

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

Argumentos jurídicos ¿Por qué la justicia indígena está sometida al control constitucional, acción extraordinaria de protección, en la legislación ecuatoriana?

BELIZA CORO GUAIRACAJA

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada

Director: Dr. Diego Pérez Ordóñez

Quito, 2012.

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

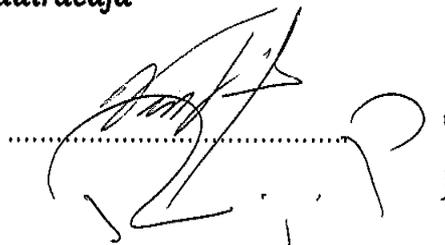
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Argumentos jurídicos ¿Por qué la justicia indígena está sometida al control constitucional, acción extraordinaria de protección, en la legislación ecuatoriana?”

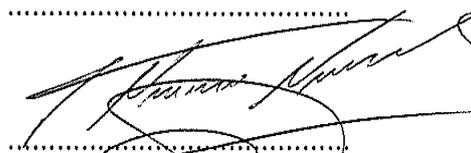
Beliza Coro Guairacaja

Dr. Jaime Vintimilla
Presidente del Tribunal e Informante



.....

Dr. Diego Pérez
Director de Tesis



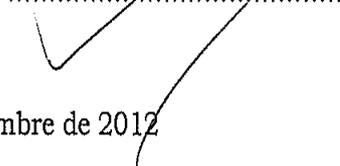
.....

Dr. Marco Morales
Delegado del Decano e Informante



.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....

Quito, 14 de Diciembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO "Argumentos jurídicos: ¿Por qué la justicia indígena está sometida al control constitucional...?"

ALUMNO Beliza Coro Guairacaja

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado es muy importante, en vista de que implica la existencia y aplicación del Estado pluricultural y multiétnico, de la constitucionalización de la justicia indígena y de su relación con el régimen constitucional y con el Estado de Derecho.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

El problema planteado es de actualidad e implica la existencia de un problema jurídico complejo: la vigencia de la justicia indígena dentro de los límites del régimen de control constitucional. La hipótesis planteada es compleja, desafiante y ha necesitado de un alto grado de análisis jurídico de parte de la alumna.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

A pesar de la novedad del tema los documentos y materiales han sido los apropiados, la alumna ha investigado, analizado y citado los materiales bibliográficos y las fuentes adecuadas y suficientes para darle sustento a su trabajo de tesis.

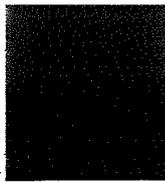
d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El contenido argumentativo es de buena calidad: aunque se trata de una cuestión jurídica compleja y muy particular a la República del Ecuador, la alumna se ha valido del derecho comparado para reforzar el estudio y el análisis. Las razones y las conclusiones de la tesis son también las apropiadas.

FIRMA DIRECTOR:



QUITO, 16/10/12



Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Argumentos jurídicos ¿Por qué la justicia indígena está sometida al control constitucional, acción extraordinaria de protección, en la Legislación ecuatoriana?", presentado por la estudiante, señorita Beliza Coro Guairacaja, previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

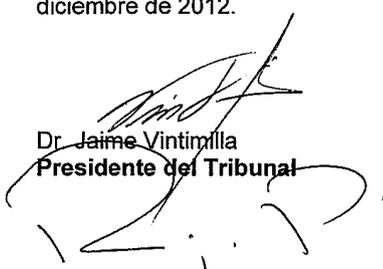
Señor Doctor Jaime Vintimilla, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;

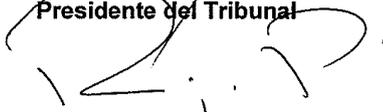
Señor Doctor Diego Pérez, Director del Ensayo Jurídico;

Señor Doctor Marco Morales, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 93.67/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 86/100, da la nota final de Grado de 89.83/100, equivalente a "B" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, lunes 14 de diciembre de 2012.


Dr. Jaime Vintimilla
Presidente del Tribunal


Dr. Diego Pérez
Director del Ensayo Jurídico


Dr. Marco Morales
Delegado del Decano


Srta. Beliza Coro Guairacaja

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Beliza Coro Guairacaja

C. I.: 0604024828

Fecha:

DEDICATORIA

Dedico esta tesina a todos los integrantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador.

Anhelo que la justicia indígena, al igual que la cultura, ritos y mitos, sobreviva por miles de años más, como parte invaluable de nuestro país.

AGRADECIMIENTO

A Dios por regalarme, vida, salud, sabiduría y bendición cada día de mi vida.

A mi madre, María Amelia Guairacaja Copa, por su apoyo incondicional, su amor y sus palabras de aliento durante toda mi carrera, gracias por ser mi inspiración y mi mejor amiga.

A mi padre, José Luis Coro Chuto, por su esfuerzo, su amor y su confianza. Gracias por inculcarme desde niña valores de responsabilidad, perseverancia, y alentarme cada día a conseguir mis sueños.

A mi hermana, Gladys Verónica Coro Guairacaja, por su apoyo y su cariño en todo momento, que aunque lejos siempre la sentí tan cerca mío.

A mis abuelos, por su increíble dulzura y sabios consejos que los atesoré y puse en práctica durante toda mi carrera.

A la Fundación Hanns Seidel y Fundación Telefónica por el apoyo incondicional y confianza depositada, gracias por darme la oportunidad de gozar de una profesión.

A mi director de Tesina, Dr. Diego Pérez Ordoñez, por sus enseñanzas y sus sabios consejos a lo largo del desarrollo de este trabajo.

A una persona anónima pero muy especial, por su amor, su cariño y apoyo incondicional durante mis años de estudio, gracias por alentarme a no desfallecer en el camino.

Y a mi querida Universidad San Francisco de Quito, por haberme acogido durante 5 años y medio y darme la oportunidad de ser Abogada.

Resumen

Tanto la Constitución del año 1998 y la vigente Carta Fundamental, expedida en el año 2008, reconocieron la justicia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas como parte de la estructura jurídica del país, y así dieron paso al pluralismo jurídico: esto es a la existencia de varios sistemas jurídicos dentro del Estado ecuatoriano.

El artículo 171 de la actual Constitución otorga a las autoridades indígenas la capacidad de ejercer funciones jurisdiccionales, es decir, impartir justicia basándose en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. Sin embargo, y junto a este reconocimiento, también se establece que las decisiones de estas autoridades estarán sujetas al control de constitucionalidad. Que deberá realizar el órgano poseedor de la jurisdicción constitucional (la Corte Constitucional), bajo la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena reconocida en la legislación ecuatoriana.

Frente a esta realidad, el presente trabajo es la respuesta al cuestionamiento de cuáles son los argumentos jurídicos para tal control, para lo cual partiré, en el primer capítulo, realizando un estudio de la justicia indígena; pasando por un análisis del control constitucional, en el segundo capítulo, y finaliza, a partir de estos estudios, en el tercer capítulo, respondiendo la pregunta planteada, para terminar estableciendo las conclusiones y recomendaciones sobre el tema.

Abstract

Both, the 1998 Constitution of Ecuador and the current Constitution issued in 2008, recognized the indigenous' justice as integral parts of the judicial structure of the country. In this way, they have created a pathway to legal pluralism, which is the existence of several judicial systems within the Ecuadorian State.

The current Article 171 of the Constitution grants to the indigenous authorities the ability to exercise jurisdictional functions, which means, the action to impart justice based on their ancestral traditions and their own rights. Nevertheless, and along with this recognition, this article also says that the decisions made by indigenous authorities must to be subjected to the Constitutional Control. This Review must be undertaken by Constitutional Court that has a Constitutional jurisdiction in order to apply the constitutional action, which exists in the Ecuadorian's legislation.

In this context, the present study is the answer for the questions about the juridical arguments in favor of the above-mentioned type of control. Therefore, in the chapter I, This study examines indigenous' justice systems. In the second chapter II makes an analysis of the Constitutional Control. The chapter III examinees the judicial argument to answer the proposed question. Finally, I present the conclusions of this study and I make some recommendations about this topic.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	1
CAPITULO I.....	5
1. Justicia Indígena.....	5
1.1. Antecedente histórico.....	5
1.2. Ubicación y definición de la justicia indígena.....	9
1.3. Justicia Indígena y Linchamiento.....	12
1.4. Características de la justicia indígena.....	15
1.5. Procedimientos de aplicación de la Justicia Indígena por sus Autoridades.....	18
1.5.1. Autoridades indígenas.....	18
1.5.1.1. Padres de familia, abuelos y padrinos.....	19
1.5.1.2. Pastores y consejeros de la comunidad.....	20
1.5.1.3. Cabildo o Consejo de Gobierno.....	20
1.5.1.4. Asamblea General.....	21
1.5.2. Procedimiento de aplicación de la justicia indígena.....	21
1.5.2.1. Willachina (aviso o demanda).....	22
1.5.2.2. Tapuycuna (fase de investigación).....	22
1.5.2.3. Chimbapurana ishkicunata (cotejo entre el acusado y el ofendido).....	22
1.5.2.4. Killpichirina (imposición de la sanción).....	22
1.5.2.5. Paktachina nishkata (ejecución de la estableció por las cabildo y la asamblea general).....	23
1.6. Tratamiento constitucional de la justicia indígena.....	24
1.6.1. Constitución Política del Ecuador de 1998.....	28
1.6.2. Constitución de la República del Ecuador del 2008.....	29
1.7. Derecho Comparado, reconocimiento de la justicia indígena en los cuerpos normativos de Bolivia, Colombia, Perú y Brasil.....	34
1.7.1. Constitución de Bolivia.....	35
1.7.2. Constitución de Colombia.....	38
1.7.3. Constitución de Perú.....	40
1.7.4. Constitución de Brasil.....	42
CAPITULO II.....	43
2. Control Constitucional.....	43
2.1. Antecedentes.....	43
2.2. Control Constitucional y el Constitucionalismo.....	45

2.3. Control constitucional en el neoconstitucionalismo y el Estado constitucional de derechos.....	46
2.4. Control Constitucional, supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución.....	49
2.5. Control Constitucional por parte de la Corte Constitucional.....	51
2.6. Control Constitucional, seguridad jurídica y justicia constitucional.....	53
2.7. Sistemas de Control Constitucional.....	55
2.7.1. Sistema norteamericano Difuso o Judicial Review de control constitucional.....	56
2.7.2. Sistema concentrado de control constitucional – Europa.....	60
2.7.3. Sistema de control constitucional en Latinoamérica.....	65
2.7.4. Sistema de control constitucional en Ecuador.....	68
2.8. Control Constitucional a través de la Acción Extraordinaria de Protección.....	74
CAPITULO III.....	80
3. El control constitucional y la justicia indígena.....	80
3.1. Fundamentos jurídicos de la aplicación del control constitucional en las decisiones de la justicia indígena en el Ecuador.....	80
3.2. Derecho comparado, fundamentos jurídicos de la aplicación del control constitucional, en las decisiones de la justicia indígena en diferentes países: Bolivia, Colombia y Perú.....	91
3.2.1. Bolivia.....	91
3.2.2. Colombia.....	98
3.2.3. Perú.....	105
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	110
4.1. Conclusiones.....	110
4.2. Recomendaciones a los jueces constitucionales.....	114
4.3. Recomendaciones a las autoridades y líderes de las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.....	116
5. Bibliografía.....	118
6. Plexo normativo.....	124
7. Jurisprudencia.....	125

Introducción

La justicia indígena definida como “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, cosmovisión, necesidades e intereses”¹ tuvo su primer reconocimiento constitucional en la Carta Fundamental del año 1998, impulsado, en su mayor medida, por cuerpos normativos internacionales, como el Convenio 107 suplido por el actual Convenio 169 de la OIT, y por las luchas suscitadas entre los años 80 y 90 por los mismos pueblos indígenas, para ser identificados como parte del Estado ecuatoriano y participar en la toma de decisiones, económicas, políticas y jurídicas.

La Constitución de 1998 dispuso, en su inciso cuarto del artículo 191, correspondiente al título sexto de la función judicial y al capítulo primero de los principios generales, el reconocimiento de la justicia indígena, estipulando que las autoridades de los pueblos ancestrales pueden ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario. De esta manera, se generó el pluralismo jurídico, ya que se aceptó la existencia de varios sistemas jurídicos en el Estado ecuatoriano. Sin embargo, en el mismo artículo, también se establecieron los límites bajo los cuales la justicia indígena se debe ejercer; siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución ni las leyes, y solo respecto a los conflictos internos.

La Constitución vigente del 2008 reafirma el reconocimiento de la justicia indígena en su artículo 171, ya que otorga a las autoridades indígenas funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. No obstante, la Carta Fundamental dispone que las decisiones de las autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales deben guardar concordancia con la Constitución, por ende todas sus decisiones estará sujeta al control de constitucionalidad. De tal forma la Carta Magna acepta la validez de la jurisdicción indígena, y dispone su

¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala*, México, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, N. 1-2, 1998, p. 1. Citado en Rosa Baltazar. “La Justicia Indígena en el Ecuador”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 452.

respeto por parte de las instituciones y autoridades públicas, siempre que estén acorde al marco constitucional.

La actual Constitución, junto con la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, hace una explicación amplia sobre el tema de la justicia indígena, porque no solo indica que sus decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad, sino que además establece que la Corte Constitucional es la encargada de conocer la acción extraordinaria de protección, frente a las decisiones de la justicia indígena, para lograr, así la justicia constitucional, y seguridad jurídica en la sociedad ecuatoriana.

Con estos avances en la Constitución y en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, las comunidades indígenas pueden ejercer su justicia milenaria; sin embargo, es importante preguntarnos por qué la justicia indígena está sometida a tal control si estamos hablando de dos sistemas jurídicos que, aparentemente, no tienen nada que ver el uno con el otro y que están formados bajo filosofías diferentes. Bajo esta interrogante, el planteamiento del presente trabajo consistirá en establecer los argumentos jurídicos que colocan a la justicia indígena al sometimiento del control constitucional, bajo la acción extraordinaria de protección, en la legislación nacional. Por tal razón, se ha distribuido esta tesis en tres capítulos, en los cuales constan los siguientes estudios y análisis:

En el primer capítulo, se realizará un estudio detallado de los elementos que caracterizan a la justicia indígena, comenzando con un breve antecedente histórico de las diferentes sociedades ancestrales, pasando a estudiar la ubicación de esta justicia milenaria dentro del marco jurídico ecuatoriano; las sanciones implementadas con sus correspondiente significados, que la diferencian del linchamiento o justicia por mano propia; sus características propias; el procedimiento de aplicación por parte de las autoridades de las comunidades y su tratamiento y reconocimiento constitucional en el país, terminando con un estudio de derecho comparado, sobre el reconocimiento de esta justicia en las Constituciones de Bolivia, Colombia, Perú y Brasil. Esto permitirá demostrar que la justicia indígena es una justicia viva, que a pesar de las transformaciones, posee una filosofía y un significado propio, por lo cual ha merecido un reconocimiento jurídico, a nivel nacional e internacional, en los países latinoamericanos.

En el segundo capítulo, analizaré el control constitucional, comenzando con un breve antecedente sobre su origen y el porqué de su importancia en la cultura jurídica de todo país democrático y constitucional. Luego, pasaré a estudiar los modelos de Estados que se han ido formando en el tiempo y la importancia y contenido de tal hecho. Analizaré, además, el constitucionalismo, el neoconstitucionalismo, el Estado constitucional de derechos y el papel de la Corte Constitucional. Estudiaré, también, los diversos sistemas de control constitucional –norteamericano, europeo, latinoamericano- para luego pasar a revisar las garantías jurisdiccionales que permiten la materialización del control de la constitucionalidad, enfocándome en la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena.

Este análisis me permitirá determinar que en todo Estado democrático existe un sistema de control, que vigila el respeto a la supremacía constitucional y da paso a la justicia constitucional, a través de las diferentes garantías, en especial, la acción extraordinaria de protección, para evitar de esta manera los posibles abusos en las decisiones de los diferentes autoridades indígenas.

Dentro del tercer capítulo, responderé la interrogante planteada mediante los diferentes argumentos jurídicos que ratifican que las decisiones de la justicia indígena están sometidas al control constitucional en el Ecuador, y explicaré el funcionamiento y procedimiento de la acción específica bajo la cual es posible el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena y sus mecanismos de aplicación establecidos en la Ley. A continuación -y con el ánimo de reforzar mi razonamiento-, me enfocaré en el análisis y estudio en derecho comparado de la aplicación del control constitucional de la justicia indígena en Bolivia, Colombia y Perú, tomando en cuenta las normas nacionales e internacionales que permiten tal acción y determinando si existe o no una regulación específica en este tema en dichos países y en caso de no existir una ley específica, estableceré las razones jurídicas por las que sería adecuado aplicar el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena. De esta manera, quedara respondida por qué la justicia indígena está sometida al control constitucional, acción extraordinaria de protección, en la Legislación Ecuatoriana.

Finalmente, presentaré las conclusiones de este trabajo y ciertas recomendaciones, tanto a los jueces constitucionales como a las autoridades y líderes de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para poner en marcha el control constitucional de la

justicia de los pueblos ancestrales bajo la acción extraordinaria de protección de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas.

De este modo, por un lado, la presente tesis busca brindar los sustentos jurídicos por los que la justicia indígena está sometida al control constitucional, para que sea utilizada por todo aquel ciudadano que deba plantear la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de los pueblos originarios, que involucre la puesta en juego de sus derechos fundamentales. Para de esta manera lograr una convivencia armónica dentro de la sociedad ecuatoriana. Para que todos los ciudadanos, indígenas y no indígenas, tengan la seguridad de que los derechos reconocidos en la Carta Fundamental serán respetados y en caso de violación ellos podrán ejercer las acciones correspondientes para salvaguardar estos, ya sea de las decisiones de las autoridades indígenas.

Y por otro lado, este desarrollo también busca fortalecer la practicidad y sobrevivencia en el tiempo de la justicia indígena, pues para ello resulta de gran importancia el respeto y la adopción de las normas constitucionales establecidas en un Estado constitucional de derechos, como es el Ecuador, por parte de las autoridades indígenas, y en la cual fue reconocida esta forma de justicia.

CAPITULO I

1. Justicia Indígena

Al ser el eje del presente trabajo, es de una fundamental importancia la comprensión y el análisis de los elementos que caracterizan a la justicia indígena. Por esta razón, comenzaré con un breve antecedente histórico de las formas de vida -tanto en el aspecto económico, político y, especialmente, en el jurídico- de las diferentes sociedades ancestrales (1.1).

Me permitiré analizar los diferentes conceptos que se han planteado, a la hora de definir este tipo de justicia, así como su ubicación dentro del marco jurídico ecuatoriano (1.2). También, explicaré cuáles son las sanciones implementadas en la mencionada justicia: sus significados y su diferencia con el linchamiento o justicia por mano propia (1.3).

Del mismo modo estudiaré las características propias de la justicia indígena (1.4) y el procedimiento de aplicación por parte de las autoridades de las comunidades (1.5). Finalmente, haré un análisis del tratamiento y reconocimiento constitucional de esta justicia, en el país (1.6); y un estudio de derecho comparado, acerca del tema, en las Constituciones de Bolivia, Colombia, Perú y Brasil (1.7).

1.1. Antecedente histórico

La historia, al igual que el tiempo, no deja de lado a civilización alguna. Toda sociedad posee un pasado histórico que, de una u otra forma, influye en su formación y desarrollo. Por tal razón, resulta difícil encontrar Estados modernos que desvirtúen o nieguen sus raíces históricas; más aún si existen conjuntos normativos legales nacionales e internacionales, que respalden la existencia y el reconocimiento de tal antecedente.

En Sudamérica, al igual que en diferentes partes del mundo, desde hace muchos años, existieron sociedades indígenas u originarias, que fueron desarrollando y perfeccionando sus propias instituciones económicas, políticas y jurídicas, caracterizadas por su particular cultura. Fueron sociedades originarias, que incluso.

[...] antes de la llegada de los incas tenían su propia forma de organización [...] que se caracterizaba por la ausencia de la propiedad privada de la tierra y la ausencia de esta concepción clasista de “clases sociales” [...]. Un sistema de gobierno en el que la comunidad estaba dirigida por la autoridad indígena denominando kulak kuna [...] El

sistema económico se basaba en la reciprocidad entre todos los miembros del ayllu, a través del conocido sistema de intercambio o trueque [...] reflejaron un desarrollo socioeconómico basada en la producción comunitaria.²

Esta forma de organización económica caracterizada por el trueque, carente de propiedad privada y con autoridades propias, permitió que muchos pueblos originarios se desarrollen a lo largo de los años y convivan en una sociedad construida y desarrollada de acuerdo con los ideales sociales ahí definidos, claramente distintos a los ideales de las sociedades de estos tiempos.

El principio de la reciprocidad, presente hasta el día de hoy en muchos pueblos y nacionalidades indígenas, prevalecía en el actuar de los aborígenes de hace miles de años. Si un nativo recibía ayuda para realizar una actividad, debía devolver el favor; el beneficio dado debía ser compensado de alguna forma similar. Esta práctica era común y se desarrollaba a lo largo de la cordillera, la cual permitió el surgimiento de una economía solidaria.

Las diferentes conquistas provocaron grandes cambios en las instituciones de las sociedades originarias. Sin embargo -y a pesar de los hechos históricos-, las formas tanto económicas, políticas y, sobre todo, jurídicas persistieron muchas veces, acoplándose para lograr sobrevivir en una nueva sociedad.

A diferencia de lo que se podría creer, el tema de justicia sí era conocido y estructurado en las sociedades autóctonas. Existía una institución sólida que se administraba a través de principios, normas y procedimientos propios, que eran respetados por toda la comunidad y que posteriormente llegarían a ser la base del derecho consuetudinario por su característica de no escrito.

