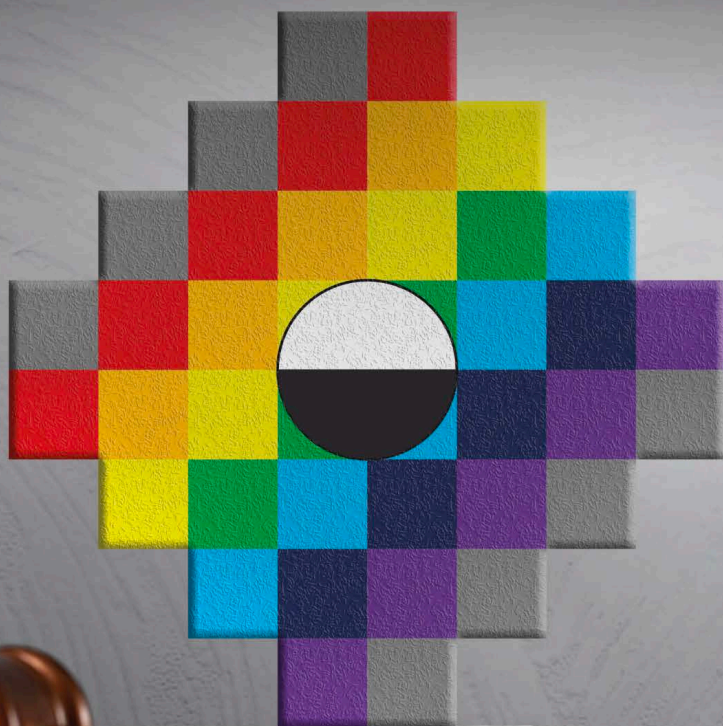


# La declinación de competencia

Un camino para la coordinación entre la  
justicia indígena y la justicia ordinaria



# **La declinación de competencia**

---

## **Un camino para la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria**

Ángel Cartuche Cartuche

## **La declinación de competencia: un camino para la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria**

© **Autor:**

Ángel Cartuche Cartuche

Docente Investigador de la Universidad Católica de Cuenca

© **Universidad Católica de Cuenca**

© **Editorial Universitaria Católica de Cuenca**

**Primera edición:** 26 de junio de 2023

**ISBN:** 978-9942-27-197-6

**e-ISBN:** 978-9942-27-234-8

**DOI:** <https://doi.org/10.26871/Edunica.978-9942-27-234-8>

**Editor:** Dr. Ebingen Villavicencio Caparó

**Edición y corrección:** PhD (c) Paúl Miño Armijos

**Diseño y maquetación:** Henry Bolívar Rocano

**Diseño de portada:** Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

**Impreso por Editorial Universitaria Católica (EDUNICA)**

**Dirección:** Tomás Ordóñez 6-41 y Presidente Córdova

**Teléfono:** 2830135

**E-mail:** [edunica@ucacue.edu.ec](mailto:edunica@ucacue.edu.ec)



Esta obra cumplió con el proceso de revisión por pares académicos bajo la modalidad de doble par ciego.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la primera edición.

*A mis padres, quienes me dieron la oportunidad de ver la luz, a mi esposa y mis hijos y a los seres espirituales porque son la razón de mi lucha y resistencia.*

*A la memoria de los líderes indígenas y a la Unión de Comunidades Indígenas del Azuay (UCIA) por ser el ejemplo de lucha y resistencia.*



# Contenido

Presentación ..... 11

Prólogo ..... 15

**Introducción .....19**

## **Capítulo I**

**El pluralismo jurídico y el monismo jurídico: contrastes de cosmovisión.....23**

1. Pluralismo jurídico y monismo jurídico ..... 25

2. La vigencia del pluralismo jurídico en los Estados plurinacionales... 29

3. El pluralismo jurídico en el Estado plurinacional e intercultural ecuatoriano ..... 30

## **Capítulo II**

**Principio de la igualdad y no discriminación para la justicia intercultural .....37**

1. La igualdad formal..... 39

2. Igualdad material ..... 41

3. El principio de no discriminación ..... 45

### **Capítulo III**

#### **Jurisdicción y competencia .....53**

1. La jurisdicción desde el contexto normativo y doctrinario..... 55
2. Del nacimiento de la jurisdicción ordinaria ..... 56
3. De la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas ..... 59
4. Determinación de las autoridades indígenas que administran justicia según la Constitución ..... 62
  - 4.1. La autoridad jurisdiccional de la comuna o comunidad..... 64
  - 4.2. La autoridad jurisdiccional del pueblo ..... 65
  - 4.3. La autoridad jurisdiccional de la nacionalidad..... 67
5. Conflictos de jurisdicción y competencia ..... 68
6. Del control de constitucionalidad a las decisiones de la jurisdicción indígena..... 72

### **Capítulo IV**

#### **La declinación de competencia: procedimiento sumario .....79**

1. Conceptualización..... 82
2. Procedimiento según el COFJ..... 84
  - 2.1. Cuándo procede y quién debe solicitar la declinación de competencia ..... 85

2.2. Primer paso: que el caso sea sometido a la autoridad de la justicia indígena .....	86
2.3. Segundo paso: la petición de la declinación de competencia a la justicia ordinaria por parte de autoridad indígena.....	88
2.4. Tercer paso: trámite sumario de la declinación de competencia .....	91
3. Las reglas jurisdiccionales de la autoridad indígena.....	97
4. La relevancia mínima de la justicia ordinaria a los procesos de la justicia indígena y sus efectos .....	100
4.1. Caso Tzerembo.....	101
4.2. Caso Yampis .....	106
4.3. Caso Mashu Kuji.....	114
4.4. Caso Tsengusha .....	119
<b>Conclusiones .....</b>	<b>122</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>125</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>131</b>
Anexo 1 .....	131
Anexo 2.....	138
Anexo 3 .....	148





## Presentación

*Miguel Antonio Arias<sup>1</sup>*

Ángel Vicente Cartuche Cartuche, doctor en Jurisprudencia y máster en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional miembro de la nacionalidad kichwa del pueblo Saraguro, desde su visión militante y académica, nos presenta su obra *Declinación de competencia*, como una crítica profunda al sistema de justicia “ordinaria” que, a través de las decisiones de sus jueces, niega de manera sistemática la aplicación de los convenios y tratados internacionales, y no admite como válido un sistema de justicia que va de la mano con los conocimientos y prácticas ancestrales de los pueblos indios. Especialmente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que otorga plena potestad

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, doctor en Jurisprudencia, especialista en Derecho Procesal, magister en Derecho Penal y Criminología, diplomado en Derechos Humanos. Realizó sus estudios en la Escuela Judicial de Barcelona y el Instituto Catalán de España. Es juez de Garantías Penales en Cuenca, profesor de la Escuela Judicial, profesor de posgrado y pregrado de la Universidad de Cuenca y Católica de Cuenca, y abogado en libre ejercicio profesional.

a las autoridades de los pueblos indios, tal como lo recoge nuestra Constitución de la república en su art. 171, que dispone: “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”.

Pese a la claridad de la norma suprema y a la obligación que tienen los jueces de administrar justicia con sujeción a lo que consagra la Constitución y los convenios y tratados internacionales, en la práctica procesal, en el día a día, los jueces se niegan a “declinar su competencia”, bajo diversos argumentos, como nos lo expone el autor en este libro. De este modo, el Convenio 169 de la OIT y la Constitución de la república quedan en el mero enunciado, sin poder desarrollar jurisprudencia desde la visión dualista del derecho.

De otro lado, es evidente el manejo abusivo y arbitrario de determinados miembros de comunidades indígenas que, a pretexto de la potestad de administrar justicia, cometen abusos y, por qué no decirlo, delitos en contra de miembros de su misma organización social. En respuesta, el oficialismo busca colocar límites a este derecho nacido de instrumentos internacionales e integrado en nuestra arquitectura constitucional.

Consideramos que la Corte Constitucional es la llamada a establecer límites entre el derecho ancestral y el derecho ordinario, a través de decisiones que abonen a la seguridad jurídica, tan necesaria en estos días de desinstitucionalización y anomia.

El trabajo de Ángel Cartuche invita al debate a quienes, en contradicción a los principios constitucionales, actúan como si en el país rigiera un único sistema de derecho. Y al mismo tiempo, una invitación a quienes lo ejercen desde una visión ordinaria del derecho, para acercarse a la cosmovisión andina, para empaparse de su espíritu y sabiduría, para respetar las dife-

rencias conceptuales, en una atmósfera de convivencia y protección normativa. La vigencia de este sistema dualista de derecho hará posible la existencia misma de un Estado plurinacional. He ahí el reto planteado por el autor: transitar en dos ejes muy distintos, pero paralelos.



## Prólogo

*Luis Fernando Sarango Macas<sup>2</sup>*

Aun cuando no lo dicen de manera explícita los cronistas, el Tawantinsuyu<sup>3</sup> fue un Estado prehispánico plurinacional e intercultural. Todos mencionan que fue una confederación de confederaciones, desde abajo hacia arriba, desde el centro hacia fuera, cuya cuadratura inicial fue el Cuzco “pariversal” (lógica de universo par) organizado y proyectado en el Hanan y el Urin.

---

<sup>2</sup> Originario del pueblo kichwa-saraguro, exrector de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasi y docente de Pluralismo Jurídico en la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Tecnológica Indoamérica de Quito.

<sup>3</sup> Proviene de las siguientes palabra y morfemas asociativos: *tawa* = 4; *-ntin* = vínculo; *suyu* = parte o región.

La muestra fehaciente de esta afirmación somos los pueblos originarios que hasta hoy resistimos y nos negamos a desaparecer. Desde Colombia hasta Chile y Argentina, desde la costa del Pacífico hasta Brasil, vivimos pueblos originarios en diferentes pisos ecológicos, con diferentes lenguas, diferentes cosmovisiones y diferentes lógicas espirituales. Esta es la principal prueba de una civilización cuya base fundamental de existencia era lo diverso y lo diferente, como abundancia para que mediante los tiempos-espacios (*pachakuna*) de encuentros, tiempos-espacios de acuerdos, se logre el equilibrio o mejor dicho la armonía.

Antes de la vigencia de los Estados-nación, conforme sucedió en todas las civilizaciones originarias del mundo, en el Tawantinsuyu el *tinkunakuy* (interrelación) se constituyó en el elemento fundamental de coexistencia de los diversos pueblos. El *tinkunakuy* no se limitaba solamente a lo jurídico, iba más allá de lo actualmente conocido como “pluralismo jurídico”, era la herramienta de totalidad para coexistir en todos los ámbitos de la vida, incluido el campo espiritual.

Consideramos que esto es importante aclarar, para dejar sentado que el pluralismo jurídico, como novedad, no es un regalo de Occidente, como siempre suelen decirnos en la academia. En esta parte del mundo, en el Tawantinsuyu, tuvimos nuestro propio pluralismo jurídico con una visión de totalidad, a partir de la realidad de la vida, con pleno respeto a lo diverso y lo diferente, y con el objeto de coexistir individual y colectivamente, en lo material como en lo espiritual.

En lo que hoy es el Ecuador, territorio que formaba parte del Chinchaysuyu,<sup>4</sup> la Constitución de 2008 tiene la virtud de reconocerlo plenamente como Estado intercultural y plurinacional, pero de manera especial la vigencia del pluralismo jurídico, cuando menciona que: “El Ecuador es

---

<sup>4</sup> Una de las cuatro partes que conformaban el Tawantinsuyu.

un Estado constitucional de *derechos* y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, *intercultural*, *plurinacional* y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” (art. 1, nro. 1, énfasis añadido).

Vigente el pluralismo jurídico en el Ecuador por mandato constitucional, miremos entonces qué ha pasado desde 2008 hasta la presente fecha, especialmente en el ámbito práctico de la administración de la justicia ordinaria.

En 14 años de vigencia pocas novedades se pueden registrar. En el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en términos generales, se han introducido algunos artículos que hacen relación al respeto de las resoluciones emitidas por la administración de justicia indígena. En el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) se encuentra el art. 345 que establece el procedimiento para la declinación de competencia de los jueces de la justicia ordinaria a favor de los jueces de la administración de justicia indígena.

Siendo como es el Ecuador —un Estado-nación con gran carga colonial— sus operadores de la justicia ordinaria no terminan de convencerse que el Ecuador es un Estado plurinacional y de derechos, en el que de una vez por todas debe ponerse en práctica el pluralismo jurídico. Aquí tiene mucho peso la formación de los abogados en las escuelas de derecho de las universidades ecuatorianas, que siguen aplicando los pensum de estudios como si el Estado uninacional aún estuviera vigente. Los jueces, fiscales, defensores públicos y abogados en general, continúan viviendo el monopolio de la justicia ordinaria occidental frente a otro derecho como el “derecho propio” no tanto por desconocimiento, sino porque les parece inferior, inútil, inaplicable, en resumen, porque es de los indios.



En estas condiciones, son de vital importancia los aportes teóricos como los desarrollados en la obra *La declinación de competencia un camino para la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria*, porque nos brinda luces para comprender la verdadera dimensión de la administración de justicia indígena y el papel que desempeñan sus administradores u operadores, que en la práctica son colectivos, mas no individuos. Además, con las sentencias de los casos concretos seleccionados, el autor denuncia y exige el cumplimiento de una relación equitativa entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena, objetivo supremo de la evolución constitucional de 2008

## **Introducción**

La lucha constante del movimiento indígena por la constitución de un nuevo Estado ha permitido la incorporación de los derechos colectivos en las reformas constitucionales y legales de los Estados americanos. Es así que, a partir de la vigencia de la Constitución de 2008, el Estado ecuatoriano dejó de ser un Estado pluricultural multiétnico y pasó a constituirse en un Estado intercultural y plurinacional.

Definido teóricamente el Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional, se convocó a la construcción del nuevo Estado plurinacional y se pusieron en marcha reformas legales que se adecúen a ese carácter. Desde esta perspectiva social, en el nuevo diseño jurídico integral, el Estado ecuatoriano buscó e incluyó criterios generales de la diversidad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en determinadas leyes y códigos, hoy vigentes, que forman parte del ordenamiento jurídico interno.

Uno de los temas trascendentales, incorporado en la innovación del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) es la “declinación de competencia”, conceptualizada como un sistema procesal para la cooperación y coordinación de la justicia ordinaria con la justicia indígena, derecho que se ejerce a través de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Aquel recurso se activa mediante un procedi-

miento sumario, diligencia que exige previamente la declaración juramentada de la autoridad indígena, luego la comprobación de la existencia del proceso en el ámbito jurisdiccional indígena y su pertinencia para que la petición sea aceptada.

El procedimiento sumario de la declinación de competencia no es igual al que establece el COGEP, se trata de un proceso sumario excepcional y exclusivo de la autoridad indígena y no del demandado (COFJ, 2009, art. 345). Así, la característica fundamental del procedimiento sumario establecido en el COGEP es que los trámites son simplificados, porque se desarrollan en una sola audiencia, en dos fases debidamente identificadas —esto es, la de saneamiento y fijación de los puntos del debate y conciliación, y la segunda de pruebas y alegatos—. En cambio, la declinación de competencia es un procedimiento excepcional y dispone a “los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena” (art. 345). En consecuencia, la potestad para solicitar o tramitar la declinación de competencia ante la justicia ordinaria no es facultad del demandado, sino de quien ejerce jurisdicción y competencia, en este caso, de la autoridad indígena. Sin embargo, cabe recalcar que la autoridad indígena interviene y tramitará la declinación de competencia cuando exista la petición o consentimiento del procesado que requiere o está ya sometido al proceso de la justicia indígena.

Así, el procedimiento sumario excepcional de la declinación de competencia de la jurisdicción ordinaria hacia la justicia indígena, es muy apartado del procedimiento sumario ordinario, en este caso, es la autoridad indígena quien realiza la petición ante la justicia ordinaria y

mediante declaración juramentada, demuestra ser autoridad de la justicia indígena y competente para juzgar y sancionar al infractor de la comunidad. Además de ello, dentro de los tres días de prueba, demuestra la pertinencia de la declinación de competencia de la justicia ordinaria hacia la justicia indígena. En este proceso sumario no se determina qué casos deben declinarse, sino que se refiere, de manera general, a los casos sometidos a la justicia indígena, mientras que en el procedimiento sumario de la justicia ordinaria se determina cuáles son los casos que deben ser tramitados mediante ese procedimiento.

La Corte Constitucional ha desarrollado jurisprudencia respecto a este derecho. Así, en la sentencia 134-13-EP/20, del 22 de julio de 2020, el organismo constitucional establece que, ante la solicitud de una petición de declinación de competencia, a la jueza, juez o tribunal le corresponde verificar la existencia de un proceso de justicia indígena y, una vez comprobada su veracidad, no puede negarse a otorgar el recurso. A partir de dicha jurisprudencia, este derecho deja de estar supeditado al exclusivo criterio subjetivo del juzgador y pone en vigencia plena el reconocimiento constitucional a la jurisdicción indígena. Además, la sentencia de la Corte Constitucional puntualiza que ningún juez ordinario puede revisar los casos de la justicia indígena. Aquella jurisprudencia alimenta el desarrollo de una justicia intercultural dentro del Estado plurinacional. De existir inconformidad con una decisión definitiva de la justicia indígena, la vía expedita para debatir esa decisión y sus efectos es la acción extraordinaria de protección.

Bajo esta lógica, es importante acercarnos a un verdadero proceso de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordi-

naria, y desde esta línea de entendimiento construir una justicia intercultural que dé relevancia al Estado intercultural y plurinacional.

En este sentido, el presente libro inicia exponiendo el monismo jurídico y el pluralismo jurídico. La segunda parte encausa los principios de la igualdad y no discriminación, descifrándolos en igualdad formal, igualdad material y no discriminación. Con estos principios, en la tercera parte, se expone la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas para conocer y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento y decisión, cuando los mismos se han originado dentro del ámbito territorial. En la cuarta parte desarrollamos el procedimiento sumario de manera comprensible y didáctica, con énfasis en tres pasos que deben cumplirse para que el juez ordinario verifique y conceda la declinación de competencia. En la parte final se analiza la relevancia que otorga la justicia ordinaria a las decisiones y resoluciones de la justicia indígena. Este análisis se sustenta en las resoluciones que forman parte de los procesos judiciales ordinarios que han sido incorporados, como elementos de prueba, para que sean considerados en la argumentación y motivación de las sentencias.

## **Capítulo I**

# **El pluralismo jurídico y el monismo jurídico: contrastes de cosmovisión**



## **1. Pluralismo jurídico y monismo jurídico**

El reconocimiento del pluralismo jurídico tiene su origen en la Constitución de 1998 y está ratificado en la actual Carta Magna del Estado, lo que pone de relieve la diversidad jurídica en el Estado constitucional de derechos. Este hecho ha llevado al surgimiento de ciertos postulados cuestionadores del pluralismo jurídico por quienes no reconocen su existencia, mucho menos la categoría de la diversidad de normas que conviven dentro de un Estado. Al respecto los positivistas sostienen que el derecho proviene únicamente del Estado y constituye una ley única, autónoma y autocrática.

Esta es la visión de la teoría del monismo jurídico, que desarrolla Hans Kelsen en la teoría pura del derecho y sostiene que “los otros derechos nacionales, [ajenos al derecho estatal], y el derecho internacional no deberían ser [...] conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica” (Kelsen, 1960, p. 207). A este criterio monista, Boaventura de Sousa Santos da repuesta concreta sosteniendo que:

El pluralismo jurídico es una teoría en la cual se parte de la idea que pueden coexistir dos órdenes jurídicos dentro de un espacio y tiempo determinado. Supone una definición alternativa del derecho que se opone a un monopolio en la producción estatal de las normas jurídicas. (en Mosqueira, 2011)

En consideración a estas dos visiones se establecen las siguientes definiciones acerca del pluralismo jurídico.

La teoría pluralista sostiene que el Estado no es el único productor de normas jurídicas, sino que igualmente los grupos sociales dife-



rentes al Estado tienen la legitimidad para producirlas, siempre y cuando se establezcan sus objetivos propios, se determinen los mecanismos para obtener tales objetivos y se distribuyan funciones específicas de los individuos que integran el grupo, para que cada uno aporte mediante los medios previstos, para alcanzar el fin y coexistan diferentes culturas. (Bobbio, 2005, pp. 10-13)

De la doctrina expuesta nos encontramos frente a dos visiones del derecho. Por una parte, la teoría positivista que sostiene Kelsen, en la que el ordenamiento jurídico es un sistema de normas jerarquizado, por ello defiende la hegemonía del derecho positivo emanado del Estado, señalando que no es válida ninguna norma que no sea originada en este espacio, entonces estamos frente a la hegemonía del derecho estatal. En cambio, los críticos del monismo jurídico cuestionan la preeminencia del derecho oficial señalando que el Estado no es el único que produce normas jurídicas, sino que también existen otros grupos sociales que, en base a sus costumbres y tradiciones ancestrales, producen preceptos legales para administrar y resolver sus conflictos, y mantener el orden social. En este ámbito se contraponen dos visiones del derecho, esto es, el derecho piramidal y la jerarquía dominante de normas que defiende Hans Kelsen como la únicas válidas y aplicables, frente a un derecho que surge de una colectividad estructurada en forma circular, holística, tomando como base las costumbres y tradiciones ancestrales y que están vigentes y aplicándose dentro de un espacio territorial.

En la misma idea, María Elena Carvajal (2019) afirma que Eugen Ehrlich contribuye al postulado pluralista al sostener que “el Derecho del Estado no es todo el Derecho”, sino que va más allá de esa hegemonía del derecho positivista, pues “existe además un derecho vivo, que

yace en la sociedad” (párr. 24). Pierre Bourdieu (2001) manifiesta que “el derecho no puede ejercer su eficacia específica sino en la medida en la que obtiene reconocimiento” (p. 210).

La respuesta a esta polémica entre los positivistas y los pluralistas de si el derecho proviene únicamente del Estado o si el derecho también se origina en las relaciones de los diversos grupos sociales que son parte del Estado, la encontramos en la evolución de los derechos constitucionales de los Estados latinoamericanos, cuyas reformas constitucionales han cambiado el carácter del Estado monista a un Estado pluralista y, dentro de estos Estados pluralistas se ha reconocido la constitucionalidad de aquellas normas que yacen en la sociedad, incluyendo la facultad de autolegislar para crear o recuperar su derecho consuetudinario.

La teoría de Bourdieu alimenta aquel concepto y nos traslada al caso ecuatoriano, en que la norma constitucional reconoce los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. En el art. 57 nro. 10 de la Constitución de 2008 se otorga la facultad de “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario”. Este mandato constitucional instituye un nuevo enfoque del derecho y a partir de ahí rompe radicalmente la hegemonía del poder estatal para la generación de normas, extendiendo la facultad legislativa a las diversidades a fin de que puedan crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho consuetudinario.

Desde esta perspectiva, comprender el pluralismo jurídico es comprender la diversidad de normas que existen dentro de un mismo Estado, respetarlas y aplicarlas. Es así que, en este nuevo modelo de estado intercultural y plurinacional, no solo se trata del reconocimiento de la diversidad y la heterogeneidad de su población, sino de su pluralidad

en los ámbitos jurídicos, sociales y culturales, reconociendo a la justicia indígena como un sistema jurídico de derecho consuetudinario amparado por la Constitución y los instrumentos jurídicos internacionales.

