos no necesariamente están escritos, lo

60 Constitución *supra* n. 7, art. 57.9.

61 Llasag, Raúl, “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha, en Santos, Boaventura y Grijalva, Agustín, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador* (Ecuador, Abya Yala, 2013), pp. 334; ver más Llasag *supra* n. 5, pp. 192-193.

62 La Corte Constitucional (Colombia) Sentencia No. T523/97, 15 octubre

fundamental es que sean aceptados y conocidos por sus miembros y sus autoridades.

Si bien cada Derecho Propio tiene particularidades, al mismo tiempo tienen reglas comunes como la oralidad del proceso, agilidad en las resoluciones, garantía del derecho a la defensa, ejecución inmediata, reparación integral y recuperación de la armonía personal, familiar y comunitaria.⁶³

1.4. Deber de la institucionalidad del Estado de respetar las resoluciones de la justicia indígena y acción extraordinaria de protección

Como una consecuencia directa de la autonomía legislativa y jurisdiccional constitucionalizada en favor de los colectivos indígenas, la institucionalidad del Estado se ha impuesto el deber de garantizar “que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”.⁶⁴ Esto significa que ninguna juez o tribunal de la justicia ordinaria, ni otra autoridad pública pueden cuestionar la validez de las resoluciones de la justicia indígena; tampoco pueden volver a conocer y resolver sobre los hechos, actos u omisiones que han sido juzgados por la justicia indígena, por ello de manera expresa la misma Constitución prohíbe el doble juzgamiento y “los casos resueltos por la justicia indígena deberán ser considerados para este efecto”.⁶⁵

Solo en el evento de que la resolución de la justicia indígena hubiere violentado derechos humanos, la Corte Constitucional realizará el control de constitucionalidad,⁶⁶ y en sentencia

de 1997, expediente T-124907.

63 Ver más en Llasag *supra* n. 20, pp. 338-343.

64 Constitución *supra* n. 7, art. 171 inciso segundo.

65 Constitución *supra* n. 7, art. 76 numeral 7, literal i.

66 Constitución *supra* n. 7, art. 171 inciso segundo.

determinará si la resolución sometida a su conocimiento violentó o no los derechos humanos, para ello tiene la obligación de interpretar interculturalmente los derechos.

1.5. Coordinación y cooperación de los colectivos indígenas con la institucionalidad del Estado

En virtud de la autonomía jurisdiccional y legislativa de las que gozan los colectivos indígenas, “la coordinación y cooperación está pensada bajo el principio de igualdad de sistemas jurídicos. Si partimos de la idea de igualdad, los diferentes sistemas jurídicos no se superponen, ni se subordinan, sino se dialogan y en ese diálogo de iguales se coordinan y cooperan”.⁶⁷

Por ello, “la coordinación y cooperación tiene por objetivo la no vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional reconocida a favor de los colectivos indígenas”.⁶⁸ Dos principios se vuelven importantes en la coordinación y cooperación como garantía de la autonomía legislativa y jurisdiccional: el respeto en igualdad de condiciones y el diálogo de interlegalidades. El respeto en igualdad de condiciones significa que tanto la justicia ordinaria como las justicias indígenas tienen la misma validez e importancia y que está prohibido imponer visiones y concepciones. De ahí que, el diálogo de interlegalidades es posibilidad para salir de la ignorancia colonial y abrirse a lo desconocido, “que permita conocer las diferentes visiones y concepciones de las justicias indígenas, y en ese conocimiento mutuo permitirá acuerdos y los acuerdos obviamente implican compromisos de cambio”.⁶⁹ En otras palabras ese nivel de coordinación y cooperación implica descolonizarnos mental y materialmente.

67 Llasag Fernández, Raúl, “Experiencias de coordinación y cooperación formal de la justicia ordinaria con los sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador”, en Ávila, Ramiro, *Estado, derecho y justicia* (Quito, Corporación Editora Nacional, 2013) p. 210.

