

LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y LAS AUTORIDADES INDÍGENAS EN ECUADOR: UNA ECUACIÓN JURÍDICA DIFÍCIL

INDEPENDENCE OF JUDGES AND INDIGENOUS AUTHORITIES IN ECUADOR: A DIFFICULT LEGAL EQUATION

A INDEPENDENCIA DOS JUIZES E AS AUTORIDADES INDÍGENAS NO EQUADOR: UNA ECUAÇÃO JURÍDICA DIFÍCIL

Alonso Fonseca Garcés*
Universidad de Las Américas - Ecuador

Recibido: 14/10/2014
Aceptado: 01/12/2014

Resumen

El presente trabajo plantea una perspectiva de equivalencia jurídica entre el sistema ordinario de justicia y la jurisdicción indígena, desde la noción del estándar de independencia y autonomía de sus decisiones. Para contextualizar esta discusión en Ecuador, se revisa la normativa constitucional e infra-constitucional que da cuenta de la existencia de la justicia indígena y del valor de las decisiones de sus autoridades. Se analizan también algunas decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador y de Colombia en torno a la necesidad de generar reglas para comprender la actuación de la jurisdicción indígena. Adicionalmente se muestran las tensiones y complejidades de la cooperación y coordinación de justicia ordinaria desde el punto de vista de la Ley de Coordinación de Justicia Ordinaria e Indígena en Bolivia y el Proyecto de Ley (coordinación) que circuló en Ecuador.

Palabras clave: independencia judicial; autonomía de autoridades indígenas; hegemonía jurídica; pluralismo jurídico; jurisdicción ordinaria; jurisdicción especial indígena; interpretación intercultural; gobernanza en derechos humanos.

Summary

The current work raises the perspective of juridical equivalence between the ordinary system of justice and the indigenous jurisdiction originated in its independence standard and the autonomy of its decisions. In order to clarify this discussion inside Ecuador, it is necessary to review both constitutional and under-constitutional regulations that accounts of the existence of indigenous justice and the importance of the decisions of its authorities. Some decisions of the Ecuadorian and Colombian Constitutional Courts are

also valued specially those related to the need of rule generation in order to understand how the indigenous jurisdiction acts. In addition, there can be seen the tensions and complexity of the ordinary justice cooperation and coordination from the perspective of the Law of Coordination of Ordinary and Indigenous Justice in Bolivia and the project of law that was analyzed in Ecuador.

Keywords: judicial independence; autonomy of indigenous authorities; legal hegemony; legal pluralism; ordinary courts; special indigenous jurisdiction; intercultural understanding; governance human rights.

Resumo

O presente trabalho plantea uma perspectiva de equivalência jurídica entre o sistema ordinário de justiça e a jurisdição indígena, desde a noção do parâmetro de independência e autonomia de suas decisões. Para contextualizar esta discussão no Equador, se revisa a normativa constitucional e infraconstitucional que reconhece a existência da justiça indígena e do valor das decisões de suas autoridades. Analisam-se também algumas decisões da Corte Constitucional do Equador e da Colômbia em torno à necessidade de gerar regras para compreender a atuação da jurisdição indígena. Adicionalmente se mostram as tensões e complexidades da cooperação e coordenação da justiça ordinária desde o ponto de vista da Lei de Coordenação da Justiça Ordinária e Indígena na Bolívia e o Projeto de Lei (coordenação) que circulou no Equador.

Palavras chaves: independência judicial; autonomia de autoridades indígenas; hegemonia jurídica; pluralismo jurídico; jurisdição ordinária; jurisdição especial indígena; interpretação intercultural; diligência de direitos humanos.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Quito, Ecuador. Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Máster en Ciencias Sociales con mención en Antropología, FLACSO-Ecuador. Magister en Gobernabilidad y Gerencia Política, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster Universitario en Teoría Crítica de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide-España. Diploma del Programa de Estudios Avanzados de la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law-American University. Postítulo en Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

NOTAS PREVIAS

El artículo 168.1 de la Constitución de la República del Ecuador refiere que los órganos de la Función Judicial del país gozarán de independencia interna y externa. La violación de este principio implica que se generen tres tipos de responsabilidades: administrativa, civil y penal. De igual modo, el artículo 8 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que las juezas y jueces del Ecuador solo estarán sometidos a la potestad jurisdiccional de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, y en ningún momento o bajo ninguna circunstancia, a presiones o influencias externas o internas, incluso de otros órganos de la Función Judicial.

De otro lado, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se refiere a las llamadas garantías judiciales como un derecho humano que establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías, en un plazo razonable, por un juez o tribunal, el cual debe cumplir obligatoriamente con tres condiciones básicas: ser competente; cumplir con los parámetros básicos de independencia, y ser establecido con anterioridad a la ley.

En este ensayo, las características de *imparcialidad* y *competencia* serán excluidas del análisis, y se pondrá el énfasis en la característica de independencia de los tribunales de justicia. Sin embargo esta definición es problemática y no del todo compatible con la noción de independencia de las autoridades indígenas en conocimiento de un caso litigioso. Den-

tro de este contexto, la pregunta central que guiará este trabajo es: ¿Existe la posibilidad de asimilar jurídicamente el derecho a la independencia judicial, como una garantía constitucional y convencional de derechos humanos, al principio constitucional de independencia de las autoridades indígenas en el Ecuador?