El nivel de organización jurídica de las sociedades indígenas se caracterizaba, además, por poseer autoridades definidas. Dignidades que, muchas veces, recaían en ancianos pertenecientes al ayllu, quienes eran denominados autoridades civiles, ya que ejercían poder y mando. Existía, además, una jerarquía suprema llamada “Consejo de Ancianos”, con la facultad de administrar justicia en casos de guerra, controversias comunales, alianzas y problemas mayores. Para el caso de conflictos graves, especialmente

² Tibán, Lourdes. *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*. Ecuador: Pacheco diseño e imprenta, 2010. Pp.28, 29 y 30.

de guerra, se nombraba un “Jefe supremo”, quien podía ejecutar acciones con poder absoluto³.

En la época incaica, la estructura jurídica varió con ciertos cambios; así, el Tahuantinsuyo fue un proyecto centralizador, basado en el principio de la obediencia. El derecho privado no tenía cabida, debido a la ausencia de la propiedad individual.

Existía un sistema de organización comunal o colectiva, bajo el cual todos estaban obligados a trabajar y cumplir sus asignaciones. El fruto de la labor de cada uno de los indígenas era almacenado o distribuido entre todos los miembros de la comunidad. En este aspecto, dice Rabinovich: Como el origen jurídico de la obligación laboral no era un contrato, en vano buscaremos contraprestación alguna: el derecho del trabajador se limitaba a permanecer como sujeto pasivo de la política de distribución de productos recibiendo como contraprestación la protección del gobierno a través del curaca local⁴.

La llegada de los incas dio paso a una sociedad con reglas de comportamiento mucho más rígidas. El Inca constituía el sujeto por excelencia en una comunidad, formado por señoríos y, por tanto, sus mandatos eran los equivalentes a una ley. El sistema estructural del Tahuantinsuyo era muy centralista, que muchas veces se veía enfrentado con las costumbres jurídicas de los señoríos⁵; pero estos últimos fueron acoplándose al nuevo régimen incaico de la sociedad, al que el autor francés Jean Romey llamó el Imperio Socialista de los Incas⁶, por poseer como característica la distribución y el consumo comunal o colectivo de los frutos del trabajo individual.

Así, el sistema de justicia de los pueblos originarios fue transformándose hacia el respeto a la vida, cuando el respeto del derecho era una garantía de desarrollo y progreso de la comunidad. A pesar de ser no escrita, era conocido y aceptado por todos los que conformaban esta sociedad, pues era parte de su convivencia. Cada integrante de la comunidad reconocía la importancia de la obediencia a las normas establecidas y estaba consciente de que romperlas ponía en peligro a la colectividad entera, pues no sólo rompía la armonía social sino también el bienestar común.

³ *Id.*, p 36.

⁴ Rabinovich Ricardo. “El publicismo como característica del derecho del Tahuantinsuyo”. *Entre la ley y la costumbre, El derecho Consuetudinario Indígena de América Latina*. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde. México: Instituto Indigenista Interamericano, 1990, p. 9.

⁵ Serrano, Vladimir. “El derecho indígena”. *Iuris Dictio* III/6 (2002), p. 12.

⁶ *Ibíd.*

La conquista española, sin duda, fue uno de los actos históricos que más cambios provocó en la forma de organización de las sociedades indígenas; no solo en el aspecto económico, político y de gobierno, sino en lo jurídico. Las diferentes sociedades originarias que, hasta ese momento estuvieron organizadas acorde a su cultura y costumbre, fueron sorprendidas con la incorporación, por parte de los españoles, de elementos ajenos a su medio, como las normas escritas.

Para España no era posible realizar la ocupación de América sin una base jurídica y doctrinal, es así como surgió el Derecho Indiano; es decir, el conjunto de normas legales y disposiciones administrativas que nacieron en España, desde los comienzos del siglo XVI hasta los primeros años del siglo XIX⁷. Bajo este aparataje jurídico, se empezaron a aplicar un sinnúmero de cuerpos legales, tales como las Partidas, Requerimientos y Leyes de Indias, que más que garantizar los derechos, costumbres y cultura de las sociedades originarias eran formas político-administrativas para flexibilizar a los indígenas y gobernarlos. Los cuerpos normativos tomaron forma de contrato de adhesión obligatoria, donde los indígenas debían escoger si acatarlos y convertirse en súbditos libres de los reyes españoles. Caso contrario, si lo rechazaban, quedaba expedito el recurso a la guerra para garantizar su sumisión⁸. Así, la idea de libertad de ejercicio de su creencia, cultura o peor aún derecho indígena fue descartada en la nueva sociedad colonial, que se esmeraba a cristianizarlos a semejanza de la sociedad occidental que ellos llamaban civilizado, político y razonable. Sin embargo, y a pesar de los años y las varias conquistas suscitadas en las comunidades y pueblos indígenas, muchas de sus prácticas jurídicas han sobrevivido, cambiando y adaptándose a los nuevos contextos, lo cual no significa que no sean propias sino que dejaron de ser las mismas que quizá se aplicaron en la época de los señoríos o los incas. Pues para su supervivencia debieron adaptar, en muchos casos, prácticas occidentales que con el trasfondo cultural de los indígenas, ya se volvieron costumbre y parte de ellos.

Así, la idea de la aplicación de una justicia propia, por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, se encuentra inmersa en el reconocimiento de los derechos por los cuales lucharon por mucho tiempo; sin dejar de enfrentarse a una sociedad

⁷ *Ibíd.*

⁸ *Id.*, p. 13.

que, desde los inicios, pretendió marcar una marcada diferenciación entre indios, blancos y mestizos.

El derecho occidental, incluso después de terminada la época colonial, se negaba a reconocer o peor aún incorporar los derechos de los pueblos indígenas en la normativa jurídica; mucho menos hablaban de su aplicación, que pasaba ignorada y conceptualizada como salvajismo y incivilizada.

No obstante, y gracias a las movilizaciones étnicas suscitadas a lo largo de los años, se dio paso a reformas jurídicas que reconocieron derechos a los pueblos indígenas, dentro del marco jurídico ecuatoriano. Así, hoy en día los derechos de los pueblos indígenas no solo poseen un aparato jurídico nacional; sino también internacional, que los reconoce y respalda, siendo uno de ellos practicar sus formas propias de aplicar justicia.

1.2. Ubicación y definición de la justicia indígena

Al encontrarnos dentro de un Estado plurinacional e intercultural, la justicia indígena se encuentra dentro del denominado pluralismo jurídico que “[...] constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociedad jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social [...]”⁹. Lo que deja a la luz y descarta la existencia, en el Ecuador, de un monismo jurídico, que es definida como la existencia de un sistema jurídico unitario, dentro de un mismo territorio.

Bajo el pluralismo jurídico, se reconoce que existen distintos pueblos y nacionalidades que practican sus propias formas de resolución de conflictos, en el país. Sin embargo, y a pesar de que el pluralismo jurídico es el “[...] espectro que acepta la diversidad y convivencia de varios sistemas de derecho de un mismo territorio [...]”¹⁰, y a pesar de que una de sus ventajas es impulsar “[...] la construcción de un Estado democrático que permita la participación de todos los ciudadanos de manera democrática, para que así pueda existir un Estado pluralista”¹¹. Es necesario descartar la existencia de una

⁹ Cruz Rueda Elisa. “Principios Generales del Derechos Indígena”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Fundación Konrad, Bogotá, 2008, p. 31. Citado en Christian Masapanta. “El derecho Indígena en el Contexto Constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de los derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009, p. 414.

¹⁰ Saltos Vanessa. “Derecho indígena: ¿Reconocimiento del ‘otro’ derecho?”. *Iuris Dictio* III/6 (2002), p. 23.

¹¹ Ilaquiche Raúl. *Pluralismo Jurídico y administración de la justicia indígena en el Ecuador Estudio de Caso*. Editorial Fundación Hanns Seidel – Indesic, Quito, 2004, p. 40. Citado en Rosa Baltazar.

jurisdicción paralela, y más aún el permitir disconformidades entre la justicia indígena y la ordinaria, “ya que si bien tanto el derecho positivo como el derecho indígena están sustentados en valores sociales distintos, estos también guardan relación, tanto es así que los indígenas también hacen uso del derecho positivo para solucionar los conflictos.”¹² Es necesario que en la Constitución se busque una adecuada y diligente administración de la justicia, acorde con la realidad cultural de los ecuatorianos, que permita la diferencia en la igualdad.

No obstante, lo que resulta imposible dejar de lado es que toda persona, indígena o no, es ciudadana con iguales derechos y garantías reconocidas en la Carta Magna del Estado ecuatoriano. Estos derechos deben ser respetados y acatados, ya sea por sus titulares o por autoridades jurídicas encargados de velar por ellos, porque son la base de una sociedad bajo la que se desarrolla la convivencia armónica de sus miembros.

Establecida ya la ubicación de la justicia propia de los pueblos indígenas, es importante adentrarnos en el análisis de las diferentes denominaciones que han surgido a la hora de definir este tipo de justicia. El derecho propio, el derecho de los pueblos originarios, el derecho consuetudinario, los usos y costumbres jurídicas, justicia ancestral, entre otros, han sido utilizados por muchos juristas, doctrinarios y público en general a la hora de referir este derecho, siendo la más acertada y difundida la denominación de “justicia indígena”.

La justicia indígena es definida como “(...) un derecho vivo, dinámico, no escrito el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conducta del convivir comunitario (...)”¹³. “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, transmitidos de generación en generación”¹⁴, donde muchos de sus elementos provienen de las épocas precolonial,

Aceptación del pluralismo Jurídico en el Ecuador y la aplicación de la justicia indígena a un no indígena. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2008.

¹² Masapanta Christian. “El derecho Indígena en el Contexto Constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de los derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009, p.420.

¹³ CONAIE “Proyecto Político”, 1997. Citado en Ilaquiche, Raúl y Tibán, Lourdes. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Ecuador: Cónclave Estudio de Diseño, 2008. Pp.25.

¹⁴ Canqui, Elisa, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p.64. Citado en Rosa Baltazar. “La Justicia Indígena en el Ecuador”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos*

colonial e incluso contemporánea, lo que nos permiten ver que la justicia indígena no es un conjunto intacto de normas incásicas, pero que por ello no dejan de ser parte de su cultura y su filosofía milenaria.

Estos cambios han servido para que la justicia indígena no se estanque y consiga su supervivencia en la vida colectiva¹⁵. Cambios que, a pesar de provocar transformaciones en la práctica de la justicia, no han podido borrar los saberes y creencias ancestrales, que continúan siendo el componente trascendental a la hora de aplicar esta justicia.

Sin duda la justicia indígena es una justicia diferente, ya que posee características propias y rasgos particulares, que la distinguen del denominado sistema de justicia occidental. Así, “[...] [l]a justicia indígena supone reconocer la aplicación de normas y procedimientos propios o el ejercicio de la jurisdicción indígena que la autoridad propia realiza para resolver un conflicto interno dentro de su territorio”¹⁶. Asimismo, la justicia indígena es un conjunto de procedimientos jurídicos alternativos, vías adicionales, que garantizan el acceso a la justicia de los pueblos y sociedades indígenas. Son “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, cosmovisión, necesidades e intereses”¹⁷. La justicia indígena no es solo un procedimiento alternativo que permite el acceso a la justicia de muchos ciudadanos, que de una u otra forma se veían relegados de este derecho, sino que posee un contenido histórico y filosófico que es conocido y acatado por sus miembros.

La justicia indígena al ser un sistema jurídico vivo, dinámico y al poseer sus propias normas y procedimientos, no sólo es un mito o creencia de los diferentes pueblos, por el contrario es una forma de vida que ha sido practicada de generación en generación. Son saberes ancestrales, conocimientos y formas de convivir social, que han sido estructurados desde hace muchos años y que, a pesar de poseer cambios necesarios para su supervivencia, no han perdido la filosofía ancestral en cada uno de sus actos.

Plurinacionales. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 452- 453.

¹⁵ Salazar Marín, Daniela. *Aplicación de la Justicia Indígena en el Ecuador, una base conceptual y diez preguntas puntuales*. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito.2003, pp.46, 47.

¹⁶ *Vid. supra* nota 13, 26

¹⁷ *Vid. supra* nota 1, 452.

Las procedimientos ancestrales practicados por la justicia indígena, incluso antes de ser reconocida o plasmada en algún cuerpo legal, nacional o internacional, fueron practicadas y acatadas por los integrantes de las comunidades originarias. De esta forma, al tener un pasado cultural, sin duda es un fenómeno jurídico que tiene un gran contenido sociológico e histórico, que se adapta día a día de acuerdo con las necesidades de un pueblo específico. Es decir, “es un derecho que contempla la inter-legalidad en cada caso concreto”.¹⁸ Además, dentro de la justicia indígena existe una trilogía normativa, en donde “se construye y se desarrollan las normas del derecho indígena. Pues constituyen las normas jurídicas, filosóficas y sociales que guían y vigilan el comportamiento y la conducta de los miembros de la comunidad pueblo o nacionalidad”¹⁹.

La justicia indígena no es un componente de normas positivistas, destinadas con anterioridad a la aplicación en un caso concreto: sino que desarrolla su propia forma de resolución, dependiendo de la situación y considerando los factores filosóficos y sociales que envuelven al problema en la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

1.3. Justicia Indígena y Linchamiento

Muchas veces, ya sea por desconocimiento o falta de información veraz por parte de los medios de comunicación, las personas relacionan la justicia indígena con la justicia por mano propia, lo cual es un error. “la justicia por mano propia o linchamiento es una reacción de venganza, frente a la falta de acceso a la justicia, a la falta de protección por las autoridades, lo cual los lleva a ocasionar graves violaciones de derechos humanos, llegando hasta el asesinato”²⁰. Son actos que “[...] obedecen a situaciones de rabia y desesperación de los diversos sectores de la sociedad, mas no a normas, procedimientos específicos [...] [o] tradición cultural alguna”²¹.

Los actos realizados en un linchamiento son completamente ilegales y salen del marco jurídico establecido, por lo que el control y castigo de estos por parte de las autoridades son justificados y legales. En cambio, la justicia indígena se basa en las prácticas de

¹⁸ Vintimilla Jaime. “Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”. *Revista Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales (2009), p. 19.

¹⁹ Ilaquiche Raúl y Tibán Lourdes. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Ecuador: Cónclave Estudio de Diseño, 2008, p. 39.

²⁰ Lang, Miriam. *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p.10. Citado en Rosa Baltazar. “La Justicia Indígena en el Ecuador”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009, p.453.

²¹ *Vid. supra* nota 15, 49.

normas jurídicas milenarias, reconocidas y aceptadas dentro de una sociedad indígena. Sus sanciones son muy importantes y merecedoras de gran respeto, por tal razón, a la hora de ejecutarlas, nadie puede reírse o mofarse del infractor, pues caso contrario aquella persona también recibirá un castigo.

La aplicación de la justicia indígena tiene un carácter restaurativo, curativo y busca reincorporar de inmediato a la persona infractora, por lo que mutilar o dar muerte sería un medio absurdo para el fin perseguido. El linchamiento no es equiparable a justicia indígena; ni siquiera se le asemeja. Es desproporcional, arbitrario, contrario a toda expresión del debido proceso y, en consecuencia, no puede ser tolerado²².

La justicia indígena es la manifestación de normas propias y culturales de un pueblo o nacionalidad específica.

[...]Las investigaciones de Campo como las de Fernando García o Emilio Borja Jiménez demuestran que los casos de linchamiento son perfectamente diferenciables del derecho indígena, en el cual es posible encontrar normas y procedimientos apreciables empíricamente. Estas normas y procedimientos existen y pueden ser analizadas independientemente de las decisiones y casos específicos. Es más los miembros de las comunidades indígenas sobre los que rigen estas normas están plenamente consientes de su existencia y su vigencia obligatoria. Por tanto, no debemos confundirnos entre los casos aislados de linchamiento, aunque sea cometidos por sujetos indígenas, de los casos en los que ciertamente se aplican las normas y procedimientos tradicionales indígenas. Mientras que los primeros deben ser sancionados por el Estado, los segundos son una manifestación de la diversidad cultural y están amparados [constitucionalmente] [...].²³

Investigaciones como las detalladas permiten eliminar a la justicia indígena como sinónimo de la justicia por mano propia, ya que esta última no está destinada a públicos específicos, sino que pueden ser realizados por cualesquier ciudadanos, independientemente de su etnia, dentro de un marco de ilegalidad. Por ende, decir que los integrantes de los diferentes pueblos y nacionalidades indígenas, sean autoridades o no, son incapaces de vulnerar derechos fundamentales de un ciudadano y caer así en un caso de justicia por mano propia, es un completo error, porque sería encubrir actos ilegales disfrazados de falsas prácticas de justicia indígena. Por tal razón, los integrantes de las comunidades, pueblos y nacionalidades autóctonas deben considerar y respetar los

²² Zambrano, Diego. “Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 245.

²³ *Vid. supra* nota 15, 49.

derechos fundamentales, a la hora de aplicar su derecho propio; ya que es el marco normativo bajo el cual ha sido reconocida la aplicación de su justicia.

En este orden, y con el ánimo de profundizar en la distinción de linchamiento y justicia indígena, me permitiré analizar de forma general las diferentes sanciones aplicadas en la ley de los pueblos ancestrales, aclarando que estas coincidirán o variarán dependiendo de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas.

Las autoridades de los pueblos indígenas han aplicado su justicia en casos, tales como: abigeato, robo, hurto, incluso en casos de chismes por romper la armonía comunal. Por tal razón, las siguientes sanciones contienen un objetivo claro: reintegrar la paz individual y comunal.

Las sanciones aplicadas en la justicia indígena van desde un consejo, pasando por las sanciones económicas, físicas y en casos realmente graves, como reincidencia en los malos actos, la condena es la expulsión temporal o definitiva de la comunidad.

Los consejos son un tipo de sanción que se aplica para infracciones menores, como discusión conyugal, chismes o cuando un hijo cometió una falta leve en contra de sus padres, abuelos, mayores o padrinos. Sin embargo, este es siempre el componente indispensable de todo tipo de sanción indígena, inclusive en castigos físicos o multas, porque cada sanción va acompañada de un consejo y orientación. Con esto, se permite cumplir los objetivos perseguidos: cambiar la actitud de los infractores, reinsertarlos a la comunidad, fijar un ejemplo a los demás comuneros y, finalmente, devolver la armonía a la sociedad indígena.

Otra tipo de sanción la comprenden las multas o pago de remuneraciones, otorgadas por el infractor. Para las autoridades indígenas, es importante que el infractor dé un porcentaje de dinero para las necesidades y gastos del ofendido. Sin embargo, si el infractor no posee la cantidad establecida en la sentencia, este puede beneficiar al ofendido con su trabajo en tareas asignadas o prestando servicios en las tierras comunales.

Las sanciones físicas son aplicadas a infracciones más graves, como: robo, hurto, abigeato o violencia física, en las que es necesario incurrir en un acto físico para la corrección y purificación de la persona. Entre las acciones de castigo físico, se destacan: los latigazos con ortiga o acial, caminar descalzo por la comunidad cargado de un costal de

piedras o el baño con agua fría. Mediante estas sanciones, los indígenas corrigen y purifican al infractor, usando sus consejos y actos milenarios para devolver la armonía personal y comunal.

La ortiga es utilizada con el fin de liberar a las personas de las malas energías que posee su cuerpo y espíritu, por los cuales cometió el acto ilegal. Del mismo modo, el agua (al ser uno de los elementos más puros de la *Pacha Mama* o Madre Tierra), es usada con el fin de ahuyentar las malas energías del individuo y redimirlo de sus malos actos y pensamientos, para que vuelva a vivir una vida plena. Bajo ningún motivo, un castigo físico es una forma de victimización o denigración de la persona, o como muchos podrían argumentar que es una violación a los derechos humanos, porque lleva un componente filosófico cultural y posee un fin muy claro: corregir a uno de sus miembros, ejemplificar y devolver la armonía comunal. Por tal razón, dentro del mundo indígena no es aceptable la aprehensión de un infractor, porque aquel acto no ayuda a restablecer el orden y la armonía personal o colectiva; al contrario, provoca venganza e ira, lo cual desemboca en situaciones más graves como la represalia. Por ello el único fin del apresamiento es preventivo.

Finalmente, a diferencia de la justicia por mano propia, que implica emociones de rabia, ira y venganza, aplicadas sin ningún control; las sanciones, cualesquiera que sean, dentro de la justicia indígena posee componentes de purificación, restauración, ejemplificador y sanación, orientados a un fin concreto: devolver la paz a la colectividad.

1.4. Características de la justicia indígena

La justicia indígena posee características propias que la diferencian del ya analizado linchamiento o justicia por mano propia; además, estos rasgos, incluso, la diferencian de la justicia ordinaria imperante en el Ecuador, por consiguiente, el estudio de cada uno de ellos resulta de suma importancia. Sin embargo, antes de cualquier generalización, es necesario tener presente que las características de la justicia indígena varían dependiendo de los diferentes pueblos y nacionalidades. Pero, y a pesar de que dentro del derecho indígena se encuentran diversos sistemas normativos, estos poseen varios elementos y principios que son más o menos homogéneos. Por tanto, es necesario señalar los fundamentales:

La justicia indígena es milenaria, es decir, posee normas jurídicas transmitidas de generación en generación, que tuvieron su origen antes de la época incaica, se mantuvieron

en la conquista española y época republicana. Esta característica señalada resulta de gran importancia en la justicia indígena, pues refleja su gran recorrido y permanencia en el tiempo y en las tradiciones de un determinado grupo, hasta la actualidad. Sin embargo, y a pesar de ser muy antiguas las normas indígenas han experimentado cambios, tanto en su forma de aplicación como en sus elementos, sin que esto signifique que dejen de ser parte de la cultura, sino que los cambios experimentados han permitido su adaptación y sobrevivencia en la sociedad ecuatoriana.