En este contexto, la visión clásica del pluralismo jurídico se ocupa de estudiar la coexistencia de distintos derechos en un mismo espacio, fundamentalmente, en el espacio colonial y poscolonial. De esta forma, deja constancia, tanto en la teoría como en la práctica, que desde tiempos históricos los pueblos y las comunidades indígenas regulaban su existencia y sus instituciones comunitarias, por ello y de acuerdo a los conceptos citados, se demuestra que los sistemas sociales generan su propia regulación a través de sus propias reglas, costumbres y tradiciones.

Contrario a esta teoría pluralista, el crítico jurídico Gunther Teubner (1992) cuestiona la adopción del “punto de vista tradicional” sobre el pluralismo jurídico, señalando que “este es incapaz de definir adecuadamente el derecho” (p. 1150). Sostiene que esta incapacidad se debe a la ausencia de una distinción adecuada entre derecho y otros tipos de normativa, así como atribuir al derecho una única función, cuando pueden identificarse varias. Teubner define al pluralismo jurídico “como una multiplicidad de diversos procesos comunicativos que observan la acción social a través del código binario de lo legal y lo ilegal” (p. 1150).

La crítica de este autor es excluyente, porque en ella prevalece solamente la visión estatal de lo normativo y declara que los pueblos que conviven con sus normas y derechos propios, aunque estén establecidos en la Constitución, no tendrían una definición doctrinaria. Con esta visión, el pluralismo jurídico se reduce únicamente a diversos procesos comunicativos de las minorías para crear sus propias normas y aplicar-

las en base a sus costumbres y tradiciones concebidas como derecho y justicia indígena.

## **2. La vigencia del pluralismo jurídico en los Estados plurinacionales**

La vigencia e institucionalización del pluralismo jurídico en los Estados plurinacionales implica la mutilación de los fundamentos del monopolio estatal, de los mecanismos coercitivos de la producción normativa; por ello, con la evolución de los derechos y con las reformas constitucionales de los Estados el monismo jurídico dejó de ser un derecho homogenizante. Sin embargo, es preciso romper con la tradicionalidad jurídica en el ámbito de la operación de la justicia, en donde aún pervive el monismo jurídico al momento de la aplicación de la ley a los casos concretos. Si bien se reconoce constitucionalmente el pluralismo jurídico y el derecho de las diversidades, los operadores de la justicia ordinaria, al resolver las contiendas legales, terminan aplicando la visión jurídica occidental, dejando de lado los derechos de las minorías y afirmando la filosofía del derecho ordinario y sus conceptos occidentales.

En fin, para el criterio de los juzgadores el derecho piramidal dominante aún sigue enteramente vigente. En este caso el derecho homogenizante, lejos de armonizar o coordinar con el derecho indígena o consuetudinario en la solución de los conflictos, motiva decisiones que se adoptan siempre dentro del contexto coercitivo, que subsiste en el art. 13 del Código Civil (2005) y dice: “La Ley obliga a todos los habitantes de la Republica con inclusión de los extranjeros y su ignorancia no excusa a persona alguna”. Es verdad que estamos sujetos a la ley, pero en la actualidad existen contextos que obligan a una mayor argumentación en las decisiones judiciales, ya no solamente pensando en la aplicación lineal del derecho, sino en un nuevo enfoque de la jurisprudencia. Esto

implica que en todos los aspectos procesales debería prevalecer una interpretación jurídica desde el contexto de la diversidad y la interculturalidad.

### **3. El pluralismo jurídico en el Estado plurinacional e intercultural ecuatoriano**

En el caso ecuatoriano, el reconocimiento del pluralismo jurídico no es una bondad de parte del Estado a favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades; al contrario, es el resultado de una gran lucha social que por años ha sido reivindicada y forjada por las organizaciones indígenas, hasta que en la reforma constitucional de 1998, mediante movilizaciones masivas, se logró la incorporación del art. 84, referente a los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y pueblos afro.

Aquellos derechos reconocidos como colectivos estaban orientados a mantener la posesión de sus territorios ancestrales, desarrollar y mantener su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, el derecho a ser consultados sobre los proyectos de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus territorios, a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad, entre otros.

Dentro del mismo marco constitucional, el art. 191 inciso 3 reivindicó el derecho constitucional de administrar justicia indígena estableciendo como mandato constitucional que:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de

conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. (Constitución política del Ecuador, 1998)

De este modo y en el marco del reconocimiento al pluralismo jurídico y el derecho de las diversidades, la norma constitucional expuesta otorgaba a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a contar con una justicia propia. Justicia que se ejerce amparada en las costumbres y tradiciones de cada pueblo o nacionalidad, con las limitaciones establecidas en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

En la misma evolución de los derechos y garantías constitucionales, el proceso constituyente de 2008 cambia el carácter del Estado pluricultural y multiétnico a un Estado intercultural y plurinacional. Dentro de ese marco constitucional se amplían los derechos colectivos, profundizando con mayor rigurosidad el reconocimiento del pluralismo jurídico, al incorporar en la segunda sección del capítulo cuarto titulada “Justicia indígena”. Su contenido está desarrollado en el art. 171 de la norma suprema que dice: “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” (Constitución política del Ecuador, 2008).

Ahora bien, la parte más relevante e innovadora del artículo expuesto es la garantía de participación y decisión de las mujeres, lo que implica que por mandato supremo se reconoce el principio dual en el proceso y administración de la justicia indígena, cuya finalidad se encamina a mantener la armonía y el equilibrio en el manejo y resolución de los conflictos; su incumplimiento recae en la vulneración del principio de

la dualidad y, consecuentemente, del debido proceso. Más allá, el dualismo es uno de los principios rectores que sustenta la cosmovisión indígena, en este sentido, nada nace ni es único, mucho menos aislado del mundo o de su entorno social, por ello, todo tiene su par o su complemento. En el caso que nos ocupa, toda resolución en la justicia indígena tiene como fin la inclusión en la vida comunitaria de la persona que se equivocó y su corrección está supeditada a la *participación y decisión de las mujeres*, en todo el proceso de juzgamiento.

Además, hay que considerar que no se puede alegar costumbre o tradición a las acciones que vulneran derechos humanos y constitucionales de las mujeres, lo que implica que toda violencia y marginación no forman parte de las costumbres y tradiciones de las comunidades pueblos y nacionalidades, al contrario, las mujeres indígenas juegan un rol importante en los espacios comunitarios de administración de justicia, al ser actoras principales y conciliadoras de las partes en conflicto.

Otro aspecto importante e innovador de la Constitución de 2008 es el art. 57 nro. 10, que reconoce la potestad de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de autolegislarse, pues establece el derecho a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”. Esta disposición constitucional otorga a las comunidades la facultad autolegislativa comunitaria, misma que debe sustentarse en el marco del derecho consuetudinario y su aplicación debe radicarse conforme a las costumbres y tradiciones de cada comunidad, pueblo o nacionalidad. En consecuencia, dichas normas consuetudinarias están alejadas del ámbito legislativo ordinario y la facultad del ejecutarse del que goza el poder ejecutivo,

en este sentido, es la asamblea comunitaria la que delibera y construye su propia norma consuetudinaria y pone en vigencia para su regulación administrativa interna del territorio comunitario y de sus habitantes.

El COFJ, en el art. 344, establece los principios de la justicia intercultural, donde claramente pone de relieve que “todos los funcionarios judiciales deben observar los principios de diversidad, igualdad, el *Non bis in ídem*, la pro jurisdicción indígena y sobre todo la interpretación intercultural” (COFJ, 2009). Principios básicos para una justicia intercultural que respete sus formas de resolver los conflictos en base a sus costumbres y tradiciones ancestrales, sin la interferencia de la justicia ordinaria, a excepción del control constitucional.

El principio de la diversidad que expone la norma legal establece la obligación que tienen los servidores judiciales de velar en sus decisiones por el óptimo reconocimiento y la realización plena de la diversidad cultural. De ahí surge la necesidad de que los operadores de la justicia ordinaria tengan el conocimiento suficiente respecto a las prácticas, creencias y costumbres ancestrales, para que sus decisiones tengan argumentos sustentados en el mandato constitucional de un Estado plurinacional. Por ejemplo, el código *llaki* es un código *erga omnes*, que involucra a la totalidad de los conflictos comunitarios, sin distinción de materias, pero se divide en leves, graves y gravísimos.

Bajo esta realidad, el principio de la igualdad debe tener las mismas condiciones para ambas partes dentro de un proceso, con la finalidad de evitar un perjuicio a cualquiera de los intervinientes en la diligencia judicial. De existir dudas respecto a las características sociales, culturales y lingüísticas de las partes, que puedan vulnerar derechos constitucionales y humanos, se exigirá la intervención de traductores o peritos an-



tropológicos en la causa judicial, aquello garantizará el derecho al debido proceso, requisito fundamental para ejercer el derecho a la defensa de manera eficaz. Con esto se refleja la interculturalidad del sistema de administración de justicia y la coexistencia entre ambas culturas, sin que existan interferencias ni desventajas de los individuos al momento de ser sometidos a un proceso judicial.

El principio *non bis in ídem* es la garantía constitucional establecida para impedir un doble juzgamiento respecto a las decisiones de la justicia indígena. El principio dispone que las resoluciones dictadas por las autoridades indígenas no pueden ser revisadas por otra autoridad jurisdiccional, de esta forma, un justiciable declarado responsable por sus acciones u omisiones está sujeto a una sola autoridad jurisdiccional, principio constitucional que se configura en una garantía procesal de los derechos humanos. En consecuencia, si un individuo es sometido a un proceso de juzgamiento por parte de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad, ninguna otra autoridad podrá juzgarlo o ejecutar un nuevo proceso sobre los mismos hechos. En este contexto, las resoluciones de la justicia indígena tienen la misma jerarquía que las sentencias dictadas por las autoridades jurisdiccionales de la justicia ordinaria y únicamente están supeditadas al control constitucional.

Ahora bien, hay que considerar que las decisiones de la justicia indígena son de única instancia y para evitar que la jurisdicción indígena pueda adoptar medidas contrarias a los derechos humanos, la misma norma constitucional contempla el control constitucional para dichas decisiones al señalar que:

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisio-

nes estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. (Constitución política del Ecuador, 2008, art. 171)

Para el ejercicio del control constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) prescribe los principios bajo los cuales deberían resolverse las acciones extraordinarias de protección en contra de cualquier decisión de la jurisdicción indígena, acción mediante la cual el organismo de control constitucional garantizará la comprensión intercultural “a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural” (art. 66); otorgando, de esta manera, el derecho a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a “gozar de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales” (COFJ, 2009, art. 344). Es decir, de esta forma evidencia la existencia real del respeto a la independencia jurisdiccional concedida a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a través de la norma constitucional.

En relación al *principio de pro jurisdicción indígena*, la aplicación del derecho por parte de los servidores judiciales implica que “en caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible” (art. 344), demostrándose así que la legislación le atribuye al derecho indígena un amplio grado de aplicación y ejecución. Ante la existencia de dudas entre las jurisdicciones, preferentemente es la justicia indígena la que prevalecerá por sobre la ordinaria.

La *interpretación intercultural* es relevante para lograr un verdadero sistema pluralista. Esta debe partir de la necesidad de que las leyes sean

interpretadas de forma pluricultural, reconociendo las funciones, contextos y fines sociales de las diferentes normativas jurídicas, razón por la cual todas las autoridades judiciales, sin excepción, deberán tomar en consideración todos los elementos culturales, así como las normas consuetudinarias de los pueblos ancestrales, antes de tomar una decisión dentro de un litigio. En consecuencia, se procurará considerar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

## **Capítulo II**

### **Principio de la igualdad y no discriminación para la justicia intercultural**



Para entrar en el contexto del análisis del principio de la justicia intercultural, cabe considerar que el principio de la igualdad reconocido en la Constitución de la república tiene tres variantes, las que se descifran de la siguiente manera: igualdad formal, igualdad material y el principio de la no discriminación.

### **1. La igualdad formal**

Significa que todas las personas, cualquiera que sea su condición social o cultural, deben ser tratadas de igual manera. La doctrina *equal but separate* sostiene que hay que tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, esto significa trato diferenciado si es que la ley lo establecía.

La Corte Constitucional señala que:

Dentro de la configuración normativa del derecho a la igualdad nos podemos encontrar con dos dimensiones: la denominada igualdad jurídica o formal y la igualdad de hecho o material. La primera de las mencionadas hace referencia a la igualdad ante la ley, es decir una igualdad en cuanto a la configuración y aplicación de la normativa jurídica, mientras que la segunda hará referencia a las particularidades de los sujetos, grupos o colectivos, quienes deben ser tratados de manera igualitaria si se encuentran dentro de circunstancias fácticas similares, prohibiéndose cualquier acto discriminatorio. (Sentencia nro. 019-16-SIN-CC, 2016, pp. 13, párr. 2)

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2019):

Ha distinguido la igualdad formal y real como distintas acepciones para comprender la protección y el goce de los derechos humanos en la re-

gión. Es decir, el sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o real que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas que permitan su equiparación. Ello implica la necesidad de un trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias, la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho. (p. 33)

Como podemos ver, tanto la doctrina como la jurisprudencia, sostienen que la igualdad formal no solamente se limita al ámbito formal del derecho, sino que va mucho más allá e incluye la acción afirmativa para impedir la negación al ejercicio del derecho de accesos a un servicio o la limitación del ejercicio de un derecho. De no impedir aquello, estaríamos frente a eventos de exclusión y discriminación. En este caso el principio de la igualdad está configurado para evitar la arbitrariedad de los poderes públicos en la aplicación de la ley, bajo esta dimensión formal corresponde a las entidades jurisdiccionales y a los jueces administrar justicia en amparo de los derechos establecidos en la Constitución y la ley, en todos los casos.

Respecto a este derecho, la práctica que se vive en los corredores de los juzgadores es distinto. Lo único innovador que se puede apreciar en las puertas de las cortes y juzgados es la colocación de letreros con traducción a los idiomas indígenas, pues ya en el tratamiento de los casos hay racismo y discriminación. Partiendo desde la defensa técnica, los fiscales y juzgadores que conforman el tribunal son mestizos juzgando

a un indígena. Entonces, en un proceso judicial ordinario, en las zonas de mayor población indígena se vive un constante choque de culturas y cosmovisiones, y la acción afirmativa creada para garantizar la igualdad formal y material aún no se desarrolla en el ámbito del acceso a la justicia.

Ahora bien, si en la argumentación y análisis de los casos concretos se verifica la existencia de un derecho que requiere ser protegido, existe, en consecuencia, la obligación de protegerlo empleando los elementos culturales que rodean a la persona procesada. De no hacerlo, el Estado, a través de sus servidores, deberá entregar razones suficientes para justificar su decisión. Por ejemplo, tutelar el derecho a ser informado en su propia lengua está establecido en la Constitución como una garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, y no está direccionado únicamente para personas extranjeras, sino que incluye a las lenguas de las minorías, que en muchos de los casos están siendo dejadas en la sombra y no se les atribuye este derecho constitucional para garantizar una tutela judicial efectiva.

## **2. Igualdad material**

La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad del poder. El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del juicio de razonabilidad que, en palabras del tratadista italiano Mortati, consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales dispo-



siciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance (Pizzoruso, 1984, p. 169).

La doctrina expuesta pone énfasis en la interpretación de los contextos normativos encaminados a determinar el alcance real del principio constitucional de la igualdad material, la misma que se orienta a garantizar la dignidad del ser humano y de las comunidades pueblos y nacionalidades, es decir, el alcance normativo bajo el principio de la igual real y efectiva deberá adecuarse a los derechos establecidos en la constitución y en los tratados y convenios internacionales.

En este sentido, la Corte Constitucional señala que la igualdad material hace “referencia a las particularidades de los sujetos, grupos o colectivos, quienes deben ser tratados de manera igualitaria si se encuentran dentro de circunstancias fácticas similares, prohibiéndose cualquier acto discriminatorio” (Sentencia nro. 019-16-SIN-CC, 2016). Este análisis de la Corte pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona.

La jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional nos lleva a determinar que el concepto de igualdad material, real o sustantiva es relevante para que la orientación de las políticas públicas que contribuya a garantizar el reconocimiento de derechos y libertades respecto a determinados sectores de la población, en el presente caso específico, a las comunidades pueblos y nacionalidades.

Boaventura de Sousa Santos (2003) contribuye a esclarecer las consecuencias del trato igualitario, en relación a la constatación de la diferencia, cuando señala que “todos tenemos derecho a ser iguales cuando la diferencia oprime, y derecho a ser diferentes cuando la igualdad descaracteriza” (p. 164). En consecuencia, a criterio de este autor, la igualdad

jurídica implica la protección de las diferencias personales y excluye las diferencias sociales.

Bajo ese contexto y con el fin de poner en vigencia la aplicación del principio de la igualdad material, el Consejo de la Judicatura diseñó la *Guía para la transversalización del principio de interculturalidad en la justicia ordinaria* (CDJ, 2016), que en lo esencial dice:

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos [...]:

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas.

2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común.

3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia).

4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). (p. 11)

El mismo documento culmina señalando que:

Este principio busca asegurar a los miembros de estos pueblos, el goce o ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales en una forma similar a la de los demás ciudadanos, sin ningún tipo de obstáculo ni

discriminación. Así, todas las autoridades e instituciones públicas, nacionales y locales, están conminadas a respetar la igualdad ante la ley, sobre todo, el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos de administración de justicia, tal como lo señala, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su artículo 2. (p. 12)

El órgano rector de la justicia ecuatoriana es muy enfático al señalar que la interculturalidad es un principio que “busca asegurar a los miembros de estos pueblos, el goce o ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales en una forma similar a la de los demás ciudadanos, sin ningún tipo de obstáculo ni discriminación” (p. 12).

La visión teórica expuesta es clara, pero la práctica es oscura y nebulosa, ya que cumplir con este objetivo implica que los operadores judiciales deben valerse de herramientas auxiliares periciales que les permita comprender la diversidad de cada uno de los miembros de las comunidades indígenas enfrentados con la ley. Por ejemplo, el derecho a ser informado en su lengua propia de las acciones y procedimientos iniciados en su contra, debiendo para ello designar peritos traductores del idioma indígena y garantizar de esta forma la eficiente comprensión de las diligencias judiciales, así como la inclusión de los elementos interculturales en las decisiones judiciales. Es decir, el argumento y la motivación de una sentencia debe estar dotado de esa diversidad cultural que demuestre el acceso efectivo a la justicia y la vigencia de la igualdad formal y material, así como la no discriminación de las minorías por sus diferencias culturales y lingüísticas.

Nuestra Constitución proclama que todos somos iguales ante la ley, que no existirá discriminación por razones de identidad cultural, lingüística,

condición social, de género, entre otros. Pero la historia nos demuestra lo contrario cuando aquella igualdad material no se ve reflejada en las políticas públicas mucho menos en la justicia, por lo cual no se logra alcanzar aquella igualdad de oportunidades entre las diversidades como base esencial del Estado constitucional de derechos.

En este sentido, lo expuesto por el CDJ no pasa más allá de una exposición romántica escrita en letra muerta. El acceso y la aplicación real bajo la igualdad formal y material de la justicia ordinaria en el escenario de un Estado intercultural y plurinacional sigue siendo una utopía, porque no se da la relevancia judicial a los elementos periciales que otorga la Constitución y la ley para garantizar el derecho al debido proceso de los justiciables. De ahí que la coordinación o comprensión entre la justicia ordinaria y la justicia indígena requiere de una interpretación intercultural de cada caso. Entonces, es el Estado, a través de los tribunales de justicia, el encargado de resolver el conflicto de las desigualdades de los justiciables intervinientes, y para ello requiere conocer la diversidad, la cosmovisión, y la identidad cultural del acusado. Sobre esa base garantizará el acceso a la justicia, haciendo uso de las herramientas periciales que le permitan el mayor entendimiento de la información y de los hechos que como garante de los derechos le corresponde resolver lo que en justicia amerita.

### **3. El principio de no discriminación**

La Constitución de 1998 únicamente declaraba que los derechos son garantizados a todos los habitantes del Ecuador sin discriminación. En cambio, la Constitución de 2008 se inspira en la convención contra todas las formas de discriminación, garantiza la igualdad y establece las acciones afirmativas. La norma suprema recoge todos los elementos

reconocidos a nivel internacional para distinguir el trato igualitario del discriminatorio, enumera los criterios por los que se pueden discriminar y los prohíbe expresamente, en tanto la finalidad o consecuencia del trato distinto menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (Constitución política del Ecuador, 2008, art. 11, nro. 2).

Las categorías prohibidas deben dar a entender que atrás de aquello están las preocupaciones de los movimientos sociales que se visibilizan para ser protegidos y no discriminados. Aquello constituye un desafío para las instituciones del Estado, ya que garantizar aquellos derechos implica un cambio en el accionar de las entidades públicas y sus funcionarios, quienes tienen la obligación fundamental de cumplir sus actividades en el marco de la diversidad, promoviendo la igualdad real en favor de los titulares de los derechos. Y mucho más de quienes se encuentren en situaciones de desigualdad, como han sido las minorías de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

“En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia” (Constitución política del Ecuador, 2008, art. 11, nro. 5). Bajo este principio constitucional, el Estado ecuatoriano es uno de los partícipes en la defensa de los derechos indígenas, promueve en su normativa el modelo neoconstitucional de derechos, en donde se otorgan derechos a los ciudadanos y se encomienda al Estado como su deber más alto, cumplir y hacer cumplir los mismos en base a la diversidad, surgiendo de esta forma garantías y derechos a favor de las nacionalidades indígenas.

La vigencia plena de este principio constitucional de la no discriminación se expresaría en la aplicación debida del principio de la inter-

pretación intercultural en la justicia. Misma que viene a ser como un camino para el entendimiento y la correlación entre los principios de la justicia ordinaria con los de la justicia indígena. Toda vez que el derecho indígena parte del principio *puedes o no puedes hacer*, mientras que el derecho occidental *manda, prohíbe y permite hacer o no hacer*. Es decir, el poder coercitivo se evidencia en todo el ordenamiento jurídico occidental, mientras que el principio potestativo incluyente prima en el derecho indígena. Bajo este tejido propio del derecho indígena el individuo es sujeto de derechos, mientras que en el derecho occidental el sujeto viene a ser objeto de derechos. Por ello, la justicia indígena es incluyente mientras que en el otro sistema es excluyente y carcelario, y la superación de aquellos paradigmas se expresarían dentro del contexto argumentativo intercultural en las sentencias judiciales.

En consecuencia, mientras los principios constitucionales sigan siendo únicamente teorizados, la doctrina jurídica occidental seguirá aplicando el derecho piramidal coercitivo en contra de las minorías enfrentadas con la ley. En este caso, lo que debe cambiar en el contexto de un Estado intercultural y plurinacional es el esquema piramidal occidental del derecho kelseniano y acercarse al derecho circular holístico andino. Esto llevaría a que los juzgadores comiencen una nueva era de administrar justicia en el marco de las construcciones de un Estado intercultural en el que la justicia ya no es única, sino que existen diversidades con diferentes formas de hacer justicia y mantener el orden social.