Para intentar dar respuesta a esta interrogante, en primer lugar se proponen las nociones generales de independencia judicial sistematizadas jurisprudencialmente por los Tribunales Internacionales de Protección de Derechos Humanos y, en segundo lugar se revisa la cobertura constitucional de independencia jurídica y política de los autoridades indígenas en el Ecuador, en base al estándar jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador, el cual ha sido establecido por dos resoluciones de importancia en torno al estatus de independencia de las autoridades indígenas y la compleja relación con la justicia ordinaria. En un siguiente apartado se valoran brevemente varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, en las que se discute jurídicamente el respeto de la jurisdicción indígena y de sus autoridades frente a derechos fundamentales.

Finalmente, se plantea una visión comparada entre la Ley de Deslinde Jurisdiccional del Estado Plurinacional de Bolivia y, en lo aplicable, el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria del Ecuador, cuyo último borrador se presentó en la Asamblea Nacional el 27 de julio del 2011.

EL DERECHO A UN JUEZ INDEPENDIENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la inobjetable relación entre los principios de independencia judicial y separación de poderes, la cual es un vínculo jurídico-político fructífero en términos de la vigencia del Estado de Derecho y la democracia.

El relator especial sobre la independencia de magistrados y abogados de Naciones Unidas, Leandro

Despouy, señaló que el principio de separación de poderes es realmente la base jurídica donde se asienta la independencia e imparcialidad del poder judicial, y que esta condición, a su vez, es interdependiente del poder democrático (Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados 1995, 11).

Dentro de la relación de separación de poderes, independencia judicial y desarrollo democrático, en la Resolución 23/6 relacionada con la independencia e imparcialidad del sistema judicial, jurados y asesores, el Consejo de Derechos Humanos determinó que la independencia e imparcialidad del poder judicial para jurados y para fiscales es requisito para la protección de los derechos humanos y la consolidación del Estado de Derecho, puesto que aseguran la imparcialidad de los juicios y el principio de no-discriminación en la administración de justicia (Consejo de Derechos Humanos 2013). Por lo tanto, mantener el sistema judicial como un sistema separado del gobierno es realmente importante para precautelar la independencia e imparcialidad de los magistrados.

Al mismo tiempo, el acceso a un tribunal preestablecido, independiente e imparcial, que pueda analizar y administrar justicia sin interferencia de otros órganos de gobierno, protege y desarrolla las normas del debido proceso.

El estándar de independencia judicial y separación de poderes tiene que ver también con los principios del Derecho Internacional. De este modo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no puede sufrir excepciones, noción asumida por el Comité en su desarrollo sobre el contenido del Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Comité de Derechos Humanos 1987).

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la independencia y la imparcialidad están íntimamente relacionadas, de modo que a menudo se hace referencia a ambas nociones de manera unívoca, e incluso en determinadas circunstancias se puede requerir un análisis conjunto, como en el caso Oleksandr Volkov contra Ucrania, en donde este tribunal apreció que el carácter jurídico de la imparcialidad hace referencia al estado mental o actitudinal (pre-disposición) de un juez hacia un determinado caso y sus partes, y señaló a la independencia como una característica vital de los jueces y tribunales para impedir que en torno a sus decisiones exista algún tipo de subordinación por parte de otros poderes públicos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013).

Pero quizás lo más importante en la perspectiva de derechos humanos, en particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es el estándar específico creado para un juez independiente, entendiéndose que el Estado garantizará que los órganos jurisdiccionales no se vean sometidos a potenciales restricciones en el ejercicio de sus legítimas funciones por parte de órganos que son ajenos al poder judicial, o incluso *ab-intra* del propio poder judicial por otros magistrados y autoridades que están a cargo de otras instancias (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008).

Con las premisas jurídicas anteriores, la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de diversos casos y del aporte de su jurisprudencia derivada, ponen su acento en la relación indisoluble de la independencia de poderes y la vitalidad democrática de una sociedad política caracterizada dentro del Estado. Sin embargo, no puede dejarse al margen de la discusión jurídica la composición histórica y sociológica de cada proceso estatal para definir su escala democrática, sus fórmulas de representación o de poder o, en definitiva, las maneras en las que expresa sus tensiones y resuelve sus conflictos, algo que, al menos para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece definirse en el respeto de las condiciones políticas, institucionales y normativas de cada Estado en torno al denominado margen jurídico de apreciación que habilita a las autoridades nacionales como las mejores situadas para conocer y resolver las anomalías y asuntos judiciales sin necesidad de la intervención de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. En torno a este asunto, la discusión jurídica democrática y constitucional apenas empieza (García Roca 2005, 35).

Ahora bien, volviendo al asunto inicialmente propuesto en torno a la importancia central de la independencia judicial en el Ecuador, la tendencia del estándar interamericano y de la recepción de estos parámetros en la legislación nacional apunta a que la independencia de jueces se debe apreciar en reglas claras para la estabilidad y los criterios de nombramiento de magistrados, tal y como ahora ocurre dentro del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). No obstante, respecto al nombramiento de

autoridades indígenas, esta norma orgánica no precisa todavía con claridad ninguna referencia a la inamovilidad o la estabilidad de las autoridades indígenas, aspectos que en conjunto deben implicar una respuesta concreta del Estado ecuatoriano con relación al principio de igualdad y no discriminación que, al fin y al cabo, articula tanto al sistema ordinario como al sistema de justicia indígena del Ecuador, sin dejar de valorar, por supuesto, nociones jurídicas como la interculturalidad y la plurinacionalidad dentro de la noción de Estado (Walsh 2010, 19; Santos 2009, 11).