68 Llasag, *supra* n. 26, p. 210.

69 Llasag, *supra* n. 26, p. 210

Desde esa perspectiva la

... coordinación y cooperación es amplia, que se genera en el diario actuar de los sistemas jurídicos, ya sea vía políticas públicas, jurisprudencia, legislativa, etc. Por tanto, no es solamente materia de una ley e inclusive una ley puede ser un obstáculo para el nivel de coordinación y cooperación planteado como el caso de Bolivia con la Ley de Deslinde de Jurisdicciones, que formalmente ha eliminado a la justicia indígena, limitando materialmente a casos que no estén tipificados en la ley. En consecuencia, la coordinación y cooperación se pueden dar en contextos formales e informales, los mismos que pueden fortalecerse mutuamente o subordinar una sobre otra.⁷⁰

2. Desconstitucionalización de la justicia indígena

La desconstitucionalización puede tener varios significados.⁷¹ En este artículo, parto de la idea que tenemos un ordenamiento constitucionalizado, en donde la Constitución se convierte en la “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.⁷² En ese sentido los derechos constitucionales son los límites para toda la institucionalidad del Estado, las personas individuales, los colectivos, las empresas nacionales y transnaciona-

⁷⁰ Llasag, *supra* n. 26, p. 210.

⁷¹ Desconstitucionalización como reducción de la constitución a la parte orgánica; como abandono de los principios políticos liberales del constitucionalismo; como pérdida de rango constitucional de normas constitucionales; como derogación sociológica de normas constitucionales; como desmontaje de la Constitución; entre otros. Véase más en Sagüés, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, número 2 (2007), 181-195.

⁷² Guastine, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (traducción de José Ma. Lujambio), en Carbonell, Miguel, (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)* (4ta. Edición, Madrid, Trotta-UNAM, 2009) p. 153.

les. En esa virtud, por desconstitucionalización entiendo como el vaciamiento y regresión de los derechos constitucionales por parte de la institucionalidad del Estado en el desarrollo de las actividades legislativas, judiciales, reglamentarias, de control de constitucionalidad y otras actividades. Para analizar la desconstitucionalización de la justicia indígena como un derecho de los colectivos indígenas, voy a remitirme al COFJ, a la LOGJCC y a las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

2.1. De la autonomía legislativa a tener en cuenta la diversidad

Si la autonomía legislativa es la libertad para crear, derogar y adecuar las normas e instituciones, libertad para determinar los procedimientos, significa que toda la institucionalidad del Estado, sus funcionarios e incluso las personas individuales, colectivos, las empresas nacionales y transnacionales tienen la obligación de respetar y acatarlas.

Sin embargo, el COFJ, cuando determina los principios que deben aplicar los jueces, fiscales, defensores, policías, otros servidores judiciales y demás funcionarios públicos en sus actuaciones y decisiones que tengan relación con los colectivos indígenas, se menciona, entre otros, el principio de la diversidad y ordena que “han de tener en cuenta el derecho propio... con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural”.⁷³

Tener en cuenta no va más allá de considerar, acordar recordar y pensar en el Derecho Propio. Pero, en la lógica de las autonomías legislativas y jurisdiccionales, no se trata solamente de tener en cuenta el Derecho Propio, sino de respetar y acatar, es decir, si la justicia ordinaria por cualquier motivo conoce el caso en donde se encuentre involucrado una persona de un colectivo indígena, en principio deberá ser procesado y resuelto aplicando el Derecho Propio del colectivo al cual pertenece.

⁷³ COFJ, *supra* n. 2, art. 344.

En el momento en que el COFJ, ordena solamente tener en cuenta el Derecho Propio, se evidencia el proceso de desconstitucionalización, porque el respeto y acatamiento del Derecho Propio implica garantizar la autonomía legislativa, jurisdiccional y de autogobierno de los colectivos, y no solamente a tener en cuenta el Derecho Propio.