En ese orden de ideas, los principios que forman parte de la norma constitucional vigente se encaminan hacia el cambio del sistema judicial, lo que implica dejar atrás la estructura tradicional monista y avanzar hacia una estructura pluralista. Desde esa perspectiva, las decisiones

judiciales tendrían otro nivel de interpretación y argumentación, que se aproximaría a garantizar el principio de la igualdad formal y material de los derechos de las minorías, el cual se halla establecido en el art. 11 nro. 2 de la Constitución (2008), que instituye como derecho primigenio del Estado “el principio de la igualdad y no discriminación”. Circunstancia que tiene correlación directa con el principio establecido en el nro. 3 del mismo artículo, cuando señala que:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Entonces, la vigencia de los principios constitucionales requiere de una transversalización efectiva del principio de la interculturalidad, que obligue a los operadores judiciales a cambiar las tradicionales formas de dictar sentencias bajo la lupa del formalismo legal y que debe incorporar la interpretación y la motivación intercultural que se identifiquen con la cultura, la cosmovisión o identidad lingüística del procesado indígena enfrentado con la ley. Esto daría un resultado positivo en la efectiva garantía de la tutela judicial efectiva del justiciable miembro de una nacionalidad indígena. Por ello, en el desarrollo de las nuevas normas jurídicas, se establece el principio de la interculturalidad:

En toda actividad de la función judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En

estos casos la servidora o servidor de justicia buscara el verdadero sentido de las normas aplicables de conformidad a la cultura propia del participante. (COFJ, 2009, art. 24)

Los principios rectores del quehacer de la justicia ecuatoriana establecen la interculturalidad y se complementan plenamente, en la misma norma invocada, con la interpretación intercultural:

En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas al momento de su actuación y decisión judicial interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas. (art. 344)

Los principios expuestos están vigentes, pero su aplicación es frágil o inexistente, existe muy poca jurisprudencia que recoja aquel principio de la interpretación intercultural. Por ello, no se ha logrado obtener un debate amplio sobre este tema que se encuentra consagrado como mandato legal y constitucional dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, las unidades jurisdiccionales, al considerar este principio de la interpretación intercultural en la motivación de las sentencias de algunos casos esporádicos, sean estos civiles o penales, enfocan sus argumentos amparándose en el trillado “Caso La Cocha 2”, que no es más que una jurisprudencia constitucional retrospectiva, excluyente y discriminatoria de los derechos de las comunidades al ejercicio de la justicia indígena.



Por ello, considerar esta jurisprudencia constitucional como parte de una sentencia que justifique la motivación intercultural de un proceso ordinario, implica que el operador jurídico aún no comprende la diversidad, ni las diferentes cosmovisiones de los pueblos indígenas. Por lo tanto, el reto de la aplicación del principio de la interpretación intercultural en los procesos judiciales se encamina a reconducir el pensamiento del operador jurídico y llevar a una comprensión de la diversidad, para que a partir de ello se respeten las distintas cosmovisiones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el ámbito de la administración de la justicia.

Bajo esta visión, Villanueva Flores (2015) señala que:

La interculturalidad en el ámbito jurídico demandaría, además, que la justicia propicie el análisis de los delitos desde los contextos culturales en los que se cometen, alentando una consideración de las diferencias culturales y una conciliación en torno a ellas y reconociendo las maneras variadas contemporáneas de constituir y vivir en comunidad y colectividad”. (p. 295)

De acuerdo al contexto expuesto, corresponde a los operadores judiciales en el análisis de los casos en el que se encuentren involucrados miembros de las comunidades, el hecho de considerar las diferencias culturales y entender su cosmovisión y forma de convivir en colectividad, cuya diferencia radica sustancialmente del contexto individual en que se ha venido desarrollando el derecho.

Por otro lado, hay que considerar que la Corte Constitucional, para resolver el “Caso La Cocha 2”, requirió del apoyo de las pericias antropológicas, para tratar de comprender la diversidad y la cosmovisión

del pueblo kichwa panzaleo. Así, del informe pericial realizado por la perita Esther Sánchez, consta el siguiente análisis: “El derecho indígena ha sido observado, examinado y tratado desde el derecho positivo partiendo de sus conceptos y no de los referentes propios de estos derechos distintos”. Luego añade: “Se privilegia la supremacía absoluta de los derechos del sujeto individual sobre el sujeto colectivo de derechos” (comunicación personal, 2011). Lo expuesto demuestra que vivimos en un mundo de confrontación entre el saber de un pueblo despojado de sus derechos y las visiones occidentales cuya superioridad se asume por encima de lo ancestral. Esto implica que por más derechos indígenas reconocidos en la Constitución, siempre serán considerados derechos y saberes inferiores, por lo que los jueces ordinarios minimizan la cosmovisión indígena mientras invocaban a su propia cosmovisión.

Con esta visión, el organismo constitucional juzgó el Caso desde la óptica etnocéntrica y monocultural, eludiendo reconocer como iguales en la jerarquía de jueces a las autoridades indígenas, evento con el cual puso una desventaja abismal entre el derecho fuerte y el derecho débil de las comunidades, al otorgar facultades exclusivas de los mismos organismos jurisdiccionales penales para delitos de asesinato, dejando entrever una visión extremadamente vertical y excluyente al derecho consuetudinario. Sin olvidar que es una jurisprudencia ambigua y limitante, que deja abierto el camino a las interpretaciones antojadizas de los juzgadores.

En este sentido, la motivación que realizan los organismos jurisdiccionales, tomando como referencia los enunciados de la jurisprudencia constitucional del caso la Cocha y de la norma, no va más allá de una simple justificación para pretender demostrar la eficacia de la aplica-

ción del derecho, considerando presuntamente los conceptos de la interculturalidad. Por el contrario, una sentencia dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia social, intercultural y plurinacional, para que se entienda motivada, debe contener los principios básicos de la justicia intercultural, enfocados en los cuatro mandatos que expone el CDJ, y debe evidenciar la puesta en marcha de los elementos auxiliares como peritajes antropológicos y lingüísticos, que la sociología jurídica dispone para estos eventos.

## **Capítulo III**

# **Jurisdicción y competencia**



## 1. La jurisdicción desde el contexto normativo y doctrinario

Desde el punto de vista doctrinario, Chiovenda define a la jurisdicción como la “sustitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente” (en Cabanellas, 2009). En cambio, para el profesor Argentino Alsina “la jurisdicción es la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones; esto último como manifestación del Imperio” (en Cabanellas, 2009, p. 609). En esta línea de análisis, observamos que:

La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones... Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. (COFJ, 2009, art. 7)

Además: “La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia” (art. 150).

Partiendo de estas definiciones, entendemos que la función jurisdiccional es el poder que ejerce el Estado para dirimir contiendas legales surgidas entre los particulares y de estos con el Estado, a través de un poder estatal denominado Función Judicial, cuyo objetivo es el de mantener el control social. Por ello, la Constitución (2008) establece que

“el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia” (art. 169) y los encargados para la ejecución de la administración de justicia son los tribunales y jueces, quienes en base a las normas vigentes resuelven los conflictos que se presentan en la sociedad. En consecuencia, son los jueces designados por el Estado quienes tienen jurisdicción y facultad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado desde el concepto lineal y doctrinario.

## **2. Del nacimiento de la jurisdicción ordinaria**

El COFJ (2009) señala que:

La jurisdicción nace por el nombramiento efectuado conforme a la Constitución y la ley. El ejercicio de la jurisdicción empieza en el momento en que la jueza o el juez toman posesión de su función y entra a su servicio efectivo (art. 152)

Ante lo cual Devis Echeandía (1974) menciona que:

La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por esta se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto, y comprende todos los asuntos adscritos a esta (civiles, penales, laborales,). Entre ellas hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa. (p. 111)

Ahora, desde el punto de vista procesal y de acuerdo a la doctrina clásica, tenemos tres elementos de la jurisdicción: la *notio*, el *iudicium* y el *imperium*.

La *notio* se define como la facultad de conocer los asuntos que, de acuerdo con las reglas de competencia, corresponden a cada juez, con-

forme a sus procedimientos establecidos; el *iudicium* es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez conforme con las prácticas normales, y el *imperium*, consiste en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales. (Rueda Carvajal, 2008, p. 353)

Según la norma y la doctrina procesal clásica citada, encontramos que la jurisdicción nace del Estado, cuya potestad se otorga a un organismo determinado, encargado de administrar justicia y de mantener el orden social. Es el juez quien tiene la atribución para conocer, procesar y resolver las disputas sometidas a su conocimiento, no existe otro funcionario u organismo que no sea el autorizado por el poder estatal. Esta potestad es atribuida a las diferentes cortes de justicia, mediante mandato constitucional, del mismo modo que se les atribuye a las cortes ordinarias esta función de administrar justicia. En el Estado moderno intercultural y plurinacional como es el caso ecuatoriano, también se atribuye esta función a las autoridades de la justicia indígena.

En el mismo sentido, José Becerra Bautista (1973) señala que la función jurisdiccional es “la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida” (p. 5). El autor define a la jurisdicción tomando en consideración dos elementos, esto es, facultad de decisión y fuerza vinculativa, lo que implica que una controversia sometida a conocimiento y resolución de un tercero, será ley para las partes cuando se decida la controversia administrando justicia.

Entonces, desde la óptica occidental clásica, se tiene que la jurisdicción siempre será la potestad de administrar justicia derivada de la soberanía del Estado, la misma que es ejercida por un órgano especial; pero



esta doctrina clásica deja a un lado la jurisdicción indígena, cuyo reconocimiento también surge del poder del Estado. Por ello, un buen entendimiento entre estas dos visiones absolutamente legítimas exige la cooperación y coordinación mutua.

El tratadista Devis Echeandía (1974) manifiesta:

Si la jurisdicción es, por un aspecto, la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia y, por otro lado, el derecho subjetivo del Estado a someter los intereses particulares al interés público en la realización del derecho objetivo mediante el proceso, es claro que cualquiera que sea la materia a que se aplique, las personas que sean partes en el proceso y la clase de litigio o de problema que requiera su intervención, se tratará siempre de la misma función y del mismo derecho. (p. 133)

En relación a la doctrina, el art. 167 de la Constitución (2008) establece que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”.

En conclusión, la jurisdicción ordinaria, como doctrina, establece la aplicación de la ley mediante la intervención legal del Estado para el conocimiento y procesamiento de una causa, cuya finalidad es llevar a la emisión de una decisión sustentada en el derecho, que consigne a las partes en litigio lo que en derecho les asista y de esta forma garantice el bienestar social, protegiendo derechos individuales y colectivos que las partes anhelan que el juzgador decida sobre quién tiene la razón legal y justa. Esta jurisdicción ordinaria nace cuando el Estado otorga el

nombramiento de juez a la persona adecuada para el ejercicio de dicha función jurisdiccional.

### **3. De la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas**

La Constitución reconoce que las costumbres y tradiciones ancestrales son la fuente del derecho indígena, por el cual concede a sus autoridades la facultad de juzgar y solucionar conflictos internos aplicando procedimientos propios de cada comunidad pueblo o nacionalidad. En este contexto, la jurisdicción ancestral comunitaria es diferente a la jurisdicción ordinaria, por cuanto las comunidades, pueblos y nacionalidades, en base a su realidad cultural y su cosmovisión, crean sus propias instituciones, normas y procedimientos, que regulan su vida social colectiva y comunitaria. Por ello, Díaz Ocampo y Antúnez Sánchez (2016) afirman que:

La jurisdicción indígena no nace de la ley, esta nace de la voluntad o convicción de los miembros del pueblo o de la colectividad, es la propia gente que acude donde la persona o personas consideradas como autoridades o líderes, para pedir que se arregle un conflicto o problema. Por lo tanto, el derecho también es integral y busca restaurar el desequilibrio causado por el problema, conflicto o LLAKI. Sus autoridades buscan resolver el problema de manera integral, su principal interés es restablecer la vida comunitaria y devolver la armonía. (p. 108)

El COFJ (2009), refiriéndose al ámbito de la jurisdicción indígena, señala que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario” (art. 343).

En la misma línea de conceptualización, Ramón Eduardo Burneo (2012) expresa:

La Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, funciones jurisdiccionales con base a sus tradiciones ancestrales, dentro de su ámbito territorial. Sus resoluciones no pueden ser contrarias a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales; serán respetadas por las autoridades públicas y estarán sujetas al control constitucional. (p. 338)

En tanto que Hans Jürgen Brandt (2006), en su obra *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador*, manifiesta que:

Las autoridades indígenas están encargadas de velar por el bienestar, la tranquilidad y la paz social de las comunidades. Estas son el cabildo, compuesto por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y síndico que conjuntamente con la Asamblea General resuelven los conflictos que se presentan. Las autoridades son elegidas en asambleas generales, para lo cual deben ser personas reconocidas y respetadas en la comunidad por su capacidad, honestidad y conocimiento. (p. 236)

De la doctrina expuesta se concluye que la jurisdicción de las autoridades indígenas surge de una designación colectiva, en donde el Estado no participa, sino que está sujeto a las tradiciones y costumbres de cada pueblo o nacionalidad y, para el caso ecuatoriano, está en relación directa con el art. 57 nro. 9 de la Constitución (2008): “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”. Es decir, la

autoridad indígena tiene reconocimiento constitucional para cumplir su función dentro de su ámbito territorial o comunal, por ello, la función jurisdiccional comunitaria no la ejercen los jueces, sino las autoridades indígenas originadas en el seno de la colectividad comunitaria.

Entonces, la jurisdicción de la autoridad indígena nace cuando la colectividad se reúne en asamblea comunitaria y decide designar a su autoridad para que ejerza funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, designación que recae en las personas con experiencia, liderazgo y espíritu de servicio, capaces de generar consensos y arreglos satisfactorios para las partes. A ello se agrega la facultad de la autonomía legislativa comunitaria, que otorga la norma constitucional para que las comunidades puedan “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (Constitución política del Ecuador, 2008, art. 57, nro. 10).

Esta autonomía legislativa, según Raúl Llasag Fernández (2021), 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. (p. 57)

Bajo esta autonomía legislativa comunitaria constitucional, las comunidades no se rigen a las normas que se originan dentro del poder estatal, sino a su propio derecho consuetudinario que se adecúa a sus necesidades y que recoge procedimientos propios, sustentados en las costumbres y tradiciones de cada comunidad, pueblo o nacionalidad. Sin embargo, la jurisdicción indígena no está alejada del reconocimiento legal. El inciso segundo del art. 7 del COFJ (2009) establece la legitimidad de la potestad jurisdiccional de las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales al señalar que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley”. Del texto expuesto se puede apreciar que no es tan específico, al contrario, es muy amplio y general, situación que ha abierto postulados críticos deslegitimadores al derecho de las autoridades indígenas; de todas formas, no deja de ser un reconocimiento jurídico para el ejercicio y aplicación jurisdiccional de la autoridad indígena, dentro de su ámbito territorial, situación que tiene relación con el art. 171 de la Constitución.

#### **4. Determinación de las autoridades indígenas que administran justicia según la Constitución**

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas están debidamente organizadas para ejercer sus funciones jurisdiccionales y de competencia conforme lo establece la Constitución (2008): “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” (art. 171).

El COFJ (2009) determina el ámbito de la jurisdicción indígena cuando señala que:

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

Tanto la norma constitucional como el COFJ distinguen y reconocen tres tipos de autoridades que tienen facultad jurisdiccional para administrar justicia:

- La autoridad de la comuna o comunidad.
- La autoridad del pueblo.
- La autoridad de la nacionalidad.

Estas autoridades asumen sus funciones por mandato colectivo, para cumplir y hacer cumplir el ordenamiento jurídico comunitario, sus estatutos y su derecho consuetudinario, así como las decisiones que la asamblea comunitaria adopte, tanto a nivel interno como externo. Pero hay que recalcar que no se trata, simplemente, de un reconocimiento constitucional de un sistema jurídico indígena y las funciones jurisdiccionales de sus autoridades. Tampoco se trata de un sistema jurídico indígena paralelo al sistema jurídico ordinario, sino que se trata de dos

sistemas jurídicos de igual jerarquía, que se ajustan al reconocimiento del pluralismo jurídico y abren el camino para la coordinación y cooperación, mediante la interpretación intercultural de los casos y conflictos sometidos a conocimiento y resolución de la justicia.

#### **4.1. La autoridad jurisdiccional de la comuna o comunidad**

Comuna o comunidad es la organización central de los pueblos indígenas, aunque esta forma de organización no es la propia ni ancestral, es una organización que se constituye en el eje fundamental que articula y da coherencia a la sociedad indígena dentro de su ámbito territorial.

La autoridad de este territorio en los pueblos de la nacionalidad kichwa es el cabildo, encargado de administrar social, política y jurídicamente el territorio de la comuna o comunidad. En otros casos se les denomina como la autoridad del *jatun ayllu* (conjunto de comunidades) conformado por el conjunto de autoridades de las comunidades, cuya directiva o consejo se integra con las directivas de las otras comunidades. Este organismo tiene atribuciones más amplias que las comunidades o comunas, y puede resolver conflictos de las comunidades que integran el *jatun ayllu*. Sin embargo, ello no significa restar competencia a las autoridades comunitarias, al contrario, pueden actuar de manera directa resolviendo los conflictos de las comunidades que integran este colectivo de *ayllus* en el mundo de los pueblos kichwas.

En cambio, la autoridad en el mundo shuar es la persona con capacidad de liderazgo y trabajo para conducir la comunidad y buscar el bienestar de todos, capaz de hacer cumplir los reglamentos internos de la comunidad. Estas autoridades son el síndico de la comunidad y el presidente de la asociación, a quienes se puede acudir a poner en conocimiento

un conflicto o problema del que se espera un tratamiento oportuno que resuelva el conflicto.

#### **4.2. La autoridad jurisdiccional del pueblo**

La autoridad del pueblo es la representación organizativa más amplia y está integrada por las comunidades, comunas, consejos de *ayllu* y otras organizaciones sociales comunitarias, como las asociaciones, cuya jurisdicción y competencia responde al ámbito territorial provincial. Por ejemplo:

- La Coordinadora del Pueblo Kichwa Saraguro es la autoridad del pueblo saraguro, integrada por los presidentes de las federaciones de los pueblos y su consejo de gobierno, así como las organizaciones zonales.
- La Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH) es la autoridad del pueblo shuar y de la nacionalidad shuar. Está integrada por los presidentes, los síndicos, las asociaciones y centros shuar.

A estas autoridades les compete ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial provincial, de manera directa y definitiva, porque no son organismos de segunda instancia o de apelación como sucede en la justicia ordinaria. Sin embargo, existe una excepción en la nacionalidad shuar, los casos resueltos en la comunidad o en la asociación, cuando existe inconformidad en las decisiones, pasan a revisión de la autoridad provincial, organismo que analiza si la decisión se dictó dentro del marco constitucional y bajo las costumbres y tradiciones de la nacionalidad shuar, para lo cual convoca a las partes en conflicto y una vez escuchadas dicta su decisión final definitiva.



Para Luis Macas (2009):

Pueblo viene de población. Cuando varios pueblos tienen rasgos comunes y se podría decir son un pueblo más global como los Kichwas, usamos el término nacionalidad. Nacionalidad por el contrario viene de nacer, de tener un tipo de vida, de costumbre y de cosmovisión. (p. 92)

El autor explica con precisión la definición de “pueblo”, entendida desde la visión andina, y evidencia la existencia de rasgos comunes, como la tradición lingüística. Las tradiciones ancestrales que comparten de manera colectiva también establecen una diferencia de la nacionalidad, lo cual le relaciona con el nacer y tener un tipo de vida. En este caso, la autoridad y sus funciones jurisdiccionales nace de la voluntad colectiva comunitaria y está dotada de tres categorías:

- La autoridad de la comunidad.
- La autoridad de un pueblo conformada por las comunidades.
- La autoridad de una nacionalidad conformada por los pueblos.

El movimiento indígena define pueblo como una colectividad cohesionada por un conjunto de factores: ocupan un territorio definido, hablan una lengua común, comparten una cultura, una historia y aspiraciones comunes, factores que los diferencian de otros pueblos y que han hecho posible que desarrollen instituciones sociales particulares y formas de organización relativamente autónomas. (CONAIE, 1994, p. 51)

La definición expuesta por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) es amplia y nos lleva a entender en forma global la denominación de pueblo indígena, el mismo que, a más de ser una colectividad originaria, está constituido por comunas o comu-

nidades (centros shuar en la Amazonía). Pero cada uno de ellos con diferentes formas de organización social y política, costumbres y tradiciones que regulan la convivencia social comunitaria de cada uno de sus miembros.

En consecuencia, la autoridad de un pueblo cuya designación surja de un procedimiento democrático y comunitario interno, es la persona que ejerce potestad administrativa y jurisdiccional para la administración de la justicia indígena.

### **4.3. La autoridad jurisdiccional de la nacionalidad**

El espacio territorial de esta autoridad es la región conformada por las organizaciones provinciales, quienes tienen competencias más amplias para resolver conflictos acaecidos en los pueblos, así como también en las comunidades o comunas. En el caso de la región Sierra tenemos la ECUARUNARI como organización regional y su consejo de gobierno. En la Amazonía tenemos la CONFENIAE (Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana) como gobierno regional de las nacionalidades amazónicas.

Para Lourdes Tibán y Raúl Ilaquiche (2004): “Las autoridades de los pueblos indígenas son los encargados de velar por el bienestar, la tranquilidad y la paz social en las respectivas comunidades o jurisdicciones” (p. 26). La asamblea general o el consejo de gobierno es la máxima autoridad encargada de ejercer funciones jurisdiccionales en función de los hechos investigados y las evidencias encontradas, cuyos resultados se entregan a los presidentes de la nacionalidad respectiva. Esta autoridad es la encargada de sustanciar el caso convocando a la asamblea general, resolviendo el conflicto sometido a su decisión según sea el caso.

Para José García Falconí (2016):

Las autoridades de los pueblos indígenas son entidades de carácter público, que ejercen funciones públicas administrativas, legislativas y jurisdiccionales, constituidas por las autoridades tradicionales, cabildos indígenas y sus asociaciones, así como otras instituciones propias que ejercen el poder público, judicial administrativos, espiritual o cultural al interior de los pueblos indígenas de conformidad con su sistema normativo propio. (p. 252)

Este autor, en su análisis, hace énfasis en las funciones que cumplen las autoridades indígenas, entre ellas las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales. Enfatiza que todo lo relacionado al poder político, judicial y administrativo es netamente de carácter espiritual o cultural, generado estrictamente al interior de la comunidad. Sin embargo, hay que precisar que las autoridades instituidas jerárquicamente no son instancias para presentar recursos. Al contrario, cada una de ellas actúa de manera independiente dictando sus resoluciones que son de única instancia, por las cuales el presunto afectado con la decisión de la justicia indígena únicamente puede recurrir ante la Corte Constitucional mediante acción extraordinaria de protección.

## **5. Conflictos de jurisdicción y competencia**

Ahora bien, en un sistema monista tradicional como el nuestro, los problemas que se suscitan, en razón de la jurisdicción y la competencia, entre la justicia ordinaria y la justicia indígena se dan cuando la justicia ordinaria no admite la jerarquía de la autoridad indígena y se impone sobre ella, aunque el conflicto o la contienda tenga relación directa con miembros de la comunidad y su ámbito territorial. Esto implica

la subordinación y sometimiento de la justicia indígena a la estructura estatal, que ha devenido en exclusiones permanentes de las sociedades indígenas en el acceso al conjunto de los derechos colectivos y garantías constitucionales.