Una segunda característica sobresaliente de la justicia indígena es el grado de implicación de la colectividad, es decir, la participación de todos los miembros de la comunidad, sin importar su género o situación económica. “La comunidad indígena es la protagonista o sujeto principal del derecho, eventualmente se la conoce como comunalidad, pues se trata de la búsqueda de la equidad en relación a la conveniencia de los miembros que forman una comunidad”²⁴.

La colectividad, en la justicia indígena, significa dar cabida a todos los miembros de la familia a incluirse y ser parte de las tradiciones de su entorno. La comunidad, integrada por todos sus miembros, hacen del cuerpo colectivo un actor principal, pues nadie mejor que ellos a la hora de ver el problema y plantear una solución de acuerdo con la forma de vida comunal y con el ánimo de devolver la armonía social. Desconocer su participación desvirtúa el espíritu mismo de los actos de la justicia indígena.

Sin dejar de lado su filosofía y la herencia dejada por sus ancestros, la justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas se encuentra en proceso de desarrollo. Es un derecho que evoluciona, siendo esta otra de sus características más destacables. “Es un derecho en pleno movimiento, en transición y con fuerza de acoplamiento a la realidad cotidiana socio-jurídica, pues es un sistema plenamente capaz de introducir instituciones o conceptos del derecho positivo vigente e incluso histórico para adaptarlos a sus propias herramientas de administración de justicia”²⁵. La característica planteada la diferencia claramente de la justicia ordinaria, pues en palabras de Vanesa Saltos Cisneros:

[L]a diferenciación básica entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario es la forma de su creación: el primero surge del encargo de la propia ley y se reduce a escrito para su difusión y conocimiento; el segundo va naciendo conforme los pueblos buscan dar solución a los conflictos que se le presentan y pueden recogerse en

²⁴ *Vid. supra* nota 18, 20.

²⁵ *Ibíd.*

documentos escritos o no. En este sentido, el derecho consuetudinario está en permanente renovación, no es estático ni recae en lo caduco como sucede con la legislación positiva vigente que en algunos casos resulta contradictorio con la realidad actual.²⁶

Este rasgo es de suma importancia, pues solo el dinamismo permite a la justicia indígena responder al contexto social, en el cual existe y debe sobrevivir.

La aplicación de normas propias es la cuarta particularidad de la justicia indígena. Al hablar de esta, se remite a la aplicación de derechos heredados de antepasados o normas adaptadas y que forman parte de la cultura; derechos propios de cada comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, que nacieron en el seno de su sociedad y que viven hasta la actualidad. Por ello, las normas aplicadas por los pueblos se ajustan a realidades propias e imperantes de cada sociedad indígena.

Una quinta peculiaridad de la justicia indígena es su agilidad. A diferencia de la justicia occidental, la justicia indígena busca solucionar problemas graves o leves, mediante actuaciones inmediatas y eficaces; lo cual favorece a las partes involucradas con la rápida devolución de su tranquilidad.

La oralidad y el uso de una lengua propia es otro rasgo por considerar, a la hora de resolver sus problemas. Las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador no poseen códigos, leyes o cuerpos legales escritos para la aplicación de su justicia; por lo tanto, la oralidad, mediante el uso de su propia lengua (kichwa, achuar, secoya, huaoterero, entre otros), ha estado siempre presente en el actuar de los pueblos indígenas y ha sido su medio de comunicación durante muchos años. Medio que ha permitido transmitir saberes, creencias, filosofía y normas de aplicación de su justicia propia a sus descendientes.

Otra característica de la justicia indígena es la gratuidad, ya que su ejercicio tiene objetivos claros: restaurar el bienestar común y purificar a la persona que ha cometido un delito, por tal razón el interés económico queda de lado. Dentro del proceso de aplicación de la justicia indígena, no es necesario garantizar el pago económico a las autoridades de la comunidad, quienes saben de ante mano que uno de sus deberes al poseer tal dignidad es resolver los problemas que se presente en la comunidad y así mantener la armonía social.

²⁶ Saltos, Vanessa. "Derecho indígena: ¿Reconocimiento del 'otro' derecho?"...*Óp. cit.*, p 24.

Una última cualidad de la justicia indígena es la presencia de autoridades propias. Cada pueblo y nacionalidad posee autoridades, que están legitimadas para resolver cualquier conflicto que rompa la armonía comunal. Estas personas son elegidas por poseer características específicas, como: sabiduría, imparcialidad, confiabilidad, entre otras. Además de considerar que al ser miembros activos de los pueblos y nacionalidades, las autoridades, conocen el convivir comunitario, por lo cual pueden aplicar de forma adecuada la ley.

1.5. Procedimientos de aplicación de la Justicia Indígena por sus Autoridades

Los procedimientos observados y aplicados por las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas son prácticas ancestrales, que han sido acatadas desde hace muchos años. El procedimiento sigue un sistema de “rogación o petición de parte. Solo los afectados o sus familiares pueden hacer la solicitud de intervención [a los padrinos, padres de familia, abuelos] al cabildo y/o los dirigentes de la organización para que se restablezca el orden en la comunidad y en la familia”²⁷. Respetando las particularidades que en cada pueblo indígena existen, voy a referirme a las autoridades indígenas, en primer lugar, para luego proceder a analizar el procedimiento, en sí, de la justicia indígena.

1.5.1. Autoridades indígenas

Dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas existe un grupo de personas que son nombradas autoridades, para desempeñar varias funciones al servicio de la comunidad indígena, siendo una de estas la administración de justicia.

Las autoridades han existido siempre en la historia del mundo indígena. A pesar de que su denominación ha cambiado con el tiempo, las formas y procedimientos propios de aplicar la justicia por estos personajes se han mantenido relativamente intactos.

Las autoridades de los pueblos indígenas son las personas encargadas de velar por el bienestar, la tranquilidad y paz social en las respectivas comunidades o jurisdicciones. Estas autoridades son el cabildo o el consejo de gobierno compuestos por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero, y síndico; quienes conjuntamente con la asamblea general resuelven diversos conflictos que se presenta.²⁸

La jerarquía de las autoridades judiciales, existente en la justicia ordinaria, no encuentra cabida entre las autoridades internas de cada comunidad, quienes poseen igual

²⁷ Ilaquiche Raúl y Tibán Lourdes. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política...Óp. cit.*, p. 47.

²⁸ *Id.*, p. 40.

importancia y son considerados y respetados por todos a la hora de resolver un conflicto comunal. En el nivel provincial, también podemos encontrar autoridades en las diferentes federaciones compuestas por grupos de veinte o más comunidades, tal como lo estipula la Ley Orgánica de Organización y Régimen de las Comunas, en su artículo 22²⁹. Sin embargo, y a pesar de su posición de autoridades provinciales, no poseen la misma idea de competencia de la justicia ordinaria, puesto que cada autoridad conoce los conflictos internos y los resuelve de manera neutral, apegándose a los saberes ancestrales.

A pesar de ser el cabildo una de las instancias más importantes en la aplicación de la justicia indígena, no es el único. Es así como en muchos pueblos y nacionalidades indígenas existen un reconocimiento a otras autoridades, tales como: padrinos, padres de familia, abuelos, pastores y consejeros de la comunidad; los cuales también gozan del respeto y consideración de su pueblo. Estos no son elegidos por la Asamblea General, sin embargo, son capaces de resolver los problemas que se presenten en el seno familiar.

1.5.1.1. Padres de familia, abuelos y padrinos

Son las autoridades que se encargan de resolver los diferentes conflictos que se generan dentro del núcleo familiar. Los padres de familia y abuelos son autoridades que, además de poseer lazos sanguíneos con los infractores, poseen conocimiento y sabiduría para superar adversidades. El respeto y la consideración a estas jerarquías domésticas es de fundamental importancia.

Por otro lado, los padrinos son personas que, dependiendo de cada pueblo indígena, puede o no tener lazos sanguíneos con los infractores, pero que culturalmente son personas respetadas en la familia. Ellos toman el papel de padres y tutores de un integrante de la comunidad, papel que es cedido por los mimos padres. Al poseer este poder, son las personas encargadas de la tutoría y resolución de conflictos que se puedan presentar en la vida de sus apadrinados.

Tanto los padres de familia, abuelos y padrinos no atan su actuar a ningún reglamento, ley o resolución, sino que actúan de forma espontánea y rápida al momento de

²⁹ Ley Orgánica de Organización y Régimen de las Comunas. Registro Oficial Suplemento # 315 del 16 de abril de 2004, Art. 22. “Las Comunidades campesinas legalmente constituidas, podrán agruparse en federaciones provinciales, si en número de veinte o más, así lo consideren, previas aprobación de la mayoría de los habitantes que conforman cada una de las dichas comunidades participantes”.

conocer el problema. Las decisiones tomadas por estas autoridades tienen un gran valor y su respeto, por parte de los infractores, es obligatorio.

1.5.1.2. Pastores y consejeros de la comunidad

Son autoridades que resuelven problemas fuera del contexto familiar, gozan del respeto y confianza de la comunidad. Acuden rápidamente a la llamada de los familiares del infractor y se caracterizan por dar soluciones mediante el uso de los dichos o frases ancestrales; es decir, su método de resolver los conflictos es mediante la analogía, con los elementos de la naturaleza, cuentos, ritos y saberes milenarios. Al igual que los padres de familia, abuelos y padrinos, no se rigen mediante ley escrita alguna.

1.5.1.3. Cabildo o Consejo de Gobierno

Está compuesto por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y síndico. Son electos por la Asamblea General cada cierto tiempo, y se rigen por reglamentos elaborados dependiendo de cada pueblo o nacionalidad. La participación de estas autoridades, conjuntamente con la Asamblea General, es fundamental pues representan la voluntad, la confianza y la credibilidad de los integrantes de la comunidad.

La denominación de cabildo fue a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Organización y Régimen de las Comunas, cuerpo legal que en su artículo 8 dispone: “El órgano oficial y representativo de la comuna es el cabildo, integrado por cinco miembros, quienes ejercerán las funciones de presidente, vicepresidente, tesorero, síndico y secretario”. Ellos permanecerán en su cargo el tiempo que estipule los reglamentos, o estatutos de cada pueblo indígena. La denominación de cabildo puede variar dependiendo de cada comuna, pueblo o nacionalidad indígena. Y dependiendo de la agrupación de las comunidades los cabildos pueden ser provinciales, regionales o nacionales.³⁰

En primer lugar están los cabildos comunitarios, quienes son la máxima autoridad de la comunidad. Se encargan de representarla en asuntos que le conciernen, es decir, el cabildo se encarga de todo tipo de actividades administrativas, económicas, políticas o jurídicas de la comunidad. Se encuentra en la ceno de cada comunidad o pueblo, y están investidos de

³⁰ *Ibíd.* Art. 8 “El órgano oficial y representativo de la comuna es el cabildo, integrado por cinco miembros, quienes ejercerán las funciones de presidente, vicepresidente, tesorero, síndico y secretario”. Art. 22. “Las Comunidades campesinas legalmente constituidas, podrán agruparse en federaciones provinciales, si en número de veinte o más, así lo consideren, previas aprobación de la mayoría de los habitantes que conforman cada una de las dichas comunidades participantes”.

la honestidad, sabiduría, imparcialidad y confianza de los integrantes de la sociedad indígena a la que representan.

Del mismo modo, están los cabildos provinciales, regionales o nacionales. Estas autoridades nacen de la unión de dos o más comunidades. Así, el cabildo provincial es la máxima autoridad de las organizaciones de segundo grado, que son el resultado de la unión de dos o más comunidades dentro de una misma provincia; como ejemplo tenemos a la FONAKISE, FICCKAE., etc. Existen organizaciones de tercer grado, que están conformadas por dos o más organizaciones de segundo grado de varias provincias; entre estas se destacan la CONFENIAE, CONAICE, entre otras. Finalmente, están las organizaciones nacionales conformadas por organizaciones de tercer grado de las regiones de todo el país, como la CONAIE, FEINE Y FENOCIN.³¹ Todas estas agrupaciones están en permanente contacto con las comunidades, pueblos y nacionalidades que las integran, resolviendo todo tipo necesidades sociales o problemas jurídicos que se presente en un pueblo indígena específico.

1.5.1.4. Asamblea General

Está conformada por los habitantes de una comunidad, que junto a los miembros del cabildo resuelven los problemas. Dentro de la Asamblea General no existe diferencia de género; es así como mujeres y hombres tienen el derecho de estar presentes y formando parte de este. Son todos los testigos de la aplicación de la justicia indígena, incluso muchas veces están niños, niñas y jóvenes, pues uno de los objetivos de la filosofía indígena es el enseñar con ejemplos a sus descendientes. Esto no solo sirve como legado moral en la vida de los integrantes de la comunidad, sino que es una manera de mantener y enseñar las formas y procedimientos de aplicación de la justicia indígena para que persista y continúe en el tiempo.

1.5.2. Procedimiento de aplicación de la justicia indígena

Sin restar la importancia que las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas poseen a la hora del procedimiento en la aplicación de su justicia, mencionaré de forma general cuáles son los pasos seguidos a la hora de resolver los conflictos.

³¹ Cerda Flabio. *Competencia de la Autoridades indígenas para aplicar justicia indígena a un no indígena en conflictos internos dentro de los territorios de los pueblos y nacionalidades indígenas*. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito. 2011.

1.5.2.1. Willachina (aviso o demanda)

El primer paso en la aplicación de la justicia es dar aviso de lo ocurrido a las autoridades indígenas, acto que es realizado de forma oral, ya sea por un familiar o por el afectado. Tal como lo define L. Tibán y R. Ilaquiche: “Willachina es un acto por el cual el ofendido [o un familiar] formula la petición de solución al cabildo, petición que posteriormente será el tema principal de la resolución en la asamblea general”.³²

1.5.2.2. Tapuycuna (fase de investigación)

Antes de cualquier pronunciamiento oficial sobre el conflicto, las autoridades indígenas realizan una serie de investigaciones, usando técnicas como la inspección ocular o la constatación de los hechos, entrevistas, interrogatorios, testigos, entre otras. En muchos casos, se practica el allanamiento de la vivienda o local donde posiblemente se encuentren rastros o pruebas, que permitan probar la autoría de los hechos³³. Estas investigaciones son antecedentes que las autoridades consideran a la hora de medir la magnitud del hecho realizado que posteriormente también servirá ahora de decidir la sanción.

1.5.2.3. Chimbapurana ishkcunata (cotejo entre el acusado y el ofendido)

Tanto el acusado como el ofendido tienen esta etapa para rendir su versión de los hechos, al cabildo y a la Asamblea General. Son declaraciones verbales, que se realizan luego de que la Asamblea General esté instalada, y después de que haya escuchado la información o antecedentes del problema por parte del Presidente de la comunidad. El derecho a la intervención y a ser escuchado es respetado plenamente en esta etapa. Se da paso para que tanto el ofendido como el acusado intervengan las veces que sean necesarias, ya sean afirmando o negando lo ocurrido. Esta etapa es la más importante, porque el cabildo y la Asamblea General escuchan de las propias partes la versión de los hechos, lo cual les permite determinar las medidas a emplearse.

1.5.2.4. Killpichirina (imposición de la sanción)

Después de escuchar a las partes y tomando en cuenta las investigaciones realizadas, las autoridades de las comunidades indígenas establecen una determinada sanción de acuerdo con la gravedad de lo ocurrido. Dependiendo de cada comunidad, pueblo o

³² *Vid. supra* nota 19, 47.

³³ *Id.*, p. 48.

nacionalidad dentro del mundo indígena, existen sanciones como: la devolución del objeto robado, más las indemnizaciones; baño con agua fría; ortiga, fuste o látigo; trabajos comunitarios, y excepcionalmente, en delitos realmente graves, se aplica la expulsión de la comunidad. Estas sanciones tienen su origen en las costumbres y creencias consuetudinarias³⁴, las cuales poseen su significado e importancia, como ya quedo explicado. Además de las investigaciones y el testimonio de las partes, “para la aplicación de las sanciones se consideran varios aspectos tales como las normas internas comunitarias, el tipo de infracción y su gravedad, el daño perpetrado, la reincidencia, edad de la víctima, edad y sexo del infractor, estado civil, cargo que ocupan las personas, etc.”³⁵

Estos aspectos son de fundamental importancia, porque da paso a un estudio más minucioso del caso, lo individualiza y considera sus particularidades. Esto garantiza, además, una adecuada y eficaz aplicación de justicia, considerando los aspectos internos o externos que envuelven a cada caso específico.

1.5.2.5. Paktachina nishkata (ejecución de la estableció por las cabildo y la asamblea general)

Es la etapa final del procedimiento, donde lo dispuesto por la autoridad indígena debe ser cumplido.

Las sanciones corporales deben ser ejecutadas por hombres o mujeres de buena reputación y honestidad. Está claro que cuando las personas involucradas en el acto ilícito han cumplido con la sanción, castigados o sancionadores, no serán víctimas de retaliaciones o venganzas posteriores. Generalmente las personas que aplican las sanciones son personas mayores de edad, lo padres, los familiares, el padrino de bautizo o de matrimonio, el presidente del cabildo u otras autoridades indígenas locales. Finalmente las partes reciben recomendaciones o consejos para que no se repitan las situaciones que rompe la armonía comunitaria³⁶

El procedimiento seguido por los pueblos y nacionalidades indígenas, a la hora de aplicar su justicia, respeta las características antes señaladas, siendo la rapidez y celeridad en sus actos los más notorios e importantes rasgos, ya que dependiendo de la gravedad del delito estas pueden ir desde días hasta semanas máximo.

Al ser un “derecho autónomo [...] tiene un trasfondo cultural en el que las prácticas como azotar con ramas de ortiga y los baños de agua fría tienen un contenido de

³⁴ *Id.*, p. 49.

³⁵ *Vid. supra* nota 18, 21.

³⁶ *Vid. supra* nota 19, 49.

purificación”³⁷ y sanación, no solo para el bienestar personal del infractor, porque esa práctica permite la devolución de la armonía comunal. Efectivamente, las sanciones empleadas en la justicia indígena tienen el carácter de simbólico y depurador:

[...] [Por ejemplo] el azote con ortiga hace que pese a tratarse de una pena física no sea degradante, por el contrario es profundamente rehabilitadora. No es una pena cruel porque no produce inhabilidad física, ni siquiera temporal, tanto así que después de su aplicación, la persona es recibida en su hogar y es atendida con comida y bebida cual si se tratara de una celebración³⁸

El significado y contenido de purificación es uno de los componentes más destacados y diferenciadores de las sanciones aplicadas en la justicia indígena. Por lo tanto, no es posible encontrar sanciones atribuidas a la cultura indígena, que no posean un sentido de expiación, pues de lo contrario estaríamos ante actos ilegales, capaces de violar derechos fundamentales.

1.6. Tratamiento constitucional de la justicia indígena

La justicia indígena, tal como lo he detallado anteriormente, tiene muchas características, siendo la oralidad una de sus formas más innatas. Sin embargo, su codificación ha sido tema de preocupación a lo largo del tiempo. Si miramos la historia, podremos observar que el primer reconocimiento de los derechos indígenas y su forma de justicia se dio en las Leyes de Indias, en donde “ya en 1542 establecía que: En los conflictos entre indígenas se aplicaran sus propios usos y costumbres siempre que no resulten claramente injustos”³⁹. Este reconocimiento dio paso a las primeras manifestaciones del pluralismo jurídico y la subsiguiente subordinación del derecho de los pueblos indígenas frente al español.

Sin embargo, y a pesar de los incipientes avances sobre la positivización del derecho indígena, con el pasar del tiempo su reconocimiento fue pobre, aún más en la época republicana; según Vladimir Serrano:

Por primera vez en la historia republicana del Ecuador los indígenas, como colectivo, alcanzaban poder político y eso ciertamente en la república, puesto que en la

³⁷ Vid. *supra* nota 18, 22.

³⁸ Vid. *supra* nota 22, 232.

³⁹ Perafán Simmonds, Carlos. *Sistemas Jurídicos: Tukano, Chami, Guambiano, Sikuani*, Bogotá, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000, p.17. Citado en Diego Zambrano. “Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009, p. 224.

colonia a pesar de la subordinación, el sistema permitía una mayor comunicación entre la república de blancos y la república de indios. Estos últimos mal que bien se encontraban garantizados por un cuerpo jurídico, las Leyes de Indias. En cambio la supuesta igualdad liberal de la república les retiró todas las garantías protectoras, dejando ciertas instituciones mínimas como la Defensoría de Pobres a su favor. Solamente en los años 1937 y 1938, con la expedición de un paquete de leyes sociales se iniciaría la convalidación de los derechos indígenas.⁴⁰

A pesar de ello, y los diferentes rechazos frente al reconocimiento verdadero de sus derechos, tanto en la época colonial como en la republicana, los indígenas no dejaron de luchar para que sus derechos y cultura sean tomados en cuenta y reconocidos en los cuerpos legales fundamentales; sin embargo, poco se logró. El derecho vigente en el Estado descalificaba o excluía a los pueblos indígenas como sujetos plenos de derecho, dando paso a formas restringidas o ambiguas de reconocimiento, que desnaturalizaban las exigencias de los pueblos ancestrales. Así, buscaron una igualdad e integración, que más bien sabía a desconocimiento y rechazo de sus particularidades.