2.2. De la autonomía jurisdiccional a la autonomía de mínimas restricciones

Tanto la autonomía jurisdiccional como la legislativa están limitadas por el respeto a los derechos constitucionales interculturalmente interpretados. La única autoridad que puede realizar el control de constitucionalidad es la Corte Constitucional, sin limitar la justicia indígena más de lo que la Constitución ha limitado, porque los derechos son progresivos y no regresivos.

A pesar de lo anterior, la LOGJCC, al determinar los principios y al referirse a la autonomía dice: “Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de máxima autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales...”⁷⁴

¿Qué es el mínimo de restricciones? Es una ventana abierta para que la Corte Constitucional pueda violentar derechos constitucionales, pretendiendo restringir la autonomía jurisdiccional y legislativa:

- a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atente contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema del 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.

⁷⁴ LOGJCC, *supra* n. 3, art. 66.3.

- b) 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 a sus valores comunitarios.⁷⁵

Es decir, por un lado, sostiene que es de competencia exclusiva de la justicia ordinaria conocer y resolver los casos que atenten contra la vida. Pero, por otro lado, dice que la justicia indígena conserva la jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos. Esto quiere decir que, pese a la exclusividad de la justicia ordinaria para conocer y resolver los casos que atente contra la vida, si el Derecho Propio de una comunidad indígena X dice que lo conocido en la justicia ordinaria como “delitos contra la vida” son de competencia de la autoridad indígena, éstas conservan la jurisdicción para conocer y resolver esos casos.

Consecuentemente la posibilidad de “un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”, es inconstitucional porque es una norma restrictiva de derechos constitucionales.

2.3. Del deber de respetar las resoluciones de la justicia indígena a la implementación del doble juzgamiento.

Constitucionalmente la institucionalidad del Estado y sus funcionarios públicos están obligados a respetar las decisiones de la justicia indígena. Por tanto, ningún juez o tribunal de la justicia ordinaria, ni otra autoridad pública pueden cuestionar la validez de las resoluciones de la justicia indígena y tampoco pueden volver a conocer y resolver sobre los hechos, actos u omisiones que han sido juzgados por la justicia indígena. En el evento de la violación de derechos humanos, la Corte Constitucional puede realizar el control de constitucionalidad de esas resoluciones.

El control de constitucionalidad también tiene límites, esos límites son los derechos humanos, es decir, la Corte Constitucional no puede restringir los derechos humanos y menos violentarlos.

⁷⁵ Corte Constitucional,

Sin embargo, la Corte Constitucional, cuando resuelve el caso conocido como La Cocha, pone en vigencia el doble juzgamiento,

Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo Kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis idem* o doble juzgamiento.⁷⁶

Bajo ese argumento, la Corte Constitucional es clara en cuanto a dejar sentada la vigencia del doble juzgamiento, porque sostiene que la comunidad La Cocha al resolver el asesinato no violó ningún derecho humano en el procedimiento y la sentencia; y la justicia ordinaria tampoco violentó el principio de *nos bis idem*, al volver a conocer el mismo hecho que ya fue resuelto por la comunidad La Cocha.

En otras palabras:

... si una persona es juzgada en una comunidad indígena por asesinato, el juez ordinario puede volver a juzgar porque la comunidad no resolvió respecto a la afectación del bien jurídico vida individual, sino únicamente las consecuencias que generó el asesinato, que según la Corte sería la desestabilización de la vida comunitaria. Lo inverso, si la justicia ordinaria conoce y juzga un caso de asesinato ocurrido en una comunidad indígena, la justicia indígena puede volver a conocer y juzgar porque la justicia ordinaria solamente resolvió con respecto

⁷⁶ Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP.

a la afectación del bien jurídico vida individual, pero no resolvió las consecuencias del asesinato, esto es, la desestabilización o armonía de la comunidad.⁷⁷

Por tanto, la sentencia número 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014 emitida por la Corte Constitucional, no solo desconstitucionaliza los derechos constitucionales, sino además violenta derechos humanos, y ello le convierte en una sentencia que carece de eficacia jurídica.