Para finalizar esta sección, es necesario definir que los niveles de organización indígena y de nombramiento de autoridades en el Ecuador, más allá del reconocimiento normativo e institucional de los organismos internacionales de protección de derechos humanos, tiene una sólida conformación histórica que se traza desde la época colonial y avanza para-

lamente a la construcción del Estado Nación, por lo que el reconocimiento del estatus jurídico de sus autoridades es solamente una legitimación adicional de su poder dentro de las comunidades y pueblos. Esta apreciación histórica y sociológica es necesaria siempre que la agenda de la dirigencia indígena ha logrado incorporar con coherencia ideológica sus proyectos políticos y jurídicos de interculturalidad y plurinacionalidad. En vínculo con lo anterior, las nociones de independencia de poderes y de autonomía de ejercicio de las autoridades indígenas se procesa en la lógica de la organización de los pueblos y nacionalidades indígenas de Ecuador con un carácter estratégico de resistencia y negociación con el Estado, lo que supone consecuentemente no sólo una perspectiva política y jurídica de reivindicación y reconocimiento de derechos, sino y sobre todo, una agenda de participación democrática radical (Ibarra 1999, 72; Albó 2008, 13).

LA REFERENCIA CONSTITUCIONAL A LAS AUTORIDADES INDÍGENAS EN ECUADOR

La primera y más importante referencia constitucional al respeto por el nombramiento y ejercicio de la autoridad indígena se encuentra en el artículo 57.1, que apunta a que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

Dicho artículo intenta definir la existencia de autoridades dentro de un dominio cultural, sobre todo cuando se refiere a asuntos como la identidad, el sentido de pertenencia y las formas de tradición ancestral. Sin embargo, el criterio constitucional de respeto y reconocimiento a las autoridades indígenas se presenta en relación a la garantía de reconocimiento de las formas de organización social definidas al final del mismo artículo. Desde luego, las características históricas y políticas de las autoridades indígenas no son abordadas, pero son de importancia estratégica para apreciar la legitimidad de su origen (Yrigoyen 2006, 537).

La segunda referencia sobre el reconocimiento jurídico no implícito se encuentra en el artículo

57.7 de la Constitución de la República, que describe la institución de la consulta previa. Dentro de esta institución jurídica no se menciona de manera puntual que este mecanismo de participación deba realizarse entre las autoridades estatales y autoridades indígenas, pero se deduce este carácter (de autoridad indígena local) en virtud del derecho concedido constitucionalmente en el artículo 57.1, pues al leer integralmente la Constitución no es posible llevar un proceso público (previo, libre e informado) con un pueblo indígena sin la intervención de su dirigencia (Aguirre 2012, 114; García 2012, 502).

Por otra parte, en clave integral y sistemática de la Constitución dentro de este mismo artículo 57.7 reconoce que basado en derecho a consulta previa es normal que los canales de expresión, sobre los efectos de potenciales daños a las esferas culturales o ambientales de los pueblos indígenas, se manifiesten a través de sus autoridades, lo que supone también que cualquier acuerdo o negociación que se intente hacer entre el Estado y los pueblos indígenas implica la mediación legítima de sus autoridades políticas y culturales que a la vez toman decisiones jurídicas,

sobre todo porque la propia Corte IDH y la Relatoría Especial de Pueblos Indígenas de la ONU reconocen en todos estos procesos la intervención de autoridades dentro de los términos culturalmente adecuados, lo que supone la participación vital de la dirigencia y autoridad indígena (Bonilla 2008, 55; Sánchez 2001, 19).

Si existiera duda sobre el dominio y la competencia jurídica de las autoridades indígenas, el artículo 57.10 es mucho más específico cuando establece que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho a la creación, desarrollo, aplicación y práctica de un derecho propio con dos excepciones: no vulnerar derechos constitucionales y no afectar los derechos, en particular la vida y la integridad personal de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; derechos que parecerían estar de más teniendo en cuenta desde los principios de igualdad y no discriminación entre los dos sistemas de justicia (ordinario e indígena) (Baltazar 2009, 451).

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el derecho y la garantía de independencia de las autoridades de las nacionalidades y pueblos indígenas no se limita a una obligación estatal de abstención (negativa) para respetar la existencia de autoridades o dirigentes indígenas, sino que según el numeral 15, el Estado tiene también la obligación positiva (de hacer) de promover todas las formas de expresión y organización indígena, con lo cual se consolida la necesidad pública de la construcción (si no hubiera) de un sistema de autoridades indígenas por parte del Estado, y en el caso de existir una determinada estructura de autoridades indígenas que probablemente es la regla en casi todos los pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado deberá sostener con diferentes recursos (materiales, institucionales, económicos, culturales, políticos, jurídicos y simbólicos) a los sistemas de autoridades indígenas dentro del respeto del pluralismo jurídico como una práctica de política pública.