También hay que tener presente que existen conflictos en los cuales se encuentran involucrados indígenas y no indígenas. En estos casos, para algunos observadores, la determinación de la autoridad jurisdiccional es compleja en razón de que no existen parámetros establecidos para resolver la competencia. Sin embargo, las delimitaciones territoriales están establecidas legalmente. Si los conflictos surgen dentro del ámbito territorial indígena, la autoridad competente para resolver el conflicto es la autoridad indígena comunitaria, entonces, el criterio de la inexistencia de parámetros establecidos no es válido. Como regla básica, la aplicación de la justicia indígena se afirma en el hecho de que el problema se origina dentro del ámbito territorial indígena. El conflicto se agrava cuando la autoridad de la justicia ordinaria interviene desconociendo la jurisdicción y competencia de la autoridad indígena y dicta sentencia por sobre su decisión, en unos casos, y en otros, niega la declinación de competencia.

Pérez Guartambel (2006) señala que:

La administración de justicia indígena se aplica en todo el espacio territorial que se asientan los pueblos y comunidades indígenas, incluso si el ilícito es cometido por un indígena fuera de su jurisdicción debería remitirse a la justicia comunitaria indígena. Ante conflictos de jurisdicción territorial entre pueblos indígenas y quienes no pertenecen a esta comunidad debería juzgarse las infracciones en función de la intercul-

turalidad para evitar que se anule, se neutralice o penalice la justicia indígena por parte del derecho liberal. (p. 192)

En el caso colombiano, que es un sistema monista similar al nuestro, la tarea de dirimir o resolver los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la indígena le fue otorgada mediante la Ley 270 del año 1996 a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En el caso ecuatoriano es la Corte Constitucional que tiene facultad para “dirimir conflictos de competencia o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución, art. 436 numeral 7” (Constitución de la república del Ecuador, 2008). Además, el art. 343 del COFJ (2009), referente al ámbito de la jurisdicción indígena, señala: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario”.

La norma legal pone de manifiesto las funciones jurisdiccionales en virtud de las tradiciones ancestrales y derecho propio. Ahora bien, las tradiciones ancestrales de las comunidades tienen sus variantes de acuerdo a cada comunidad, pueblo o nacionalidad.

Por ejemplo, los pueblos kichwas tienen un sistema propio de resolver sus conflictos, aquello se sustenta en que la palabra es ley de todos, lo que se acuerda es inquebrantable y el diálogo es la principal fuente para llegar a acuerdos y resolver los conflictos. Desde esta perspectiva, los actos de ajusticiamiento mediante baños espirituales, hortigamiento, limpias y otras prácticas espirituales, en la visión comunitaria, son eventos de sanación y purificación de la persona y de su espíritu para su reinserción a la colectividad. Se considera que la persona, al cometer una infracción, actúa llena de malas energías que le hacen actuar mal,

provocando conflictos internos en su cuerpo y haciendo que reaccione mal frente a los demás. Pero para la visión occidental estas actuaciones de la justicia indígena están vinculadas directamente con actos crueles que producen detrimento psicológico y sus efectos descomponen la integridad física y emocional de los individuos, conllevando la vulneración de los derechos humanos. Contrario a la visión de los derechos humanos, la sanación es parte del proceso de rehabilitación, pero eso no implica que la justicia indígena no imponga sanciones. Al contrario, dependiendo de la gravedad de la infracción, se imponen medidas correctivas económicas, psicológicas, suspensión en los derechos comunitarios, expulsión de la comunidad y la confiscación de sus bienes en algunos casos graves, aunque aquello signifique la desvinculación de su identidad comunitaria.

Los pueblos shuar, en cambio, tienen otra forma de tratamiento de los conflictos. La autoridad a la que se pone en conocimiento un conflicto o problema no espera un pago monetario por su trabajo, sino un reconocimiento social que se refleja en atenciones de comida o bebida de la chicha y en el acatamiento de sus disposiciones, especialmente cuando se trata de una minga. En consecuencia, las autoridades de la nacionalidad shuar tienen facultades para imponer sanciones de carácter pecuniario, lo que la asamblea comunitaria determine. A más de ello, pueden disponer trabajos comunitarios cuando se trata de rencillas familiares. Cuando los hechos son graves y los miembros de la comunidad no acatan las disposiciones de la autoridad shuar, como es la defensa territorial, el respeto a la vida de sus miembros, la sanción que se impone es el destierro de la comunidad, y como consecuencia de aquello, su expulsión. Entonces el comunero sancionado pierde todo su derecho de posesión y usufructo del territorio que ocupaba. Ahora bien, la ejecución de las

decisiones de la justicia shuar han provocado enfrentamientos debido a que, en muchos casos, las autoridades de la nacionalidad shuar tratando de impedir actos de violencia, dan a conocer sus decisiones a las autoridades públicas como los tenientes políticos y la fiscalía indígena, autoridades que al dar poca importancia a estas decisiones provocan que los procesos terminen con fatales consecuencias para las partes en conflicto.

## **6. Del control de constitucionalidad a las decisiones de la jurisdicción indígena**

El control constitucional a las decisiones de la justicia indígena es facultad exclusiva de la Corte Constitucional, organismo que debe comprobar si las decisiones de las autoridades indígenas están acordes a los derechos constitucionales. Es decir, verifica que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al dictar sus resoluciones, estén enmarcados en sus costumbres y tradiciones, sin que las mismas sean contrarias a la Constitución y a los convenios y tratados internacionales de derechos humanos. Al respecto, la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional señala claramente:

Es así que, de existir inconformidad con una decisión definitiva de la Justicia Indígena, la única vía adecuada para discutir esa decisión o cualquier efecto que se derive de ella, es la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, por lo que resulta improcedente cualquier acción ordinaria que se intente contra una decisión de la justicia indígena. Respecto de un asunto resuelto en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. (Sentencia nro. 134-13-EP/20, 2020)

Las condiciones para llevar a cabo la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena se encuentran contemplados en el art. 66 de la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), que dispone que la Corte Constitucional debe respetar los siguientes principios y reglas:

1. *Interculturalidad*. El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.
2. *Pluralismo jurídico*. El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.
3. *Autonomía*. Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante, el reconocimiento de un máximo de autonomía tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.
4. *Debido proceso*. La observancia de las normas, usos y costumbres y procedimientos que hacen parte del derecho propio de



la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena, constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.

5. *Oralidad.* En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.
6. *Legitimación activa.* Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad deberá demostrar la calidad en la que comparece.
7. *Acción.* La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la corte dentro del término de 20 días.
8. *Calificación.* Inmediatamente la sala de admisiones deberá comunicar si acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Se sentará un acta sobre la calificación.
9. *Notificación.* De aceptarse a trámite, la jueza o juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas

que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.

10. *Audiencia.* La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia.
11. *Opinión técnica.* La jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas.
12. *Proyecto de sentencia.* La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.
13. *Notificación de la sentencia.* La sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.
14. *Violación de derechos de las mujeres.* Las juezas o jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue

la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

Los principios establecidos están orientados a fortalecer el desarrollo de la justicia intercultural y garantizar la vigencia del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, para que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas administren justicia conforme a su derecho consuetudinario, sustentado en sus costumbres y tradiciones. Esta circunstancia obliga a la justicia indígena a respetar el principio de la inviolabilidad del derecho de las mujeres, el cual no está supeditado a la invocación de las costumbres y tradiciones para justificar su cometimiento. Esto implica que, si una mujer es agredida física y psicológicamente, el infractor no puede establecer que este hecho sea una costumbre o tradición comunitaria, mucho menos las autoridades indígenas pueden sostener aquello para resolver el conflicto. Al contrario, aquella violencia es una infracción grave por lo que el infractor será siempre sancionado por la justicia indígena organismo jurisdiccional que no puede propiciar la impunidad de ningún acto que denigre la dignidad de las mujeres y de la comunidad.

Sin embargo, no todo lo que la teoría expone se practica, la violencia contra la mujer aún persiste en las comunidades indígenas. Por ejemplo, Magaly es sometida al proceso de justicia indígena por un conflicto de tierras que tienen sus padres con otro comunero, sin que para el mismo le hayan notificado o invitado a participar en ese proceso o asamblea de la justicia indígena. La procesada no pertenece a la comunidad en donde está siendo ajusticiada. En el desarrollo de la asamblea de la justicia indígena de la comunidad, Magaly sufre agresiones de carácter verbal, físico y psicológico porque intervienen personas en estado de

embriaguez. Finalmente, la comunidad resuelve aplicar el baño de sanación por un hecho del cual no es responsable y es llevada a la fuerza a la cancha de la comunidad, en donde le obligan a desvestirse y le bañan en agua fría. Esto afecta en su salud porque se encontraba con cólicos menstruales. Este hecho ha sido denunciado en la fiscalía y se encuentra en proceso de la investigación signado con el número 11010182180259 (225-2021). Al momento se desconoce cuál será el desenlace final del caso.

Al respecto cabe señalar que el ejercicio del derecho consuetudinario tiene establecido sus límites constitucionales, al señalar que no podrá enunciar costumbres ni tradiciones para vulnerar derechos de las mujeres y niños. En el presente caso, Magaly fue víctima de un injusto proceder de las autoridades indígenas que acusaron de un conflicto que no era responsable. A más de ello, nunca fue notificada ni invitada para participar en la asamblea de la justicia indígena, circunstancia con la cual vulneraron el derecho al debido proceso y a la legítima defensa, rompiendo de esta forma el principio de la armonía y la convivencia comunitaria. En consecuencia, el control constitucional a este tipo de acciones y decisiones es de vital importancia para impedir excesos y violaciones a los derechos humanos y constitucionales de los justiciables, cuando aquellos abusos y excesos salen de la órbita de las costumbres y tradiciones ancestrales.

La profundización del reconocimiento al pluralismo jurídico en el Estado constitucional de derecho nos ordena convivir con las diversas formas y mecanismos de resolución de conflictos que están sujetos a las distintas costumbres y tradiciones de los 18 pueblos y 14 nacionalidades que forman parte del Estado intercultural ecuatoriano. En consecuencia

y para que esta diversidad de resolver los conflictos se enmarque dentro del respeto a los derechos humanos y constitucionales, se ha establecido el control constitucional que ejerce la Corte Constitucional, bajo los principios estatuidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) e impone límites a la jurisdicción ordinaria a que pueda intervenir en las decisiones de la jurisdicción indígena.

## **Capítulo IV**

### **La declinación de competencia: procedimiento sumario**



En la evolución del reconocimiento de los derechos en el Estado intercultural y plurinacional, la declinación de competencia se constituye como un medio excepcional para la cooperación y coordinación de la justicia ordinaria con la justicia indígena. La finalidad de esta facultad legal es garantizar, mediante el procedimiento sumario, la comparecencia de la autoridad indígena ante la jueza, juez o tribunal ordinario para que, mediante declaración jurada, demuestre ser la autoridad de la justicia indígena y luego de esta diligencia justifique sumariamente la pertinencia de la declinación de competencia de un proceso sometido a la jurisdicción indígena. Esta herramienta procesal es poco conocida y desarrollada en las instancias judiciales ordinarias, tiene un procedimiento propio y excepcional, y no suele ser considerado en la administración de justicia.

En este contexto, hablar de la declinación de competencia de la justicia ordinaria hacia la justicia indígena nos invita al reencuentro y armonización entre el derecho fuerte con el derecho débil, en donde la complejidad del fuerte puede ser sustituida por el débil y de esta forma hacerlo más efectivo en la resolución de los procesos estancados por décadas, que no han podido ser desempolvados por la carga procesal acumulada. Mientras esto pasa, siguen llegando más procesos a los despachos judiciales y aquellos involucran a las personas que pertenecen a las minorías. Pero si hubiera una coordinación y cooperación eficiente entre las justicias, aquellos casos pudieran ser resueltos en la propia comunidad bajo la autoridad indígena. Para esto se ha establecido el mecanismo de la declinación de competencia, cuyo procedimiento no ha sido desarrollado eficazmente. En el presente capítulo se desarrolla de manera didáctica el procedimiento sumario de la declinación de competencia, con el fin de facilitar la comprensión y el procedimiento



que debe desarrollar la autoridad de la justicia ordinaria ante el pedido de la declinación de competencia por parte de la autoridad indígena.

Es necesario partir de una conceptualización doctrinaria, que hará comprender la diferencia que existe entre la declinación por falta de competencia del juez que impugna la parte demandada, frente a la declinación de competencia de la justicia ordinaria hacia la justicia indígena, cuyo trámite es totalmente diferente, ya que se trata de autoridades de la misma jerarquía con jurisdicción diferente.

### **1. Conceptualización**

Desde la doctrina tradicional, el concepto “declinación de competencia” o “declinatoria de jurisdicción” tiene varias definiciones. Cabanellas (2006) señala que es:

La petición para declinar o para impugnar la competencia del juez que conoce de un asunto. Este incidente es uno de los modos admitidos por la ley para plantear las cuestiones de competencia. Lo promueve quien, citado en juicio, alega la excepción de incompetencia de jurisdicción, por considerar que el juez o tribunal carece de atribuciones para intervenir en el asunto. (p. 136)

En el mismo sentido, el argentino Raúl Zaffaroni (2009), en una crítica sobre la declinación de justicia, establece un criterio más cercano a la competencia de la justicia indígena al señalar que:

No tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir

que es preferible el comunitario y en la medida que funcione lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles. (p. 110)

Este autor enfatiza que los juzgadores ordinarios carecen de autoridad moral y sobre esa base señala que no pueden imponer un sistema de solución de conflictos mejor del que desarrollan las comunidades. Es una crítica a la ineficiencia de los operadores de la justicia ordinaria en dar respuestas concretas a los conflictos sociales. Frente a ello, el reconocimiento a los sistemas de justicia comunitaria sería una alternativa, siempre y cuando la justicia ordinaria no intervenga en sus decisiones y decline dicha competencia a la autoridad de la comunidad.

A más de la crítica al sistema judicial ordinario, evidencia la vigencia de sistemas plurales en el manejo y solución de conflictos. Visto así, la declinación de competencia pretende contribuir al diálogo y coordinación entre los diferentes sistemas de justicia. Este planteamiento invita a los operadores judiciales y litigantes a dar nuevas respuestas a las viejas y tradicionales prácticas de manejar la justicia. Aquel desafío nos permitirá encontrar salidas novedosas y desafiantes al sistema jurídico tradicional excluyente. Por ejemplo, en lugar de que un caso dure tres años para resolverse, aquello lo trasladamos mediante declinación de competencia a la justicia indígena y resolvemos en tres meses (siempre y cuando cumplan con los elementos de la justicia indígena: autoridad, que las partes en conflicto víctima y culpable sean miembros de la comunidad y que el conflicto surja dentro del ámbito territorial comunitario).

Igualmente, el art. 153 del COGEP establece la excepción de incompetencia del juzgador. Pero aquella excepción tiene que ser justificada

con pruebas, dependiendo de las circunstancias. Aquellas pueden ser en razón del territorio o de la materia, y conforme se plantea la excepción de la incompetencia, nuestra norma dispone que el juzgador la conozca y resuelva en la audiencia preliminar, o en la primera fase de la audiencia única. En tales circunstancias, el concepto expuesto referente a la declinación no es más que el rechazo que hace el justiciable al juez que no tiene competencia para procesarlo.

Lo determinado en la norma no se vincula, en lo absoluto, con la jurisdicción indígena, por cuanto la declinación de competencia que establece el COFJ lo enfoca como un proceso de coordinación entre las justicias ordinaria e indígena. Es decir, bajo este criterio y dentro del marco de un Estado intercultural y plurinacional, la justicia ordinaria no puede subordinar a la justicia indígena.

Bajo este contexto, la declinación de competencia se concibe como el proceso de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, cuya facultad exclusiva radica en la autoridad indígena, que no impugna la incompetencia del juez ordinario, sino que solicita su competencia para ejercer funciones jurisdiccionales de acuerdo a sus costumbres y tradiciones del procesado infractor indígena.

## **2. Procedimiento según el COFJ**

El COFJ (2009) instituye el derecho a la declinación de competencia y establece que:

Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el

que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena. (art. 345)

A partir de esta invocación jurídica se instituye un procedimiento sumario excepcional, sencillo y rápido, cuyo tratamiento es diferente al procedimiento sumario de la justicia ordinaria. El derecho a la declinación de competencia se origina desde el momento en que el caso es sometido ante la autoridad de la justicia indígena y el proceso debe encontrarse en sustanciación en la justicia ordinaria. Para ello, la autoridad indígena deberá demostrar y justificar en la etapa de prueba la pertinencia de la declinación de competencia hacia la jurisdicción indígena. A partir de ahí nos planteamos las siguientes interrogantes.

### **2.1. Cuándo procede y quién debe solicitar la declinación de competencia**

La declinación de competencia es una herramienta procesal mediante el cual la autoridad indígena solicita al juez o tribunal donde se sustancia una demanda, derive aquella competencia a conocimiento y resolución de las autoridades indígenas. Si se asume que la declinación de competencia es parte de las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria, por mandato legal del art. 345 del COFJ, las autoridades de la jurisdicción indígena tienen la facultad exclusiva para solicitar o reclamar la competencia de casos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión. Pero hay que considerar que la ley es muy ambigua y general, ya que no existe una precisión ni límites de qué casos deben ser sujetos a declinación de competencia. Por ello se consideran como límites únicos para que la justicia indígena no pueda intervenir, aquellos que se encuentran establecidos en la jurisprudencia

de la Corte Constitucional (sentencia del “Caso La Cocha 2”), que se refiere al derecho de la vida, y se entiende que los demás casos son susceptibles de declinación de competencia.

En consecuencia, desde la técnica jurídica en el ejercicio del derecho a la declinación de competencia, se exige el cumplimiento de condiciones básicas, las mismas que deberán justificarse por parte de la requiriente autoridad indígena, cuyo proceso consta en el art. 345 del COFJ.

Descifrando el apartado, encontramos tres condiciones básicas que darían viabilidad a la procedencia de la declinación de competencia:

- Que el caso sea sometido a conocimiento de la autoridad indígena.
- Que la petición provenga de una autoridad indígena, ante el juez ordinario y solicite tal declinación.
- Que el juez notifique a la autoridad indígena a fin de que concurra a presentar su declaración juramentada y que luego se abra la causa a prueba mediante procedimiento sumario.

## **2.2. Primer paso: que el caso sea sometido a la autoridad de la justicia indígena**

Para determinar la pertinencia de la intervención de la jurisdicción indígena, la autoridad de la comunidad está llamada a verificar las siguientes condiciones:

- Que el conflicto surja dentro del ámbito territorial comunitario.
- Que las partes en conflicto sean miembros de la comunidad.

- Que el accionar de las partes en conflicto haya alterado el orden y la convivencia comunitaria.

Estas condiciones obtienen el respaldo doctrinario del tratadista Oswaldo Rafael Ruiz Chiriboga (2009), quien señala que “cuando los sujetos involucrados pertenecen a la misma comunidad el principio de maximización de autonomía adquiere una gran relevancia, por lo tanto, el único requisito es pertenecer a la comunidad indígena y ser indígena” (p. 29).

Bajo estas premisas, el conflicto debe estar situado dentro del ámbito territorial comunitario; las partes en conflicto o el procesado por la justicia ordinaria deben ser miembros de la comunidad; a más de ello, el procesado debe expresar su voluntad en forma verbal o escrita para ser juzgado y sancionado por la autoridad de la justicia indígena, lo que implica que la autoridad indígena interviene solicitando la declinación de competencia, previa petición expresa del comunero que está siendo procesado en la justicia ordinaria. No obstante, considerando el extremo formalismo y la eminente discriminación de la justicia ordinaria hacia las autoridades indígenas, la petición la deben realizar por escrito, precisando claramente la voluntad para someterse a la autoridad de la justicia indígena, su caso y la decisión de ser procesados bajo sus costumbres y tradiciones. Pero también las autoridades indígenas tienen la facultad de iniciar el proceso por iniciativa propia o de oficio, sin que medie aviso o denuncia alguna cuando tenga conocimiento de una infracción. La autoridad dispone que se realicen las diligencias necesarias a fin de encontrar la verdad de lo sucedido. La intervención de oficio de la autoridad indígena está orientada a precautelar los intereses de la comunidad y del *ayllu*, por lo que inicia las averiguaciones previas necesarias para corregir los hechos que alteran el orden y la conviven-

cia comunitaria y, en lo posterior, aplicar las sanciones respectivas de acuerdo a las costumbres de la comunidad a la que pertenecen el o los infractores.

A continuación, proponemos un ejemplo hipotético. En una comunidad indígena María es agredida por Pedro y María no da aviso de esta violencia. Sin embargo, la autoridad de la comuna llega a tener conocimiento y, sin que medie aviso o denuncia de este hecho de violencia, el cabildo procede por iniciativa propia disponiendo medidas de protección y de prevención a la familia. A más de ello, conforma una comisión para que se realicen las investigaciones. Con estos resultados, el cabildo procede a convocar a la Asamblea de Juzgamiento y culmina sancionando al infractor. En este ejercicio podemos darnos cuenta que tanto Pedro como María son miembros de la comunidad, el conflicto familiar se produjo dentro del territorio comunitario y este conflicto ha causado conmoción social interna; en consecuencia, cumple con los requisitos requeridos para que la autoridad indígena intervenga de oficio en el presente caso.

### **2.3. Segundo paso: la petición de la declinación de competencia a la justicia ordinaria por parte de la autoridad indígena**

En este paso es necesario identificar quién es la autoridad indígena que posee potestad jurisdiccional y competencia para administrar justicia. En el caso de los pueblos kichwas se reconoce como autoridad de la justicia indígena a quienes ejercen la función de presidente de un cabildo de la comuna o comunidad, de una organización provincial de segundo grado o una organización regional. En el caso de los pueblos shuar se les reconoce a los síndicos, presidentes de las asociaciones y

federaciones como la autoridad indígena. Bajo esta regla, la petición de la declinación de competencia debe surgir una de estas autoridades.

Ante una petición de declinación de competencia, el juez debe convocar al solicitante para que mediante juramento declare ser la autoridad indígena. Este requisito se concibe como un medio de control a la actuación de la autoridad de la justicia indígena por parte del juez ordinario, para no permitir que cualquier ciudadano pueda hacer mal uso de este derecho de los pueblos indígenas.

Es importante recalcar esta parte por cuanto el poder de administrar justicia indígena involucra a la autoridad comunitaria en el empoderamiento de los conflictos que la afectan y en el ejercicio y aplicación del derecho propio, consistente en que dichas autoridades están obligadas a observar los principios y valores comunitarios sustentados en su cosmovisión, costumbres y tradiciones ancestrales, que los identifican como pueblo o nacionalidad. Entonces, una autoridad indígena parte de una estructura y de un proceso democrático de designación, cuyo reconocimiento colectivo atribuye el ejercicio jurisdiccional por la relación que tiene con la comunidad.