2.4. De la coordinación y cooperación a la declinación de competencia subordinada a la justicia ordinaria

Como se explicó *supra* 1.5, la coordinación y cooperación tiene por objetivo la no vulneración de la autonomía legislativa y jurisdiccional reconocida a favor de los colectivos indígenas, porque esa coordinación y cooperación está pensada bajo el principio de igualdad de oportunidades de los sistemas jurídicos. Esa coordinación y cooperación se da en el diario actuar de los sistemas jurídicos, sea en la elaboración y ejecución de políticas públicas, en la emisión de jurisprudencias, en la actividad legislativa, etcétera. Y la declinación de competencias es uno de los mecanismos de coordinación y cooperación entre justicias.

Por varias razones históricas, sociológicas, antropológicas e incluso por preservar la unidad de la comunidad, habrá casos que las autoridades de los colectivos indígenas dejen de conocer y sometan el mismo a la autoridad ordinaria o podemos encontrar colectivos que simplemente perdieron la capacidad de resolver sus conflictos, sin que ello signifique que estas comunidades no puedan recuperar su capacidad de resolución de conflictos. Por consiguiente, se pueden dar, al menos cinco situaciones:

⁷⁷ Llasag Fernández, Raúl, “Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte Constitucional, caso La Cocha”, en Dirección Nacional de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades de la Defensoría Pública del Ecuador, *Cuadernos para la interculturalidad 10* (Quito, Defensoría Pública del Ecuador, 2014), p. 36.

- a) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a sus propias autoridades y éstas resuelvan.
- b) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a sus autoridades y éstas remitan el caso a la justicia ordinaria;
- c) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a la justicia ordinaria y las autoridades de la justicia ordinaria conozcan y resuelvan el conflicto, sin que la autoridad indígena reclame su competencia;
- d) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a la justicia ordinaria y la autoridad indígena reclame competencia;
- e) Que los miembros de los colectivos indígenas sometan sus conflictos a los jueces de la justicia ordinaria y estos devuelvan la competencia a la autoridad del colectivo indígena, sin que exista petición de la autoridad indígena.

El COFJ regula la autolimitación de la justicia ordinaria respecto de los sistemas de justicia indígena o la declinación de competencia, previsto como caso d); pero, además deja algunos principios que debe aplicar en el caso c).

La declinación de competencias, según el referido Código⁷⁸ y la sentencia de la Corte Constitucional,⁷⁹ está subordinada a la justicia ordinaria y limitada por la Corte Constitucional, porque exigen algunos presupuestos, al parecer, sin los cuales no procedería:

- a) Debe llegar a conocimiento de los jueces y juezas la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas.

⁷⁸ COFJ, *supra* n. 2, art. 434

⁷⁹ Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 008-15-SCN-CC, 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN.

- b) Debe existir una petición de la autoridad indígena solicitando la competencia.
- c) La autoridad indígena, deben demostrar la pertinencia de la petición y la calidad de autoridad indígena bajo juramento.
- d) Que no se trate de delitos contra la vida.
- e) Que el conflicto sea entre indígenas.

Exigir que la autoridad indígena solicite competencia, es desconocer la realidad de los colectivos indígenas empezando por la distancia hasta la carencia de recursos económicos para la movilización. No considera que la justicia ordinaria se encuentra en ventaja frente a la justicia indígena, pues ésta tiene toda una institucionalidad a su servicio, con personal judicial y operadores de justicia por todo el país, así como ingentes recursos económicos. En tanto que la justicia indígena, aparte de ser relegada, ha sido perseguida y penalizada durante toda la época colonial, republicana y hasta el momento, sin que cuente con personal remunerado y dedicado exclusivamente a la administración de justicia. En esa perspectiva, no siempre las autoridades de los colectivos indígenas podrán recurrir ante la autoridad ordinaria y reclamar la competencia, pero esa falta de posibilidad de recurrir ante la autoridad ordinaria para reclamar la competencia no debe considerarse que la autoridad ordinaria deba resolver el caso de manera unilateral.