Las reformas jurídicas conquistadas en temas indígenas y sus derechos, no solo en el Ecuador sino en otros países latinoamericanos, contienen una gran influencia internacional de diferentes organizaciones que tomaron protagonismo y se preocuparon por las situaciones de injusticia, en las que generalmente se desenvolvían los pueblos indígenas. La propia Asamblea General de la Naciones Unidas y sus distintas oficinas vinculadas, como la Organización Internacional del Trabajo – OIT-, fomentaron al desarrollo del tema indígena y el reconocimiento de sus derechos, aprobando instrumentos internacionales que contenían garantías especiales para los pueblos nativos.

Sin duda, uno de los temas de mayor preocupación para la OIT ha sido el de los indígenas, junto a las otras poblaciones tribales y semitribales, que por diferentes situaciones (ya sean económicas, sociales e incluso geográficas) se han visto limitados del beneficio pleno de los derechos, como el resto de la sociedad. Por tal razón, en el año de 1957 la OIT adoptó el Convenio N. 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales⁴¹. El objetivo fundamental de este cuerpo legal internacional fue incentivar la integración de las poblaciones concernientes a las sociedades nacionales, procurándoles mejores condiciones de vida y trabajo.

⁴⁰ *Vid. supra* nota 5, 7.

⁴¹ Convenio 107 sobre Pueblo Indígenas y Triviales, Conferencia Internacional del Trabajo (1957)

El Convenio 107 señaló claramente su ámbito de aplicación en el artículo 1, al estipular que el cuerpo normativo internacional se aplicaría a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por ser sociedades que existieron antes de la época de la conquista o colonización, y que cualquiera que sea su situación jurídica viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económica y culturales propias que las instituciones de la nación a la que pertenecen. Así, desde su primer artículo, el Convenio, hizo un reconocimiento sobre la existencia de instituciones propias dentro de los pueblos indígenas.

Del mismo modo, su artículo 4 afirmó que, en la aplicación de las disposiciones del Convenio, relativas a la integración, se debía tener en consideración los valores culturales y religiosos propios de dichas poblaciones. Igualmente, el artículo 7 señalaba que al definir los derechos y obligaciones de estos pueblos, los Estados debían tomar en cuenta el derecho consuetudinario y, más aún, los Estados debían respetar las costumbres e instituciones propias de un pueblo indígena; siempre y cuando estas no sean contrarias al ordenamiento jurídico nacional.

De los artículos señalados, queda claro que el Convenio no solo buscaba la integración de los pueblos indígenas a la sociedad nacional, sino que quería asegurar el respeto a sus instituciones y valores propios, siendo uno de ellos las formas de aplicar su justicia.

El Convenio 107 de la OIT fue un gran avance al reconocimiento de las instituciones propias de los pueblos indígenas. Sin embargo, debido a la evolución del derecho internacional y los cambios ocurridos en los pueblos indígenas y tribales, fue necesario adoptar nuevas normas internacionales. En junio del 1989, la Asamblea General de la OIT aprobó el Convenio N. 169, denominado Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes⁴², el cual introdujo propósitos claros, como el fortalecer la identidad de los pueblos indígenas y sus instituciones. Estos propósitos fueron plasmados en uno de sus antecedentes que versa: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el *control de sus propias instituciones* y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y *fortalecer sus identidades*, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven [las cursivas son mías]”.

⁴² Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. Conferencia Internacional del Trabajo (1989)

Efectivamente, el avance en el tema indígena se visibiliza con la incorporación de reconocimientos y garantías, dentro del cuerpo del Convenio, para el respeto de los derechos indígenas en diversos campos, como el jurídico, que más tarde tendré la oportunidad de explicar.

Por ahora, es importante reconocer que el Convenio 169, al igual que su antecesor 107, fueron cuerpos legales de suma importancia para lograr el reconocimiento de las instituciones indígenas y su justicia en las cartas fundamentales de los países de Latinoamérica. Así, el Estado ecuatoriano, a través del Congreso Nacional, aprobó el 14 de abril de 1998 el Convenio 169. La resolución se publicó en el Registro Oficial número 304, del 24 de abril de 1998, previo a la vigencia de la Constitución de 1998, que en gran medida fue influenciada por estos cuerpos legales internacionales, convirtiéndose en la primera Constitución que introdujo el tema del pluralismo jurídico. Esto resultó muy llamativo, ya que desde esta fecha hasta el momento, se produjeron muchos cambios en el tema.

El reconocimiento de la justicia indígena y su posterior codificación o positivización (incluso en las Constituciones de 1998 y 2008, que estudiaremos a continuación), se da “sin duda a la inserción del pluralismo jurídico que implica, como hemos advertido, el reconocimiento de la coexistencia de varios sistemas legales dentro de un mismo espacio geopolítico. Es también, a nuestro entender, el estadio obligatorio al que se llega en virtud de la disposición constitucional de compatibilización de las funciones de justicia por la vía legal”⁴³.

Con la positivización del derecho indígena, quedan varias preocupaciones. Muchos podrán argumentar que, mediante estos actos, se deja de lado las características propias de este derecho, como la oralidad; sin embargo, según la autora Lorena Ossio:

[...] no debe considerarse que la presencia de normas escritas invalida hablar del derecho consuetudinario, pues en el caso boliviano hay comunidades que tienen normas escritas y no por eso dejan de tener costumbre jurídica. Que es además inevitable que en la modernidad esto ocurra, [...] las resoluciones de las autoridades indígenas, ya sea en ejercicio del derecho consuetudinario [...] tendrán que asentarse mediante escritura⁴⁴.

Sin duda, el tema de la codificación es cada vez más común entre las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ya sea por razones prácticas o por ir incorporando

⁴³ Vid. *supra* nota 10, 25.

⁴⁴ Serrano, Vladimir. “El derecho indígena”. *Óp. cit.*, p.21.

nuevos elementos en la forma de aplicar su justicia. Esto coincide con su particularidad de “derecho que evoluciona”, aún más si su codificación o positivización se ha hecho en cuerpos legales de gran importancia, como la Constitución de un Estado.

1.6.1. Constitución Política del Ecuador de 1998

Desde el año de 1998, Ecuador evidenció un desarrollo importante en el reconocimiento de los derechos indígenas, y este gran paso se ha dado gracias a la influencia de los cuerpos legales internacionales, Convenio 107 y Convenio 169, que hicieron la primera tarea de reconocer las instituciones propias de los pueblos indígenas y establecieron garantías para su respeto e integración en las sociedades nacionales.

Es así como, la Constitución de 1998 incorporó diversas disposiciones referentes a los pueblos indígenas, en temas como: derecho de tierras, derechos colectivos, entre otros. Adicionalmente, en el inciso cuarto del artículo 191, correspondiente al título sexto de la función judicial y al capítulo primero de los principios generales, reconoció por primera vez la justicia indígena:

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. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional* [las cursivas son mías]⁴⁵.

De este mandato constitucional, cabe destacar algunos puntos importantes. El Art. 191 de la Constitución establecía que la ley hará compatible las funciones de justicia de las autoridades indígenas, con aquellas del sistema judicial nacional, con lo cual se respetaba la idea de la unidad jurisdiccional. A todo ello se suma la idea de los límites bajo los cuales la justicia indígena se ejercería; esto es siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y las leyes, y solo respecto a los conflictos internos.

Con este reconocimiento, los pueblos indígenas tenían un derecho reconocido por la Carta Fundamental, pero de ninguna forma su derecho se convertía en su competencia, sino se integraban al derecho nacional.

⁴⁵ Constitución Política del Ecuador. Artículo 191 inciso 4. Registro Oficial, N°1 de 11 de agosto de 1998.

1.6.2. Constitución de la República del Ecuador del 2008.

El Art. 1 de la Constitución vigente establece que “Ecuador es un Estado constitucional de derechos [...] intercultural, plurinacional [...]”⁴⁶ con lo cual, precautela y reconoce la existencia de la diversidad étnica y cultural en la sociedad ecuatoriana.

Del mismo modo, los artículos 3, 10, 57, entre otros, de la Carta Fundamental, consagran a la interculturalidad, otorgándole un reconocimiento constitucional a las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas en diferentes temas de interés:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado [...] 3. Fortalecer la *unidad nacional en la diversidad*. [...] Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y *gozarán de los derechos garantizados en la Constitución* y en los instrumentos internacionales. [...] 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* [...] [las cursivas son mías]⁴⁷

Sin duda, la Constitución de 2008 introduce grandes e importantes cambios en el tema indígena, pues no solo que lo positiviza, sino que permite una mayor apertura al reconocimiento de sus derechos.

Del mismo modo, en el tema de la justicia indígena, los avances han sido importantes. La Constitución vigente, en contraste con su antecesora, hace una explicación enriquecedora y amplia sobre el tema. El artículo 171, correspondiente al capítulo cuarto de la función judicial y justicia indígena, en su sección segunda, estipula:

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* [las cursivas son mías].⁴⁸

⁴⁶ *Id.*, Artículo 1.

⁴⁷ *Id.*, Artículos: 3, 10, 57 y 171.

⁴⁸ *Id.*, Artículo 171.

Así, la Constitución del 2008 contiene elementos de mayor alcance al tema de la justicia indígena. Por lo tanto, en el examen del marco normativo de la Carta Fundamental, es necesario tomar en cuenta ciertos elementos particulares.

En primer lugar, la Constitución reconoce la validez del derecho indígena o justicia indígena al incorporarlo en su texto; valor que es dado desde el punto de vista del derecho estatal, permitiendo así el pluralismo jurídico. Sin embargo, este reconocimiento es limitado en dos aspectos. Primero, en cuanto a la naturaleza de los asuntos que pueden tratar la justicia indígena, ya que la norma fundamental establece que solo puede tratar conflictos internos. Segundo, en cuanto a los criterios de decisión de las autoridades indígenas; decisiones que no deben ser contrarios a la constitución bajo ningún sentido.

Otro elemento por tomar en cuenta dentro del artículo es el control constitucional, al cual están sujetas las decisiones de las autoridades indígenas. La Constitución acepta la validez de la jurisdicción nativa, y dispone que sus decisiones sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Sin embargo, estas decisiones son susceptibles de control constitucional, al tener calidad de decisiones judiciales. Por lo tanto, contra ellas se puede interponer acciones constitucionales si se han vulnerado derechos ciudadanos⁴⁹. Por lo mismo:

[Para] la Corte Constitucional esta autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas no es absoluta sino que debe ejercerse dentro de los escritos límites señalados por el mismo texto constitucional, es decir de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando estos no sean contrarios a la Constitución, [y si las decisiones indígenas fueran contradictorios a la Carta Fundamental, la Corte, bajo mandato constitucional, podría sancionar a los infractores]⁵⁰.

Por tal razón, y “para el respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconoce a los

⁴⁹ Córdor, Eddie; Aranda, Mirva y Weiner Leónidas. *Manual informativo para autoridades judiciales estatales “La justicia indígena en los países andinos*. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1468/1/09.%20Art%C3%ADculo.%20Derecho%20Ind%20y%20medios%20alternativos%20de%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos.%20Cl%20Gregor%20Bari%C3%A9.pdf>

⁵⁰ Montaña, Juan. “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009, p.261.

demás ciudadanos, [...] (Art. 11.2)⁵¹. Por lo tanto, son titulares de todos los derechos, garantías y acciones constitucionales reconocidos en la carta fundamental.

Otro punto por considerar, en el Art. 171, es el tema de cooperación y coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Por tal razón, con el objetivo de cumplir el mandato constitucional, es necesario tomar en cuenta lo establecido por el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 343 y 344, que en cuanto al tema nos corresponde:

Art. 343.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, [...] 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 [...].

Art. 344.- 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: [...] c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, *sin perjuicio del control constitucional*; e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, 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, con el fin de aplicar los *derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales* [las cursivas son mías]⁵².

Los artículos detallados sin duda permiten una mayor apertura al funcionamiento y aplicación de la justicia indígena, sin embargo, el cuerpo normativo reitera lo establecido por la Constitución en cuanto a los límites en su aplicación, es decir, se vuelve a reiterar que las autoridades indígenas aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, pero que estos bajo ninguna circunstancia pueden ser contrarios a la Carta Fundamental. Este mandato debe ser tomando en consideración en los dos sistemas a la hora de la cooperación y coordinación.

El respeto a los mandatos constitucionales y a las normas legales detalladas son de fundamental importancia, tanto en la justicia indígena como en el derecho ordinario. Ya

⁵¹ *Vid supra* nota 12, 417.

⁵² Código Orgánico de la Función Judicial. Artículos 343 y 344. Registro Oficial, N° 544 de 9 de marzo del 2009.

que, solo la coordinación entre los dos sistemas dará lugar una convivencia armónica respetando la diversidad existente en el Ecuador.

Gradualmente, e incluso antes del reconocimiento en las Cartas Fundamentales, como quedó explicado, los derechos de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas fueron tomados en cuenta en instrumentos internacionales, los cuales permitieron un mayor desarrollo y consideración al tema.

La Constitución vigente⁵³, en su artículo 3, numeral 1, estipula que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar a todos los ciudadanos sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Del mismo modo, el artículo 11 puntualiza, ahondando al tema del respeto y aplicación de los instrumentos internacionales, que las *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. Por esta razón, y cumpliendo con el mandato constitucional es necesario que el Estado y las diferentes autoridades garanticen a todos los ciudadanos, indígena o no, el respeto de sus derechos estipulados no solo en cuerpos legales nacionales sino internacionales.

Bajo este mismo sentido, y en cuanto a la jerarquía de la constitución y los tratados internacionales el artículo 424 de la precitada norma dice:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público [las cursivas son más]*⁵⁴.

La Constitución es la norma de mayor jerarquía frente a otros cuerpos normativos legales en el país. No obstante, la misma carta fundamental dispone, líneas más abajo, que los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, suscritos por nuestro país, tiene la misma jerarquía constitucional. Formando así, la parte del denominado bloque de constitucionalidad que es definido como “el conjunto de normas

⁵³ *Vid supra* nota 45, Artículo 3.

⁵⁴ *Id.*, Artículo 424.

que aun no constando en la Constitución formal, forman parte de este, porque la misma Constitución les reconoce ese rango o papel»⁵⁵.

En el tema de la justicia indígena, uno de los cuerpos legales internacionales de mayor importancia ratificados por el Ecuador es el Convenio 169 de la OIT, que como quedó señalado fue la base para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y sus instituciones no solo en el Ecuador, sino en muchos países de Latinoamérica.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes⁵⁶, en su Art. 8 numeral 2, reconoce los métodos propios de resolución de conflictos con la única limitación de que estos no sean contrarios a los derechos fundamentales, definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El artículo versa de la siguiente manera:

Art. 8 [Los pueblos indígenas] 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 [...]

Además del cuerpo legal detallado, podemos destacar que -a pesar de conservar sus costumbres e instituciones propias, como las de ejercer su propia justicia- no se debe impedir a los integrantes de dichos pueblos practicar los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Igualmente, el artículo 9 del Convenio establece que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional, o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, dejando así sentado un claro reconocimiento al tema de la justicia indígena. Sin embargo, también se ha establecido que las actuaciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la práctica de su justicia está limitado.

⁵⁵ Acosta, Alberto, “El Estado plurinacional puerta para una sociedad democrática”, *en Plurinacionalidad: Democracia en la Diversidad*, Acosta Alberto y Martínez Esperanza (compiladores), Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009, p. 16. Citado en Christian Masapanta. “El derecho Indígena en el Contexto Constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de los derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 446.

⁵⁶ *Vid supra* nota 42, Artículos 8 y 9.

Otro cuerpo normativo de fundamental importancia en el tema de la justicia indígena es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que aunque no necesita de ratificación, sus normas son de fundamental importancia y deben ser respetadas por los diferentes países del mundo. El artículo 5 de la Declaración dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho de conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, económicas, sociales, culturales, así como sus instituciones jurídicas. Del mismo modo, el artículo 4 dispone que, en ejercicio de la libre determinación, los pueblos indígenas tengan la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos, permitiendo en estos casos la aplicación de conocimientos ancestrales que les permita mantener la armonía dentro de sus pueblos y nacionalidades⁵⁷.

1.7. Derecho Comparado, reconocimiento de la justicia indígena en los cuerpos normativos de Bolivia, Colombia, Perú y Brasil

Para el constitucionalismo latinoamericano, la diversidad cultural ha envuelto mayores retos, sobre todo, en aquellos países que poseen una numerosa población indígena. Debido a la presión de los movimientos nacionales e internacionales, en favor de la causa indígena, se llegaron a expedir importantes cuerpos legales en diferentes temas de interés para los pueblos y nacionalidades ancestrales. Así, “el fenómeno del multiculturalismo se da inicio recién en el año del 1986, con la promulgación de las Cartas Constitucionales de Guatemala y Nicaragua”.⁵⁸

Debido a “la innegable justicia de la causa indígena [...] la crónica inestabilidad política de los países de la región”⁵⁹, “y en un esfuerzo de legitimación, que problematiza su indudable impronta neo-colonial, varios Estados latinoamericanos han constitucionalizado -bajo formulas muy variables- el derecho a la diversidad cultural y a la identidad”⁶⁰, incluyendo así el tema de la justicia indígena como factor innato de prácticas ancestrales de los pueblos autóctonos. Países como Bolivia, Colombia, Perú y Brasil

⁵⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Artículos 4 y 5.

⁵⁸ C. Barie. *Pueblos Indígenas y derechos Constitucionales en América Latina un panorama*, Editorial Abya Yala, La paz 2003, p. 87. Citado en Rosa Baltazar. *Aceptación del pluralismo Jurídico en el Ecuador y la aplicación de la justicia indígena a un no indígena*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2008.

⁵⁹ Díaz, Francisco. “Indígenas: Convenios internacionales y legislación nacional”. *Iuris Dictio* III/6 (2002), p. 36.

⁶⁰ Grijalva, Agustín. “El Estado Plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009, p.391.

contienen un amplio desarrollo en cuanto a la legislación indigenista, ya en plano constitucional. Las Cartas Fundamentales de estos países determinan ciertas reglas, con el objetivo de preservar y fomentar la convivencia cultural y respeto de sus derechos⁶¹, en el ejercicio de la justicia indígena.

1.7.1. Constitución de Bolivia

Bolivia es un país democrático que consagra plenamente las prácticas culturales de los pueblos indígenas, hecho que se deja ver en el reconocimiento que hace sobre el tema su Carta Fundamental. El artículo 1 de la Constitución boliviana⁶² establece que este país se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional [...] intercultural, [...] se funda en la pluralidad y el pluralismo jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. Bajo el concepto de ser un país plurinacional e intercultural, Bolivia al igual que Ecuador, consagra el reconocimiento a la existencia de la diversidad étnica y cultural. Más aún, da una apertura mucho más amplia a este tema, estableciendo que la pluralidad y el pluralismo, en lo jurídico cultural y lingüístico, es la base del Estado.

Los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y el castellano son considerados como lenguas oficiales, lo que acentúa más el reconocimiento de la diversidad étnica en ese país (Art. 5). Del mismo modo, el artículo 98 establece que la diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario, siendo la interculturalidad un instrumento de suma importancia en la convivencia armónica de la sociedad. Las responsabilidades fundamentales del Estado son preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país; ya que los saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones de las culturas indígena originario campesinas son asumidas como fortaleza del Estado boliviano (Art. 98).

En cuanto al tema de la justicia indígena, la Constitución boliviana posee un amplio reconocimiento. Por tal razón, el artículo 30 estipula que los pueblos indígenas originarios campesinos y toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, [...] tienen derecho al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde con su cosmovisión.

⁶¹ Baltazar, Rosa. *Aceptación del pluralismo Jurídico en el Ecuador y la aplicación de la justicia indígena a un no indígena*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2008.

⁶² Constitución de la República de Bolivia. Gaceta Oficial. 07 de febrero del 2009.

Reconocimiento que va de la mano con el Art. 179 de la jurisdicción indígena originaria campesina, ejercida por sus propias autoridades, que están dentro de la función judicial, a la par con las demás jurisdicciones reconocidas y amparadas constitucionalmente. Así mismo, el artículo 190 reconoce las funciones de jurisdicción y de competencia de las nacionalidades y pueblos indígenas, para que sean ejercidos por sus autoridades con aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios, respetando el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en Carta Fundamental.

A diferencia de la Constitución ecuatoriana, la boliviana no solo que reconoce la jurisdicción en materia de justicia indígena, sino que determina los ámbitos de vigencia personal, material y territorial. Así, el artículo 191 dispone:

I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciado o imputado, recurrentes o recurridos. 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino⁶³.

Al igual que la Constitución ecuatoriana, la boliviana determina que toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, y que esta puede pedir el apoyo de las autoridades estatales (por ejemplo, de la Policía Nacional) para el cumplimiento de sus decisiones⁶⁴. Del mismo modo, habla sobre mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental, y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas en Bolivia (Art. 192).

El Art. 289 reconoce la autonomía indígena originario campesina, que consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígenas, cuya población comparte -entre otros elementos- su organización o instituciones jurídicas. Por lo cual, en ejercicio de la autonomía indígena originaria campesina podrán

⁶³ *Id.*, Artículo 191.

⁶⁴ *Vid supra* nota 49.

ejercer las competencias exclusivas tales como el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos, a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley (Art. 304). Al igual que la Constitución ecuatoriana, la Carta en estudio estipula que la práctica de la justicia indígena no debe ser contraria a la Carta Fundamental y la ley del país.

