

# Aplicación del derecho constitucional a la justicia indígena

2017-08-18 15:08:07 D. P.

**La constitucionalización de la justicia indígena:** la administración de justicia indígena data desde la Colonia, donde encontramos los primeros vestigios de reconocimientos legales de nuestras colectividades indígenas. Veamos la siguiente cita: “el principio general expresado en varios decretos reales, que consistía que las buenas costumbres, o las leyes de indios debían ser observadas hasta el punto que estas no fueran contrarias a la religión cristiana”. Podemos citar varios decretos donde se menciona a este tipo justicia.

En el 2008, año en que se realizó la Asamblea Constituyente, con la presión de nuestras organizaciones indígenas se logró incluir el artículo 171 que establece: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”.

A partir de esto, se consolida la idea de que el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad y la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Pero con dos limitaciones: “que no sean contrarias a la Constitución y a los derechos humanos”. Por su parte, el artículo 10 de la Constitución establece que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

De ahí podemos entender que la aplicación de la administración de justicia indígena se encuentra legitimada con todas y cada una de las atribuciones que confiere la Constitución, normas internas, y los tratados y convenios internacionales vigentes. Estos factores han contribuido para que algunos autores consideren que el Derecho Indígena es el conjunto de normas legales no escritas ni codificadas distintas del ordenamiento jurídico, que tienen como fin mantener un comportamiento y una buena convivencia social y pacífica con todos los miembros de un determinado territorio. Así, el derecho consuetudinario no se encuentra escrito, es de carácter tradicional y su transmisión oral corresponde más a un código moral de justicia basado en las costumbres y tradiciones de cada pueblo, comunidad o nación indígena.

En consecuencia, se justifica la juricidad de la justicia indígena, no solo porque la Constitución así lo reconoce, sino porque los pueblos y nacionalidades indígenas, aún sin el reconocimiento constitucional, han venido regulando su conducta colectiva a través de sus propios sistemas legales o del derecho propio. De manera que es legal y aplicable la justicia indígena.

Sin embargo, es importante mencionar el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por varios países latinoamericanos sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, que en sus artículos 8, 9 y 10 claramente determinan las funciones que tienen que cumplir los sistemas de justicia indígena.

Este Convenio forma parte del derecho nacional y adquiere el rango de norma constitucional o norma suprema de obligatorio cumplimiento por parte de todos los órganos públicos y de los particulares, prevaleciendo sobre el orden interno. Por esta razón, debe ser la base de la interpretación intercultural que se haga de las normas existentes, incluso en materia penal.

Por su parte, el artículo 5.9 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece la prohibición de doble juzgamiento y señala que “ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto”. Por último, cabe señalar que la única limitación que impone el Convenio 169 al derecho indígena, en el ejercicio de esa potestad, es la no vulneración de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos y ratificados por los Estados.

Todo lo anterior, permite afirmar que se reconoce el carácter pluralista y los derechos específicos de los pueblos indígenas, incluido el de la capacidad de articular una jurisdicción indígena paralela a la estatal que encuentra sus límites en el respeto a los derechos humanos.

## 1. Hitos jurisprudenciales

Un antecedente importante tiene que ver con los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Por ejemplo, el caso *Aloeboetoe y Otros Vs. Suriname* (Sentencia del 10 de septiembre de 1993), se refiere a la detención, trato cruel, inhumano y degradante y muerte de los indígenas *Daison Aloeboetoe, Dedemanu Aloeboetoe, Mikuwendje Aloeboetoe, John Amoida, Ricenle Voola, Martin Indisie Banai y Beri Tiopo*, miembros de la Tribu *Saramaca*, Suriname, ocurrida el 31 de diciembre de 1987.

Lo fundamental de esta sentencia es que la CIDH reconoció la existencia del derecho consuetudinario de la tribu *Saramaca* de Suriname, estableciendo que los términos del Derecho Civil de hijos, sucesores, descendientes y otros, deberían ser interpretados según el derecho local, pues “no es el derecho surinamés eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre *saramaca*. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana”.