No se conforma con exigir que la autoridad indígena solicite la declinación de competencia, sino, además, le obliga a probar la pertinencia de la petición y la calidad de autoridad. Esta es una violación al principio de igualdad material que debe considerar la situación de desventaja en que se encuentra la justicia indígena en relación a la justicia ordinaria.

Además, quien termina calificando la pertinencia de la petición y la prueba de calidad de autoridad, son los jueces y juezas de la justicia ordinaria y bajo parámetros de la visión del derecho

anglosajón. Esto es retomar las prácticas coloniales, en donde hay una justicia superior y otra inferior que toma decisiones de manera unilateral. De igual manera sucede con la exigencia de que los conflictos sean entre indígenas y no se trate delitos contra la vida, es una práctica colonial bajo la idea de inferioridad e incapacidad de los colectivos indígenas.

Lo más coherente sería que la declinación de competencia se produzca cuando los jueces y juezas tengan conocimiento de la existencia de un proceso sometido a conocimiento de las autoridades indígenas o llegaren a conocer que uno de los involucrados en el conflicto sometido a su conocimiento es miembro de un colectivo indígena y el juez o jueza de oficio debería verificar la existencia de la autoridad indígena y que la misma acepte la competencia.

Incluso la declinación de competencia debería proceder a petición de los involucrados en el conflicto, caso no previsto por el COFJ.

Solo en el evento de que las autoridades indígenas decidan remitir el caso a la justicia ordinaria o no reclamen la competencia, los jueces, fiscales y otras autoridades judiciales debería resolver, pero aplicando el derecho propio del colectivo al cual pertenece el involucrado en el conflicto y no solamente tomando en consideración como dice el COFJ, además deberán aplicar los otros principios: de igualdad, de projusticia indígena, *non bis in ídem* y de interpretación intercultural de los hechos y del derecho.⁸⁰

Consecuentemente, el COFJ y las sentencias de la Corte Constitucional han procedido a desconstitucionalizar los derechos de los colectivos indígenas.

⁸⁰ COFJ, *supra* n. 2, art. 344.

3. Retorno de prácticas coloniales

El neocolonialismo está relacionado con la dependencia económica, política, cultural, ideológica e, incluso, epistémica de un país con respecto a otro, reproduciendo prácticas coloniales como de sometimiento, dominación, deslegitimación, marginación, imposición, explotación y subordinación en todos los aspectos. Pero, en este artículo, estoy hablando de prácticas coloniales que se reproducen al interior de un país, en donde “Surgen testaferreros y dictadores [en los países dominados] encargados de mantener el orden que mejor conviene a la expansión y desarrollo del nuevo imperialismo”,⁸¹ es decir, es una especie de neocolonialismo interno.⁸² Por tanto, el retorno de prácticas coloniales que trataré aquí se refiere a las prácticas coloniales de la institucionalidad de estado con respecto a la justicia indígenas.

3.1. *La justicia indígena siempre y cuando la justicia ordinaria lo permita*

En la colonia “el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas... y pluralismo legal, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus “usos y costumbres” en tanto no contradigan la religión o las leyes.”⁸³ Por tanto, se admitía que las autoridades indígenas resuelvan los problemas internos, pero siempre y cuando el Derecho Indiano lo permita.

Como se pudo apreciar antes *supra* 2.4, el COFJ exige una serie de requisitos, que debe presentar la autoridad indígena, para que el juez de la justicia ordinaria proceda a declinar la competencia, pero al mismo tiempo tiene que probar la calidad de autoridad.