Más allá de la perspectiva normativa, la Corte Constitucional del Ecuador en el Caso No. 0027-09-AN reconoció que toda institución pública tiene el deber de enfatizar en todos los casos que se ponen a su conocimiento, la diversidad étnica y cultural para permitir el desarrollo de los derechos de los pueblos

y nacionalidades indígenas (Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición 2009).

Aunque la Corte Constitucional retoma el análisis de la independencia de las autoridades indígenas en clave cultural, señalando una obligación correlativa a las instituciones públicas y privadas para producir políticas con énfasis cultural, no duda en el otorgamiento de independencia de las autoridades para la construcción y desarrollo de una adecuada y verdadera administración de justicia, rescatando junto al párrafo anterior los principios interculturales de justicia como continuidad histórica, diversidad cultural, interculturalidad e interpretación intercultural (García 2009, 108).

Sin embargo, quizás el mayor aporte de la Corte Constitucional está relacionado con la apropiación jurídica de las reglas de interpretación diseñadas y desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia para distinguir el espacio de la justicia ordinaria y sus operadores nacionales, y la justicia indígena con sus autoridades. Entre estas reglas cabe mencionar las siguientes:

- a) Mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía.
- b) Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma.
- c) Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas, todas ellas integradas dentro de un marco perceptivo y de interpretación constitucional: el buen vivir.

De manera reciente, la Corte Constitucional del Ecuador se pronunció en torno a dos asuntos de naturaleza jurídica constitucional y penal. En cuanto al primer ámbito jurídico en la Sentencia No.113-14-SEP-CC Caso No.0731-10-EP de 30 de julio del 2014, expediente jurídico conocido “La Cocha”, el tribunal de justicia constitucional ecuatoriano resolvió que tanto las autoridades indígenas como las de carácter ordinario administrativas y jurisdiccionales deberán observar de manera obligatoria tres reglas:

- a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar asuntos que se relacionen con el derecho a la vida serán siempre conocidos de manera exclusiva y excluyente por el Sistema Penal Ordinario, aun en casos en los que los involucrados pertenezcan a una comunidad indígena y los hechos se hayan producido en territorio ocupado por pueblos indígenas. Dentro de esta misma regla, se hizo constar que la administración de justicia conserva su jurisdicción para otros casos que afecten sus valores comunitarios.
- b) En cuanto al procedimiento y resolución de casos penales, las autoridades de la justicia penal ordinaria deberán aplicar las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, si el caso material de investigación involucra a indígenas.
- c) Que los medios de comunicación públicos, privados o comunitarios deberán obtener autorización de las autoridades indígenas para cubrir casos de justicia indígena. De forma similar lo harán los funcionarios públicos judiciales que deberán otorgarle valor a los aspectos propios de la cosmovisión indígena (Corte Constitucional del Ecuador 2014, 35).

La otra pieza jurisprudencial de referencia obligatoria en materia de justicia indígena y justicia ordinaria tiene carácter penal y es la Sentencia No.004-14-SNC-CC de 6 agosto del 2014. Dentro de este ejercicio jurisprudencial, la Corte Constitucional al valorar la investigación penal a los miembros del Pueblo Indígena Waorani de la Amazonía del Ecuador consideró que en el caso concreto no se puede brindar un trato idéntico a los indígenas Waorani con respecto a la población (calificada de hegemónica) puesto que la realidad histórica indígena y la cosmovisión es diferente, por lo tanto, no se debe aplicar el principio de igualdad ante la ley sin modular las diferencias étnicas y culturales de la Nacionalidad Indígena Waorani.

A partir de esta apreciación, un tipo penal sólo puede ser aplicado a la realidad indígena de esta na-

cionalidad amazónica con un procedimiento de interpretación intercultural basado en tres criterios:

- a) El juez a cargo de la causa deberá, de manera previa a la aplicación de la norma, dictar medidas urgentes como peritajes sociológicos o antropológicos con el objetivo de asegurar que el proceso penal se sustancie desde una interpretación intercultural.
- b) Debe atenderse al criterio de celeridad para la tramitación del juicio penal.
- c) Las normas penales que se consideren aplicables al caso deberán observar tanto los principios constitucionales como la interpretación jurídica en perspectiva intercultural (Corte Constitucional del Ecuador 2014, 33).

Cabe indicar que el debate jurídico de estas decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador apenas se encuentra abierto, y por lo tanto este trabajo solamente plantea una aproximación de contexto a su contenido y efectos jurídicos.

De todas formas, estas reglas nos permiten evidenciar un esfuerzo jurídico puntual desde el paradigma occidental de la justicia ordinaria, que se traduce en la necesidad de valorar la independencia y eficacia de las decisiones de las autoridades indígenas frente a la hegemonía de la justicia ordinaria.

Adicionalmente, la definición no exhaustiva de estas reglas, muestra la posibilidad de interpretar su aplicación y alcance dentro del marco perceptivo constitucional andino, vale decir desde la noción del *Sumak kawsay*, asunto que abre una serie de posibilidades de ponderación, proporcionalidad, cooperación, subsidiariedad y coexistencia de normas dentro del parámetro de pluralismo jurídico que se aborda en el marco del constitucionalismo garantista, donde las fuentes jurídicas son múltiples y no tienen necesariamente la noción jerárquica normativa que fue intensamente desarrollada por el positivismo criollo ecuatoriano que, por fortuna, no es ahora en el Ecuador la única visión del Derecho (Ávila 2013, 36).