Finalmente, en cuanto al control de las decisiones indígenas, la Constitución boliviana no es clara al establecer si estas están o no bajo control constitucional, como sí lo hace la Constitución vigente del Ecuador. En este tema, la Carta Magna boliviana tan solo manifiesta en su artículo 202, que las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, son conocer y resolver [...] Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas, sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto, reconocen así un carácter de tribunal consultor, sin especificar si será o no controlador en la práctica de la justicia indígena de los pueblos autóctonos bolivianos. Sin embargo, y ante la indeterminación sobre la materia de la justicia indígena:

El Tribunal Constitucional [boliviana] ha sido quien, [...] ha ejercido en algunos casos aislados una suerte de “control” de las decisiones adoptadas en la justicia comunitaria. Así, en el marco de sus atribuciones de conocimiento de recursos de amparo y *habeas corpus*, ha decidido aproximadamente 20 casos en los cuales ha establecido algunos criterios[...] La jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional sobre la materia indica que: “no obstante la importancia de las costumbres socioculturales y el respeto que la sociedad debe demostrarles, no se debe olvidar que las instituciones sociales de las comunidades campesinas y pueblos indígenas no existen aisladas, forman parte de un contexto social mucho más amplio y complejo [...] En el marco de estas decisiones ha determinado estos límites en ciertos casos concretos, relacionados por ejemplo con los procedimientos y sanciones que en su opinión desconocieron los derechos a la propiedad, a la libertad (Tribunal Constitucional. Sentencia 143 de 2003, Sentencia 0295 de 2003 y Sentencia 1017 de 2006), la prohibición de tortura, el derecho a la intimidad (Tribunal Constitucional. Sentencia 1100 de 2006), el derecho de defensa y a la “ciudadanía” (Tribunal Constitucional. Sentencia 313 de 2004), por citar algunos ejemplos [cursivas dentro del texto] ⁶⁵

⁶⁵ Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/BOLIVIA.07.ESP.pdf>

1.7.2. Constitución de Colombia

El artículo 1 de la Constitución colombiana⁶⁶, a diferencia de sus pares ecuatoriana y boliviana, no estipula que ese sea un país plurinacional e intercultural; sin embargo, reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (Art. 7). Su artículo 10 establece que el castellano es el idioma oficial de Colombia, pero que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. Por ello, la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe, permitiendo así el desarrollo del tema indígena en su texto. Además, reconoce que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (Art.68). El tema de la justicia indígena se encuentra reconocido en el capítulo V de las jurisdicciones especiales, donde el artículo 246 dicta que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Al igual que las Constituciones ecuatoriana y boliviana, la antes mencionada reconoce la validez del derecho indígena o justicia indígena, al dar lugar bajo mandato constitucional, el ejercicio de la jurisdicción por parte de los pueblos indígenas; dando paso así al pluralismo jurídico. Sin embargo, este reconocimiento es limitado, en cuanto a los criterios de decisión de las autoridades indígenas; decisiones que no deben ser contrarias a la Constitución y leyes de la República. La limitación que incorpora la Constitución colombiana también se puede encontrar en las Constituciones ecuatoriana y boliviana.

A diferencia de la Constitución boliviana y a la par de la Carta Fundamental ecuatoriana, la Constitución colombiana no determina los ámbitos de vigencia de la jurisdicción y expone un reconocimiento general, en cuanto a la aplicación de la jurisdicción indígena, afirmando nada más que esta será ejercida dentro de su ámbito territorial.

En el tema del control constitucional, la Constitución colombiana así como la boliviana no lo detalla claramente, como sí lo deja por sentado la Constitución ecuatoriana al reconocer la justicia indígena. Sin embargo, si uno de los mandatos constitucionales colombianos es que las decisiones de la justicia indígena no pueden ser contrarias a la

⁶⁶ Constitución de la República de Colombia. Diario Oficial. 8 de julio de 1991.

Constitución, nos permite suponer que sí aplica el control constitucional frente a decisiones que contravengan la Carta Fundamental.

Finalmente, la Constitución colombiana, a la par con la ecuatoriana y boliviana, reconoce que la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. En este tema, podemos destacar ciertos estándares que se deben tomar en cuenta a la hora de la interpretación intercultural entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, que surge como aporte de la sentencia número T-254, de la Corte Constitucional de Colombia del año 1994. En primer lugar, las normas legales imperativas de orden público de la República colombiana priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. Segundo, es necesario identificar mínimos jurídicos a la hora de aplicar la justicia indígena, como lo relata la Constitución boliviana en un artículo independiente. Estos límites serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura y a un enjuiciamiento justo. De estas consideraciones, inclusive, partiría la posibilidad jurídica para desarrollar la acción extraordinaria de protección de las decisiones de las comunidades indígenas.⁶⁷

De los estándares señalados por la Corte, podemos destacar en primer lugar que el respeto a la práctica de la justicia indígena es de fundamental importancia, por parte de las normas legales imperantes, pero que estas últimas siempre primarán cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. Además, los estándares señalados nos permiten ver que, a pesar de proteger y reconocer la diversidad cultural, la Corte establece que estos poseen límites, bajo los cuales da la posibilidad de presentar acciones constitucionales reconocidas para todos los ciudadanos.

El establecimiento de los derechos indígenas dentro de la Constitución y su puesta en práctica ha hecho que la Constitución colombiana se convierta en una de las más desarrolladas en los aspectos indígenas, en relación al resto de países de Latinoamérica⁶⁸. Esto es posible, ya que ha existido un buen número de casos que ha manejado la Corte Constitucional de Colombia, donde ha tenido que pronunciarse y muchas veces ha establecido condiciones bajo las cuales la justicia ordinaria puede interferir en la

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia número T-254, 1994.

⁶⁸ *Vid supra* nota 61.

autonomía de los pueblos indígenas. Lo podemos constatar en el texto de la sentencia T-349, emitida por la Corte Constitucional en el año 1996:

Considerando que solo con el alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan afrentar en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de la comunidades cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvar guardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la media menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas⁶⁹.

Así, la Corte Constitucional colombiana ha establecido lineamientos bajo los cuales puede actuar la justicia ordinaria en temas indígenas, lineamientos que permiten el respeto y refuerzan el reconocimiento del ejercicio de la su justicia, por parte de las autoridades indígenas dentro de sus territorios, sin dejar de lado las limitaciones a los mínimos legales que son reconocidos a todos los ciudadanos.

1.7.3. Constitución de Perú

La vigente Constitución de la Republica de Perú fue aprobada en el año del 1993⁷⁰. Su artículo 2 reconoce el derecho a toda persona a una identidad étnica y cultural. Igualmente, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, permitiendo así que todo peruano utilice su propio idioma ante cualquier autoridad, mediante un intérprete (Art. 2N.19), ya sea quechua, aimara o de las demás lenguas aborígenes en las zonas donde estas predominen, pues son consideradas como lenguas oficiales junto con el castellano. (Art. 48).

El artículo 89 se refiere a las Comunidades Campesinas y Nativas, donde el término “nativo” nos permite entender que es utilizado para referirse a los pueblos indígenas. Siendo así, la Constitución les garantiza autonomía en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. Además, establece que la propiedad de sus tierras es imprescriptible, excepto en el caso de abandono. La identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas también es respetada por el Estado.

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, Oviedo Gonzales versus Cabildo Indígenas Chambi, Sentencia T-349, 1996.

⁷⁰ Constitución de la República de Perú. Diario Oficial El Peruano.8 de septiembre del 1993.

En lo referente a la justicia de los pueblos indígenas, la Constitución peruana al igual que sus pares ecuatoriana, boliviana y colombiana, otorga un específico reconocimiento en su artículo 149 al estipular que:

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las *funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona*. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial [las cursivas son mías].

De este artículo, podemos destacar ciertos elementos comunes a lo reconocido en la aplicación de la justicia indígena en los países mencionados. En primer lugar, las leyes peruanas reconoce la validez del derecho indígena o justicia indígena, al permitir el ejercicio de la jurisdicción por parte de los pueblos indígenas; acentuando así pluralismo jurídico. Igualmente, el reconocimiento de la práctica de la justicia es limitado, en el caso peruano ésta no deben violar los derechos fundamentales de la persona. A diferencia de la Constitución boliviana, y a la par de las Cartas Fundamentales ecuatoriana y colombiana, la Carta Magna peruana no determina los ámbitos de vigencia de la jurisdicción, exponiendo un reconocimiento general en cuanto a la aplicación de la jurisdicción indígena, e indicando únicamente que ésta será en su ámbito territorial. Sin embargo, en el tema de la cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria, la constitución peruana al igual que la ecuatoriana, colombiana y boliviana, estipula que la ley establecerá las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Finalmente, en el ámbito del control constitucional, la Constitución peruana al igual que la colombiana y boliviana no lo detalla claramente, como si lo deja sentado Constitución ecuatoriana al reconocer la práctica de la justicia indígena. Sin embargo, la Carta Fundamental peruana determina que las funciones jurisdiccionales se deben practicar respetando los derechos fundamentales de la persona, derechos que son reconocidos en la carta fundamental peruana y su violación puede implicar acciones constitucionales por parte del ofendido.

1.7.4. Constitución de Brasil

La República Federativa de Brasil es otro de los países poseedores de diversidad cultural. Por ello el artículo 231 del capítulo VIII⁷¹, de la Carta Constitucional, reconoce a los indios, su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, determina cuáles con las tierras históricamente ocupadas por los pueblos autóctonos de Brasil y los destina para que sean ellos los que tengan el uso exclusivo de ellos, en posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes. También, otorga a estas tierras el carácter de inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas son imprescriptibles. Elimina la ocupación y el dominio del suelo. Reconoce, además, que los indios son parte legítima para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses reconocidos constitucionalmente.

A diferencia de Ecuador, Bolivia, Colombia y Perú, la Constitución de Brasil no destina un artículo específico al reconocimiento de la justicia indígena, a pesar del gran número de pueblos autóctonos existentes.

En el presente capítulo, he podido demostrar que la justicia indígena es una justicia viva que ha sobrevivido durante muchos años, y que a pesar de las transformaciones muy necesarias para su supervivencia, mantiene la esencia de sus propios elementos e instituciones, que por tener un significado cultural se diferencian de actos ilegales. Razón por la cual, ha merecido un reconocimiento jurídico, primero, en los cuerpos legales internacionales que influyeron decisivamente para su posterior distinción en las diferentes Constituciones de los países latinoamericanos.

⁷¹ Constitución Federativa de Brasil. Diario Oficial. 5 de octubre de 1988.

CAPITULO II

2. Control Constitucional

En todo Estado democrático, existe un sistema de control, que vigila el respeto a la supremacía constitucional y da paso a la justicia constitucional. En este segundo capítulo, pasaré a analizar el control constitucional iniciando con un breve antecedente sobre su origen y el por qué de su importancia en la cultura jurídica de todo país democrático (2.1) y constitucional (2.2), que luego y con el pasar del tiempo, adaptaron una transformada cultura jurídica conocida como neoconstitucionalismo, definiéndose así como Estado constitucional de derechos (2.3), donde la supremacía de la Carta Magna y su fuerza normativa fueron y son componentes indispensables del control constitucional (2.4).

Luego pasaré a explicar cuál es el papel de la Corte Constitucional en la figura del control (2.5), mecanismo idóneo, además, para efectivizar la seguridad jurídica y la justicia constitucional (2.6). Posteriormente, explicaré los diversos sistemas de control constitucional (2.7), que se desarrollaron tanto en Norteamérica, control difuso, (2.7.1) como en Europa, modelo concentrado (2.7.2), resaltando sus características específicas, que luego llegaron a influir en el sistema de control constitucional de Latinoamérica (2.7.3) y específicamente de Ecuador (2.7.4), que en la actualidad posee, un modelo mixto de control constitucional, con sus propias y peculiares características. Finalmente, revisaré cuáles son las garantías jurisdiccionales que permiten la materialización de este control mixto de constitucionalidad, enfocándome en la acción extraordinaria de protección como garantía tanto de los derechos fundamentales así como garantía del control constitucional (2.8).

2.1. Antecedentes

El subsiguiente desarrollo e inevitable crecimiento de los diferentes grupos sociales, a lo largo de la historia, han dado paso a que su organización tanto social, política, económica y jurídica se convierta en un factor de gran importancia, a la hora de la convivencia. En este mismo proceso, surgen las autoridades destinadas a gobernar a una sociedad y su instinto de poder, y se vuelve más ambicioso mientras más grande es la sociedad. El poder que es definida “como la capacidad de determinar la conducta de otras

personas”⁷² fue formándose por porciones de libertad individual de las que, con el fin de vivir en sociedad y en compañía de otros hombres, los personas fueron cediendo; por tal razón, tanto “la libertad como el poder son inversamente proporcionales. Es decir, que a menor poder, mayor libertad y viceversa”⁷³.

“Aristóteles veía que entre los hombres siempre existían unos más poderosos que otros y consideraba la necesidad de crear un sistema para la limitación de poder”⁷⁴. Así, desde tiempos muy antiguos, ya hubo un desarrollo de diferentes instituciones del Estado, reguladas adecuadamente. Sin embargo, y debido a la ambición de más poder por parte de las autoridades el sistema, se dio paso al imperio de grandes hombres, con poderes exorbitantes, que llegaron a gobernar cuantiosos perímetros del mundo, quienes más tarde heredaron este poder, de generación en generación, dando lugar al surgimiento de los Estados Monárquicos, que subsisten hasta la actualidad.

Con el pasar del tiempo y los múltiples conflictos ocasionados por el dominio y la ambición del poder, llegó la necesidad de controlarlo. Así, se dan múltiples contribuciones jurídicas y doctrinales, que ayudan a establecer la teoría de “limitación de poder”, tales como: Montesquieu, quien propugnó la teoría de separación de poderes, con el fin de limitar el poder del Estado y disminuir o evitar el abuso ocasionado. Thomas Hobbes afirmó que el hombre es el lobo del hombre; y más tarde, Rousseau estableció su teoría del contrato social. Igualmente, en 1689, se crea uno de los primeros documentos que otorga derechos a todos los hombres, como el Bill of Right y más tarde el Pacto de Sobrarbe consagra algunas libertades, que se instituyeron en modelo para las ordenaciones jurídicas del futuro⁷⁵. Pacto en el cual el rey ve la necesidad de otorgar ciertos derechos al pueblo para su estabilidad al afirmar que *él ni nadie puede entrar a la fuerza en casa de otro*, estableciendo así que nadie estaba exento de las reglas, ni siquiera las autoridades y que los derechos de todos los hombres debían estar protegidos sin excepción. Estas argumentaciones, junto a las normas jurídicas creadas, pasan más tarde a ser la fuente del constitucionalismo⁷⁶, detentadora, sin duda, de la teoría de la limitación de poder.

⁷² Bidart, Germán. “¿Qué es la Constitución?” *Revista Argentina de Derecho Constitucional*. Miguel Ekmekdjian et al. (comps.). Buenos Aires: ADIAR S.A., 2000, p. 3.

⁷³ *Id.*, p. 23.

⁷⁴ Borja Cevallos, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. Fondo de Cultura. México, 1997, p.157.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Ponce, Juan. *El Neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, pp. 8 y 9.

2.2. Control Constitucional y el Constitucionalismo

El constitucionalismo fue ganando más terreno después de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de América, en 1776; la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en 1789, y las promulgaciones de las constituciones de Francia y Estados Unidos de Norteamérica⁷⁷.

Bajo el constitucionalismo, todo Estado posee limitaciones en su actuar, y el estrecho apego a la normas establecidas, dirigidas a proteger los derechos individuales de los ciudadanos, es un deber de cumplimiento obligatorio del Estado. El constitucionalismo reconoce a la Constitución como norma suprema, donde descansa un conjunto armónico de principios generales. Estos constituyen la fuente primaria del ordenamiento jurídico de un Estado, que comenzó como un Estado de Derecho, que nació en contraposición de las monarquías absolutistas que no entendían de límites y manejaban al pueblo al margen de todo control. Con este nuevo Estado, se asienta la importancia del reconocimiento de derechos al ciudadano y la división del poder, el apego sin excusa a las normas jurídicas, es decir, todo el actuar del Estado debe estar en estricta coherencia y respeto a un esquema lógico jurídico, bajo lo cual es inadmisibles la limitación del actuar de sus ciudadanos más que en virtud de un precepto legal previamente establecido.

Estado de Derecho que, posteriormente, fue tomando la figura de Estado Liberal de Derecho, donde prevalece la idea de una libertad individual, pero sin descartar la igualdad, donde una de sus más notables características es la preeminencia del más apto. Y luego pasando a ser un Estado Social de Derecho, que a diferencia de su antecesora, donde se implementaban sistemas económicos antes que sociales, fomentando así la privatización de las actividades de producción. En esta forma de Estado surge la idea de reducir y tratar de eliminar en cuanto más posible las desigualdades entre los ciudadanos; por tal razón, el Estado establece políticas públicas con el objetivo de alcanzar este fin. El objetivo del Estado Social de Derecho era brindar ayuda a los ciudadanos menos favorecidos económicamente, no sólo con leyes que regulen esa situación sino con políticas y programas económicos de carácter social.

En la actualidad, y luego de todas las transformaciones producidas desde el apareamiento del constitucionalismo, se vive hoy en la era del Estado Constitucional de

⁷⁷ *Id.*, p. 9.

Derechos, por lo menos en Ecuador; hecho que se ha suscitado por la transformación del constitucionalismo en la doctrina actual conocida como el neoconstitucionalismo, la cual es defendida por “un grupo de iusfilosofos, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y en parte Carlos S. Nino⁷⁸ .

2.3. Control constitucional en el neoconstitucionalismo y el Estado constitucional de derechos

El neoconstitucionalismo o como muchos llaman el constitucionalismo contemporáneo, o nueva forma de constitucionalismo-, es la cultura jurídica que viene tomando campo gracias a las transformaciones suscitadas a lo largo de la historia, transformaciones que se dan a cabo a partir del aparecimiento del constitucionalismo, convirtiéndose así en algo con pasado, transformado, con elementos que, en cierta medida, difieren del original, pero que efectivamente no resultan ser nuevos. Por tal razón, el autor Luis Prieto Sanchís, al referirse al neoconstitucionalismo sostiene:

[no es] un modelo ideal construido en sede teórica, aun cuando pueda intentarse su construcción, sino más bien la forma de organización que se viene abriendo paso en Europa desde mediados del siglo pasado, por tanto, un modelo histórico que, como tal, no reúne en todas sus manifestaciones unos elementos de absoluta uniformidad [...] pero si unos rasgos generales que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente algo nuevo pero si diferente a lo que puede representar el Estado de Derecho decimonónico⁷⁹ .

Sin embargo, y aunque con características derivadas, del constitucionalismo, el neoconstitucionalismo es la teoría que fundamenta la política en la existencia de las leyes constitucionales⁸⁰, supremas y magnas. Es decir, es la teoría bajo la cual el positivismo queda de lado y da paso al iusnaturalismo, donde las normas están basadas en un conjunto de principios llamados a observar por todos los integrantes de un Estado.

Según el autor español Luis Prieto Sanchís esta nueva teoría parece que puede resumirse en estos cinco epígrafes: “Más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas la aéreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, [...] omnipresencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario; y por último, coexistencia de una constelación de valores [...]”⁸¹

⁷⁸ Pozzolo, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf

⁷⁹ Prieto, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. 2da.ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 101.

⁸⁰ Constitucionalismo. *Enciclopedia Salvar Editores*. Madrid: Volumen 5. 2004, p. 3725.

⁸¹ *Vid. supra* nota 79, 117.

Según el esquema de Paola Comanducci, existen tres tipos de neoconstitucionalismo: teórico, metodológico e ideológico⁸². El primero se caracteriza por pretender constituirse en un componente de la teoría general del derecho, donde ve a la Constitución como invasora, un cuerpo legal omnipresente en todo el sistema jurídico. El segundo ve la necesidad de conectar el derecho con la moral, aspecto negado por el iuspositivismo en términos recíprocamente identificados y justificados. Finalmente, el neoconstitucionalismo ideológico plantea cambios en los objetivos de la Constitución ampliándolas, diferenciándolos así de los objetivos de únicamente limitador de poder y separador de poderes de las Constituciones de anteriores siglos; coloca en un segundo lugar el poder estatal y le da un primer plano a la garantía de los derechos fundamentales⁸³. Es así que para sintetizar las tres formas de neoconstitucionalismo, se puede sostener que es una teoría jurídica tendiente a formar una nueva, más bien dicho transformada estructura del sistema jurídico, donde la Constitución está en la cúspide más alta y donde su objetivo no es únicamente la separación de poderes o conjunto de principios señalados; sino donde la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos toman fuerza activa. Por tal razón, el objetivo del Estado es velar por su inmediata aplicación y garantía por medio del control constitucional, tanto cuando la ley no posee la solución para un determinado problema o en caso de lagunas legislativas o incluso en caso de erróneas aplicaciones de las normas subordinadas a la Constitución, o tanto en caso de sentencias que contradigan o violen un derecho constitucional por parte de autoridades jurídicas.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 estipula en su artículo 1: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático [...]”⁸⁴. Esta definición deja a la luz características propias del neoconstitucionalismo, donde el Estado constitucional de derechos se convierte en hija legítima de esta transformada cultura jurídica.

El alcance de ser un Estado Constitucional de Derechos, sucesora del Estado social de derechos construida en la Constitución de 1998, significa que el derecho crea un sistema de

⁸²Comanducci, Paola. “Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 83 y siguientes.

⁸³ Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p.19

⁸⁴ *Vid supra* nota 45, Artículo 1.

garantías, que la Constitución pre ordena para el amparo de los derechos fundamentales⁸⁵, donde el Estado se convierte en un ente garantista, protector, sin reservas de estos derechos. Porque las normas tanto en su sustancia y en su materialidad, en su contenido de valores éticos y de valores políticos, son expresiones del hombre, cuya máxima creación son los derechos fundamentales. Existen, sin duda derechos sobre los derechos, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica, dando origen a una innovación en la estructura de la legalidad, es decir, la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en su forma sino en su contenido⁸⁶. Así, nace el modelo garantista, donde uno de los deberes primordiales del Estado es vigilar y garantizar el respeto de los derechos, y donde se desconoce toda norma contraria a la Constitución, que reconoce la supremacía de este documento y la ve como fuente de todas las actividades del Estado. Además, donde todo el actuar de los poderes tanto públicos como privados deben guardar coherencia absoluta con las normas constitucionales, siendo todos estos mandatos constitucionales que están estipulados en los siguientes artículos de la Carta Magna ecuatoriana:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución [...] Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. [...] Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución. [...] Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. [...] Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales [...] Los derechos consagrados en la Constitución [...] serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos [las cursivas son mías]⁸⁷.