81 Zea, Leopoldo, *Latinoamérica: emancipación y neocolonialismo* (Caracas: Tiempo Nuevo, 1971) p. 16.

82 Rivera, Silvia, *Violencias (re) encubiertas en Bolivia* (La Paz, Editorial Piedra Rota, 2010).

83 Yrigoyen, Raque (2006) “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Mikel Berraondo (coord.) *Pueblos indígenas y derechos humanos* (Bilbao, Universidad de Deusto, 2006) p. 540.

Y finalmente quien califica la pertinencia de la petición de la autoridad indígena y las pruebas de la calidad de autoridad son los jueces y juezas de la justicia ordinaria. Es decir, la justicia indígena está a merced de la autorización de la justicia ordinaria, ésta es la que decide si declina o no la competencia.

Incluso la Corte Constitucional del Ecuador llega a sostener expresamente que la justicia indígena no es una función autónoma, sino que está circunscrita a la Función Judicial:

... El Constituyente ha agrupado normativamente tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena dentro de un mismo capítulo en el texto constitucional; evidenciando su intención de circunscribir a la jurisdicción indígena dentro del ámbito de la Función Judicial, esto con el objeto de no crear paralelismos en donde se conciba a la jurisdicción indígena como una función autónoma dentro de la estructura constitucional ecuatoriana.⁸⁴

Lo anterior evidencia que la justicia indígena está subordinada a la justicia ordinaria, lo cual reproduce la práctica colonial de considerar a la justicia indígena como inferior y la justicia ordinaria como superior.

3.2. *La justicia indígena solo entre indígenas*

“Según las Leyes de Indias, los alcaldes de *pueblos de indios* así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero solo para pleitos entre indios”.⁸⁵ Esa marginación de la justicia indígena solo para indios fue superado formalmente por la Constitución de la República del Ecuador del 2008, pues hoy se habla de conflictos internos y estos deberían ser determinados por el Derecho Propio de cada uno de los colectivos indígena en ejercicio del derecho a la autonomía.

84 Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 001-18-SDC-CC, 07 de febrero de 2018, caso 0003-10-DC, p.15.

85 Yrigoyen, *supra* n. 42, p. 540.

Contrario a lo dispuesto por la Constitución vigente, la Corte Constitucional ecuatoriana retoma la práctica colonial de que la justicia indígena procede solo entre indígenas, así: “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”.⁸⁶ Por tanto, según la Corte el conflicto interno, sería los problemas surgidos entre miembros de las comunidades indígenas. Es decir, es una justicia segregada para y entre indígenas y borra la perspectiva intercultural de un Estado plurinacional, que justamente cuestiona las prácticas coloniales de segregación, marginación y superposición, y obliga a construir sociedades y prácticas interculturales, en donde las culturas y los saberes son al mismo tiempo conocimiento e ignorancia, donde no hay superiores ni inferiores.

La Corte, para segregar a la justicia indígena, asume como noción de interculturalidad el concepto de multiculturalidad liberal que reconoce las diversidades culturales, su integración al Estado e interrelación entre culturas, pero sin cuestionar las prácticas coloniales y capitalistas, de ahí que la interculturalidad para la Corte,

... más que una categoría con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre éstos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la relación cívica.⁸⁷

86 Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP; y, Sentencia No. 008-15-SCN-CC, de fecha 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN.

87 Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP; y, Sentencia No. 008-15-SCN-CC, de fecha 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN.

En ese sentido, según la Corte Constitucional, la justicia indígena no solo está subordinada a la justicia ordinaria, sino además es segregada solo para indígenas y entre indígenas, poniendo en vigencia el reconocimiento de las diversidades, pero bajo los principios de inferioridad y superioridad.