Ahora bien, existen organismos privados creados al interior de una comunidad, pueblo o nacionalidad como son los “consejos de justicia indígena”. Pero estos no son designados de forma colectiva, ni surgen bajo el derecho propio ni por el valor que se da a la autodeterminación de los pueblos indígenas, tampoco son autoridades que tienen competencia o jurisdicción territorial para conocer y sustanciar conflictos comunitarios. He aquí la importancia y el papel que juega el juez o tribunal ordinario que, ante un requerimiento de la declinación de competencia, le corresponde identificar plenamente que la autoridad requirente de



la declinación de competencia provenga de una comunidad, pueblo o nacionalidad, mas no de un organismo privado o de su representante.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

Las autoridades indígenas con legitimidad para ejercer facultad jurisdiccional se distinguen de otras autoridades públicas, como miembros de la Asamblea Nacional, alcaldías, prefecturas, juntas parroquiales, ministerios, fiscalías, juzgados, jefaturas cantonales, tenencias políticas, entre otras, y de entidades privadas como por ejemplo gremios, corporaciones, comités pro mejoras, institutos, fundaciones, empresas, estas autoridades al no ser designados conforme el derecho propio y por ejercicio a la autodeterminación de una comunidad, pueblo o nacionalidad no son autoridades indígenas ni representan a los pueblos originarios. (Sentencias nro. 1-15-EI/21 y 1-16-EI, 2021, párr. 60)

Aquí el organismo constitucional establece la gran diferencia que existe entre autoridades públicas y privadas, con la autoridad indígena. Las autoridades públicas y privadas no se originan en el seno del derecho propio o consuetudinario, sino en el ámbito del derecho ordinario, en base a los estatutos cuando se trata de los gremios. En cambio, la autoridad indígena se origina de una colectividad en base al derecho propio que se sustenta en la práctica de las costumbres y tradiciones. Y esta circunstancia constituye un llamado a los organismos fantasma que se hacen pasar por autoridades de la justicia indígena y están cometiendo el delito de usurpación de funciones jurisdiccionales indígenas, como ya se ha venido dando en varios casos.

Un ejemplo de esta situación aconteció en la comuna Jesús del Gran Poder, de la parroquia Los Encuentros, cantón Yantzaza. Un grupo de

ciudadanos inconformes con las sentencias de la justicia ordinaria, habiendo sido expulsados de la comuna y habiendo vendido sus propiedades a otros comuneros, transcurrido un determinado tiempo, pretenden reivindicar sus derechos acudiendo a la justicia ordinaria, pero este organismo les niega aquella pretensión reivindicatoria. Ante ello, de manera violenta, ingresan a la propiedad comunitaria y son demandados por la posesionaria de los terrenos invadidos con la reivindicación. Viéndose perdidos, los invasores se organizan en un “consejo de justicia indígena” y sin ninguna legitimidad acuden ante el juez de Yantzaza y solicitan la declinación de competencia del proceso reivindicatorio demandado en contra de ellos. Ante este hecho, el juez acoge dicho pedido y resuelve declinar dicha competencia al mencionado organismo, agravando de manera inconstitucional e ilegal el conflicto comunitario. Este caso ha sido demandado ante la Corte Constitucional y está a la espera de la decisión final.

Como se puede apreciar, el organismo de control constitucional, al establecer la diferencia de autoridades, deja en claro que las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales deben ser designadas conforme al derecho propio y por el ejercicio de la autodeterminación de la comunidad, pueblo o nacionalidad, deben ser representantes de los pueblos originarios. En consecuencia, deja establecido que ningún organismo privado que tenga otra denominación, aun siendo creado en la comunidad, no representa a los pueblos originarios, ni es autoridad indígena para ejercer funciones jurisdiccionales.

#### **2.4. Tercer paso: trámite sumario de la declinación de competencia**

Uno de los principios de la justicia intercultural establecido en el COFJ (2009) es la pro jurisdicción indígena, que dice “en caso de duda en-

tre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible” (art. 344-d). Este principio debe ser observado y ponderado con argumentos sólidos por todas las autoridades de la jurisdicción ordinaria para los casos de las declinaciones de competencia que soliciten las autoridades de la justicia indígena, en consecuencia, en el trámite sumario se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Ingreso de la petición escrita ante el juez o tribunal de la justicia ordinaria por parte de la autoridad indígena.
2. Notificación del juez ordinario a la autoridad indígena para que justifique bajo juramento ser la autoridad indígena.
3. Declarar bajo juramento ante el juzgado o tribunal, en forma personal, ser la autoridad indígena.
4. Se abrirá la causa a prueba por el término de tres días para que la autoridad indígena presente documentos y pruebas justificando la pertinencia de la declinación de competencia.
5. Resolución del juez.

En efecto, cumplido con el procedimiento y el término establecido en el art. 345 del COFJ, el juez o tribunal ordinario deberá emitir su pronunciamiento, aceptando o negando la declinación de competencia. De aceptarse la declinación, debe entregar el proceso a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para que continúen con la sustanciación de la causa y dicten su resolución, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, conforme lo establece el art. 171 de la Constitución.

Esta circunstancia no puede concebirse como sinónimo de impunidad, al contrario, el juez ordinario estará poniendo en vigencia la interpretación intercultural de las leyes y sus fines sociales, incluidos dentro de las distintas normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico interno y amparan las formas de resolver los conflictos de los pueblos indígenas. Aquello se fortalece con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al establecer las circunstancias que el juez ordinario debe observar ante una petición de la declinación de competencia, esto es, “ante una solicitud de declinación de competencia, las juezas y jueces ordinarios deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena” (Sentencia nro. 134-13-EP/20, 2020).

La jurisprudencia constitucional ya establece una regla clara para la operatividad de los procesos de la declinación de competencia. Esto implica que el juez ordinario deberá limitarse únicamente a verificar la existencia del proceso en la justicia indígena. No puede iniciar diligencias nuevas o acoger peticiones de quienes se encuentran inconformes con la decisión de la justicia indígena. Para ello se ha delineado el camino del control constitucional de los efectos de la justicia indígena a donde debe acudir e impugnar el comunero sancionado.

De no conceder la declinación solicitada, el juez o el tribunal ordinario deberá sustentar su decisión en una motivación que recoja argumentos sólidos y justificables que den conformidad a la autoridad indígena del porqué no procede dicha declinación, cuando se habrían cumplido todos los requisitos. Lastimosamente, esto no sucede en la práctica, ya que, en muchos de los casos de trámite de declinación de competencia, el juez o tribunal ordinario simplemente da cumplimiento a los formalismos establecidos por la ley ordinaria. De esta forma, únicamente

justifica que se ha tramitado una petición de autoridad indígena, pero igual sin un resultado favorable. A ello se suma la existencia de un vacío legal, circunstancia que dejaba a merced y voluntad del juzgador ordinario para que tome decisiones respecto a este derecho, vulnerando el reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Con la jurisprudencia constitucional se subsanaría este vacío, porque se determina con precisión cuál es la obligación del juez ordinario y qué es lo que debe verificarse ante una solicitud de la declinación de competencia de la autoridad indígena. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que:

Dentro del término probatorio de tres días contemplado en el artículo 345 del COFJ, al analizar la pertinencia de tal invocación, los jueces ordinarios se limitarán a verificar la existencia del proceso de justicia indígena. En ningún caso los jueces ordinarios examinarán el sentido de la respectiva decisión, incluso si ya existiere en la justicia un proceso común sobre el mismo asunto. Esto a su vez, asegura el respeto al derecho a ser juzgado por el juez competente conforme reconoce el art. 76 numeral 3 de la Constitución. [...] una vez verificada la existencia del proceso de justicia indígena la jueza o juez ordinario no puede negarse a declinar su competencia pues, de otra forma, la justicia indígena quedaría supeditada al reconocimiento que de esta haga la misma jueza o juez ordinario. Esto vulneraría el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena. (Sentencia nro. 134-13-EP/20, 2020, considerando 54)

En síntesis, ante una petición de declinación de competencia propuesta por la autoridad indígena, la jurisprudencia constitucional expuesta

instituye como deber fundamental al juez ordinario verificar tres escenarios importantes y concluyentes:

- Ninguna autoridad judicial ordinaria está facultada para revisar las decisiones de la jurisdicción indígena, esta prohibición a los jueces ordinarios implica que la decisión de la justicia indígena es de ultima ratio, su control es facultad exclusiva de la Corte Constitucional.
- Ante una solicitud de declinación de competencia las juezas y jueces ordinarios deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de la justicia indígena: esto implica que la autoridad indígena puede realizar la petición de la declinación de competencia en cualquier instancia y demostrar sumariamente que el caso o conflicto está en proceso de la jurisdicción indígena.
- Verificada la existencia del proceso de justicia indígena la jueza o juez ordinario no se puede negar a declinar la competencia. Pero en numerosos casos se ha demostrado ante la justicia ordinaria la existencia del proceso en la justicia indígena, sin embargo, las juezas o jueces ordinarios han negado la declinación. Lo que significaba que la autoridad de la justicia indígena estaba supeditada al reconocimiento hecho por el juez ordinario, circunstancia que vulneraba el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena.

Esta jurisprudencia constitucional empata plenamente con el criterio que estatuyó la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH) referente al derecho jurisdiccional de la autoridad indígena:

a) Los jueces no deben negar las declinaciones de competencia en delitos relacionados con violación, robo, trata de personas, estafas, drogas y otros, porque en todo caso, la sentencia del caso La Cocha lo único que les respaldaría es a negarse a dar declinaciones en casos de muerte.

b) Cuando las declinaciones en casos de muerte sean negadas, las autoridades runas pueden hacer uso de lo que señala la misma sentencia La Cocha y obligar al juez o jueza ordinaria cumplir de manera integral el mandato de esta resolución, que señala. (Yuquilema, 2015, p. 65)

Además, INREDH señala que si el juez o jueza ordinaria niega la declinación de competencia en casos de muerte, es facultad del ajusticiado indígena exigir el cumplimiento integral de la sentencia del “Caso La Cocha 2”, es decir, la regla contenida en el numeral 4 literal b de dicha sentencia: “Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procedimiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT” (Sentencia nro. 113-14-SEP-CC, 2014). Sin embargo, esta jurisprudencia deja un vacío ya que no señala con precisión qué artículo deberá observarse. Como se trata de sanciones penales entenderíamos que se refiere al art. 10 nros. 1 y 2, que en muchos casos pasan desapercibidos por los operadores judiciales en las sentencias que se dictan.

Sin embargo, en la motivación del trámite al proceso de la declinación de competencia en el juicio 01571202100599, se puede verificar el cumplimiento de los requisitos que encaminan la procedencia de la declinación de competencia ante la autoridad jurisdiccional indígena, como puede verse en los numerales 2.2 y 3 del anexo 1:

Esta decisión otorgada por el organismo jurisdiccional ordinario a la justicia indígena, se constituye en un precedente histórico para la comuna jurídica de Zhiña, ya que permitió resolver el conflicto bajo las costumbres y tradiciones de los habitantes del territorio comunitario y la aplicación de su derecho consuetudinario.

### **3. Las reglas jurisdiccionales de la autoridad indígena**

Las autoridades indígenas al momento de aceptar su designación, sean estos presidentes, cabildos, síndicos o consejos de gobierno, asumen funciones jurisdiccionales para:

- Aplicar la justicia indígena de acuerdo a las prácticas culturales propias y el derecho consuetudinario.
- Velar por la unidad y articulación de la comunidad con otras autoridades indígenas.
- Administrar el territorio y los bienes naturales y el ecosistema de su comunidad, pueblo y nacionalidad.

Esto constituye un mandato colectivo comunitario, por ello, cuando un caso es sometido a conocimiento y decisión de la autoridad indígena y si el proceso también se encuentra sustanciándose en la justicia ordinaria, su deber es tramitar la declinación de competencia conforme lo determinado en el art. 345 del COFJ. Es decir, el presidente, síndico o cabildo designado por la comunidad son autoridades con facultad exclusiva para tramitar este derecho de petición de la declinación de competencia, ejercicio de autoridad que está en relación directa con el art. 57 nro. 9 de la Constitución (2008), que permite “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social y



generación y ejercicio de la autoridad en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”.

Como se puede apreciar, ninguna persona que no sea autoridad reconocida por la comunidad podrá atribuir tal jerarquía y pretender declinar competencia de algún caso en particular. Para el control del proceso, la norma ha estatuido que la autoridad indígena que solicita la declinación de competencia debe acudir en persona ante el juez ordinario y declarar bajo juramento ser autoridad indígena; luego debe demostrar sumariamente que el caso está siendo sustanciado en la justicia indígena, al respecto la Corte Constitucional dice:

Esta Corte aclara que el mecanismo de la declinación de competencia previsto en el art. 345 del COFJ no se equipara a un conflicto de competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, sino que debe ser entendido como una garantía para que los jueces ordinarios respeten las decisiones de la justicia indígena de conformidad con el artículo 171 de la constitución y se abstenga de revisarlas o impedir su cumplimiento. [Y concluye que:] cuando una autoridad indígena reclama la declinación de competencia al interponer un recurso ante una jueza, juez o tribunal, no implica la aceptación de la jurisdicción ordinaria, sino el uso de las vías judiciales establecidas para buscar el respeto a la jurisdicción indígena. Por lo tanto, la jueza, juez o tribunal ordinario está obligado a observar de manera estricta los principios de los artículos 343, 344 del COFJ y proceder conforme al artículo 345 del COFJ. (Sentencia nro. 134-13-EP/20, 2020, considerando 57)

La jurisprudencia establecida por el organismo de control constitucional en el tema de la declinación de competencia rompe con el poder

hegemónico dominante del derecho occidental y la visión vertical del accionar de las juezas, jueces y tribunales. Obliga la revisión estricta de los principios de la justicia intercultural por lo que la declinación de competencia es un derecho de la autoridad indígena, cuya jerarquía permite administrar justicia de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Así, Daniela Flores (s. f.), refiriéndose al derecho indígena, dice:

[Son] aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad. (p. 2)

El presente concepto, al relacionarse con los derechos colectivos determinados en el art. 57 nro. 9 y el art. 171 de la Constitución, tiene coherencia porque la finalidad de la autoridad indígena es hacer prevalecer las formas de convivencia y control social comunitario, resolviendo sus conflictos de manera colectiva, bajo sus costumbres y tradiciones de carácter organizativo, social, político, económico y lingüístico. Desde esta percepción, la declinación de competencia tiene una connotación enorme para la cosmovisión de la autoridad indígena, derecho que, de negarse, interfiere una adecuada convivencia ya que impide poner en práctica un orden social y llevar al infractor a vivir de manera ordenada con las reglas de la comunidad; de modo que la justicia ordinaria termina imponiendo su derecho y su posición hegemónica del derecho occidental, cuya sanción lo lleva a la exclusión del ámbito comunitario.

#### **4. La relevancia mínima de la justicia ordinaria a los procesos de la justicia indígena y sus efectos**

Partiendo de la definición de que el “pluralismo jurídico implica la existencia de diferentes sistemas jurídicos paralelos al sistema estatal o variadas practicas alternativas de derecho conviviendo dentro de un mismo estado” (Equipo de Expertos en Jurídico, 2022, párr. 2), nos encontramos con una variedad de criterios técnicos que aprueban ese reconocimiento de la pluralidad jurídica y aquellos que aún se mantienen en que el único derecho válido es el que se origina en el seno del poder estatal.

Si el criterio de que la justicia homogenizante es la única válida para el pensamiento del juzgador, nos encontramos frente a la vulneración constante del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, cuyas decisiones están siendo minimizadas por los funcionarios públicos, fiscales y juzgadores, que no reconocen ni dan el valor agregado a la autoridad de la justicia indígena. Esta circunstancia se observa en los cuatro siguientes casos que —a nuestro criterio— son importantes para el tema tratado y vamos a desarrollar más adelante.

De manera puntual, cuando se pretende dar un flujo de entendimiento y cooperación entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena a través de la declinación de competencia:

- En el *primer caso* se observa que la falta de apoyo a la decisión de la autoridad indígena en la ejecución de la decisión comunitaria culminó con un resultado fatal para el comunero expulsado.

- En el *segundo caso* se trata de un asesinato que ya fue sustanciado en la justicia indígena. Sin embargo, por el argumento sencillo que tiene la decisión y por la falta de argumentos en la defensa técnica de esta decisión, la justicia ordinaria terminó sentenciando a pena privativa de libertad del procesado, vulnerando el principio de doble juzgamiento, sin tomar en cuenta la decisión de las autoridades indígenas de la nacionalidad shuar.
- En el *tercer caso* se trata de una petición de la declinación de competencia dentro de un proceso sumario del cual ha sido declarada su nulidad por no haber cumplido con el procedimiento establecido en el art. 345 del COFJ: es decir no fue notificado con el auto de prueba la autoridad indígena.
- En el *cuarto caso*, se analiza los argumentos que imprime el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, al pedido de la declinación de competencia que realiza la autoridad indígena de la FICSH.

Realizamos un análisis documental de estas decisiones de la justicia indígena y las sentencias que obran en cada uno de los procesos ordinarios que habrían sido ingresados con la finalidad de demostrar la legitimidad de sus actos y que estaban sustentados en base a sus formas de vida y su cosmovisión, pero requerían de un análisis más profundo desde la perspectiva intercultural, que debió justificarlas a través de un peritaje antropológico cultural.

#### **4.1. Caso Tzerembo**

El suceso se dio en la comunidad de San Pedro de Chuwints. Los hechos y documentos de la decisión indígena forman parte del expedien-

te del juicio nro. 14255/2017/00259.<sup>5</sup> A fojas 372 consta la certificación suscrita por el síndico del Centro Shuar San Luis de Inimkis, en la cual da a conocer a la asamblea comunitaria que, en los archivos de la comunidad, correspondientes al año 2008, reposa un documento de resolución del organismo, de fecha 20 de julio de 2008, en el que la comunidad de San Luis de Inimkis sancionó y expulsó al señor Felipe Tzerembo. La certificación sirvió como antecedente para una nueva decisión y resolución adoptada con fecha 25 de abril de 2016. La resolución textualmente dice:

Con fecha 25 de abril del 2016 convocado por el Directorio con 43 presentes y la dirigencia de la comunidad de San Luis de Inimkis, Síndico Efraín Jimbicti y su delegación presente, quienes certifican que el señor ya ha sido expulsado de la comunidad de San Luis Inimkis por tener documentos desfavorables como se adjunta. La comunidad Shuar de San Pedro, se someterá a la aplicación de la JUSTICIA INDIGENA art. 171 [...]. Por ello y en consideración a los antecedentes de que ya fue destituido de la comunidad, la asamblea comunitaria notificando previamente al señor Tzerembo, nuevamente con fecha 25 de abril de 2016 desarrolla una asamblea comunitaria y dicta una nueva resolución la misma que consta de 6 numerales que dice: LA COMUNIDAD BASANDOSE AL ESTATUTO Y EL REGLAMENTO INTERNO DE LA COMUNIDAD DEL CAPITULO VIII DE LOS ESTIMULOS Y SANCIONES ART. 38 LITERAL D) EXPULSION DEFINITIVA RESUELVEN LO SIGUIENTE:

---

<sup>5</sup> El proceso no tiene referencia bibliográfica, pero puede consultarse en la página del Sistema Informático de Trámite Judicial (<https://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>) (n. del e.).

- 1.- Que el señor Tzerembo Chuimia Felipe Atamainda, [...] por incumplir el reglamento interno de la comunidad [...], y también al estatuto de la asociación de Sevilla y de la Federación Interprovincial Ficsh, se le expulsa y sanciona en definitiva de esta comunidad quitándole todos los derechos de garantías por los moradores para que no ingrese a su domicilio.
- 2.- Se hará conocer en todas las comunidades del sector sur esta documentación para que el mencionado señor no pueda ingresar, por su peligrosidad que utiliza una carabina para el cometimiento.
- 3.- Que este documento se lo entregará en las autoridades de competencia como es la Gobernación, Fiscalía de asuntos indígenas, Tenencia Política.
- 4.- Dar plazo de 3 meses para que retire de la comunidad desde que recibe la notificación.
- 5.- En caso que el señor expulsado quiera intervenir con la negatividad la comunidad tomará otras medidas del caso con la justicia indígena Art 171,
- 6.- Y por su integridad personal y de su familia que pueden ocasionar daños y perjuicios al futuro la comunidad no se responsabilizará desde la fecha indicada, decisión que firman las autoridades el 25 de abril de 2016. (pp. 365-371)

Esta resolución consta dentro del oficio nro. 0008, Asunto Resolución, de fecha 25 de abril de 2016 dirigido al profesor Medardo Juank, teniente político de la parroquia Sevilla Don Bosco, con el propósito de que conozca la decisión adoptada por la justicia indígena y así pueda “evitar todo tipo de agresiones físicas y actos violentos en la comunidad”. En la misma secuencia, a fojas 362-363, consta el oficio nro. 00020, Asunto Informando la Resolución, de fecha 24 de noviembre de 2016, dirigido

al abogado Lino Saant Mariant, fiscal de Asuntos Indígenas de Morona Santiago, donde se manifiesta que:

Por no cumplir el Estatuto de la comunidad [...], ha decidido sacar una resolución de expulsión definitiva de esta comunidad y no queremos que en el transcurso haya desquites con el agredido, así como se han manifestado los familiares, queremos que en la comunidad haya paz y tranquilidad y el buen vivir.

Esta decisión está dirigida en contra del señor Tzerembo Chuimia Felipe, documento que está suscrito por el señor Alfonso Suambra, síndico de la comunidad, técnico Iván Shacaimia y el señor Miguel Timias.

Del antecedente expuesto y desde el punto de vista de la coordinación y cooperación de la justicia indígena con la justicia ordinaria, se establece que las comunicaciones dirigidas por los dirigentes de la comunidad, con sus decisiones, a la autoridad administrativa, el teniente político, y a la Fiscalía, tenían como objetivo principal obtener el respaldo para ejecutar el desalojo del comunero sancionado y de esa forma evitar conflictos mayores, circunstancia que no tuvo la acogida ni la debida respuesta. Por ello, las mismas autoridades indígenas procedieron a ejecutar el desalojo mediante una minga con todos los comuneros. Pero aquello no lo realizaron de manera pacífica, sino con violencia y amenaza de muerte, produciéndose un enfrentamiento cuyas consecuencias llevaron a la muerte del comunero sancionado y de otro miembro de la comunidad que recibió un disparo de arma de fuego durante el enfrentamiento con el occiso.

De este hecho se evidencia la poca relevancia que le otorgó al caso la autoridad administrativa como es el teniente político, quien no actuó ni

cumplió con el Reglamento Orgánico Funcional del Régimen Seccional Dependiente del Ministerio de Gobierno, Policía, Cultos y Municipalidades (2003), cuyas funciones para el presente caso están establecidas en el art. 9 numerales. 14, 15 y 17:

Receptar denuncias por violación a los derechos humanos, y canalizar hacia las autoridades competentes [...]. Informar oportunamente al Jefe Político del cantón sobre la producción de conflictos sociales o culturales en las comunidades y recintos [...]. Informar a la autoridad competente sobre el cometimiento de infracciones penales.

Se entiende que, por las comunicaciones enviadas por parte de las autoridades indígenas, el teniente político tenía pleno conocimiento del conflicto interno de la comunidad. Por ello, su obligación era canalizar aquella denuncia o resolución de la autoridad indígena ante las autoridades competentes a fin de evitar que se agrave dicho conflicto. La intervención oportuna de la autoridad invocada respaldando el desalojo del comunero sancionado, hubiera impedido que el mismo se agrave y termine con las consecuencias gravísimas para las partes. La falta de apoyo y gestión del teniente político recae en la omisión de su deber como servidor público y deja entrever que las decisiones indígenas no tienen el valor requerido para ser respaldadas por los funcionarios públicos, pese a que el art. 171 de la Constitución (2008), en el inciso segundo, señala que: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”. Pero en la práctica no existe aquel respeto ni coordinación.