De esta manera, y en ánimos de resumir el significado de un Estado Constitucional de Derechos. Estados garantista como el Ecuador, se puede anotar tres características

⁸⁵ Zabala, Jorge. *Derecho Constitucional Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex S. A., 2010, p. 277.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Vid supra* nota 45, Artículos 3,11 y 424.

elementales: sometimiento de los poderes públicos a los derechos constitucionales, supremacía de la Constitución en todo el actuar del Estado, y garantía de los derechos fundamentales por parte de todas las autoridades públicas.

Por ello, y siendo un eje fundamental en un régimen democrático y en un Estado constitucional de derechos, la garantía de todos los derechos fundamentales, “expresiones jurídicas de los valores centrales de las personas”⁸⁸, reconocidos en la Constitución, donde los poderes públicos y privados están obligados a vigilar su cumplimiento en sometimiento de su actuar a estos, y donde la Constitución es rígida suprema, con fuerza vinculante, su reconocimiento y exigibilidad práctica permite la existencia del principio de supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución.

2.4. Control Constitucional, supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución

La supremacía constitucional responde a la expresión del pueblo del soberano que crea derechos fundamentales y por el mismo hecho no existe norma superior a la Constitución por ser la norma de normas, donde las demás son secundarias y le están subordinados y destinados a poner en práctica los principios, valores y reglas que están en la Constitución. Bajo el principio de supremacía toda norma contraria a la carta fundamental carece de validez jurídica.

La supremacía de la constitución incluso va más allá:

[Es] la más eficiente garantía de la libertad y la dignidad del individuo al imponer a los poderes constituidos la obligación de evacuar sus actos en las reglas que prescribe la ley fundamental. Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica de las normas constitucionales, la Constitución, y con ella todo el sistema de amparo de la libertad y la dignidad humana que ella consagra, podría ser en cualquier momento dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquellas pretenden limitar su actuación⁸⁹

El principio de la supremacía no sólo implica establecer a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que la establece como parte fundamental de la seguridad jurídica, del respeto del orden establecido, de la armonía social y la unidad

⁸⁸ *Vid supra* nota 85, 279.

⁸⁹ Linares. T. II p.245. Citado en: Gil Barragán. *El Control Constitucional. Temas de Derecho Constitucional*. Ediciones legales. Quito: 2003, pp.65-66. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 101.

jurídica. La supremacía constitucional está regulada en el artículo 424 de la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial también lo desarrolla en su artículo 4.

Art. 424.-*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.* Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica [las cursivas son mías]⁹⁰.

Art. 4.- Principio de Supremacía Constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia. El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso⁹¹.

Por otro lado, y en cuanto a la fuerza normativa que es inherente al principio de supremacía constitucional, Néstor Sagués la define como: “ la aptitud para regular la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores”⁹², de tal forma la carta fundamental al ser norma suprema en el orden jerárquico dentro del ordenamiento jurídico es la que proporciona validez y unidad jurídica por ser la que determina el contenido y forma de todas las leyes orgánicas, ordinarias, las normas regionales, ordenanzas, decretos, reglamentos, acuerdos y las resoluciones que deben guardar armonía absoluta con la Constitución. “Ninguna norma de la Constitución es inadecuada porque en todas sus partes incluida el sistema de valores principios y derechos, es invocable y alegable ante los tribunales”⁹³.

El citado artículo 424 de la Constitución vigente es la encargada de contener tanto el principio de la supremacía y fuerza normativo de la Constitución:

⁹⁰ Vid supra nota 45, Artículo 424.

⁹¹ Código Orgánico de la Función Judicial...*Óp. cit.*, Artículo 4.

⁹² Sagués, Néstor. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Depolmara, 1998, p. 19.

⁹³ Bidar Campos, Germán. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires, 1995, pp. 71 y 72.

Art. 424.-La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

2.5. Control Constitucional por parte de la Corte Constitucional

Así, la Constitución como norma vinculante, suprema, debe estar en constante resguardo por parte de los jueces ordinarios (que en casos específicos se convierten en jueces constitucionales) y por la Corte Constitucional con mayor razón, cuando algún ciudadano interpone las acciones que la misma constitución reconoce para la garantía de los derechos fundamentales. Por ejemplo: la Corte Constitucional revisará las sentencias de la justicia ordinaria y justicia indígena, que violen los derechos (acción extraordinaria de protección) de conformidad con el artículo 94 de la Constitución.

A pesar de ser deber de todos los jueces la vigilancia del cumplimiento y acatamiento de los derechos fundamentales, es la Corte Constitucional el máximo organismo estatal que posee la jurisdicción constitucional para mantener la concordancia de las normas subordinadas y todo acto de poder público con la Carta Magna, a través de un control legítimo para dar paso a la garantía de los derechos fundamentales y, del mismo modo, realizar la interpretación del texto constitucional de acuerdo con el espíritu del constituyente, tal como expresa la Constitución, en su artículo 429:

Art. 429.-La Corte Constitucional es el *máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito [las cursivas son mías].

Bajo esta jurisdicción constitucional la Corte es la protagonista de la protección y defensa de la Constitución, ya que es el “órgano poseedor de la potestad decisoria atribuida por la Constitución [...] con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de supremacía de la Constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones”⁹⁴, resguardo que sólo podrá ser efectivo mediante actos de control constitucional.

La jurisdicción constitucional es todo procedimiento judicial de control de constitucionalidad de los actos estatales, y como procedimiento judicial decide la conformidad o no de un acto estatal con la Constitución, y en cuanto a tal decisión sólo puede realizarla un órgano del Estado investido de autoridad para ello, en el caso

⁹⁴ Vid supra nota 83,165

ecuatoriano la Corte Constitucional, y mediante una decisión dotada de fuerza de causa juzgada⁹⁵.

Igualmente, esa idea amplia de lo judicial permite incluir todas las formas de jurisdicción: constitucional, difusa /concentrada, control abstracto/concreto, a posteriori/a priori, por vía de excepción/por vía de acción; y todos los tipos de órganos: Tribunal Supremo, Tribunal Federal, Tribunal Constitucional, Consejo Constitucional, Tribunal de Arbitraje, etc. Todas estas divisiones e instituciones de la jurisdicción constitucional se originan, debido a la tendencia creciente a la aproximación de los principios estructurales y de organización de los diferentes tribunales⁹⁶, que más tarde se analizará. Así, para la existencia de la jurisdicción constitucional es necesaria la existencia de un organismo estatal que tenga la competencia para resolver los procesos constitucionales, que proteja los derechos constitucionales mediante la vía de control.

Los órganos que poseen la jurisdicción constitucional poseen ciertas funciones que, aunque dependiendo de las condiciones y sistemas políticos que varían en cada país, son destinadas a la garantía de la supremacía y derechos constitucionales, mediante el mecanismo del control constitucional de las leyes, que en principio parecía ser su único y primordial objetivo⁹⁷, pero que posteriormente fue tomando mayores campos de protección y control, como la tutela de los derechos y libertades fundamentales, establecer límites a la acción de los poderes públicos vigilando su actuar, regular la distribución de poder y participación específica por vía jurisprudencial en la producción de la ley y del derecho constitucional⁹⁸. Es decir, el mecanismo de control constitucional, efectuado por el órgano investido de jurisdicción constitucional, involucra un número amplio de actuaciones que van más allá de una vigilancia de la concordancia de leyes con la constitución. Este control que más tarde se materializa mediante ciertas garantías que la misma carta magna reconoce para su vigilancia y utilización, cuando sea oportuno, por un ciudadano como las acciones constitucionales - acción extraordinaria de protección - o recursos constitucionales.

De tal modo, el control constitucional es la característica imprescindible de un gobierno democrático. Es el medio indispensable para el resguardo de la Constitución por

⁹⁵ Acosta, José. "Naturaleza de la Jurisdicción Constitucional". *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Ídem. ed. Madrid: TECNOS, 1998, pp. 341 y 342.

⁹⁶ *Id.*, p. 342.

⁹⁷ Álvarez, Enrique. "El Tribunal Constitucional". *Curso de Derecho Constitucional. Los Órganos Constitucionales El Estado Autónomo*. 3da. Ídem. Madrid: TECNOS, 2000, p. 279.

⁹⁸ *Vid supra* nota 95, 342.

un órgano o unos órganos investido de jurisdicción constitucional. El control constitucional “propone la formulación de juicios de compatibilidad entre una norma superior (Constitución) y otra inferior (normas secundarias)”⁹⁹ y da paso a la vigilancia acorde a la Constitución de todos los actos u omisiones de las autoridades públicas y privadas, ya “sea analizado por los jueces ordinarios- como el sistema norteamericano, difuso -, por Tribunales o Corte Constitucionales - como el sistema europeo, concentrado”¹⁰⁰ u otras instituciones o autoridades dependiendo de cada país o región del mundo como más tarde tendré la oportunidad de analizar.

Por ahora, sólo nos resta resaltar que en todo régimen democrático, como el caso de Ecuador, Estado constitucional de derechos, existe un control constitucional. Control que vigila sin excusa la vigencia de la Constitución, el cumplimiento de las garantías jurisdiccionales reconocidas a los derechos, la supremacía constitucional, la vigilancia de parte de toda autoridad el respeto y coherencia a la Carta Fundamental, pues de lo contrario la supremacía constitucional quedaría ineficaz ya que no habría quien vigile y la haga efectiva.

2.6. Control Constitucional, seguridad jurídica y justicia constitucional

El control constitucional no sólo vigila el cumplimiento de la supremacía constitucional, como norma rectora en todo el actuar de una sociedad, sino que además es la herramienta más idónea para la supervivencia del principio de seguridad jurídica de un Estado y es el componente primordial de la justicia constitucional.

El principio de la seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 de la Constitución¹⁰¹, “ha de entenderse [como] la regularidad o conformidad a Derecho [aún más a derecho constitucional] y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las administraciones públicas y los jueces, tribunales [y autoridades indígenas]”¹⁰². Bajo este principio, ningún poder del Estado, público o privado, puede modificar situaciones

⁹⁹ *Vid supra* nota 83, 109

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Constitución de la República del Ecuador... *Óp. cit.*, Artículo 82. “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

¹⁰² Espín, Eduardo. “El sistema de fuentes en la Constitución”. *Derecho Constitucional El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Luis López Guerra. *et al.* (comps.). Valencia: EDITA: Tirant lo Blanch, 2010, p. 56.

jurídicas, derechos, o acciones reconocidas y preexistentes, pues caso contrario ocasionaría grandes perjuicios y daría paso a la inseguridad jurídica. Por tal razón, es razonable defender que “[s]ólo en un ordenamiento en la que la seguridad jurídica sea un principio predominante pueden los ciudadanos defender adecuadamente sus intereses y derechos”¹⁰³.

Indudablemente, sólo cuando las autoridades públicas y privadas de una sociedad y los titulares del derecho respeten, no vulneren, y más bien aten su actuar a las normas establecidas en las leyes y más aún en las normas constitucionales, existirá un verdadero orden y armonía en la convivencia de la una sociedad democrática y constitucional de derechos.

Por otro lado, el control constitucional es un componente necesario de la justicia constitucional, que no es otra cosa que uno de los mecanismos de defensa de la Constitución, que tiene por objeto resolver los problemas planteados por la observancia de las normas constitucionales y que se da únicamente por medio de la defensa de la Constitución, por el conjunto de instituciones y medidas, mediante las que el Estado resguarda su existencia y ordenamiento, frente a los peligros que le amenazan desde adentro¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, es necesario tener en cuenta el doble significado que encierra la justicia constitucional. Según el autor español Enrique Álvarez Conde, la justicia constitucional -desde un punto de vista objetivo- se refiere a las funciones jurisdiccionales realizadas para la garantía y defensa de la Constitución, como el control constitucional. Desde un punto de vista subjetivo, analiza los diversos órganos que ejercen dichas funciones, en el caso ecuatoriano: la Corte Constitucional¹⁰⁵.

Aunque fue Estados Unidos de Norteamérica la cuna en donde se desarrolló y consolidó el control constitucional, fue en Europa, específicamente en Inglaterra, donde la empezaron a aplicar con la decisión del juez Edward Coke, en el famoso caso del Dr. Thomas Bonham, en 1610¹⁰⁶, “al expedir un fallo declarando que los principios de *Common law* debían limitar y aún invalidar las leyes expedidas por el Parlamento que se

¹⁰³ *Id.*, p. 57.

¹⁰⁴ *Vid supra* nota 97, 279.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Vid supra* nota 83, 109.

apusieran a aquellas”¹⁰⁷, pero -y a pesar de su notable inicio- no fue acogida con plenitud por los jueces ingleses y más bien su desarrollo fue pobre.

Así, hoy en día, no podemos hablar de un único sistema de control constitucional; ni siquiera de dos únicos sistemas, porque el tiempo y el desarrollo de cada país del mundo han dado paso al surgimiento a diferentes procedimientos, para el ejercicio del control de constitucionalidad que pasaremos a analizar.

2.7. Sistemas de Control Constitucional

La idea de un control constitucional nace con el objetivo de resguardar los derechos reconocidos en las primeras constituciones, que a nivel mundial surgen bajo la filosofía jurídica del constitucionalismo. Constituciones como la Carta Magna de 1215, la Petición de derechos de 1628, la Ley de Habeas Corpus de 1678 y el Bill of Right de 1688¹⁰⁸ forman la base legal bajo la cual inicia una nueva forma de control del poder del Gobierno, donde todos sus actos debían responder a una norma suprema, rígida y contenedora de la voluntad del soberano, el pueblo. La idea de un control constitucional tiene su origen en Europa, su desarrollo en Estados Unidos de Norteamérica: pero su expansión se da a lo largo del mundo, donde cada país lo acoge dando paso así a múltiples y muy peculiares sistemas de control constitucional, que difieren de los sistemas generales establecidos.

Cada sistema político posee sus propias características, sus propias instituciones de control constitucional, dotadas de jurisdicción constitucional, con propios esquemas y planteamiento teórico. Por tal razón, y con el ánimo de comprender con mayor detalle las peculiaridades, y como no grandes aportes de cada sistema de control, me dedicaré a analizarlos a continuación, comenzando con las dos originarias, pasando luego a los sistemas llamados mixtos y, finalmente, terminaré con el análisis del sistema de control constitucional imperante en el Ecuador.

¹⁰⁷ Barragán, Gil. “El Control de Constitucional”. *Temas de Derecho Constitucional*. Santiago Andrade *et al.* (comps.). Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2003, p. 67.

¹⁰⁸ Díaz, Francisco. “El Constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos”. *Textos Constitucionales Históricos*. *Ídem.* Perú: Palestra Editores A.C., 2004.55 -79. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 108.

2.7.1. Sistema norteamericano Difuso o Judicial Review de control constitucional

El sistema de control constitucional conocido como Difuso o Judicial Review es el elemento característico del régimen político de los Estados Unidos de Norteamérica, que ha sido de gran influencia para la formación de los demás sistemas jurídicos de control de constitucionalidad, que luego se desarrollaron en los diferentes países del mundo.

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 estipuló, en su artículo VI, sección 2, el principio de la supremacía constitucional <<*the supreme law of the land*>>¹⁰⁹; sin embargo, no estableció un mecanismo para garantizarla. Pero en el año 1803, con el famoso caso de Marbury vs. Madison, con la decisión del juez Marshall, se dejó sentado que la Constitución es superior a cualquier acto de la legislación <<*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislatura*>>¹¹⁰. El fallo del caso en cuestión se originó en un episodio trivial de la política, a partir del nombramiento de jueces hecho por el presidente John Adams, en las últimas horas de su Gobierno. Uno de los jueces nombrados para una corte federal de menor rango fue William Marbury, quien tuvo tropiezos legales para asumir el cargo y cobrar su sueldo y se le negó su ejercicio; Marbury apeló a esta negativa ante la Corte Suprema, presidida por el juez John Marshall, y esta rechazó la apelación mediante un razonamiento basado en la inconstitucionalidad de la sección 13 del Acta Judicial (*Judiciary Act*) de 1789, en la cual se basaba el nombramiento de Marbury¹¹¹.

Según el autor Javier Pérez Royo, el razonamiento de juez Marshall para emitir su fallo fue el siguiente:

La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece un sistema de competencias tanto entre los órganos supremos federales como entre la Federación y los Estados que lo integran. La Constitución no puede pretender otra cosa que no sea que tal sistema de competencias sea respetado por todos los poderes tanto federales como Estatales. Y si el poder legislativo pudiera modificar dicho sistema de competencias a su antojo, el diseño constitucional no podría mantenerse. En consecuencia la Constitución tiene que estar por encima de todos los poderes incluido el poder legislativo federal. [Porque][I]a misión de los jueces es únicamente la de aplicar la ley correspondiente a cada caso y si encuentra que hay dos leyes aplicables al caso que están en contradicción entre sí el juez debe optar por una de ellas, y si una de ellas es la Constitución el juez no puede

¹⁰⁹ Constitución de los Estados Unidos de América. Artículo VI, sección 2. Archivos Nacionales, Washington, D.C. 17 de septiembre 1787. Disponible: http://www.constitution.org/constit_.htm

¹¹⁰ Molas, Isidre. “La Garantía de la Supremacía de la Constitución: El Tribunal Constitucional”. *Derecho Constitucional*. Ídem. Madrid: TECNOS, 1998, p. 227.

¹¹¹ *Vid supra* nota 107, 72 y 73.

tomar ninguna otra decisión que no sea la de dar preferencia a la Constitución sobre cualquier otra norma¹¹².

El razonamiento del juez Marshall, que nace de un acto espontáneo en ejercicio de su función, produjo grandes efectos a partir de una causa menor, ya que incorporó el control constitucional de las leyes en el sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica y, de esta manera, instauró el principio de la supremacía constitucional. Sin embargo, y debido a las múltiples oposiciones frente a esta decisión, el tema no se desarrolló hasta muchos años más tarde, lapso en el cual el juez Marshall no volvió a declarar inconstitucional a norma alguna.

A pesar de ser el caso en análisis el más nombrado por los doctrinarios, a la hora de referirse al sistema de control constitucional difuso, hay juristas como Enrique Álvarez Conde, que argumentan que existían importantes decisiones en la década, que medía entre la aprobación de las Constituciones de los Estados y la Constitución federal; es decir, anteriores al caso *Marbury vs. Madison* y el pronunciamiento del juez Marshall, tales como: el caso *Bayard vs. Singleton*, en el año de 1786, que condujo a declarar inconstitucional una ley de Carolina del Norte, que suprimía el juicio por jurado; o la decisión, en 1783, del juez de Massachusetts William Cushing declarando que la esclavitud es incompatible con la Constitución¹¹³. Lo que también es innegable es el hecho de que la construcción hecha por Marshall, sin olvidar las apreciaciones contenidas en *El Federalismo*, tiene sus precedentes en Inglaterra, pudiendo considerarse el *Agreement of the People* y el *Instrument of Government*, como verdaderos antecedentes del control de constitucionalidad¹¹⁴.

El sistema difuso de Norteamérica, desde su origen y desarrollo, ha sido fuente de inspiración y, cómo no, ha influenciado en gran medida a muchos países del mundo en el tema del control constitucional, por sus características propias que hasta el día de hoy se mantienen.

En primer lugar, es un control judicial, es decir, es la función judicial, como uno de los tres poderes del Estado, la encargada de su ejercicio y su puesta en actividad. El control no

¹¹² Pérez Royo, Javier. “Las Garantías Constitucionales (I) El Control de Constitucionalidad”. *Cursos de Derecho Constitucional*. 8va. Ídem. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2002, pp. 158 y 159.

¹¹³ Álvarez, Enrique. “El Tribunal Constitucional”. *Curso de Derecho Constitucional. Los Órganos Constitucionales El Estado Autónomo...* Óp. cit., p. 275.

¹¹⁴ *Ibíd.*

se asigna a una jurisdicción ordinaria específica, sino a la totalidad de los jueces que conforman la función judicial, quienes tienen autorización constitucional para tomar decisiones que solamente tienen efectos entre las partes del proceso “inter partes” y no “erga omnes”, que han alegado la inconstitucionalidad de una ley o precepto legal en un caso concreto. Alegación que sólo lo pueden efectuar las partes que acrediten un interés concreto en la impugnación por ser un requisito fundamental de su participación. Ya que la alegación de inconstitucionalidad sólo y únicamente puede ser efectuada a petición de parte legitimada procesal¹¹⁵.

Otra característica, la más sobresaliente sin duda del sistema en análisis, es el hecho de que es un control difuso de constitucionalidad, es decir, que a diferencia del Poder Legislativo que es un poder concentrado, el Poder judicial de los Estados Unidos de Norteamérica es difuso, porque cada uno de los jueces repartidos a lo largo del país tienen la facultad de actuar como jueces constitucionales, en casos específicos, aplicando el control de constitucionalidad. Para el jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, el control constitucional difuso consiste en “la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución”¹¹⁶, esto significa que cualquier juez, ya sea los jueces de primera instancia de cualquier fuero o jueces constitucionales (Justices of Lower Courts of Traffic, Family, Juvenile, so on, until justices of the United States Supreme Court¹¹⁷), pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley en un caso concreto. Por tal razón, no es una “función privativa del Tribunal Supremo, aunque esta conoce del tema por vía de apelación contra las decisiones de los tribunales inferiores”¹¹⁸.