Sin embargo, hasta la presente fecha la CIDH no ha emitido una opinión consultiva en forma específica relativa a los derechos de los pueblos indígenas. Pero pueden entenderse bajo la interpretación intercultural las opiniones consultivas ya promulgadas a favor de los pueblos originarios. Así por ejemplo, la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, establece que los órganos del sistema interamericano pueden recurrir en sus tareas a otros instrumentos de derechos humanos, por lo que es fácil entender la aplicación del Convenio 169 de la OIT y las demás disposiciones internacionales que reconozcan derechos a los pueblos indígenas.

Luego, tenemos la Sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador en el caso “*La Cocha*” (Acción Extraordinaria de Protección, signada con el código 0731-10-EP del 31 de julio de 2014). En el caso “*La Cocha*” en la parroquia de *Zumbahua*, la Corte Constitucional decidió que la justicia indígena no tiene competencia para resolver delitos graves como el homicidio. Sus argumentos son los siguientes: “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, 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 in idem* o doble juzgamiento. (...) 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 del ámbito territorial de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. 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”.

Esta sentencia es preocupante al no cumplir con los provisiones del mandato constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos respecto de los pueblos indígenas. Sin fundamento alguno reduce la justicia indígena a efectos sociales y culturales, mientras que la Constitución no conoce este límite. Así, en el artículo 171 se determina como límites a los derechos humanos y el ámbito territorial. Subordinar la justicia indígena a la justicia ordinaria es inconstitucional, porque contradice el principio de plurinacionalidad, que garantiza igualdad de todas las nacionalidades. Además, este precedente ha aplicado el Derecho Penal de manera colonial y probablemente tendrá repercusiones a otros casos en los que no se declinará la competencia a la justicia indígena.

### III. Contestación a las objeciones a la justicia indígena

Sin duda, el conflicto que genera el reconocimiento del pluralismo legal en nuestro país es el relativo a las funciones de coordinación y cooperación con la justicia ordinaria. En otras palabras, se trata de un problema de definición y delimitación de jurisdicciones y competencias que deberá desarrollarse a través de la legislación secundaria, según el propio mandato constitucional. La Constitución actual, en todo caso, contempla de entrada una serie de límites al sentenciar que: “las autoridades indígenas ejercerán funciones de justicia para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario”. Pero no es menos cierto que se dan casos en que uno o varios de los implicados en un conflicto de cualquier índole o naturaleza que se registre internamente no son necesariamente indígenas o son integrantes de una determinada comunidad indígena, o viven en el territorio comunal, y que pueden exigir someterse a otro fuero, entre otras eventualidades.

“Las funciones de administración de justicia indígena se ejercerán siempre que no sean contrarias a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Esta es otra limitación que crea el sistema nacional respecto del derecho indígena. Surge aquí la inquietud frente a los derechos humanos, como parte integrante de la legislación de nuestro país.

Hay también detractores de esta teoría, al señalarse que la existencia de varios sistemas jurídicos pudieran generar conflictos internos, pues desde la creación del Estado nación, únicamente el Estado por medio de su poder legislativo puede crear normas para imponer deberes, establecer ciertos bienes jurídicos y los derechos subjetivos correspondientes. Así, los vínculos jurídicos suponen deberes y derechos, que provienen de normas jurídicas y, como estas de manifestaciones de voluntad del órgano que las produce. Por otra parte, con la existencia del pluralismo jurídico, se dice que se afectaría la soberanía del Estado, que tendría que limitarse y no podría subsumir bajo su señorío a todos los ciudadanos. No obstante, esta afirmación es errada, pues el Estado mantiene su soberanía para velar por el bien de todos los ciudadanos y no debemos olvidar que los pueblos y nacionalidades indígenas también son ciudadanos.

En definitiva, la jurisdicción indígena no nace de la ley, sino de la voluntad o convicción de los miembros del pueblo o de la colectividad. Son los propios comuneros quienes acuden donde la persona o personas consideradas como autoridades o líderes para pedir que se arregle un conflicto. Aquello reafirma el ideal de que el derecho indígena busca restaurar el desequilibrio causado por el problema o *Llaki*. Sus autoridades pretenden resolver el problema de manera integral, y su principal interés es restablecer la vida comunitaria y devolver la armonía social.