También resulta curioso constatar que dentro del proceso consta la denuncia verbal realizada por el señor Felipe Tzerembo ante la Fiscalía Indígena de Morona Santiago y que en la parte esencial dice:



Denuncia a SHACAIMIA PIDRO JUAN OSWALDO, por amenazar-me de muerte, el día hoy catorce de diciembre de 2015 a las 11 de la mañana cuando estuve regresando de Macas a San Luis de Inimkis en la Y de San Miguel ha estado el Señor SHACAIMIA PIDRO JUAN OSWALDO, me vio que estaba en el taxi, me dijo: “maricón bájate del taxi eres gallina, a voz te estoy buscando te sigo la pista para matarte, siempre te veo en la casa de mi hermano Leónidas hoy no voy a respetar la casa de mi hermano hoy te voy dejar matando”. Tzerembo continuó “[...] si me pasa algo este señor será el responsable”.

Se desconocía el destino y resultados de esta denuncia, pero cuando sucedieron los hechos y la justicia ordinaria procesaba a los dirigentes involucrados en el conflicto, apareció para demostrar que existía una inminente amenaza contra el comunero que fuera sancionado por las autoridades indígenas y que hoy está muerto. Resulta curioso que la Fiscalía, teniendo conocimiento del hecho de la amenaza que venía sufriendo el hoy occiso, no dictó las medidas de protección que la ley le otorga. Además, las autoridades indígenas dieron a conocer sus decisiones, circunstancia que no fue tomada en cuenta por el Fiscal. Este caso evidencia que las acciones de las autoridades indígenas no recibieron el apoyo para su ejecución.

#### **4.2. Caso Yampis**

El 9 de diciembre de 2016, Eddy Mashiant Chiriap, de aproximadamente 23 años de edad, y varios otros amigos disputaron un encuentro deportivo en la cancha de la comunidad Utunkus Norte, luego de lo cual procedieron a ingerir bebidas alcohólicas, lo que derivó en una riña entre dos grupos que, desgraciadamente, terminó en violencia física y posterior muerte de Eddy Mashiant.

El hecho de sangre fue juzgado y sentenciado por una asamblea comunitaria que expulsó de sus territorios a los causantes del crimen, Ángel Yampis y su hijo Raúl Yampis, conjuntamente con sus familiares, en tanto que los terrenos por ellos ocupados fueron entregados a los familiares del difunto, como un acto de reparación. Pero el caso también fue juzgado por el Tribunal de Garantías Penales, lo que conllevó un doble juzgamiento que no está permitido por la Constitución. La sentencia dictada por la Corte Provincial de Morona Santiago dentro del proceso penal nro. 14304-2016-01055,<sup>6</sup> en el tercer considerando de los antecedentes, dice:

La causa tiene como antecedente el hecho suscitado el 9 de diciembre de 2016, cuando la víctima y tres acompañantes luego de regresar de un encuentro deportivo en la comunidad de Utunkus Norte fueron interceptados por los cónyuges Dionisio Zambrano y Angélica Yampis, produciéndose una riña entre ambos grupos, donde el primero de los nombrados resulta golpeado, quedando inconsciente, saliendo en su ayuda Raúl Yampis y su padre Ángel Yampis, los cuales proceden a agredir con piedras a Eddy Mashiant Chiriap causándole graves heridas y posteriormente su muerte.

La defensa técnica de los procesados Raúl Yampis, Dionisio Zambrano, Ángel Yampis y Angélica Yampis indica que existe un acta de juzgamiento en la justicia indígena, cuestión alegada en todas las etapas del proceso penal, por lo que debió aplicarse el principio de interculturalidad y archivarse la causa.

---

<sup>6</sup> El proceso no tiene referencia bibliográfica, pero puede consultarse en la página del Sistema Informático de Trámite Judicial (<https://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>) (n. del e.).

Confrontando la exposición de la defensa técnica de los procesados, a fojas 55-71 del proceso, consta el acta de resolución de fecha 17 de enero de 2016, dictada en la comunidad de San José. En la referencia del nro. 7 del orden del día, “Análisis de la muerte del señor Eddy Mashiant”, las autoridades indígenas dan paso a la intervención del señor Juan Mashiant, padre del fallecido, quien acusa a los señores Ángel Yampis y su hijo Raúl Yampis de la muerte de su hijo. Mashiant termina su intervención solicitando a la sala que dé solución de este crimen. De inmediato se recepta los testimonios de los testigos que conocían el hecho y se procede a la deliberación. En esta parte interviene el teniente político quien dice que “debemos actuar apegados a la ley como rige en la Constitución y el Estatuto de la Federación Shuar”. Luego preguntó a los comuneros asambleístas: “¿Quiénes quieren que sea destituido, los actores o toda la familia?”, los participantes manifestaron que sean destituidos de la comunidad los actores con toda la familia.

La consulta fue sometida a la deliberación de los asistentes a la asamblea comunitaria, parte de los cuales sumaron nuevas acusaciones contra Ángel Yampis: asesinato a su propio hermano Carlos Yampis, maltrato contra su suegra para su desalojo del terreno que ocupaba, maltrato a un pastor evangélico extranjero y acusación por la muerte de su suegro.

Culminada la deliberación, los asambleístas de las tres comunidades participantes (San José Sur, Utunkus Norte y Horizontes) decidieron la destitución de la comunidad y el desalojo inmediato del señor Ángel Yampis y su familia para evitar otros incidentes en las comunidades. Respecto a este antecedente de la justicia indígena, en el considerando cuarto de la sentencia que dicta la justicia ordinaria consta lo siguiente:

La defensa del recurrente Raúl Yampis Tsenkush por intermedio de la Ab. Sara Torres indica que desde el principio del juicio se argumentó que a los procesados se está haciendo doble juzgamiento, que a fojas 55 a 65 consta que la asamblea procede a juzgar a los señores Ángel Yampis y Raúl Yampis, en dicho juzgamiento se receptan versiones y terminan dando una resolución en contra de Ángel Yampis a quien ordenan salir de la comunidad y que el predio que ellos ocupan sea entregado a los familiares del difunto, que dicha decisión tiene plena validez de acuerdo a la Constitución artículo 76 numeral 7, literal i, que se ha solicitado que se haga un estudio antropológico porque es obligatorio por ser persona de la etnia shuar, lo que no se lo realizó.

En el desarrollo de este proceso penal, los acusados, tanto en sus audiencias orales para definir su situación jurídica, como en las audiencias preliminares y de juicio, argumentaron que eran indígenas y que fueron juzgados por la justicia indígena sin ser atendida su alegación. El Tribunal Penal receptó la resolución adoptada por la asamblea de la comunidad y suscrita por las autoridades indígenas participantes, evidenciando que los acusados ya habían sido juzgados por la justicia indígena de la comunidad a la cual pertenecen, siendo sancionados con la expulsión de Ángel Yampis y su familia de la comunidad, y la expropiación de sus bienes para entregarlos a los perjudicados. Sin embargo, esta decisión no fue considerada por el Tribunal Penal ordinario, aludiendo que la decisión de la justicia indígena no es un impedimento para que la justicia penal ordinaria pueda conocer y resolver el caso.

Desde esta visión y de acuerdo al criterio de los juzgadores, nos enfrentamos a problemas teóricos y jurídicos, conflictos entre derechos,

alcances de disposiciones legales y falta de reconocimiento jurídico de la justicia indígena.

De la sentencia que dicta la Sala Única de la Corte Provincial de Morona Santiago dentro del proceso nro. 14304-2016-01055, en el considerando segundo, sobre la validez procesal, recoge y reproduce el análisis del enfoque de interculturalidad que realiza el Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago y expone el siguiente contexto:

Los acusados y la víctima son de nacionalidad shuar, razón por la que el Tribunal de esta Sala, en cumplimiento de los Tratados Internacionales de derechos humanos, especialmente el Convenio 169 de la OIT, la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial, revisa el enfoque intercultural que amerita ser analizado en la causa: En primer lugar, el tribunal responde la alegación del recurrente Raúl Pedro Yampis Tsenkush, que indica que ya fue juzgado por parte de la asamblea de su comunidad, en donde se recibieron versiones y resolvieron ordenar a los procesados que salgan de la comunidad, y que el terreno ocupado sea entregado a la familia del difunto, por lo que se ha demostrado la existencia de doble juzgamiento.

Al efecto, esta Corte de apelaciones considera que si bien existe una resolución de la asamblea comunitaria del Centro Shuar Utunkus, en donde luego de escuchar a las personas que conocían de los hechos del que resultó la muerte de Eddy Mashiant, decidieron el retiro inmediato de la comunidad de los acusados del asesinato, esta decisión que, siendo conforme a sus costumbres, constituye una medida de protección y existencia de su propia comunidad y de sus integrantes, no implica una limitación para que la justicia ordinaria proceda a conocer y resolver la situación jurídica de los acusados por dicho deceso.

Tal conclusión tiene su fundamento en la regla asumida por la Corte Constitucional, a través de su sentencia del 1 de septiembre de 2014, en cuya parte resolutive expresa:

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, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades. (Sentencia nro. 004-14-SCN-CC, 2014)

Lo que constituye una regla de interpretación obligatoria, en tal virtud y como la Fiscalía acusó a los procesados como autores del delito de asesinato, es procedente su juzgamiento conforme la justicia ordinaria. Además, en la causa no se ha reclamado la declinación de competencia, conforme el art. 345 del COFJ. Por ello, la decisión comunitaria no implica que la justicia ordinaria pierda su obligación de juzgar el hecho.

De igual manera, se observa que la administración de justicia atendió el requerimiento de los procesados para que se nombre un perito antropólogo y, si bien no existe la práctica de dicha pericia, esta falencia no es atribuible a Fiscalía o al juzgador, sino a los propios requirentes, sin que exista justificación alguna de su inacción; por lo expuesto, este Tribunal rechaza la alegación de la existencia de doble juzgamiento y declara la validez procesal.

Del análisis al enfoque intercultural que realiza el Tribunal y que es acogido por la Corte Provincial no se encuentran sólidos argumentos culturales como la cosmovisión, las costumbres y tradiciones culturales propias que regulan la vida social de la nacionalidad shuar, su identidad lingüística, su organización, gobierno comunitario y sus formas de

resolver los conflictos. Al contrario, se da por sentado que la decisión de la autoridad indígena y la sanción que impusieron a los infractores es por la violación a sus normas de convivencia comunitaria y por el hecho de haber causado alarma social, alterando el orden, la armonía y la paz comunitaria llevaron a la imposición de la sanción más grave, esto es la destitución de la comunidad y su expulsión, con la debida recomposición, la compensación y la remediación de los daños causados a la víctima.

En este sentido, la reparación más práctica que se observa en la justicia indígena dentro del presente caso es la gravedad de la infracción cuya consecuencia y sanción recayó en la expulsión del infractor y el decomiso de sus bienes para entregarlos a los ofendidos o víctimas. Esta fue una decisión colectiva que debió ser ponderada por la justicia ordinaria o en su defecto se debió coordinar el accionar de las dos justicias para no violar el debido proceso. Como se observa, en este caso se viola gravemente el principio de prohibición al doble juzgamiento o *non bis in ídem*, contemplado en la Constitución (2008): “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto” (art. 76-i).

El mandato constitucional tiene relación con las garantías y principios rectores del proceso penal contenido en el COIP (2014), que ordena la “prohibición del doble Juzgamiento: 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”.

En consecuencia, cuando el Tribunal atribuye el análisis del enfoque de interculturalidad, señala que los sujetos procesales son miembros de la nacionalidad shuar, pero lo que no pondera el Tribunal es que esta na-

cionalidad tiene características propias que le identifican como pueblo y nacionalidad, sus formas de organización social-comunitaria y sus formas de resolver sus contiendas; hechos que debieron haber sido parte de este enfoque mediante un peritaje antropológico que dé elementos y una visión más amplia a los juzgadores y que les permita ponderar el derecho de las partes en conflicto.

Lo más curioso es que señalan que la conclusión a la que llegan tiene como fundamento la regla asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia nro. 004-14-SCN-CC, conocida como “La Cocha”, pero esta sentencia no corresponde al “Caso La Cocha”, sino al caso de consulta de norma que se realiza al organismo de control constitucional en el caso los waoranis. Esto demuestra que el caso en análisis no tiene una adecuada motivación ni una debida aplicación de la jurisprudencia constitucional.

En conclusión, con estos argumentos el procesado Yampis fue sancionado dos veces por la misma causa a raíz de que la justicia ordinaria no acogió ni dio el valor agregado a la decisión de la justicia indígena, de lo cual procedía el recurso de control constitucional mediante Acción Extraordinaria de Protección por la que el condenado dos veces por la misma causa podía remediar su situación legal o recibir una condena sustentada en el art. 10 nros. 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT.

### **4.3. Caso Mashu Kuji**

La presente causa corresponde a un juicio verbal sumario de restitución de posesión cuyo trámite consta en el proceso verbal sumario nro.



14304-2013-0711.<sup>7</sup> A fojas 17-23 consta el acta de indemnización a favor del señor Luis Kukush y la sanción de expulsión de la familia Tangamashi Atsasu Asap Pedro y del señor Tangamashi Wajarai Tsunki Gervacio, con fecha 29 de marzo de 2008. La resolución se sustenta en la administración de la justicia indígena de la nacionalidad shuar. El motivo de la indemnización y sanción de expulsión de los comuneros consta en el considerando séptimo de dicha acta, que dice:

Por los antecedentes declarados y por conciencia social de la comunidad la asamblea publica determina en contra del señor TANKAMASHI AT-SASU ASAP PEDRO, y el señor TANKAMASHI WAJARAI TSUNKI GERVACIO conforme con el derecho indígena que establece la norma constitucional y los instrumentos internacionales en relación con el art. 6 del ESTATUTO DE LA FEDERACION INTERPROVINCIAL DE CENTROS SHUAR FICSH, DECIDE LA EXPULSION DE LA COMUNIDAD, POR EL CUAL PIERDE EL DERECHO TERRITORIAL, y de acuerdo al art. 22 del mismo cuerpo de ley el cómplice y encubridor de dicho acto del delito de acción pública pierde también sus derechos territoriales y políticos de la comunidad por expulsión. (p. 17)

Esta decisión dictada por la justicia indígena originó conflictos cuando los expulsados de la comunidad demandaron la restitución de la posesión de las tierras de las que fueron expulsados, tierras que para la fecha en que se presenta la demanda ya habían sido vendidas por el beneficiario de la indemnización a favor del señor Akachu Mashu Kuji Bolívar.

---

<sup>7</sup> El proceso no tiene referencia bibliográfica, pero puede consultarse en la página del Sistema Informático de Trámite Judicial (<https://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>) (n. del e.).

En esas circunstancias, las autoridades de la FICSH concurren ante el juez competente que conoce la causa y solicitan la declinación de competencia del proceso verbal sumario, en base al art. 345 del COFJ. Ante esta petición, el juez de instancia despacha la causa disponiendo que la autoridad indígena comparezca en el término de tres días a reconocer la firma y rúbrica impresa en la petición, disposición que no es notificada a la autoridad indígena, por lo cual no comparece a cumplir con la disposición. Sin cerciorarse de ello, el juez resuelve inadmitiendo la declinación de competencia y luego declara la nulidad de todo el proceso verbal sumario, decisión que es apelada ante el órgano superior respectivo.

El tribunal de la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, al motivar su decisión referente al recurso interpuesto en el considerando 2.2, expone lo siguiente:

En la especie el señor Juez A-quo declara la nulidad procesal del auto de 30 de marzo del 2017, por el cual no se acepta la petición de declinación de competencia solicitada dentro de la presente causa, por el señor KUJI BOLIVAR AKACHU MASHU, en su calidad de Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar-FICSH.

De la revisión procesal, a fojas 157 de los autos se puede advertir que el Juez A-quo Dr. Fausto Cárdenas Díaz, declara la nulidad procesal de todo lo actuado en esta causa a partir de fojas 49 de los autos, señalando que ha comparecido el señor Yankuam Francisco Shiki Mashu, en calidad de Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar FICSH (Fs.45), solicitando la declinación de la competencia indígena a pedido del señor Kuji Bolívar Akachu Mashu, por no haberse noti-

ficado, sustenta que ello influye en la decisión de la causa, por lo que declara la nulidad procesal de todo el trámite verbal sumario.

Frente a lo que señala la Corte Provincial sobre la decisión del juez a-quo, cabe precisar que la disposición legal y el procedimiento aplicable a la solicitud de la declinación de competencia de un proceso ordinario a la justicia indígena, están regulados en el art. 345 del COFJ. En este sentido, lo que correspondía al juzgador era verificar si dicha petición cumplía con los elementos requeridos por la ley y la jurisprudencia constitucional. Esto es, si la petición provenía de una autoridad indígena y si el conflicto se encontraba en conocimiento de la misma, en base a ello abrir el término probatorio por tres días previo juramento de la autoridad indígena, decisión que debe ser notificada a la autoridad requirente, para que justifique la pertinencia de la declinación. Sin embargo, aquello no sucede por falta de notificación, que recae en la violación al derecho de defensa.

Por ello, al resolver el recurso de apelación de la autoridad indígena, refiriéndose a la falta de notificación a las partes con el auto de prueba y la sentencia, la sala hace hincapié en una falta de solemnidad sustancial en el tratamiento de la petición de la declinación de competencia:

En ese procedimiento especial se aprecia la existencia de la falta de una solemnidad sustancial conforme el numeral 6 del art. 346 del Código de Procedimiento Civil, Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia, y ello, sí influye en el trámite de la declinación de competencia, se atenta al principio de la Tutela judicial efectiva de los derechos y al principio constitucional a la defensa, consagrada en los literales a) y b) del numeral 7 del art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto; en ese procedimiento declinatorio si cabe la

aplicación de la falta de nulidad procesal, más no en la forma en la que ambos jueces A-quos han dictado las nulidades procesales respectivas.

Al identificar la falta de notificación con el auto de prueba, la Corte se refiere a la nulidad procesal por cuanto, desde el punto de vista legal, no se cumplen las normas que garantizan el debido proceso. De esta manera, estaríamos frente al incumplimiento de un requisito esencial que la ley prescribe, esto es la notificación a la autoridad requirente de la declinación de competencia. Entonces, se ha vulnerado el derecho a la defensa al no poder aportar pruebas y demostrar la pertinencia de la declinación de competencia solicitada. En este sentido, no se han cumplido las normas que regulan el derecho de acción, derecho de contradicción y derecho de pruebas.

En el caso sub judice, la sala en su análisis establece también que la obligación de los juzgadores es aplicar y vigilar el cumplimiento de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, mandato que se encuentra establecido en el art. 11 de la Constitución, y siendo uno de los principios y garantías básicas que deben ser observadas en la tramitación de la causa, el debido proceso, entendido este como el mínimo de garantías básicas que se debe dar a las partes en la tramitación de los procesos en los que se resuelva sus derechos, traducidos estos, ya sea como pretensiones o excepciones, es decir, se les debe proporcionar a los sujetos procesales la tutela jurídica, la cual se encuentra contemplada en el art. 75 de la Constitución, para de esa manera dar seguridad Jurídica a las partes procesales, entendida esta como el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas claras, previas, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Este análisis que impone la Sala de la Corte Provincial deja evidenciado claramente que: Los jueces A-quos dictaron nulidades pero en forma errada, sin garantizar la tutela judicial efectiva de los recurrentes de la declinación de competencia lo cual recae en la vulneración de la tutela jurídica de las partes procesales, en consecuencia el Tribunal de Apelación conforme el art. 349 del CPC, al encontrar que existe una nulidad procesal en cuanto al trámite de declinación de competencia, declara la nulidad de dicho procedimiento dispuesto en el auto de 1 de Marzo del 2017 y se tendrá como no existente en cuanto a este procedimiento sumarísimo, [...], y ante las peticiones de declinación de competencia que constan del proceso, se dispone que el Juez A-quo proceda a dar el procedimiento que corresponda ante un pedido de declinación de competencia, previa citación y notificación de la presente resolución al señor Presidente de la FICSH, (anexo 2)

Con el análisis del presente caso, se deja demostrado que los juzgadores actúan con subestimación hacia los derechos indígenas. Además, no tienen claridad en la aplicación del art. 345 del COFJ. Esta falta de claridad recae en un proceder ilegítimo y la adopción de resoluciones inadecuadas que vulneran el derecho a la seguridad jurídica, circunstancia por la cual la Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago en su sentencia admite parcialmente el recurso de apelación y culmina disponiendo que se dé el trámite correspondiente a la petición de la declinación de competencia solicitada por la autoridad indígena, cumpliendo con el procedimiento establecido en el art. 345 del COFJ.

Más allá de esta circunstancia, lo que hace la Sala es dar relevancia al procedimiento de la declinación de competencia a fin de que los solicitantes o autoridades indígenas no se vean afectados en su derecho al

debido proceso. Pero lo que no queda claro es si cumplido con el procedimiento de la declinación de competencia se declinará el proceso ante la justicia indígena, o será la misma justicia ordinaria la que resuelva el proceso verbal sumario en debate.

Aun con la decisión de la Corte Provincial no se conoce el desenlace de este proceso. Pero siendo más objetivos, la justicia ordinaria no debería asumir esta demanda, por cuanto el reconocimiento jurisdiccional de las resoluciones indígenas en la norma constitucional admite que tengan los mismos efectos jurídicos que las resoluciones pronunciadas por los tribunales y juzgados ordinarios, pero con la salvedad de que las decisiones de la justicia indígena deben sujetarse a la norma constitucional y convenios internacionales de derechos humanos, cuyo control se lo ejecuta a través de la acción extraordinaria de protección.

#### **4.4. Caso Tsengusha**

El proceso corresponde a la causa penal signado con el juicio numero 16171-2019-0011 que procesa en la justicia ordinaria y que es requerido por la autoridad de la nacionalidad Shuar representado por el presidente de la FICSH, en el tratamiento de este proceso se puede evidenciar claramente que los jueces en la motivación de la decisión lo realizan desde el pensamiento occidental cuando señalan lo siguiente:

Si bien todos los derechos gozan de igual legitimidad, existen unos que deben ser tutelados únicamente por el Estado, por cuanto su vulneración produce muchas veces efectos irreversibles, graves y que por su magnitud o incidencia afectan seriamente no solo a la persona titular del derecho o a una comunidad sino a todo el tejido social, cabe reflexionar que estos delitos graves, desde el punto de vista psicológico, son los que más

rechazo generan en la sociedad; por ello su represión caso contrario puede derivar en flagrantes violaciones de los derechos humanos. (Anexo 3)

En el análisis expuesto se evidencia que los jueces subestiman la capacidad de las autoridades indígenas para tutelar derechos, este criterio del tribunal penal, no tiene sustento porque, para afirmar aquello debió, apoyarse en un estudio pericial antropológico y de esta manera comprender la realidad social, organizativa y cultural de la comunidad a la cual pertenece el procesado, y también visualizar los mecanismos de solución de conflictos que desarrolla la organización requirente, determinado aquello podría afirmarse la incapacidad de la justicia indígena para tutelar derechos. Por otro lado, los hechos que se investiga y por el cual se procesa al infractor indígena son totalmente rechazables e indignantes para la sociedad, pero también es indignante que existan tribunales conformados con jueces con visión monocultural incapaz de comprender la diversidad y la cosmovisión de las comunidades indígenas y sus autoridades que requieren la declinación de competencia para procesar al infractor conforme a su derecho consuetudinario.