A parte de las características señaladas, además se puede anotar que el sistema sólo tiene lugar por vía incidental. La actividad de los jueces consiste en “administrar justicia resolviendo las disputas que son sometidas a su consideración”¹¹⁹, y si en el proceso de resolver el caso, el juez encuentra una ley que no esté en concordancia con la Constitución,

¹¹⁵ Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica...Óp. cit.*, p.117.

¹¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor. *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*. Tribunal Constitucional. Quito: Fundación Konrad Adenauer, 1999, pp. 84 y 85.

¹¹⁷ Schmaller, Frack. *Criminal Justice A Brief Introduction*. 9th. ed. United of States of America: PERSON, 2012, p. 196- 204.

¹¹⁸ *Vid supra* nota 110, 228.

¹¹⁹ Pérez Royo, Javier. “Las Garantías Constitucionales (I) El Control de Constitucionalidad”. *Cursos de Derecho Constitucional...Óp. cit.*, p. 160.

puede aplicar la inconstitucionalidad de dicha ley. “El juicio sobre la constitucionalidad es, por tanto, un incidente que surge en lo que es la actividad constitucional del juez. No puede plantearse la inconstitucionalidad de la ley al margen de un proceso [...] y además si la ley es aplicable al caso y si de su aplicación depende el fallo”¹²⁰, pueden los jueces analizar la constitucionalidad o no de dicha ley en cuestión. Por tal razón, no es posible efectuar un control constitucional de una norma o acto estatal de oficio o por petición de un particular o de un órgano público que no tenga interés directo en la causa.

Los efectos que las decisiones de los jueces causen, también es otra característica del sistema de control constitucional norteamericano. Esto es, si existe una sentencia que aprecie la inconstitucionalidad de una ley, no significa que la ley sea expulsada del ordenamiento jurídico inmediatamente, ya que este acto sólo y únicamente le corresponde a la función legislativa más no a la judicial, por lo mismo su decisión solo causa efectos para el caso en cuestión. Por consiguiente, si “el juez o Tribunal considera que la norma legal es inconstitucional debe ser inaplicada al caso que se está juzgando, pero la ley sigue vigente y con plena fuerza de obligar, es decir, sigue siendo aplicable para supuestos de hecho que no sean idénticos”¹²¹. Sin embargo,

(...)en la práctica, cuando a través de los sistemas de recursos una ley es declarada anticonstitucional por el Tribunal Supremo, esa ley materialmente es como si hubiera sido derogada, ya que ningún tribunal lo continuará aplicando en virtud del principio de *stare decisis* (según el cual los tribunales inferiores se sienten vinculados por la jurisprudencia emanada de los superiores y todos se sienten vinculados por su anterior jurisprudencia en tanto no varíen las circunstancias)¹²²

Que las sentencias sean declarativas es, sin duda, una quinta característica del sistema de control constitucional de ley norteamericano. Esto significa que todo juez que observe que una ley es anticonstitucional no hace otra cosa que declarar que dicha ley no está acorde a la Carta Fundamental, que no debió haber sido parte del ordenamiento jurídico y peor aún haber sido dictada por el legislativo. Por el mismo hecho, la sentencia “tiene efectos *ex tunc*, << desde entonces >>, desde el nacimiento de la norma, esto quiere decir,

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Molas, Isidre. “La Garantía de la Supremacía de la Constitución: El Tribunal Constitucional”. *Derecho Constitucional... Óp. cit.*, p. 228.

¹²² Pérez Royo, Javier. “Las Garantías Constitucionales (I) El Control de Constitucionalidad”. *Cursos de Derecho Constitucional... Óp. cit.*, p.160.

efectos retroactivos. [Pero resulta imposible] que se pueda reabrir los procesos que hayan sido resueltos por sentencias judiciales firmes”¹²³.

La sexta característica es que es un control concreto de la Constitución, ya sea por vía incidental o porque una de las partes con interés directo pide la aplicación del control, en un caso concreto y que aplique la norma suprema, y no una norma legal que no concuerde con la Carta Fundamental.

En el sistema de control constitucional difuso norteamericano es la Corte Suprema de ese país, el órgano judicial encargado de la interpretación y vigilancia de la Constitución; por ello, es deber del Tribunal mantener la unidad del ordenamiento mediante sus decisiones. El Tribunal Supremo actúa como un Tribunal Constitucional, en vigilancia de la supremacía constitucional y la garantía de los derechos constitucionales. Además, este órgano posee la facultad discrecional de seleccionar que casos pasan a su conocimiento, lo que acentúa más su papel.

Finalmente, el control de constitucionalidad difusa es la característica más sobresaliente de países anglosajones, como los Estados Unidos de Norteamérica, donde el control es llevado a cabo por el “Poder Judicial en su conjunto, dentro de sus respectivas competencias. [Que se caracteriza] por un Derecho asentado sobre la costumbre, cuyas soluciones judiciales se basan comúnmente en los precedentes o en resoluciones judiciales dictadas por tribunales de justicia en casos similares”¹²⁴, y que su actuar solo está basado cuando existe un caso en proceso y cuando una de las partes con legitimación directa en el caso pida que se declare inconstitucionalidad de una ley o por vía incidental, descartando así que los jueces actúen de oficio.

2.7.2. Sistema concentrado de control constitucional – Europa

El sistema concentrado de control constitucional se originó y desarrolló con mayor fuerza en Europa, sin embargo, y a diferencia del modelo difuso de control de constitucionalidad de leyes de los Estados Unidos, que se impuso inmediatamente, en Europa no se desarrolla sino hasta después de un siglo. Nace a partir de un carácter artificial, es decir, si en Estados Unidos de Norteamérica el control difuso nace del acto espontáneo del juez Marshall en ejercicio de su función judicial; en Europa, el sistema de

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica...Óp. cit.*, p. 121.

control concentrado de constitucionalidad es producto de una decisión política del constituyente democrático, que resuelve incorporar al sistema constitucional el control de constitucionalidad de la ley, como una función constitucional distinta de las tres tradicionales y para ello crea un órgano específico - Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, u otro órgano especializado- encargado de la tarea de vigilar la supremacía constitucional, que no pertenece orgánicamente a ningún órgano específico de los tres poderes del Estado¹²⁵.

Sin duda, fue el jurista austriaco Hans Kelsen quien, por primera vez, recoge este modelo concentrado de control del constitucional de las leyes, por un órgano especializado¹²⁶. Este sistema se caracteriza por otorgar la jurisdicción constitucional a un órgano especializado de la función judicial denominado Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, que es el único órgano que decide sobre la inconstitucionalidad o no de las leyes. La doctrina de modelo concentrado de control constitucional, desarrollado por Kelsen, donde el órgano que posee la jurisdicción constitucional y monopoliza las facultades de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y resolver las controversias que susciten entre la Carta Fundamental y normas jurídicas secundarias fue desarrollado en Europa en la Constitución de Austria en 1920 y se perfecciona en 1929¹²⁷.

La Constitución austriaca estipula, en su artículo 89, que los tribunales ordinarios no poseen facultad para examinar la validez o no de las leyes debidamente promulgadas, creándose en su lugar un tribunal especial, el Tribunal Constitucional, que si posee la facultad del revisar y declarar la constitucionalidad o no de la una norma¹²⁸. Por esta razón,

¹²⁵ *Vid supra* nota 112, 161 y 162.

¹²⁶ En 1928, Kelsen explicó los fundamentos de la jurisdicción constitucional concentrada en la Revista de Derecho Público y Ciencia Política de Francia. En un aparte de este trabajo -traducido del francés por el magistrado ecuatoriano Hernán Salgado Pesantez, Kelsen sostiene que es ingenuidad política confiar al Parlamento el control de seguridad de las leyes aprobadas por él mismo, “porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz... y el órgano legislativo se considera en realidad como un libre creador del derecho...”. Por consiguiente, debe ser un órgano diferente, independiente de él y de cualquier otra autoridad estatal el que se encargue de la anulación de los actos inconstitucionales, “esto es una jurisdicción o tribunal constitucional”. Kelsen replica una de las más importantes objeciones para el establecimiento de la nueva jurisdicción la soberanía del Parlamento, diciendo que no puede haber soberanía de un solo órgano estatal puesto que la soberanía pertenece a todo el orden jurídico. Información obtenida en: Barragán, Gil. “El Control de Constitucional”. *Temas de Derecho Constitucional*. ...*Óp. cit.*, pp. 76 y 77.

¹²⁷ Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica...Óp. cit.*, p.120.

¹²⁸ Constitución de Austria. 1 de octubre de 1920. Artículo 89 (1) No compete a los Tribunales examinar la validez de las Leyes publicadas regularmente. (2) Si un Tribunal tuviere dudas respecto a la aplicación de un Reglamento por considerarlo ilegal, suspenderá el procedimiento y solicitará al Tribunal constitucional la anulación del mismo.

bajo el mandato constitucional en el sistema judicial austriaco, los jueces ordinarios no están facultados para conocer de causas constitucionales, por ser esta facultad única del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, y aunque Kelsen le dio origen y fue instaurada por primera vez en la Constitución de Austria, la aplicación del modelo concentrado de control de constitucionalidad fue acogido en diferentes países del mundo, como: Checoslovaquia, 1920; Constitución española de 1931, hoy de 1978; Constitución italiana de 1948; y Constitución alemana de 1978. Del mismo modo, podemos mencionar a Costa Rica en América Latina, que también comparte el mismo sistema concentrado de control porque es la Sala Constitucional de ese país el único órgano que tiene la jurisdicción constitucional para declarar la constitucionalidad o no de una norma específica¹²⁹.

Entre las características del modelo concentrado de control constitucional podemos mencionar las siguientes:

Es un modelo donde el control de constitucionalidad es asumido por un órgano constitucional, diferente a los tres poderes clásicos del Estado. Es el órgano investido de jurisdicción constitucional, que le es otorgada directamente por la norma fundamental, por la cual debe vigilar la supremacía constitucional y dar paso a la justicia constitucional. Así, a diferencia del modelo difuso de control de constitucionalidad de los Estados Unidos, el modelo concentrado de control de constitucionalidad otorga la exclusiva tarea de velar por la justicia constitucional a un órgano especializado denominado Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, que no está sometido a ningún otro poder o institución estatal que la misma Constitución. El Tribunal Constitucional nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo democrático del cual ya hemos comentado en este trabajo con el propósito de evitar que se haga lo que no se debe hacer y nace tan sólo en determinados países que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado liberal del siglo XIX al Estado Democrático del Siglo XX¹³⁰. Por tal razón, el Tribunal Constitucional es una institución fuerte, vigorosa, y que cada día se ha ido convirtiendo en un órgano de fundamental importancia en un Estado Constitucional democrático, por ser la encargada de vigilar la supremacía constitucional, el respeto de los derechos fundamentales

¹²⁹ *Vid supra* nota 83, 121.

¹³⁰ Pérez Royo, Javier. "Las Garantías Constitucionales (I) El Control de Constitucionalidad". *Cursos de Derecho Constitucional...Óp. cit.*, pp. 158 y 159.

y dar paso a la justicia constitucional. Esta es la razón por la que fue necesaria la existencia de un Tribunal Constitucional para vigilar que las actuaciones de los poderes del Estado no procedan bajo su arbitrio, sino en sometimiento a las normas establecidas en la Constitución. Por tal razón y según Javier Pérez Royo:

Allí donde la razón y la historia han podido ir juntas en la edificación del Estado Constitucional, como en los Estados Unidos, o allí donde la historia no obstaculizó excesivamente la organización racional del Estado, como ocurrió en Inglaterra y las demás Monarquías parlamentarias europeas, [un] Tribunal Constitucional no ha sido necesario. La división tripartida de poderes clásicos ha sido suficiente para controlar el ejercicio del poder, evitar la desnaturalización [y vigilar el respeto de las normas fundamentales]¹³¹.

La segunda característica del modelo es su carácter concentrado, esto significa que el órgano constitucional, ya sea Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, es el único órgano que puede y debe asumir la actividad la constitucionalidad o no de una norma. El órgano constitucional es el poseedor único del monopolio de control constitucional. Esta característica es, sin duda, la que más lo diferencia del modelo difuso de control constitucional norteamericano, donde la jurisdicción constitucional es asumida por todos los jueces del poder judicial y no exclusivamente por un órgano específico. Sin embargo, y a pesar de que es el órgano constitucional “el único que puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley no significa que los judiciales permanezcan totalmente ajenos a esta labor, [ellos] pueden participar a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”¹³²

Otra característica del modelo concentrado de control constitucional, que el órgano que posea la jurisdicción constitucional sólo puede actuar a instancia de parte. Es decir, el acceso al órgano constitucional encargado del control es muy restrictivo, los ciudadanos no pueden acceder a este órgano, ellos acceden al poder judicial, por ello los únicos que pueden acceder son determinados órganos o fracciones de órganos políticos o el poder judicial¹³³. Esta característica también difiere del modelo difuso de control de constitucionalidad, porque -como tuve la oportunidad de explicar- los jueces actúan ya sea de forma incidental o a petición de parte legitimada en el proceso, donde los ciudadanos sí

¹³¹ *Id.*, p.933.

¹³² Pérez, Pablo. “El Tribunal Constitucional (I). Composición y Organización”. *Derecho Constitucional. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. Luis López et al. (comps.) Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2010, pp. 208.

¹³³ Pérez Royo, Javier. “Las Garantías Constitucionales (I) El Control de Constitucionalidad”. *Cursos de Derecho Constitucional... Óp. cit.*, p. 164.

pueden acceder al Tribunal Supremo para solicitar en control de constitucionalidad de leyes. Sin embargo, la característica que comento es de gran importancia, porque permite:

[que]la Justicia Constitucional sea una institución soportable en el Estado Democrático [Porque] si el Tribunal Constitucional [u otro órgano encargado del control constitucionalidad de leyes] pudiera controlar de oficio la constitucionalidad de la ley, el Estado Democrático no podría sobrevivir ya que se estuviera atribuyendo de forma general a un órgano no legitimado democráticamente de manera directa y que tiene que no es responsable ante nadie, el control de los actos de un órgano que si está legitimado democráticamente de manera directa y que tiene que renovar periódicamente su legitimidad a través de las elecciones de los ciudadanos¹³⁴.

La cuarta característica de modelo concentrado de control son las vías, a través de las cuales se accede. Lo cual dependerán de la titularidad en la legitimación para recurrir, de tal modo si el que recurre es un órgano político, la vía es el control abstracto, es decir control a través de la cual el único objetivo es comprobar si la ley es constitucional o no, haciendo abstracción de la aplicación de la misma en un caso concreto. En cambio, si el que recurre es un órgano judicial la vía utilizada es el control concreto, que quiere decir que el juez sólo puede acudir al órgano constitucional si en el curso de un proceso, surge la duda sobre si la norma que se va aplicar y de la cual depende el fallo peca de inconstitucionalidad o no¹³⁵.

Los efectos de la sentencia emitidos por el órgano constitucional suman otra característica al modelo concentrado. Si una norma es encontrada anticonstitucional, es derogada formalmente y deja de formar parte del ordenamiento jurídico, porque la sentencia emitida por el órgano tiene fuerza de ley y, por lo tanto, su inmediato respeto es fundamental, la decisión tiene efectos *erga omnes*. Por eso se dice que el órgano constitucional “es legislador negativo, porque no puede dictar la ley, pero sí puede derogar una”¹³⁶. La característica que comento difiere sin duda del control difuso norteamericano, donde si un juez observa que una ley es inconstitucionalidad, no la puede expulsar del ordenamiento jurídico inmediatamente, lo que sí ocurre es que la norma no es aplicado al caso en proceso, pero la ley sigue vigente para otros casos diferentes, así, la tarea de derogar la ley es tarea del poder legislativo y mas no del poder judicial, por lo mismo, la decisión sólo causa efectos para el caso en cuestión.

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Id.*, 164 y 165.

¹³⁶ *Id.*, 165.

Que las sentencias sean constitutivas es sin duda otra característica de modelo concentrado de control constitucional, porque cuando el órgano constitucional decide que la norma en cuestión es inconstitucional, tal decisión surte efecto desde su publicación en el cuerpo legal correspondiente, es decir, tiene efectos *ex nunc*, esto es “desde ahora”. El que la sentencia tenga este efecto es de gran importancia para no transgredir la seguridad jurídica, aplicando la decisión a casos fenecidos o terminadas con normas que en su momento sí fueron válidas. Esta característica también difiere con el modelo difuso de control de constitucionalidad al ser este *ex tunc*, “desde entonces”, desde el nacimiento de la norma, por tener efectos retroactivos.

El sistema concentrado de control de constitucionalidad difiere en muchos asuntos con el sistema difuso de control de constitucionalidad del sistema norteamericano. Sin embargo, los dos sistemas guardan un objetivo común, esto es la vigilancia de la supremacía constitucional y la defensa y protección de los derechos fundamentales frente a toda actuación de las diferentes autoridades estatales.

2.7.3. Sistema de control constitucional en Latinoamérica

En el siglo XIX, una gran parte de los países en América Latina desarrollaron el control de constitucionalidad de las leyes, influenciados, en su mayor medida, por el modelo de control constitucional de Norteamérica. Sin duda, la realidad no podría ser de otra manera, ya que fue Estados Unidos el primer país que permitió el desarrollo de control de leyes a través de su modelo difuso o *Judicial Review*. Sin embargo, y a pesar de la gran influencia provocada por los Estados Unidos, muchos países latinoamericanos no desarrollaron un idéntico sistema de control de constitucional existente en Norteamérica. Así, a mediados del siglo XX y XXI, surgen órganos constitucionales, independientes e imparciales, tales como: Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales¹³⁷, con el objetivo de vigilar el cumplimiento de la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en las Cartas Magnas de cada país. Esto dejó ver que la influencia no sólo vino de Norteamérica, sino también del modelo concentrado de algunos países europeos, dando origen a un sistema que combinando dos modelos de control constitucional de leyes, tanto el concentrado como el difuso, originaron un modelo mixto en algunos casos y en otros mantuvieron la forma original— difuso o concentrado - de control de constitucionalidad de leyes, de acuerdo a las necesidades locales.

¹³⁷ *Vid supra* nota 83, 123.

En países como Argentina, se puede observar las características propias de un modelo difuso de control de constitucionalidad. El órgano encargado del control de constitucional y poseedor de la jurisdicción constitucional es el Poder Judicial, todo los jueces poseen la facultad de revisar la inconstitucionalidad o no de una norma. Revisión que debe ser propuesta por una de las partes legitimadas directas en el caso o por vía incidental. Además los efectos de la sentencia no son *erga omnes*¹³⁸.

Por otro lado, en países como Uruguay y Panamá existe un sistema concentrado de control de constitucionalidad, porque el órgano encargado de la jurisdicción constitucional es únicamente la Corte Suprema, quien vigila la supremacía constitucional y el cumplimiento de los derechos fundamentales. Por otro lado, Paraguay y Nicaragua poseen un sistema de control judicial biconcentrado, es decir, no existe un único órgano que se encargue del control de constitucionalidad de una norma, tanto la Corte Suprema, como la Sala Constitucional son los encargados de velar por la justicia constitucional¹³⁹.

El sistema mixto de control de constitucional, que posee características tanto del control concentrado y del difuso también se encuentra presente en los países latinoamericanos. Sin embargo, no existe un único sistema mixto de control de constitucionalidad, porque hay variaciones de acuerdo con la necesidad política y jurídica de cada país, por esta razón se ha originado ejemplos concretos de modelos mixtos de control constitucional. Por ejemplo: México, Brasil y República Dominicana poseen un modelo difuso de control constitucional, con más control concentrado en un órgano no especializado en temas constitucionales, que viene a ser la Corte Suprema. Sin embargo, países como El Salvador y Venezuela presentan características del modelo de control difuso, pero poseen un órgano especializado que ejerce un control concentrado, la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Del mismo modo, Bolivia y Colombia, han desarrollado el modelo difuso de control constitucional de leyes pero existe un órgano especializado – Tribunal Constitucional-, que ejerce un control concentrado y se encuentra situado dentro del Poder Judicial. Asimismo, la característica del modelo difuso

¹³⁸ Ferreira, Gustavo. “La Jurisdicción Constitucional en el Régimen Federal Argentino: Algunos desafíos y perspectivas”. *Derecho Constitucional del siglo XXI Diagnóstico y Perspectivas*. Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (codos.). Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 2000, pp. 162 y 163.

¹³⁹ Nogueira Alcalá, Humberto y Sagüés, Néstor Pedro. Cuadro de “Control de Constitucionalidad de las leyes en América Latina”. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 124.

de control constitucional también se encuentra en países como Perú, Guatemala y Ecuador, pero con más control concentrado en un órgano extra poder, Tribunal Constitucional y Corte Constitucional¹⁴⁰.

Como se acaba de explicar, no es posible definir con exactitud si los países en Latinoamérica poseen un modelo difuso o concentrado de control constitucional, porque dependiendo de la realidad social, política y jurídica, los países han ido adquiriendo y desarrollado un modelo de control mixto de constitucionalidad o se han mantenido, en muy pocos casos, en las formas originarias – difuso o concentrado de control constitucional. Por tal razón, entre las peculiaridades del sistema de control existente en los países de Latinoamérica se puede argumentar que cuando “el control es concentrado, puede concentrarse en virtud de las disposiciones constitucionales pertinente en la Corte Suprema de Justicia, [cabeza del Poder Judicial. En cambio], cuando el modelo concentrado de control coexiste con un sistema difuso puede estar radicado en la Corte Suprema de Justicia”¹⁴¹.