LA VISIÓN JURÍDICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

En el apartado anterior se examinó la existencia de un referente constitucional ecuatoriano que valora la importancia central del reconocimiento y respeto de las decisiones de autoridades indígenas en torno a decisiones que afectan a la comunidad y la cultura. Dentro de este caso se mencionaba que la sentencia constitucional se había nutrido de la experiencia jurídica de la Corte Constitucional de Colombia respecto al uso de reglas para guardar equilibrio jurídico y proporcionalidad entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

Sin perjuicio de lo anotado, es necesario suministrar como dato general de contexto que la reivindicación y lucha por los derechos de los pueblos indígenas de Colombia responde principalmente a una reacción histórica de las comunidades y dirigentes a los procesos de opresión del Estado Nación y de la organización política territorial.

Los conflictos, los intereses partidistas, gremiales, regionales, económicos, estratégicos y étnicos hacen que se viva en cada porción de Colombia una suerte de fuego cruzado (Olsen 2008, 9). A pesar de ello, la Constitución de la República de Colombia de 1991 marca un hito significativo para la inclusión de normativa de protección constitucional a los pueblos y comunidades indígenas, a través de la organización sociopolítica-territorial y cultural (resguardos), pero principalmente por las disposiciones institucionales y de política pública que se originan en la Corte Constitucional. Precisamente por estas y otras razones, es conveniente apreciar de manera sintética algunas referencias jurisprudenciales de Colombia sobre el estatus jurídico de las autoridades indígenas y su nivel de incidencia jurisdiccional (Grueso 2013, 121).

En este orden de cosas, es oportuno citar el contenido y los efectos de la Sentencia T-601-11, en la que se analiza la protección constitucional de los derechos de la comunidad indígena Embera Chambi de San Lorenzo, en pleno proceso de reconstrucción étnica y cultural. Dentro de este caso, la Corte Constitucional de Colombia resolvió proteger los derechos de autodeterminación, supervivencia, identidad, in-

tegridad y derecho a la consulta previa de esta comunidad indígena. Para cumplir este objetivo, examinó la limitación que tienen las autoridades competentes nacionales para autorizar la constitución de juntas de acción comunal dentro de los territorios de los resguardos indígenas, resultando admisible esa posibilidad si se garantiza el cumplimiento estricto de la consulta previa (Corte Constitucional de Colombia 2011).

Con relación a lo anterior, es necesario subrayar que el Tribunal se basó en el contenido constitucional colombiano que reconoce que los territorios indígenas son entidades territoriales en los cuales existe amplio goce de autonomía en la gestión de sus intereses, con apego a la Constitución y a la ley, concediéndole la titularidad de derechos como el de gobernarse por autoridades propias, ejercer competencias las que les correspondan, administrar recursos y establecer tributos y participar de las rentas nacionales, entre otros derechos (Corte Constitucional de Colombia 2011).

La segunda sentencia significativa para nuestro análisis, es la signada con el número T-001/12, donde la Corte Constitucional de Colombia se aproximó al derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas al referirse a las limitaciones de la jurisdicción indígena y los criterios para determinación de su fuero, en torno a la protección del interés superior de un niño indígena que se encontraba originalmente tutelado por las normas y autoridades indígenas. Para configurar su fallo, la Corte utilizó cuatro criterios. En primer lugar el *criterio objetivo*, que se refería a que en principio cualquier controversia que se suscite en el territorio de una comunidad indígena debe ser resuelta por sus autoridades; un segundo criterio es el de *carácter territorial*, que se refiere al decisión de las autoridades indígenas sobre el ámbito espacial o geográfico; el tercer criterio es el *factor personal* de pertenencia a una comunidad; y finalmente el *factor institucional*, que se define como un parámetro en el que las costumbres indígenas deben tener un cierto grado de predictibilidad de carácter genérico (Corte Constitucional de Colombia 2011).

La tercera sentencia que merece ser descrita dentro de este análisis es la singularizada como T-129/11, que aunque se refiere a la consulta previa de comunidades y grupos étnicos indígenas por la construcción de una carretera a cargo del Estado colombiano en el resguardo indígena Chidima-Tolo y Pescadito, perteneciente a la etnia Embera-Katio, la Corte Constitucional de Colombia confirmó los derechos de protección del Estado sobre su territorio y el peligro de desplazamiento por efectos de la construcción de obras junto a ministerios del Estado y autoridades indígenas, un Plan de Salvaguarda Étnica que pusiera fin a las amenazas y riesgos que por efectos de construcción de esta macro-obra, estaban expuestos los miembros de las comunidades indígenas afectadas (Corte Constitucional de Colombia 2011).