La decisión del tribunal que niega la declinación de competencia, se fundamenta en el siguiente argumento:

Ante la existencia de un conflicto de derechos constitucionales, esto es, entre el derecho al reconocimiento a la justicia indígena y el derecho superior de la víctima la menor agraviada, y que desde esta breve interpretación constitucional y ejercicio de ponderación, hace entender a este Juez Pluripersonal bajo su rol de juez de garantías, que el aseguramiento del ejercicio pleno del derecho de la menor por su interés superior, prima y sopesa sobre la innovación de la justicia indígena. (Anexo 3)

La justicia indígena es un derecho constitucionalmente reconocida, como también lo es el interés superior del niño, el conflicto que se analiza para la visión de los jueces ordinarios frente a los jueces jurisdiccionales indígena los primeros son superiores frente a los segundos y menoscaban la capacidad de resolver y tutelar derechos de la menor, pero resulta que en las comunidades indígenas la protección a los niños es provista en forma integral partiendo de los padres, abuelos, familiares y la comunidad que está regida por una autoridad que encamina hacia la autoridad jurisdiccional indígena que es la asamblea general en donde se analiza y se debaten los conflictos internos y lo solucionan de manera colectiva.

El tribunal penal en la motivación que niega la declinación de competencia “considera a la mujer como subordinada”, pero contrario a lo que sostiene el tribunal penal, la justicia indígena se practica colectivamente bajo los principios de solidaridad, reciprocidad complementariedad, integralidad y relacionalidad, y es; esta forma de vida y cosmovisión desentendida por el tribunal que negó la declinación de competencia.



## Conclusiones

La histórica lucha de los pueblos indígenas logró ampliar los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la reforma constitucional de 2008, uno de los más relevantes es el ejercicio de la autoridad indígena y la potestad de autolegislar para crear normas propias sustentadas en las costumbres y tradiciones de cada pueblo o nacionalidad, y a partir de ahí ejercer la justicia indígena en cada uno de los territorios colectivos.

El capítulo cuarto de la norma constitucional destaca el título de la “Función judicial y justicia indígena”, en la sección segunda de este capítulo radica la potestad jurisdiccional de la justicia indígena, que implica la competencia constitucional para administrar justicia dentro del ámbito territorial comunitario, cuya función jurisdiccional tiene como base el derecho propio, las costumbres y tradiciones ancestrales.

Partiendo de esta reforma constitucional, el Estado ecuatoriano emprendió un largo proceso de reformas legales dentro de la normativa interna, cuyo objetivo principal fue ir adecuando al nuevo ordenamiento constitucional las leyes ordinarias y orgánicas, de acuerdo al orden jerárquico de aplicación de normas. Entre las normas que fueron reformadas está el COFJ que en su capítulo octavo incluye las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria, estableciendo que la declinación de competencia es un mecanismo de coordinación y cooperación efectivo.

Si bien es cierto que el COFJ contempla el derecho a la declinación de competencia, habiendo transcurrido varios años de su vigencia, este derecho aún sigue estancado y no puede ser ejecutado a la luz pública del derecho. Así como existen delitos ocultos, también hay derechos ocultos que, estando vigentes, siguen siendo invisibilizados debido a la falta de voluntad de los operadores de la justicia ordinaria en otorgar el valor legal y constitucional a las actuaciones de la justicia indígena. Por ello, en los casos expuestos se puede apreciar claramente que la inacción de una autoridad administrativa termina con resultados fatales y es en ese momento que entra la acción pública para sancionar a los líderes que causaron ese agravio, sin considerar que fue por la falta de apoyo de la autoridad administrativa, cuyo resultado bien podría configurarse en un delito de Estado.

La declinación de competencia forma parte del proceso de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, pero su tratamiento y tramitación tiene debilidades por su carácter de ser un procedimiento sumarísimo excepcional, cuyos requisitos se resumen en tres pasos puntuales, como ya vimos en el cap. IV, nro. 2.1. Asimismo, para que el recurso tenga la eficacia esperada debe cumplir con tres condiciones demostrables, que expusimos en el cap. IV, nro. 2.2. De no cumplirse con estas condiciones no procedería una declinación de competencia, aunque también hay casos en los que el conflicto surge en un territorio empero las partes son de distinto territorio.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece como regla que “ante una solicitud de declinación de competencia, las juezas y jueces ordinarios deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena” (Sentencia nro. 134-13-EP/20, 2020,

p. 10). Aquello implica que el recurso está supeditado a un trámite excepcional sumarísimo en el que la autoridad indígena debe cumplir formalidades como declarar bajo juramento ser la autoridad indígena y dentro del término de tres días demostrar con prueba la pertinencia del requerimiento.

Finalmente, para que exista una verdadera coordinación y cooperación de la justicia indígena con la justicia ordinaria, en el proceso de declinación de competencia se requiere voluntad, conocimiento y respeto de la diversidad y convivir bajo la diversidad del Estado intercultural y plurinacional, alejándose de la verticalidad para pasar a lo holístico, a los procesos horizontales.

## Referencias bibliográficas

- Becerra Bautista, J. (1973). *El proceso civil en México* (3ª ed.). Porrúa.
- Bobbio, N. (2005). *Teoría general del derecho* (2ª ed.). Temis.
- Bourdieu, P. (2001). La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico. En Autor, *Poder, derecho y clases sociales* (2ª ed., pp. 165-223). Desclée de Brouwer.
- Brandt, H. J. (2006). *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, el tratamiento de conflictos: un estudio de actas en 133 comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*. Instituto de Defensa Legal.
- Burneo, R. (2012). *Derecho constitucional del Ecuador*. CEN.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Heliasta.
- Cabanellas, G. (2009). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (18ª ed.). Heliasta.
- Carvajal, M. E. (2019, 1 de diciembre). *Eugen Ehrlich pionero de la sociología jurídica*. Diario Digital Nuestro País. <https://bit.ly/3O15RVz>

- CDJ. (2016, marzo). *Guía para la transversalización del principio de interculturalidad en la justicia ordinaria*. Consejo de la Judicatura. <https://bit.ly/3M70DoK>
- CIDH. (2019). *Igualdad y no discriminación: estándares interamericanos*. CIDH; OEA. <https://bit.ly/3MIYg2s>
- Código Civil*. (2005, 24 de junio). Modificado el 8 de julio de 2019. <https://bit.ly/3Mib2yZ>
- COFJ. (2009, 9 de marzo). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Modificado el 22 de mayo de 2015. <https://bit.ly/3I54eIZ>
- COIP. (2014, 10 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal*. Modificado el 17 de febrero de 2021. <https://bit.ly/3nT3DwN>
- CONAIE. (1994). *Proyecto político*. <https://bit.ly/3LRk98g>
- Constitución política del Ecuador*. (1998).
- Constitución política del Ecuador*. (2008).
- De Sousa, B. (2003). *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social*. ILSA.
- Devis Echeandía, H. (1974). *Compendio de derecho procesal: teoría general del proceso* (3ª ed., vol. 1). ABC.
- Díaz Ocampo, E., & Antúnez Sánchez, A. (2016). El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 35(70), 95-117. <https://bit.ly/3I80uQt>

- Equipo de Expertos en Jurídico. (2022, 11 de julio). *Pluralismo jurídico: una nueva idea que busca la igualdad*. Universidad Internacional de Valencia. <https://bit.ly/44YRw1J>
- Flores, D. (s. f.). *La justicia indígena y sus conflictos con el derecho ordinario*. INREDH. <https://bit.ly/3W6fW5t>
- García Falconí, J. (2016). *Análisis jurídico teórico práctico del Código Orgánico General de Procesos* (vol. I). INDUGRAF.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. EUDEBA.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (2009). Modificado el 3 de febrero de 2020. <https://bit.ly/42CNOtm>
- Llasag Fernández, R. (2021). Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de prácticas coloniales. *Palabra, Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador*, 1(1), 53-79.
- Macas, L. (2009). Construyendo desde la historia: resistencia del movimiento indígena en el Ecuador. En A. Acosta y E. Martínez (eds.), *Plurinacionalidad: democracia en la diversidad* (1ª ed., pp. 81-114). Abya-Yala.
- Mosqueira, D. (2011, 21 de noviembre). *El pluralismo jurídico de Boaventura de Sousa Santos*. Sobre el mundo jurídico. <https://bit.ly/3VYjzu5>
- Pérez Guartambel, C. (2006). *Justicia indígena* (1ª ed.). Universidad de Cuenca; Colegio de Abogados del Azuay.

- Pizzoruso, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Reglamento Orgánico Funcional del Régimen Seccional Dependiente del Ministerio de Gobierno, Policía, Cultos y Municipalidades*. (2003, 31 de enero). <https://bit.ly/3O5mtLB>
- Rueda Carvajal, C. (2008). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia: el debate de la coordinación. *Estudios Socio Jurídicos*, 10(1), 339-374.
- Ruiz Chiriboga, O. (2009). *La declinación de competencia en materia penal*. CEP.
- Sentencia nro. 004-14-SCN-CC del caso nro. 0072-14-CN*. (2014, 1 de septiembre). <https://bit.ly/41zzG2x>
- Sentencia nro. 019-16-SIN-CC del caso 0090-15-IN*. (2016, 22 de marzo). <https://bit.ly/3pxnNge>
- Sentencia nro. 113-14-SEP-CC del caso nro. 0731-10-EP*. (2014, 30 de junio). <https://bit.ly/3M0DcgB>
- Sentencia nro. 134-13-EP/20*. (2020, 22 de julio). <https://bit.ly/3pyLNj2>
- Sentencias nro. 1-15-EI/21 y 1-16-EI*. (2021, 13 de octubre). <https://bit.ly/42xxg5G>
- Teubner, G. (1992). *Por una epistemología constructivista du droit*. Anales ESC.

- Tibán, L., y Ilaquiche, R. (2004). *Kichwa Runakunapak Kamachik, manual de administración de justicia indígena en el Ecuador*. FUDEKI; IWGIA.
- Villanueva Flores, R. (2015). La interpretación intercultural en el Estado constitucional. *Revista Derecho del Estado*, (34), 289-310. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.13>
- Yuquilema, V. (2015). *Justicia runa: pautas para el ejercicio de la justicia indígena*. INREDH.
- Zaffaroni, R. (2009). Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. En C. Espinoza y D. Caicedo (eds.), *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales* (pp. 99-124). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.





# ANEXOS

## **Anexo 1. Sentencia de la declinación de competencia**

REPÚBLICA DEL ECUADOR

FUNCIÓN JUDICIAL

UNIDAD JUDICIAL DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y FAMILIA DE CUENCA

En el Juicio No. 01571202100599, hay lo siguiente:

VISTOS: Ante el pedido de Declinación de Competencia, presentado por el Lcdo. Olmedo Rolando Morocho Morocho, en calidad de Cabil-  
do de la Comuna Jurídica Zhiña y Autoridad de la Justicia Indígena, se hacen las siguientes consideraciones:

### **1.1 SUSTENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL.**

En el Derecho Internacional, el Convenio 169 de la OIT (1989) reconoce las formas de vida e instituciones tradicionales de pueblos indígenas, en tanto en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) se reconoce la función jurisdiccional de las autoridades indígenas, esto es el pluralismo jurídico.

#### ***El Convenio 169 de la OIT***

Art. 8

8.1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

*Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*

Art. 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

## **1.2 La Constitución establece:**

*Art. 171.- “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.*

## 2. ENFOQUE DE INTERCULTURALIDAD Y ENFOQUE DE GÉNERO

### 2.1 Razonamientos sobre interculturalidad y género.

El art. 57 de la Constitución reconoce los derechos colectivos, entre ellos la práctica del derecho indígena.

Art. 57.- “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

De conformidad con el bloque jurídico intercultural (Convenio 169 de la OIT, Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, Constitución de la República) la autoridad indígena se encuentra en igualdad con la justicia ordinaria, puntualizando que esta debe impartir justicia garantizando el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia dentro de la familia o en cualquier relación interpersonal; además hay que señalar que la “*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, habla de derechos humanos definitivos que no admiten relativismo cultural.

El sistema legal indígena se encuentra enmarcado en el respeto a la dignidad y a los derechos humanos de las mujeres, las autoridades indíge-

nas deben garantizar el derecho de acceso a la justicia de la denunciante y no socavar su fundamental derecho a tener una vida libre de violencia.

Los protocolos para la gestión judicial, actuación y valoración pericial en casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, aprobados mediante Resolución No. 154-2014 del Consejo de la Judicatura, publicados en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 339, de 23 de septiembre de 2014, se refieren a la transversalización de los enfoques de interculturalidad y género, refiriendo que estos principios permiten comprender que las mujeres provenientes de diversas culturas (indígenas, afros, etc.) deben enfrentar múltiples barreras, incluso culturales, para el acceso a la protección y atención en el caso de violencia basada en género. Condiciones sociales, económicas y culturales sustentadas en prácticas machistas, sexistas y heteronormativas que tienen manifestaciones específicas en cada cultura, naturalizan la violencia contra la mujer y la colocan en situación de vulnerabilidad. Es decir, consideramos también el hecho de que las mujeres indígenas están especialmente expuestas a enfrentar discriminación y otras situaciones que amenazan sus derechos humanos y libertades fundamentales.

## ***2.2 Cavilaciones, dudas, análisis de la jueza.***

La sentencia número 113-14-SEO-CC, de 30 de julio de 2014, establece que *“La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema 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, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”*.

Dicho de otra manera, “podríamos concluir que, en aquellos casos de competencia de la administración de justicia indígena, en los que no se encuentre involucrado un atentado a la vida de las personas, *si cabría* la declinación de competencia; motivo por el cual los jueces ordinarios estamos en la obligación de apartarnos de resolver aquellos casos para los cuales la justicia indígena si es competente, como el presente caso”.

El Código Orgánico de la Función Judicial establece principios de actuación judicial, entre ellos el Principio de Interculturalidad, el cual de conformidad con el Manual de Transversalización del Principio de Interculturalidad en la Justicia Ordinaria “*pretende asegurar la autonomía de la justicia indígena evitando la intervención de las formas y autoridades de la justicia ordinaria. Entrega preferencia, en caso de duda, a la justicia indígena sobre la justicia ordinaria.*” (Manual de Transversalización del Principio de Interculturalidad en la Justicia Ordinaria, p. 14).

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

*d) Pro jurisdicción indígena.* En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible.

La aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha permitido que se conozca más sobre la práctica del derecho indígena y se valore sus aciertos, y de conformidad con el marco normativo del bloque intercultural, la Constitución ecuatoriana y el Código Orgánico de la Función Judicial (art. 345), se reconoce la jurisdicción

indígena; en el caso que nos ocupa se ha presentado la solicitud de declinación de competencia y en la etapa de prueba se ha producido: 1. Acta de elección del Cabildo, foja 22, en la que se verifica que en la comuna Zhiña de la parroquia del mismo nombre, cantón Nabón de la provincia del Azuay, el 27 de diciembre del año 2020 se ha electo como presidente al señor Olmedo Rolando Morocho Morocho. 2. Acta de conocimiento de oficio de la presunta agresión en contra de la señora María Olga Morocho Niveló y el señor José Aurelio Morocho Morocho, acta con la que se ha dictado medidas para precautelar la integridad física y psicológica de las presuntas víctimas. 3. Acta del cabildo de la comuna Jurídica de Zhiña que dispone la investigación y presentación de un informe del presunto hecho de agresión. Así mismo, ha comparecido el Lcdo. Olmedo Morocho y ha rendido juramento conforme lo establece el art. 345 ya indicado. De la documentación presentada se observa que la justicia indígena ha tenido conocimiento del presunto hecho y ha aplicado medidas de protección tendientes a precautelar la integridad de las presuntas víctimas. Así mismo se ha indicado bajo juramento que los sujetos procesales son comuneros de la comunidad de Zhiña y que el presunto hecho investigado se habría cometido en el territorio de dicha comunidad.

### 3. DECISIÓN

Fundamento normativo de la decisión:

Art. 345.- ***“Declinación de competencia.***—*Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad*

*indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”.*

Por lo que con fundamento en lo establecido en el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, aceptando la solicitud realizada por el Cabildo de la Comunidad Indígena Zhiña Buena Esperanza en la persona de su Autoridad Indígena Fabián Olmedo Morocho Morocho, que ha sido debidamente justificada en la etapa pertinente, Declino mi Competencia ante este cabildo, disponiendo el Archivo del Proceso.

*3.1 Adicional a la declinación: Disposición a coordinación con la Autoridad Indígena.–En caso de que la Autoridad Indígena requiera cooperación con la policía a fin de garantizar la integridad de la misma, informará a esta Juzgadora para disponer lo pertinente para la protección de la víctima.*

Se indica a la autoridad indígena, así como a la denunciante que este juzgado está dispuesto a realizar la cooperación necesaria para el adecuado juzgamiento de este caso.

Incorpórese el escrito presentado por María Olga Morocho Nielo y José Aurelio Morocho Morocho, respecto a lo solicitado, se hace notar que la etapa de prueba que se ha abierto es únicamente para demostrar sumariamente la pertinencia de la invocación por parte de la Autoridad Indígena, en donde este rendirá juramento de ser tal; por tanto, lo solicitado por la accionante no es procedente, cualquier acción respecto a lo manifestado puede presentarla en la vía que corresponda. Notifíquese.

f: LEON CALLE ALEXANDRA LILIANA, JUEZA

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

TORRES DELGADO PAOLA  
SECRETARIA



## **Anexo 2. Nulidad procesal por haber omitido solemnidades sustanciales en el proceso de la tramitación de la declinación de competencia**

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, LA UNICA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MORONA SANTIAGO. DR: YURI STALIN PALOMEQUE LUNA MATERIA: CIVIL-NO COGEP-RESTITUCION DE LA POSESION PROCESO NO: 14304-2013-0711CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE MORONA SANTIAGO.–UNICA SALA DE LA CORTE PROVINCIAL DE MORONA SANTIAGO. Morona, viernes 22 de junio del 2018, las 15h28. VISTOS. PRETENSION: Conocimiento del recurso de apelación de un auto de nulidad que ha dispuesto el señor Juez Multicompetente de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Sucúa, por el que se declara la nulidad procesal por haberse omitido solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, ello es la solemnidad sustancial número 5 contemplada en el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil y por cuanto la omisión declarada pueda influir en la decisión de la causa (Art. 352 CPC), por lo que el señor Juez A-quo declara la nulidad procesal desde el auto de 30 de marzo del 2017, en la cual el señor Juez Dr. Fausto Cárdenas Díaz, no acepta la declinación de competencia y dispone continuarse con la tramitación de la causa verbal sumaria de restitución de posesión que ha presentado TIMIAS EDUARDO SHAKAI TSENKUSH y GLORIA ANDREA TSENKUSH ATSASU, en contra de AKACHU MASHU KUJI BOLIVAR, proceso judicial signado con el número 14304-2013-0711, por lo que el proceso ha subido a esta instancia correspondiendo el conocimiento de la causa, ante el Tribunal de Apelación de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, previo

el sorteo de ley, a los señores jueces provinciales doctores Yuri Stalin Palomeque Luna (ponente), Carlos Oswaldo Toledo Romo y Franklin Eduardo Poveda Freire, quien reemplaza al Dr. Milton Avila Campoverde, por haberse aceptado su excusa; y, encontrándose el proceso en estado de ser resuelto se hacen las siguientes consideraciones: DECISION: UNO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA. Este Tribunal de la Sala es competente conforme al numeral 2 del Art. 178 y 186 de la Constitución de la República del Ecuador, y al tenor del Art. 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Arts. 323 y 326 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la presente causa, conforme la disposición Transitoria Primera del Código Orgánico General de Procesos. SEGUNDO: ANALISIS JURIDICO DE LA SALA, ARGUMENTACION Y MOTIVACION: 2.1. La Constitución, en el Art. 76 numeral 7 determina varias garantías de las personas a la defensa como la de no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con el tiempo y medio adecuados para preparar la defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, entre otras; lo cual tiene relación con el numeral 3 del Art. 11 de la misma Constitución que dice: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.” 2.2.- La presente causa corresponde a un

juicio verbal sumario de restitución de la posesión, cuyo trámite, conforme el Código de Procedimiento Civil está dispuesto en los Arts. 680 y 828; una de las características indispensable del juicio verbal sumario conforme el Art. 844 es que “Ningún incidente que se suscite en este juicio, sea cual fuere su naturaleza, podrá suspender el trámite. Todo Incidente será resuelto al tiempo de dictar sentencia.” Conforme el procedimiento para esta clase de juicio, consiste en presentar la demanda, calificarla, disponer la citación a los demandados, convocar a la audiencia respectiva y en ella abrir el término de prueba, cerrar la prueba y disponer la sentencia que corresponde; en esta causa no se puede reformar la demanda ni se aceptan incidentes; este es en concreto el trámite que se debe dar a una causa verbal sumaria y si existe nulidad procesal que pueda influir en la decisión de la causa, se puede disponer la nulidad procesal conforme el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, siendo las solemnidades sustanciales a todo procedimiento, contempladas en el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil, determinantes al momento de resolver y ellos son: Código de Procedimiento Civil (CPC) Art. 346.- Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 1. Jurisdicción de quien conoce el juicio; 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila; 3. Legitimidad de personería; 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; 5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término; 6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y, 7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe. En la especie el señor Juez A-quo declara la nulidad procesal del auto de 30 de marzo del 2017, por el cual no se acepta la petición de declinación de competencia solicitada dentro de la presente causa, por el señor KUJI BOLIVAR