Por esto, el artículo 171 de la Constitución reconoce como legítimas las autoridades que las comunidades indígenas designan de acuerdo con las normas de derecho consuetudinario, toda vez que se tratan de mandatos de dar, hacer o no hacer algo, que provienen de una autoridad facultada para expedirla, y que son exigibles a terceros a través de la autoridad encargada de velar por su cumplimiento, aún con el empleo de la violencia legítima.

#### 1. A manera de conclusión

La legitimidad política de los sistemas de justicia y derecho propio de los colectivos indígenas es que se originan de una autoridad indígena competente donde se concentra el poder reconocido constitucionalmente. Bajo esta perspectiva, el peligro de que se vulneren derechos es mínimo, pues materialmente, el poder para resolver de la autoridad descansa en el apoyo de la asamblea general y la participación activa de la comunidad. Al mismo tiempo, esta característica permite la diferencia al momento de juzgar, tomando en cuenta que en la justicia ordinaria se busca aplicar castigo y mantener el orden, en los sistemas de justicia indígena se pretende la paz y la armonía en la sociedad. El “debido proceso” en la aplicación de la justicia indígena está a cargo de las autoridades que forman parte de las comunidades, por lo cual se resuelve de manera ágil y efectiva.

Los pueblos indígenas tienen derechos al igual que todas las personas, derechos que son reconocidos no solo por la Constitución del Ecuador, sino también por los tratados internacionales; es así como de acuerdo con las necesidades de los pueblos indígenas aparecen desde antaño, la aplicación de la justicia indígena basada en la costumbre y en la tradición de cada una de las comunidades. El Derecho Indígena vive en las costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas desde la ancestralidad. Las autoridades de las comunidades indígenas basan sus resoluciones en el diálogo con el infractor, sometiéndolo a la vergüenza pública en caso de incumplimiento de la norma, y la posterior reinserción del sujeto a la sociedad una vez cumplida su pena para así mantener la paz social, con armonía y equilibrio en su territorio. Contribuye al sistema judicial dictando resoluciones de acuerdo con las normas y costumbres de las comunidades indígenas, ayuda a distribuir los casos de acuerdo con la jurisdicción y competencia disminuyendo la carga procesal para el Estado.

La justicia indígena es uno de los temas con mayor intervención y preocupación en la administración comunitaria y de la administración estatal, como principio de desarrollo tiene costumbres, tradiciones y prácticas propias: de comunidad, autoridad, legitimidad, legalidad, correctiva, pública, gratuita, igualitaria, preventiva, participativa etc., además de ser la base de la libre determinación de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y sobre todo, la concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, pluricultural y multiétnica, permite afirmar la existencia del pluralismo jurídico en el Ecuador, dentro del concepto coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio.

Por su parte, la interculturalidad constitucional admite el diálogo entre los pueblos y nacionalidades indígenas con otros pueblos y la nación ecuatoriana blanca y mestiza, permitiendo la integración y la convivencia entre iguales, respetando la diversidad cultural. De la misma manera rige el principio de plurinacionalidad que nos garantiza el pleno ejercicio de los derechos y garantías de todas las nacionalidades existentes en el país.

Por último, las resoluciones emanadas por parte de las autoridades indígenas tiene fuerza de cosa juzgada y debe cumplirse a cabalidad; cuando una autoridad de la justicia indígena decide que se debe poner a consideración de la justicia ordinaria, ella no está respetando los derechos colectivos y consuetudinarios, tal y como se reconoce en el desarrollo normativo del Ecuador. Para la cosmovisión indígena el derecho a la vida es de toda la comunidad en colectividad, los indígenas valoran la vida en cuanto aporta a la comunidad, por ende, cuando uno de sus miembros es asesinado, las víctimas son sus seres queridos y la comunidad -por eso- busca resarcir el daño causado superando los conflictos internos para poder en conjunto devolver el equilibrio a su sociedad, así como en la justicia ordinaria se quiere la reparación integral a la víctima. Por ahora, la aplicación del derecho propio y la justicia indígena se encuentra intervenida y subordinada por el orden colonial del poder judicial del Estado, por lo cual se percibe como ineficaz aunque vive en la vida comunitaria a diario.

**Ángel Agustín Tamami Chimbolema**

**Jefe Departamental de Flagrancia de Pichincha, Defensoría Pública**