Una cuarta sentencia que tiene mérito mencionar es la T-523/12, que se relaciona con la definición de límites del ejercicio de autoridad indígena por cuanto miembros de las comunidades indígenas del pueblo Embera Chamí de la comunidad de la Cristianía, interpusieron acción de tutela contra las decisiones de la autoridad indígena, principalmente contra el Gobernador de la comunidad indígena de la Cristianía. En el contenido de esta resolución, además de definirse una situación de enjuiciamiento a varias autoridades indígenas, la Corte Constitucional de Colombia retoma los criterios de definición de jurisdicción de las autoridades ancestrales indígenas de la sentencia número T-001/12, pero en adición precisa que los factores de competencia deben ser aplicados de forma concurrente en cada caso y que los cuatro criterios consolidados por el tribunal deben ser aplicados de forma interrelacionada, pues de otro modo las decisiones de la justicia ordinaria pueden atentar contra la autonomía de las autoridades indígenas

(Corte Constitucional de Colombia 2012). La última sentencia seleccionada dentro de la discusión jurídica propuesta es la C-463/14, en la que la Corte Constitucional de Colombia desarrolló la dimensión de la jurisdicción especial indígena vinculada con el papel de las víctimas en el proceso penal y la situación del debido proceso del acusado.

Dentro de este fallo se examina que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad pero no deben ser entendidas dentro de un mismo sentido. En este orden de ideas, el fuero es por una parte un derecho subjetivo, pero otro nivel es también una garantía institucional para las comunidades indígenas porque permite proteger la diversidad cultural y el ejercicio de la autonomía jurisdiccional (Corte Constitucional de Colombia 2014).

A manera de conclusión sobre la valoración jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, es preciso referir que tanto los criterios para examinar la jurisdicción indígena basados en aspectos objetivos, territoriales, personales e institucionales determina la preocupación del tribunal por lograr no solo respeto y reconocimiento del papel jurídico de las autoridades indígenas en los conflictos internos de las comunidades, sino también sitúa con claridad la visión subsidiaria y complementaria de la justicia ordinaria en determinados aspectos, apreciando el estatus de autonomía de la jurisdicción especial indígena en términos de precedentes internos para ese pueblo indígena en particular, pero también como una referencia general para otras comunidades o pueblos indígenas, asunto que recientemente fue retomado para discutir la existencia de un fuero indígena.

LA INDEPENDENCIA DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS DESDE LA LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA DE ECUADOR

La Ley de Deslinde Jurisdiccional de la República de Bolivia (Ley 073) tiene por objeto la regulación de la jurisdicción indígena originaria campesina y otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente. A

diferencia, la discusión jurídica en el Ecuador se circunscribe en una relación dual: la justicia ordinaria y la justicia indígena, con lo cual queda restringido también el principio y la dimensión del pluralismo

jurídico que debe ser más amplio e integrar otras formas jurisdiccionales que están fuera del paradigma neocolonial dominante de la justicia estatal ordinaria (Santos 2009).

En todo caso, el artículo 2 (Marco Constitucional) de la Ley de Deslinde de Bolivia recoge el antecedente de contexto de la ley y también de la existencia del sistema jurídico plurinacional, refiriendo en el 2. I la condición de libre determinación de los pueblos indígenas en el marco de la unidad del Estado de Bolivia.

Ciertamente, la noción de libre determinación consiste en el reconocimiento de la diversidad en la unidad, autonomía, autogobierno, derecho a la cultura, reconocimiento de las instituciones principalmente jurídicas y principalmente la existencia de mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones dentro de la noción de pluralismo jurídico (Ariza 2008, 274).

Por lado, es importante subrayar que los instrumentos internacionales de derechos humanos que contienen las instituciones normativas de respeto al autogobierno y autodeterminación de los pueblos indígenas en Bolivia tuvieron una recepción constitucional distinta a la de Ecuador, en tanto el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fueron elevadas a rango de ley, de modo que estos instrumentos internacionales de derechos humanos junto con la Constitución de la República de Bolivia se convirtieron en los fundamentos que conciben a esta norma de convivencia jurídica jurisdiccional garantizando en principio adecuación normativa, aunque probablemente en la práctica se esté diluyendo la eficacia particular de la norma y su aplicación (Sánchez 2000, 85).

Para el caso ecuatoriano, el antecedente constitucional se basa principalmente en el contenido del artículo 171 de la Constitución de Montecristi del 2008, que reconoce que las autoridades tanto de las comunidades como de los pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales en

fundamento de dos aspectos: las tradiciones ancestrales y el derecho propio.

Adicionalmente señala una característica jurídica-política al ejercicio jurisdiccional: la participación y decisión de las mujeres en el sistema de justicia (Llasag 2009, 180).

En el mismo artículo se consagra que el medio para el ejercicio jurisdiccional está determinado por los procedimientos propios para resolver conflictos, con lo cual parece cobrar fuerza el argumento de algunos juristas bolivianos en el sentido de que el legislador constituyente de algún modo valoró la existencia del sistema de justicia indígena como una estructura jurídica análoga a la justicia de paz y a los medios alternativos de solución de conflictos, situación que también es visible en el caso ecuatoriano (Bazurco Osorio y Exeni Rodríguez 2012, 103).

Ahora bien, la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia se refiere a la independencia de las autoridades indígenas dentro del marco jurisdiccional primero a través de la igualdad jerárquica (artículo 3), refiriéndose a la función judicial como un sistema único, y dentro de él a la jurisdicción indígena, a la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental, entre otras. La ley de Bolivia apunta a la noción de independencia judicial como uno de los principios que la rigen, particularmente señala que ninguna autoridad de otra jurisdicción podrá tener injerencia sobre una tercera. Desafortunadamente este principio se encuentra ligado también a otro principio de noción más amplia pero tendencialmente complejo, como es el principio de pluralismo jurídico con igualdad de jerarquía, que es ciertamente un principio con dos cualidades: por un lado protege y promueve el respeto y la garantía de los sistemas jurídicos (entiéndase el ordinario y el indígena principalmente), y por otro amplía su cobertura a la coexistencia y convivencia como características de contacto y relación entre los dos sistemas. Esta situación es precisamente problemática en el texto legal, pero también en la práctica jurídica, al producir tácitamente dos órdenes jurídicos con distinto tratamiento político (Chuquimia Escobar 2012, 194).

El proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los dos sistemas de justicia del Ecuador parece compartir el mismo dilema boliviano, en el sentido de que el artículo 4 recoge la institución de excepción para actuación de las autoridades indígenas dentro de un caso, a través de lo que se reconoció como mínimos jurídicos en la cooperación y coordinación entre los sistemas de justicia indígena y ordinaria.

Por otro lado, parece todavía prevalecer la condición de asimilación de justicia indígena a los métodos alternativos de solución de conflictos, como lo confirma el artículo 5.2 del proyecto, en relación a la definición de que la justicia intercultural se consagra como una justicia aplicada a derechos-conflictos colectivos.

CONCLUSIONES

Quizás sea la hora de mirar esta tensión como una oportunidad jurídica y política en el plano de la gobernanza de derechos humanos, noción que implica la participación activa y subsidiaria de actores públicos y privados; solo así se garantizará una definición concreta de pluralismo jurídico en el desarrollo de la calidad de la democracia en el Ecuador, asunto que cada vez se pospone detrás de la coyuntura y la emergencia del poder político (Fonseca 2012, 3).

siendo útil dentro de asuntos que deban conocerse en el ámbito jurídico ecuatoriano, sobre todo en la perspectiva de la acción extraordinaria de protección relacionada con la tutela de derechos de la jurisdicción indígena.

El tratamiento jurídico a la independencia judicial planteado por los organismos internacionales de protección de derechos humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han consolidado un bloque jurisprudencial que valora la importancia de esta definición para el desarrollo del Estado Constitucional y la institucionalidad democrática en la región. La jurisprudencia citada, a través de una lectura sistemática e integral, abre la puerta a la equiparación jurídica de independencia judicial e independencia de autoridades indígenas en la toma de decisiones de justicia para los pueblos indígenas y nacionalidades.

El aporte de la Corte Constitucional de Colombia debe ser apreciado como un importante insumo de reglas y criterios para definir el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria. Las recientes sentencias de este tribunal incluso están desarrollando la visión jurídica de fuero indígena para fortalecer la protección de derechos fundamentales de los pueblos y comunidades. El análisis de los principios de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o minimización de las restricciones de su autonomía, el principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos o el de mayor conservación de la identidad cultural, pueden proporcionarnos luces para comprender, en cada caso, las fronteras del ejercicio jurisdiccional indígena que fortalece la definición constitucional de pluralismo jurídico frente a la hegemonía del sistema ordinario de justicia.

La jurisprudencia constitucional en el Ecuador reconoció y aceptó tácitamente las reglas de valoración jurídica que median entre la justicia ordinaria y las formas de justicia indígena de la Corte Constitucional de Colombia dentro de una sentencia del repertorio constitucional ecuatoriano. Esta situación jurídica permite apreciar la existencia de una fuente legítima para asumir la equiparación institucional de los sistemas de justicia. Al respecto se debe advertir que esta definición constitucional puede seguir

Dentro del marco de valoración de los asuntos que son materia de decisión de las autoridades indígenas tanto en la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia como en el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria del Ecuador, parecen restringir el conocimiento de casos a las autoridades indígenas bajo el argumento de que sus decisiones podrían eventualmente afectar derechos constitucionales o menoscabar la integridad de mujeres, niños, niñas y adolescentes, por lo

cual solamente la utilización de esquemas de litigio estratégico tanto frente al sistema interamericano de protección de derechos humanos como a los mecanismos de protección convencionales y extra-convencionales de Naciones Unidas podrán permitir en el futuro generar no sólo la equiparación plena de los modelos de justicia sino también sus propios rangos de independencia, fundamentales para una equilibrada cooperación y coordinación.

Si en el Ecuador no somos capaces de otorgarle jerarquía e institucionalidad al poder de las autori-