AKACHU MASHU, en su calidad de Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar-FICSH. De la revisión procesal, a fojas 157 de los autos se puede advertir que el Juez A-quo Dr. Fausto Cárdenas Díaz, declara la nulidad procesal de todo lo actuado en esta causa a partir de fojas 49 de los autos, señalando que ha comparecido el señor Yankuam Francisco Shiki Mashu, en calidad de Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar FICSH (Fs.45), solicitando la declinación de la competencia indígena a pedido del señor Kuji Bolívar Akachu Mashu de, por no haberse notificado, sustenta que ello influye en la decisión de la causa, por lo que declara la nulidad procesal de todo el trámite verbal sumario. 2.3.- La petición de declinación de competencia de la justicia indígena, se encuentra regulada por lo que dispone el Art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: COFJ Art. 345.- DECLINACIÓN DE COMPETENCIA.- Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena. La declinación de competencia en definitiva es una petición que realiza una autoridad indígena con el objeto de conocer un proceso de cualquier materia que es conocida por un juez ordinario, en este caso juez civil, y que ha sido juzgado o que se está juzgado ante las autoridades indígenas, debiendo observarse el procedimiento para este tipo de declinación que pueden solicitar una determinada autoridad indígena y que está claramente determinado en el artículo que antecede del Código Orgánico de la Función Judicial; es así

que a la justicia indígena se la define como “El derecho indígena comprende “los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisiones, necesidades e intereses” “La justicia ancestral es una práctica vigente, milenaria, positiva y legal, basada en principios y valores conforme a las prácticas de abuelos y abuelas: una visión basada en los derechos cósmicos, transmitida de generación en generación”, nos dice señala Rosa Cecilia Baltazar Yucaila, en “Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales”. Serie Justicia y Derechos Humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2009. Pág. 452, y señala “la justicia indígena es el sistema legal para solucionar conflictos que afecten la armonía y estabilidad de las nacionalidades y pueblos del Ecuador.” Por su parte la Constitución de la República del Ecuador (CRE) señala en su Art. 171 señala que “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.” La Carta Magna garantiza que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas cuyas decisiones deben estar sujetas a control constitucional, disponiendo además que la ley establecerá el mecanismo de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria; por lo tanto la disposición legal aplicable en la petición de solicitud de declinación de un proceso a la justicia indígena está claramente determinada en el Art. 345 del COFJ, que se ha indicado anteriormente; cuyo procedimiento y trámite consiste en una petición de la autoridad indígena que solicita la declinación, la apertura del término probatorio en la que la autoridad indígena debe justificar la pertinencia de su invocación, bajo juramento de la autoridad de ser tal, ello es que la

justificación que presenta o la prueba que presenta en el término de prueba y sumariamente, ello es en un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, y en la que la autoridad solicitante manifieste con juramento de ser tal; y, la autoridad judicial, en forma inmediata debe resolver la petición de declinación de competencia; este procedimiento declinatorio a la justicia indígena, al ser autónomo, en nada influye en la decisión que se debe tomar en cualquier procedimiento ordinario que se tramita ante jueces ordinarios, ya que la decisión que tome el juez con respecto a la decisión de declinar la competencia en nada resuelve sobre lo principal de un juicio contencioso que se ha presentado, en la que los jueces deben resolver sobre la base del principio de tutela judicial efectiva de los derechos, ello es resolver las pretensiones y las excepciones de las partes procesales. En la especie se observa conforme a la nulidad de fojas 159 de los autos que ha decretado el juez A-quo Fausto Cárdenas, que señala que la petición de declinación de competencia influye en la decisión que se debe dictar en el juicio de restablecimiento de posesión; y, como se ha indicado el procedimiento de declinación es independiente del trámite de juicio verbal sumario, no habiendo motivo para que se haya dictado una nulidad; sin embargo debió de cerciorarse para la continuación del trámite, que los peticionarios de la declinación de competencia, estén debidamente notificados con la apertura del término de prueba para demostrar sumariamente sobre la petición de declinación, conforme lo ha dictado en providencia de fecha 1 de marzo del 2017, (Fs. 166), y pese a esa inobservancia de la falta de notificación a la autoridad indígena, se concede un término para que pruebe lo aseverado y se dispone en forma equivocada un término para que reconozca firma y rúbrica la autoridad indígena, con respecto a la petición de declinación de competencia y al no notificarse a la autoridad indígena con la apertura del término probatorio

de un trámite de declinación de competencia, autónomo del juicio verbal sumario; en ese procedimiento especial, se aprecia la existencia de la falta de una solemnidad sustancial conforme el numeral 6 del Art. 346 del Código de procedimiento Civil “Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y”; ello si influye en el trámite de declinación de competencia, se atenta al principio de Tutela judicial efectiva de los derechos y al principio constitucional a la defensa, consagrado en los literales “a y b” del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto en ese procedimiento declinatorio si cabe la aplicación de la falta de nulidad procesal, más no en la forma en la que ambos jueces A-quos han dictado las nulidades procesales respectivas. Se aprecia que en la causa se han presentado varias solicitudes de declinación de competencia por parte de los Presidentes de la Federación Interprovincial de Centros Shuar FICSH, en sus tiempos, a pedido del demandado señor Kuji Bolivar Akachu Mashu, siendo el último de los peticionarios el presidente señor Elvis Nantip Kajakai, quien podrá hacer valer sus derechos en cuanto a la petición de declinación de competencia. La Sala considera que siendo nuestro país un estado constitucional de derechos, garantías intercultural, plurinacional de justicia social, como juzgadores debemos aplicar y vigilar el cumplimiento de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, mandato que se encuentra establecido en el Art. 11 de la Constitución; y, siendo uno de los principios y garantías básicas, que deben ser observadas en la tramitación de la causa, el debido proceso, entendido este como el mínimo de garantías básicas que se debe dar a las partes en la tramitación de los procesos en los que se resuelva sus derechos, traducidos éstos, ya sea como pretensiones o excepciones, es decir se les debe proporcionar a los sujetos procesales la tutela jurídica, la cual se encuentra contemplada en el Art.

75 de la Constitución, para de esa manera dar seguridad Jurídica a las partes procesales, entendida esta como el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas claras, previas, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.- La observancia del debido proceso, es obligación de todo juzgador en aplicación del principio de Supremacía Constitucional y entre una de las garantías de las partes, es que sus asuntos deben ser ventilados con sujeción a las normas y procedimientos establecidos para ello, esta garantía se encuentra contemplada en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución que prescribe: “...Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con la observancia del trámite propio de cada procedimiento.”; (la negrilla es nuestra), en relación con lo dispuesto en el Art. 11 numeral 3 inciso segundo de la Constitución que manifiesta: “Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley”.- 2.- En la presente causa, de la revisión que se hace y ante una petición de declinación de competencia solicitada por una autoridad indígena conforme el Art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, al haberse violado su procedimiento y no habersele notificado a dicha autoridad indígena con la apertura del término para probar su competencia indígena, como se ha indicado en el considerado anterior, se declara de que existe violación de dicho procedimiento de declinación de competencia, dispuesto en el auto de 1 de marzo del 2017, por falta de notificación, por lo que este procedimiento es el cual se lo declara nulo, más no el procedimiento del trámite verbal sumario que se ha tramitado en la presente causa a partir de fojas 174 de los autos, siendo el estado procesal del juicio verbal sumario el de pedir autos para resolver. Por lo tanto al existir una nulidad procesal del trámite de declinación de competencia, y al haberse interpuesto el



recurso de apelación a la nulidad del toda la tramitación procesal, este tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, **RESUELVE: ADMITIR PARCIALMENTE** el recurso de apelación a de la declaratoria de nulidad de todo el procedimiento verbal sumario que se ha dado a la presente causa, que lo ha dispuesto el señor Juez A-quo, en auto de 28 de marzo del 2018; sin embargo este tribunal de Apelación conforme el Art. 349 del CPC, al encontrar que existe una nulidad procesal en cuanto al trámite de declinación de competencia, se declara la nulidad de dicho procedimiento dispuesto en el auto de 1 de Marzo del 2017 y se tendrá como no existente en cuanto a este procedimiento sumarísimo, a costas del Juez A-quo que ha intervenido en dicho auto; y, ante las peticiones de declinación de competencia que constan del proceso, se dispone que el Juez A-quo proceda a dar el procedimiento que corresponda ante un pedido de declinación de competencia, previa citación y notificación de la presente resolución al señor Presidente de la FICSH, por parte de los funcionarios responsables de la Unidad Judicial Multicompente del cantón Sucúa, para que presenten o hagan valer sus derechos en cuanto a la declinación de la competencia de justicia indígena; siendo responsabilidad del Juez A-quo, Dr. Fausto Cárdenas Díaz, conforme el Art. 356 del Código Procesal Civil, las costas procesales que demanden esta causa, por esta declaratoria de nulidad de un procedimiento de declinación de competencia, e incluso por el tiempo que ha transcurrido en la resolución de una procedimiento rápido, sencillo y eficaz. Actué la Secretaria Relatora Segunda de la sala, Dra. Martha Ochoa Castro.- Hágase saber.-DR.PALOMEQUE LUNA YURI STALINJUEZ PROVINCIAL (PONENTE)DR.TOLEDOROMOCARLOS OSWALDOJUEZ PROVINCIALDR.FRANKLIN EDUARDO POVEDA FREIREJUEZ PROVINCIAL En Morona, vier-

nes veinte y dos de junio del dos mil dieciocho, a partir de las quince horas y cincuenta y ocho minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la SENTENCIA que antecede a: SHAKAI TSENKUSH TIMIAS EDUARDO Y TSENKUSH ATSASU GLORIA ANDREA en la casilla No. 12 y correo electrónico cesarbermeo1963@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1400194070 del Dr./Ab. CESAR MISAEL BERMEO VILLARREAL. AKACHU MASHU KUJI BOLIVAR en el correo electrónico bolivarga05@yahoo.es; KUJI BOLIVAR AKACHU MASHU en el correo electrónico edgatorresabogado@hotmail.com, en el casillero electrónico No. 1400411532 del Dr./Ab. TORRES GOMEZ EDGAR PATRICIO. NANTIP KAJEKAI ELVIS LEANDRO en el correo electrónico escorpel@hotmail.com, bolivarga05@yahoo.es, en el casillero electrónico No. 1400896831 del Dr./Ab. ELVIS LEANDRO NANTIP KAJEKAI. Certifico:

DRA. OCHOA CASTRO MARTHA ESTHELA

SECRETARIA RELATORA

### **Anexo 3. Sentencia que niega la declinación de competencia**

REPÚBLICA DEL ECUADOR

FUNCIÓN JUDICIAL

Juicio No: 16171201900011

PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 0

#### **TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN PASTAZA**

En el Juicio No. 16171201900011, hay lo siguiente:

**VISTOS:** Atendiendo el escrito presentado por el señor Rubén Darío Pidru Yambisa, en calidad de Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar, que tiene relación a la solicitud de declinación de competencia de la justicia ordinaria a la justicia indígena; así también atendiendo el escrito presentado por el ciudadano Luis Tito Tzengusha Huarusha, respecto de la petición de declinación de la competencia, proveyendo estos, su contenido se tiene en cuenta en lo que en derecho corresponda para resolver la petición de declinación de competencia solicitada, para ello se hacen las siguientes consideraciones: **PRIMERO:** Se ha dado estricto cumplimiento con el procedimiento establecido previo al pronunciamiento de declinación de competencia y en observancia a lo previsto en el art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, concordante con el art. 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial. **SEGUNDO:** Es de advertir que hoy

coexisten diversas nacionalidades reconocidas o no, es decir que con la tradicional nación conviven las naciones culturales, ya que la Constitución en vigencia en su preámbulo y artículo 1 refiere de la nación ecuatoriana y de las naciones culturales, siendo por tanto deber primordial del Estado (artículo 3 de la Constitución) el fortalecer la unidad nacional en la diversidad, lo cual infiere interculturalidad a partir de la igualdad, entendiéndose por cultura al “conjunto de todas las formas y expresiones de una colectividad determinada, en la cual se incluyen idioma, educación, normas, reglas de vida, religión, rituales, costumbres y sistemas de creencias...” (Raúl Llasag Fernández, “Plurinacionalidad: Una Propuesta Constitucional Emancipadora”, en Neo constitucionalismo y Sociedad, Ramiro Ávila S. (comp.), Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, V&M Gráficas, 2008, p. 319). Se ha avanzado en el país al determinar que el derecho estatal, tradicional u ordinario, constituye uno de los ordenamientos jurídicos que conviven en el Estado y no el único ordenamiento jurídico ya que dentro de esta concepción ha alcanzado reconocimiento constitucional la justicia indígena, para resolver en su ámbito los conflictos legales que así les atañe. Precisamente en el artículo 171 de nuestra Constitución contempla a la justicia indígena, por medio de la cual “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a 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...”; concomitante y más en lo específico en el tema del derecho penal, aparece la

exigencia de una visión intercultural más discutida, en cuanto en el derecho ordinario obedece a la norma escrita a su vez producto del respectivo órgano legislativo y el derecho indígena responde a la tradición oral y la costumbre. Lo cual no solo se limita al reconocimiento constitucional interno, sino en la normativa internacional, así: la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en su artículo 1 precisa: Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos Humanos”, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), suscrito en 1998, en su artículo 9, recoge: “1. **En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos,** deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros...”; instrumentos internacionales estos, por citar algunos, los que de igual jerarquía a la Constitución de la República en los términos del inciso 2do. del artículo 424 de nuestra Ley Suprema, es decir se reconocen en el país el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de la justicia indígena pero no existen hasta el momento regulaciones precisas ni normatividad alguna, ya que va más allá de la complejidad del tema, en la práctica existe cuestionamientos y colisión inclusive entre los sistemas jurídicos ancestrales y la justicia ordinaria, pues “basta considerar que, al menos, hay catorce nacionalidades indígenas y dieciocho pueblos ancestrales indígenas, con elementos culturales propios que les proporcionan una cosmovisión e identidad colectiva diversa entre ellos y que es aún más disímil

respecto de la cultura mestiza.” (Oficio No. 228-P-CJ-2013 de 28 de mayo de 2013, pág. 2). **TERCERO.-** La declinación de competencia fijada en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, refiere a ceder o renunciar de parte de las juezas y jueces de la justicia ordinaria de cualquier materia hacia las autoridades indígenas que por reconocimiento de la Constitución y otros instrumentos internacionales, ejerzan la atribución que los jueces ordinarios, funciones jurisdiccionales, claro bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos normativos: la existencia de un proceso sometido ya a conocimiento de las autoridades indígenas; siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido; y, el procedimiento sumarísimo de prueba. Acotando, como otro punto característico entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, que esta (la justicia indígena) no es una sola o única como aquella (la justicia ordinaria), sino que se tiene diversidad de sistemas normativos según tantas cuantas comunidades, etnias o grupos tribales convivan o puedan existir; lo cual, en mayor delimitación y desde el ámbito del derecho penal, infiere la relación entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal indígena y más específicamente entre la justicia penal ordinaria y uno de los tantos sistemas normativos penales ancestrales. **CUARTO:** En el contexto de lo anterior, corresponde analizar la declinación de competencia solicitada, tanto más que un pronunciamiento de esta naturaleza no puede responder sino siempre al caso concreto. En este sentido se tiene: **a)** El juicio 14304-2016-00479 Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, número actual 16171-2019-0011 Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, seguido en contra del ciudadano Luis Tito Tzengusha Huarusha, por el delito de abuso sexual tipificado y sancionado en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, que se radicó la competencia en este Tribunal de Garantías

Penales con sede en el cantón Pastaza por el sorteo de ley de 13 de noviembre de 2019, a las 15H41, que tiene como antecedente el auto de Llamamiento a Juicio dictado una vez llevada a cabo la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio realizada el 24 de octubre del 2016, auto debidamente ejecutoriado, dictado por Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Sucúa, provincia de Morona Santiago. **b)** Habiéndose avocado conocimiento en la presente causa el 17 de noviembre de 2016 el Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago y encontrándose la causa en sustanciación, el 10 de mayo de 2019, comparece el ciudadano Rubén Darío Pidru Yambisa, señalando que es Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar y solicita mediante escrito aquel Tribunal decline la competencia de la justicia ordinaria de seguir conociendo el juicio en contra del señor Luis Tito Tzengusha Huarusha, hacia la justicia indígena, al amparo de lo que disponen los artículos 57 numerales 9 y 10, art. 171 de la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, art. 8, 9 y 10 ; y, artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial; expresando que: "... el señor Luis Tito Tzengusha Huarusha, se encuentra procesado por la justicia ordinaria por un supuesto delito de abuso sexual, el mismo que se encuentra privado de la libertad por el lapso de 6 meses sin que se haya convocado a la respectiva audiencia de juzgamiento. También indica el peticionario que el señor Luis Tito Tzengusha Huarusha, es miembro de la nacionalidad Shuar, que ellos tienen su propio procedimiento para sancionar y juzgar a los infractores de la convivencia comunitaria, bajo sus estatutos y los derechos colectivos. Con fecha 31 de octubre se emite un auto de nulidad dentro de la presente causa, a través de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, Única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, de lo actuado a partir de la petición de declinación de la

competencia del Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar, desde esto desde fojas 70 de los autos. e) Debido a esta petición de declinación de competencia y de conformidad con lo resuelto por la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, Única Sala de la Corte Provincial de Morona Santiago, ha correspondido no señalar aún la audiencia oral, reservada de juicio y se ha aperturado el término probatorio establecido en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin que se demuestre sumariamente la pertinencia de tal petitorio; término que empezó a correr desde el 14 de noviembre del 2019 y se cerró el 19 de noviembre del mismo año, una vez culminado este término; se tiene que el ciudadano Rubén Darío Pidru Yambisa, señalando que es Presidente de la Federación Interprovincial de Centros Shuar, comparece a este Tribunal bajo juramento reconoce su firma en la calidad que señala, según consta a fojas 182 del expediente del Tribunal; presentado dentro del término concedido como prueba, la resolución No. SNGP-SPI-2018-0457-RE, emitida por Secretaria Nacional de Gestión de la Política, Subsecretaria de Plurinacionalidad e Interculturalidad, mediante el cual resuelve: 1.- Registrar e inscribir la directiva de la Federación Interprovincial de Centros Shuar, en el cual consta como presidente el señor Rubén Darío Pidru Yambisa, quien es el peticionario de esta solicitud de declinación de competencia; el certificado de Federación Interprovincial de Centros Shuar, en el cual consta que el ciudadano Luis Tito Tzengusha Huarusha, es socio de la comunidad de Yaupi, de la parroquia Yaupi, cantón Logroño, provincia de Morona Santiago, un certificado de honorabilidad y el acta de asamblea del proceso de justicia indígena, de fecha 3 de mayo del 2019, mediante la cual resuelven, solicitar la declinación de la competencia ordinaria a la justicia indígena respecto del ciudadano Luis Tito Tzengusha Huarusha.



**d).**- De conformidad con lo que obra del proceso la presente Instrucción Fiscal se inició en fecha 30 junio 2016, en la cual se formuló cargos en contra del procesado Luis Tito Tzengusha Huarusha, siendo que es de conocimiento de la justicia ordinaria desde aquella fecha; posteriormente se dicta el auto de llamamiento a juicio el 24 de octubre de 2016, en donde se llama a juicio al señor Luis Tito Tzengusha Huarusha, por considerar que los elementos e indicios son más que suficientes para la materialidad y responsabilidad del procesado, por haber infringido el art. 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal. **e).**-En auto de 17 de diciembre de 2018, el Tribunal de Garantías Penales de Morona Santiago, revoca la medida cautelar de presentación periódica y dicta la prisión preventiva del procesado de conformidad con el art. 536 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal. **f).**- El presunto delito por el cual fue llamado a juicio el procesado Luis Tito Tzengusha Huarusha, se habría cometido en contra de una niña, quien de conformidad con lo que dispone el art. 35 de la Constitución se encuentra dentro de las personas de atención prioritaria y de doble vulnerabilidad, personas a quienes el Estado tiene la obligación de precautelar y garantizar sus derechos de forma prioritaria y por tanto adoptar todas las medidas necesarias para protegerlos, así también lo establece la Convención de los Derechos de los Niños en su art. 19. **g).**- El delito por el cual se llamó a juicio al procesado Luis Tito Tzengusha Huarusha, es el establecido en el art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, inciso segundo, esto es abuso sexual, en donde el bien jurídico protegido es su desarrollo integral, en el cual se encuentra incluido la integridad y la indemnidad sexual, es decir se trata de un derecho fundamental, pues así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien jurídico que se encuentran amparados en la sentencias números 319-15 y

113-2014-SEP-CC, emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador.

**h).** Además de que se debe considerar que el peticionario de la declinación de competencia aportado como prueba que el acta de asamblea del proceso de justicia indígena constante a fojas 192 del expediente del Tribunal, en cual consta como resolución que se tramite la declinación de competencia de la justicia ordinaria a la justicia indígena, conforme el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, la misma que tiene fecha 3 de mayo de 2019; por lo tanto no existe prueba válida, presentada en legal y debida forma que sirva de sustento para apoyar la petición de declinación de competencia por parte del señor Rubén Darío Pidru Yambisa. **QUINTO.-** El Estado reconoce y garantiza los derechos de todas las nacionalidades que en él coexisten, no solo en el enunciado normativo formal, sino que alcanza real dimensión en el ejercicio mismo de tales derechos por parte de todas las personas y colectivos del Estado bajo parámetros de igualdad, no obstante el límite de los sistemas jurídicos ancestrales frente a los derechos humanos está claramente delimitado al señalar en el artículo 171 que 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, en este sentido son derechos fundamentales la integridad e indemnidad sexual, y trascienden los límites de la comunidad hacia la sociedad en su conjunto, el delito de abuso sexual a una niña, que considerada en el Capítulo segundo delitos contra los derechos de libertad-sección cuarta-delitos contra la integridad sexual y reproductiva del Código Orgánico Integral Penal, está garantizado en el artículo 66 numeral 3 literales a) y b) de la Constitución de la República, que a su tenor literal dice: "...3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual; b) Una vida libre de violencia en

el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual...”; de lo transcrito y como uno de los derechos de libertad, abarca la integridad sexual así como la física, psíquica y moral. Y es que “...si bien todos los derechos gozan de igual legitimidad, existen unos que deben ser tutelados únicamente por el Estado, por cuanto su vulneración produce muchas veces efectos irreversibles, graves y que por su magnitud o incidencia afectan seriamente no solo a la persona titular del derecho o a una comunidad sino a todo el tejido social, cabe reflexionar que estos delitos graves, desde el punto de vista psicológico, son los que más rechazo generan en la sociedad; por ello su represión caso contrario puede derivar en flagrantes violaciones de los derechos humanos. En esta orientación, consta de la parte final del artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, expresamente que: “No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”, disposición legal esta que forma parte de la normativa que regula las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria (artículos del 343 al 346), y que por su propio contenido además de mostrar que este tema no se encuentra totalmente regulado y que los artículos referidos no son suficientes para afrontar los problemas derivados de la falta de claridad en el ámbito de la justicia indígena, rompe para delitos (abuso sexual) el principio projurisdicción indígena; máxime que de lo anotado, bien podría estarse en el caso concreto ante la existencia de un conflicto de derechos constitucionales,

esto es, entre el derecho al reconocimiento a la justicia indígena y el derecho superior de la víctima la menor agraviada, y que desde esta breve interpretación constitucional y ejercicio de ponderación, hace entender a este Juez Pluripersonal bajo su rol de juez de garantías, que el aseguramiento del ejercicio pleno del derecho de la menor por su interés superior, prima y sopesa sobre la innovación de la justicia indígena. A ello, sumado desde la perspectiva de género conductas tradicionales y locales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas que perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como malos tratos en la familia, abusos y delitos sexuales, de donde la mujer como objeto sexual, añadido prejuicios y prácticas que pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación; el efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental, contribuye a mantener a la mujer subordinada, con un nivel inferior de educación, escasas oportunidades de empleo, etc. Lo que a su vez conlleva discriminación tal como la define el artículo 1 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y, va en detrimento del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia según los artículos 3, 4, 5, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”). Desde otro deslinde, los hechos aquí también establecidos son particularmente graves, ya que como se dijo la ofendida entraña una persona menor de edad y en tal carácter, objeto de protección especial en instrumentos internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en sus artículos 1 y 2, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19, nuestra Constitución de la República en sus artículos 35,

44 y el Código de la Niñez y Adolescencia en sus artículos 1, 7, 8 y 14. Todo lo que, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado por falta de cumplimiento a sus deberes establecidos en el derecho internacional, pactos específicos de derechos humanos y la normativa constitucional y legal interna; pues, el Estado también puede ser responsable de actos particulares si no adopta medidas con la diligencia debida para impedir la violación de derechos o para investigar y castigar los actos de violencia o para proporcionar una reparación integral.- Por las consideraciones anotadas y de lo que obra del expediente procesal el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza resuelve no declinar la competencia de la justicia ordinaria hacia la justicia indígena en la presente causa. Cuéntese con los señores jueces que integran el Tribunal. Una vez ejecutoriado el presente auto, se proseguirá con la sustanciación de la presente causa en la justicia ordinaria. **NOTIFIQUESE.**

f: JINES OBANDO HECTOR PATRICIO, JUEZ; ALCIVAR BASURTO FROWEN BOLIVAR, JUEZ; ARAUJO ESCOBAR ESPERANZA DEL PILAR, JUEZA

que comunico a usted para los fines de ley.

LEON VALDIVIEZO CRISTIAN

SECRETARIO



*La declinación de competencia: un camino para la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria* se imprimió en la ciudad de Cuenca, Ecuador, en junio de 2023, en la Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA), con un tiraje de 300 ejemplares.





ISBN: 978-9942-27-197-6



ISBN: 978-9942-27-234-8