3.3. *La justicia indígena para casos menores*

En la Colonia, la justicia indígena solo resolvía “casos que no ameriten penas graves”,⁸⁸ porque los europeos, para justificar los asesinatos, la invasión, los robos y apropiación de las tierras, se inventaron que los habitantes del Abya Yala eran personas con menor capacidad y se les concedió el estatus de rústico, miserable y menor. Lo *rústico* tenía relación con la falta de conocimiento y de acceso a la información, por tanto, era un estado de abandono, desentendimiento, de discriminación y de marginación. Lo *miserable* no solo se trataba de una miseria física y abandono, sino una condición que requería un amparo, el cual le correspondía prestar a los misioneros de la religión, a los ministros de estado y al monarca. La *minoría*, aludía a la presunción de limitación de la razón humana, es decir, que no estaba capacitado para un ejercicio pleno de la patria potestad, necesitando por tanto siempre de una tutela familiar, pero no de sangre sino de religión.

Esa práctica colonial es retomada por la Corte Constitucional, porque esta sigue tratando como personas de menor capacidad:

... Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida... en ese sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente... sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.⁸⁹

⁸⁸ Yrigoyen, *supra* n. 42, p. 540.

⁸⁹ Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de fecha 30 de julio de 2014, caso 0731-10-EP; y, Sentencia No. 008-15-SCN-CC, de

Palabra

En otras palabras, los colectivos indígenas, al decir de la Corte Constitucional ecuatoriana, no tienen la suficiente capacidad para comprender la afectación a la vida individualmente considerada y por ello resuelve la muerte en cuanto afecte a la paz o armonía de la comunidad. La Corte Constitucional confunde entre el objetivo o la razón final de la justicia indígena con la concepción del *llaki*.⁹⁰ El objetivo o razón final de la justicia indígena es buscar la paz comunitaria y eso lo consigue al resolver el *llaki* y el retorno de la paz comunitaria; mientras que el *llaki* es la infracción que comete una persona o personas por efectos del desequilibrio de sus diferentes cuerpos, con el resto de los miembros de la comunidad o el cosmos, esa infracción puede cometerse en contra de otra persona, comunidad o cosmos. Esto no significa que las comunidades indígenas no juzguen el bien jurídico muerte individual, una cosa muy diferente es que el bien jurídico muerte individual en la justicia indígena adquiere otras connotaciones, porque el ser humano no es únicamente cuerpo físico sino cuerpo espiritual y astral, pero también es parte de una familia, comunidad y cosmos. Por eso la justicia indígena cuando resuelve un conflicto, no solo se reduce a proteger el bien jurídico individual, sino se extiende a la familia, comunidad y cosmos, es decir, a diferencia de la justicia ordinaria, la justicia indígena es integral.

Pero, según la Corte, la justicia indígena no solo no entiende el concepto de vida individual, sino además no tiene capacidad para conocer, investigar y resolver los delitos contra la vida bajo esa figura de bien jurídico vida individual, pasando a ser “competencia... exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario”, pero sí puede conocer, investigar y resolver el mismo caso bajo la figura de muerte como afectación al colectivo.

fecha 5 de agosto del 2015, casos 0005-11-CN. 0058-11-CN. 0021-12-CN v 0003-13-CN, p. 24

90 *Llaki* es desarmonía de los diferentes cuerpos del ser humano o también tristeza por esa desarmonía que le llevó al cometimiento de la infracción.

En definitiva, la Corte pone en vigencia el doble juzgamiento y reproduce prácticas coloniales de marginación, subordinación, segregación del derecho propio de los colectivos indígenas.

4. Conclusiones

El Ecuador vive un proceso de desconstitucionalización, vaciando el contenido de las normas constitucionales que garantizan de vigencia de la justicia indígena y poniendo en vigencia el doble juzgamiento que ha sido prohibido por la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A la par con la desconstitucionalización, la Corte Constitucional ecuatoriana ha retomado prácticas coloniales, colocando a la justicia indígena en posición de subordinación frente a la justicia ordinaria, segregando para casos entre indígenas y declarando incapaces de resolver casos relacionados a delitos contra la vida. Esa posición de la Corte Constitucional incide en el retorno de las prácticas coloniales en la Función Judicial del Ecuador.