dades indígenas que se derivan de la noción de su propia jurisdicción, reconocida constitucionalmente, la matriz positivista y legalista seguirá siendo el único modelo en la construcción concreta del Derecho. Este desafío de conceder vitalidad y eficacia a la justicia indígena es uno de los rasgos definitivos de cambio en la matriz epistemológica del Derecho, que como bien expresa Luigi Ferrajoli (2010, 424), debe atravesar no sólo una etapa reformista, sino revolucionaria. En esta operación de conocimiento y de sentido, el pluralismo jurídico es solamente la punta del ovillo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Vanesa. 2012. La administración de justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas en el pensamiento de Julio César Trujillo. En *El silencio frente a un atropello es imposible, estudios sobre el pensamiento jurídico de Julio César Trujillo*, Comp. Ramiro Ávila y Enrique Ayala Mora, 113-128. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Albó, Xavier. 2008. *Movimientos y Poder Indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*. La Paz: Cuadernos de Investigación CIPCA.
- Ariza, Rosembert. 2008. Teoría y Práctica en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia. En *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales: Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y Derecho Indígena*, Coord. Rudolf Huber y Juan Carlos Martínez, 261-287. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Ávila Santamaría, Ramiro. 2013. *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar- Ediciones Legales EDLE SA.
- Baltazar, Rosa. 2009. La Justicia Indígena en el Ecuador. En *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Ed. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, 451-472. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bazurco Osorio, Martín y José Exeni Rodríguez. 2012. Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Ed. Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, 49-146. Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- Bonilla, Marcelo. 2008. Pluralismo Jurídico en el Ecuador: Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena. En *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales: Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y Derecho Indígena*, Coord. Rudolf Huber y Juan Carlos Martínez, 55-68. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Chuquimia Escobar, Rene. 2012. Historia, colonia y derecho de los pueblos indígenas. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Ed. Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, 151-200. Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- Ferrajoli, Luigi. 2010. Para una refundación epistemológica de la Teoría del Derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44: 417-434.
- Fonseca, Alonso. 2012. *De la Gobernanza en DDHH al Modelo Jesuita de Humanización y Globalización: Claves para entender la subsidiariedad activa*. Quito: Simposio Interdisciplinar PUCE. Disponible en <http://www.puce.edu.ec/sitios/investigacion/ponencias-simposio/>.
- García, Fernando. 2012. No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: comunidades de Chimborazo y Chibuleo. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, 501-549. Quito: Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburgo.
- 2009. Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en Ecuador. En *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*, Comp. Fernando García, 107-169. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- García Roca, Javier. 2005. El Preámbulo Contexto Hermenéutico del Convenio. En *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Coord. Javier García Roca y Pablo Santolaya, 13-21. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grueso, Delfín. 2013. Constitución de 1991, identidades étnicas y política transformativa. *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, 29: 117-135.

- Ibarra, Hernán. 1999. Intelectuales indígenas, neoin-
digenismo e indianismo en el Ecuador. *Ecuador
Debate*, Ed. José Sánchez Parga y Alberto Acosta,
71-94. Quito: Centro Andino de Acción Popular.
- Llasag, Raúl. 2009. La Jurisdicción Indígena en el
Contexto de los Principios de Plurinacionalidad
e Interculturalidad. En *La Nueva Constitución del
Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Ed. San-
tiago Andrade; Agustín Grijalva y Claudia Stori-
ni, 179-209. Quito: Universidad Andina Simón
Bolívar-Corporación Editora Nacional.
- Sánchez, Esther. 2001. Los principios de la diversi-
dad étnica y cultural, y la autonomía de las comu-
nidades indígenas. En *Política de reconocimiento
a la diversidad étnica y cultural de la protección de
menores*, 19-31. Bogotá: Instituto Colombiano de
Bienestar Familiar.
- , 2000. Justicia Especial Indígena. *Jurisdic-
ción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría Ge-
neral de la Nación: 82-91.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2009. *Para descoloni-
zar el occidente: más allá del pensamiento abismal*.
México DF: CLACSO.
- Olsen, Vemund. 2008. *Marco legal para los derechos
de los pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Hu-
man Rights Everywhere.
- Walsh, Catherine. 2010. Interculturalidad, plurina-
cionalidad y razón decolonial: refundares políti-
co-epistémico en marcha. En *Conocimiento, ca-
pital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*, Ed.
Sarita Albagli y María Lucía Maciel, 1-20. Buenos
Aires: Editora la Crujía.
- Yrigoyen, Raquel. 2006. Hitos del reconocimiento
del pluralismo jurídico y el derecho indígena en
las políticas indigenistas y el constitucionalismo
andino. En *Pueblos Indígenas y Derechos Huma-
nos*, Coord. Mikel Berraondo, 537-567. Deusto:
Universidad de Deusto España.

Jurisprudencia

- Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Pri-
mera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Ve-
nezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones
y Costas. 5 de agosto del 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-601/11, Magistrado Ponente, Jorge Iván Pala-
cio. 10 de agosto del 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-001/12, Magistrado Ponente, Juan Carlos He-
nao. 11 de enero de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-129/11, Magistrado Ponente, Jorge Iván Pala-
cio. 3 de marzo de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-523/12, Magistrada Ponente, María Victoria
Calle Correa. 6 de julio del 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia
T-463/14, Magistrado Ponente, María Victoria
Calle. 9 de julio de 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador para el Período de
Transición. Sentencia No. 008-09-SAN-CC, Caso
No. 0027-09-AN, Jueza Constitucional Sustancia-
dora Dra. Nina Pacari. Diciembre 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.113-
14-SEP-CC Caso No.0731-10-EP. Julio 2014.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.004-
14-SNC-CC. Agosto 2014
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH,
Caso Oleksandr Volkof contra Ucrania, S9-01-
2013, Número 21722-11.

Otros documentos:

Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado. 2009. *Borrador del Informe para Primer Debate del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria.*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2002. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Documento OEA, 22 de Octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/LL.116, Doc. 5, rev.1.

Organización de las Naciones Unidas. 1995. *Informe de Relatoría Especial sobre la Independencia de Magistrados y Abogados* (febrero). Documento ONU, E/CN.4/1995/39.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. 1987. Comunicación No. 263/1987, Caso de Miguel González del Rio contra Perú, ONU, Doc CCPR/C/46/D/263/1987, 5.2.