De todos los mencionados modelos de control constitucional existentes en Latinoamérica, el sistema chileno de control de constitucionalidad tiene una categoría específica, porque el sistema chileno posee las características del modelo concentrado de control constitucionalidad donde la jurisdicción constitucional está ejercido simultáneamente, dependiendo de los casos, tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Tribunal Constitucional, el primero conoce de los casos de inconstitucionalidad a través de la vía incidental, y el segundo ejerce el poder de carácter preventivo; es decir, al momento de discusión de los diferentes proyectos de reforma constitucional, de las diferentes normas internacionales y constitucionales. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ejerce un control a posteriori de control de constitucionalidad de los decretos de Poder Ejecutivo con fuerza de ley¹⁴².

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Haro, Ricardo. *El Control Constitucional comparado y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales*. Citado en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Honrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 40. Citado en: Marco Monroy. *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Colección textos de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Colombia, 2007, p. 164. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 126.

¹⁴² Bordalí Salamanca, Andrés. “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”. *Revista de Derecho*

El sistema latinoamericano de control constitucional se caracteriza por combinar elementos del control concentrado y difuso, donde existe un órgano especializado – Tribunal Constitucional o Corte Constitucional – que ejerce un el control abstracto de constitucionalidad, pero donde los demás jueces ordinarios también poseen la facultad de ejercer el control concreto de constitucionalidad en casos específicos que lleguen a su jurisdicción.

Ecuador no se aleja de las peculiares características que poseen la mayoría de países de Latinoamérica, ya que posee un sistema mixto de control, que combina tanto las características del modelo difuso y concentrado de control constitucional, de una forma muy particular que pasaré a analizar.

2.7.4. Sistema de control constitucional en Ecuador

El tema de control constitucional, en Ecuador, tuvo sus primeros inicios cuando la Constitución de 1851 dispuso en su artículo 82, que el Consejo de Estado ejerza el control de constitucionalidad, al estipular que: “Corresponde al Consejo de Estado: 1. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes”¹⁴³, con lo que facultó a este órgano la vigilancia de la supremacía constitucional. Del mismo modo, y aunque de forma muy fugaz las Constituciones ecuatorianas de 1869¹⁴⁴, artículo 43; la Carta Fundamental de 1906¹⁴⁵, artículo 98; Constitución de 1929¹⁴⁶, artículo 117 numeral 1, atribuyeron al Consejo de Estado la dura tarea de velar por la observancia de la constitución y las leyes, y la protección de las garantías constitucionales. Las Cartas Fundamentales disponían:

Art. 43.- Si se reservare el proyecto por haber sido objetado, volverá a discutirse en la legislatura siguiente; y si la mayoría de ambas Cámaras volviere a aprobarlo como estaba, el Poder Ejecutivo lo sancionará necesariamente; pero si lo aprobaran con variaciones o modificaciones, se tendrá como nuevo proyecto, observándose los artículos precedentes. Si a pesar de la insistencia de ambas Cámaras, *el Ejecutivo sostuviere que el proyecto es contrario a la Constitución, lo pasará a la Corte suprema, la cual se limitará a declarar si es o no contrario*. En el último caso se promulgará y tendrá fuerza de ley.

Art. 98.- *Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su*

Valdivia. XVIII/1, (2005), pp. 89 al 117. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100004&script=sci_arttext

¹⁴³ Constitución Política del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial N. 245 de 25 de febrero de 1851.

¹⁴⁴ Constitución Política del Ecuador. Artículo 43, 28 de julio de 1869.

¹⁴⁵ Constitución Política del Ecuador. Artículo 96. Registro Oficial N. 262 de 24 de diciembre de 1906.

¹⁴⁶ Constitución Política del Ecuador. Artículo 117, numeral 1. Registro Oficial N. 138 de 26 de marzo de 1929.

respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda;

Art. 117.- *Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: [...] 1. Velar por la observancia de la Constitución y de las leyes y, especialmente, de las garantías constitucionales, excitando para el efecto, en caso necesario, al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia o a cualquiera otra autoridad; [las cursivas son mías]*

Por tal razón, el Consejo de Estado fue el órgano encargado por mandato constitucional de la vigilancia de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales, desde 1851 a 1929.

Sin embargo, es la Constitución de 1945¹⁴⁷, quien establece aparentemente, por primera vez, el modelo concentrado de control constitucional, al afirmar en su artículo 160 que el órgano encargado de formular observaciones a las normas que se consideraban ilegales o inconstitucionales era Tribunal de Garantías Constitucionales, primer órgano específico encargado de la protección de la Carta Maga. Sin embargo, en el artículo 165 de la comentada Carta Fundamental se dispuso que sólo al Congreso corresponde declarar si una ley, decreto, reglamento, acuerdo orden, disposición, pacto o tratado público es o no constitucional e interpretar la Constitución y las leyes de modo generalmente obligatorio, dando al Poder Legislativo la exclusiva facultad de vigilar la constitucionalidad de las leyes y no el Tribunal de Garantías Constitucionales, dejando, así, a un lado el desarrollo de un modelo concentrado de control constitucional, ya que a pesar de crear un órgano especial para la vigilancia de la supremacía constitucional no la facultaba de forma exclusiva la vigilancia de la Constitución.

Las subsiguientes constituciones ecuatorianas tuvieron muchos cambios y volvieron a dar facultades jurisdiccionales de control constitucional, tanto al Consejo de Estado y al Tribunal de Garantías Constitucionales. Pero fue la Carta Fundamental de 1996¹⁴⁸, que otorgó específicas funciones al Tribunal de Garantías Jurisdiccionales, que pasó a llamarse “Tribunal Constitucional” (Art. 175). Entre las funciones asignadas fueron el suspender las leyes y otras normas jurídicas inconstitucionales, ya sea de fondo o de forma y de oficio o a petición de una de las partes del proceso, originando un modelo mixto de control constitucional, por contener elementos del modelo difuso y concentrado.

¹⁴⁷Constitución Política del Ecuador. Artículos 160 y 165. Registro Oficial N. 228 de 6 de marzo de 1945.

¹⁴⁸Constitución Política del Ecuador. Artículo 175. Registro Oficial N. 969 de 18 de junio 1996.

Los cambios no terminaron ahí y, con la promulgación de la Constitución de 1998¹⁴⁹, la jurisdicción constitucional pasó a un nuevo organismo específico llamado Tribunal Constitucional. Las atribuciones del nuevo tribunal estuvieron señaladas en el Título XIII de la Supremacía; Del Control de la Reforma de la Constitución, del mismo modo en el Capítulo II del Tribunal Constitucional, desde el artículo 275 al 279. En concordancia con los artículos 3 y 12 de la Ley de Control Constitucional¹⁵⁰. De esta manera, este nuevo órgano pasó a determinarse como el órgano supremo encargado del control constitucional, autónomo, independiente en relación a los demás poderes del Estado. Con estos cambios que se visualizaba en el Ecuador, todavía se mantenía el modelo mixto de control constitucional, con un órgano supremo, pero no único de control constitucional, ya que la Constitución de 1998 daba facultades a cualquier juez o tribunal de declarar inaplicables, ya sea de oficio o a petición de parte, en las causas que lleguen a su jurisdicción, una norma que este contrario a la Constitución. Sin embargo, sus decisiones solamente tenían fuerza obligatoria en las causas en las que se pronunciaban, pero debían dar un informe al Tribunal Constitucional, especificando cuales eran las normas por ellos considerados inconstitucionales para que sea este órgano el encargado de resolver con carácter general y obligatorio sobre la inconstitucionalidad o no de la norma específica ventilada en el caso.

El actual órgano constitucional específico poseedor de la jurisdicción constitucional y encargado, por consiguiente, de la vigilancia de la justicia constitucional es la Corte Constitucional creada por la vigente Constitución, promulgada en el año 2008. Este órgano supremo tiene plenas potestades para ejercer su rol de control de constitucionalidad y competencia, ya que es el órgano máximo de control, interpretación, administración de justicia y vigilancia de los derechos constitucionales, según lo estipula el artículo 429 de la Constitución.

¹⁴⁹ Constitución Política del Ecuador. Artículo 275-279. Registro Oficial N. 1 de 11 de agosto 1998.

¹⁵⁰ Ley de Control Constitucional. Artículos 3 y 12. Registro Oficial N. 99 de 2 de julio de 1997. Art. 3.-El Tribunal Constitucional como órgano supremo del control constitucional, es independiente de las demás funciones del Estado, goza de personería jurídica de derecho público, autonomía administrativa y presupuestaria, tiene su sede en la Capital de la República y su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional [...] Art. 12.-Son atribuciones y deberes del Tribunal Constitucional: 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, de leyes, decretos - leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas; y de ser el caso, suspender total o parcialmente sus efectos; 2. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de actos administrativos de cualquiera autoridad pública; y si lo fueren, dejarlos sin efecto. El órgano administrativo deberá adoptar las medidas necesarias para evitar que se repita la violación de la norma constitucional [...]

Del mismo modo, al ser la máxima instancia de interpretación obligatoria y general de la Carta Fundamental, sus sentencias tienen carácter vinculante y surten efectos de cosa juzgada según lo estipula el artículo 436, numeral 6 de la Carta Magna y el artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 436.-La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6. *Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante* respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión¹⁵¹

Art. 95.- Efectos de la sentencia en el tiempo.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad *surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro*. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, la plena vigencia de los derechos constitucionales, y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general. Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca un vacío normativo que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad [las cursivas son mías]¹⁵².

De esta manera, y al ser la Corte Constitucional el órgano especializado, concentrado y supremo de control constitucional, es posible afirmar que en el sistema de control constitucional ecuatoriano existe características del modelo concentrado de control constitucional. Sin embargo, al igual que muchos países latinoamericanos Ecuador conserva un sistema que, a más de poseer las características del modelo concentrado de control constitucional, tiene características del modelo difuso, porque los jueces ordinarios de primera instancia y de apelación, toman el papel de jueces constitucionales al conservar la facultad de suspender la causa y remitir el expediente a la Corte Constitucional para que sea este órgano el que resuelva la constitucionalidad o no de la norma específica, ya sea de oficio o a petición de parte, dentro de los procesos que llegan a su jurisdicción, conforme el artículo 428 de la Carta Fundamental:

Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, [...] ¹⁵³.

¹⁵¹ Constitución de la República del Ecuador...*Óp. cit.*, Artículo 436. .

¹⁵² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 95. Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre 2009.

¹⁵³ Constitución de la República del Ecuador...*Óp. cit.*, Artículo 428.

Del mismo modo, son los jueces ordinarios y los jueces de apelación los encargados de materias exclusivas señaladas en la Carta Magna, las cuales no serán conocidos por la Corte Constitucional. Esto lo podemos notar en el tema de las garantías jurisdiccionales, en el ejercicio de las acciones estipuladas en el artículo 86 numeral 2: acción de protección, habeas corpus, acción de acceso a información pública, acción de habeas data y de incumplimiento. La Constitución dispone que la competencia para conocer de estas acciones sean la juez o el juez del lugar en que se origine el acto u omisión o donde se produzca sus efectos. Y las sentencias dictadas por los jueces ordinarios deberán ser enviadas a la Corte Constitucional para el desarrollo de la jurisprudencia vinculante de acuerdo al artículo 86 numeral 2 y 436 numeral 6 de la Constitución.

Art. 86.-Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: [...] 2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos,[...] Art. 436.-La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión¹⁵⁴.

Por tal razón, el Ecuador posee un modelo mixto de control constitucional, que además puede ser concreto o abstracto. Es decir, es un control concreto si la revisión de inconstitucionalidad o no de la norma surge en un caso concreto, por ejemplo, si se propone una acción de hábeas corpus conforme al artículo 89 de la Constitución¹⁵⁵; es decir, se da el control concreto ya que el control constitucional de un acto o norma tiene como ocasión un litigio particular. Y puede ser abstracto cuando se trata de la eliminación de normas inconstitucionales, pero sin que sea necesario que se produzca casos de aplicación de tales normas. Por ejemplo, cuando la Corte Constitucional ejerza lo estipulado en el artículo 436 numeral 2:

Art.436.-La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...]2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado¹⁵⁶.

¹⁵⁴ *Id.*, Artículos 86 y 436.

¹⁵⁵ *Id.*, Artículo 89.

¹⁵⁶ *Id.*, Artículo 436.

Las facultades la Corte Constitucional son mucho más amplias y aún más si estamos ante un sistema mixto de control constitucional. Así, según mandato constitucional, la Corte Constitucional como máximo organismo de control tiene la obligación de velar por el respeto de la supremacía constitucional ejerciendo el control constitucional, ya sean de los actos administrativos (artículo 436 numeral 4 de la Constitución y artículo 135 al 140 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), el control constitucional en acción por incumplimiento (artículo 436 numeral 5 de la Constitución), control constitucional por conflicto de competencia (artículo 436 numeral 7 de la Constitución), control constitucional de los estados de excepción (artículo 436 numeral 8 de la Constitución), control constitucional de los por incumplimiento de sentencia y dictámenes (artículo 436 numeral 9 de la Constitución), el control constitucional de la inconstitucionalidad por omisión (artículo 436 numeral 10 de la Constitución) y el control de constitucionalidad de decisiones judiciales (artículo 437 de la Constitución)¹⁵⁷.

El control constitucional de las decisiones judiciales, por parte de la Corte Constitucional lo faculta para conocer de forma exclusiva la acción extraordinaria de protección, contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, firme y ejecutoriada cuando estos violen el debido proceso o los derechos fundamentales, reconocidos en la constitución o en los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, es la Corte Constitucional la encargada de conocer casos en los cuales no se ha respetado el debido proceso o no se ha observado derechos fundamentales por parte toda autoridad judicial, esto sin duda incluye a las autoridades indígenas.

La acción extraordinaria de protección es una nueva acción que ha sido incorporada en la Constitución vigente, a través de la cual la Corte Constitucional observa que las autoridades ordinarias e indígenas no sólo apliquen las normas constitucionales sino que observen, protejan y garanticen los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

Como se puede observar, la justicia constitucional en el Ecuador no difiere en mayor medida con el sistema imperante en los demás países latinoamericanos, porque después de tantos cambios, y gracias a la influencia del modelo difuso y concentrado de control norteamericano y europeo, ha desarrollado un modelo mixto de control constitucional, con

¹⁵⁷ *Id.*, Artículos 436 numerales del 4-10 y 437.

características muy propias y peculiares que he ido anotando en su momento, donde la Corte Constitucional como máximo organismo efectúa el control constitucional que involucra muchas funciones entre ellas el control de constitucionalidad de decisiones judiciales a través de la acción extraordinaria de protección que pasare a analizar a continuación.

2.8. Control Constitucional a través de la Acción Extraordinaria de Protección

Ecuador es un Estado constitucional de derechos, democrático, lo cual significa que posee una norma suprema, la Constitución, poseedora de un gran arsenal de derechos fundamentales que deben ser respetados por todos los ciudadanos. Y este respeto debe ser garantizado, vigilado y acatado, del mismo modo, por las autoridades, a través de mecanismos de control constitucional, efectuados por el órgano investido de jurisdicción constitucional. Por ello, un Estado garantista debe implementar técnicas normativas de tutela jurídica idóneas, para asegurar el máximo grado de efectividad y cumplimiento de los derechos reconocidos en la Carta Magna, por medio de las diferentes garantías puestas a disposición de cada ciudadano para que este los utilice cuando sus derechos fundamentales estén o hayan sido violentados.

La garantía es el sinónimo de protección de un derecho, es el mecanismo idóneo de hacer efectivo un derecho, y “al ser un mecanismo o técnica no es algo abstracto que se puede escindir de lo que es garantizado; en este caso, de los derechos. Es verdad que los derechos no dejan de existir por ausencia de garantías”¹⁵⁸, pero lo que sí es claro es que su eficacia y protección no existirían sin ellas.

Un Estado es democrático y garantista, única y exclusivamente, cuando su fin primordial es hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales, a través de la maximización del grado de tutela de estos derechos, por tal razón si un sistema no se orienta a cumplir este fin no es posible considerarlo un sistema garantista¹⁵⁹.

La garantía al ser un mecanismo tiene una gran división que no sólo se limita a prácticas de naturaleza procesal. Sin embargo, y por motivo del tema de este trabajo, es necesario analizar las garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución, y de forma especial la acción extraordinaria de protección.

¹⁵⁸ Silva, Carolina. “Las Garantías de los Derechos ¿invención o reconstrucción? *Constitucionalismo y Sociedad*. Juan Morales et al. (comps.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p.66.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

Las garantías jurisdiccionales son “aquellas pertenecientes al Poder Judicial, en virtud de su potestad jurisdiccional, y consiste en que un tribunal independiente pueda ejercer un control e imponga las medidas de reparación ante violaciones o amenazas a los derechos”¹⁶⁰ reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, la legislación vigente contempla como “Garantías Jurisdiccionales” a las diferentes acciones contempladas en el “Capítulo Tercero”, reguladas en los artículos, que van desde la 86 a la 94, estas son las siguientes: acción de protección, acción de habeas corpus, acción de acceso a la información pública, acción de habeas data, acción por incumplimiento y acción extraordinaria de protección. Estas acciones constitucionales son la base innegable del garantismo y de un Estado democrático y de derechos, porque permiten hacer efectivo el control constitucional, la vigilancia de la supremacía constitucional y materialización de la justicia constitucional.

El garantismo, en un sentido amplio, se puede definir como “la imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza que intenta interrumpir su vigencia y la consagración expresa del derecho de resistencia de la ciudadanía contra quienes atentaren en su contra”¹⁶¹, lo cual incluye las actuaciones u omisiones en sus decisiones de las diferentes autoridades, tanto ordinarias como indígenas.

Así, en un Estado constitucional de derechos, democrático y sobre todo garantista, conceptos que ya se han ido explicando en su momento, es inadmisibles que las autoridades judiciales definidas en la Constitución, ya sean estos ordinarios o indígenas, violen bajo acciones u omisiones en sus decisiones el respeto de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, ya que la misma Carta Fundamental dispone en su artículo 426, inciso primero, que “todas las personas autoridades e instituciones están sujetos a la Constitución”¹⁶², por ser ese un auténtico derecho integrado, supremo, con poder normativo sobre cualquier norma secundaria, y base indispensable de un Estado garantista, democrático y constitucional de derechos. Dicha idea se complementa con el artículo 425 de la misma Carta Fundamental.

¹⁶⁰ *Id.*, p.71.

¹⁶¹ Ferreyra, Raúl. “La jurisdicción constitucional en el régimen federal argentino: algunos desafíos y perspectivas”. *El Derecho Constitucional del siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*. Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.) Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000, p. 155.

¹⁶² Constitución de la República del Ecuador... *Óp. cit.*, Artículo 426.

Art. 425.-El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: *La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior*[las cursivas son mías]¹⁶³.

Por lo tanto, es deber de toda autoridad jurídica, ya sea ordinaria o indígena, observar el carácter supremo de la Constitución y aplicarla por encima de cualquier otra norma subordinada a ella, para evitar violaciones de derechos reconocidos a los ciudadanos en un Estado, garantista, democrático y constitucional de derechos, como el caso ecuatoriano.

Tanto la Constitución como los instrumentos internacionales, específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, norma integrante del bloque de constitucionalidad, reconocen y amparan el derecho de una persona a acudir ante las autoridades judiciales en caso de violación de sus derechos fundamentales, así estos sean originados por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Además, precisa que tal procedimiento debe ser rápido y sencillo, e insta a los Estados partes de aquel Convenio a garantizar que la autoridad competente conozca, desarrolle y decida sobre el recurso interpuesto y cumpla posteriormente lo resuelto. En tal sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en sus artículos 8 y 25 numeral 1 y 2, lo siguiente:

Art. 8.- *Garantías Judiciales* 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Art. 25 [...] 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso [las cursivas en el texto].¹⁶⁴

¹⁶³ *Id.*, Artículo 425.

¹⁶⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículos 8 y 25.

Indistintamente, la Constitución ecuatoriana del 2008 estipula en sus artículos 10, 86, 94 y 437 la protección de los derechos reconocidos en la Constitución a toda persona, de los actos u omisiones en las decisiones que se originen, tanto de autoridades judiciales ordinarias o indígenas, mediante la acción extraordinaria de protección que puede ser ejercida por todos los ciudadanos, ya sea, de manera individual o colectiva al ser reconocidos como titulares de tales derechos. La acción debe ser presentada ante la Corte Constitucional y rige en contra de todas las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. La Carta Fundamental dispone:

Art.10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales [...] Art. 86.-Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución[...] Art. 94.-La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Art. 437.-Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución¹⁶⁵.

En concordancia con la Carta Fundamental la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reconoce la acción extraordinaria de protección y dispone que el objetivo de esta acción es proteger los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución (Art. 58) y ordena la reparación integral al afectado. Y más aún el artículo 65 de dicha ley dispone, de forma directa, que toda persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión presentando su demanda con los requisitos establecidos en los artículos 61 y 62 de dicha Ley, en el término de veinte días de que la haya conocido. Sin olvidar tomar en cuenta los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los

¹⁶⁵ Vid *supra* nota 45, Artículos 10, 86, 94 y 437.

pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley¹⁶⁶.

La acción extraordinaria de protección contra las decisiones indígenas posee la misma esencia de la acción extraordinaria de protección, reconocida en el artículo 58 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y por ello el artículo 40 del Reglamento de Sustanciación de Procesos y Competencias de la Corte Constitucional, en el Capítulo III, sobre “Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la Justicia Indígena”¹⁶⁷ dispone que en lo que fuera aplicable la Corte Constitucional observará lo establecido en los capítulos I, II y V del Título II del Reglamento, en cuanto a la recepción, admisión, sorteo y sustanciación, de esta manera deja a la luz que esta acción que el jurista Luis Cueva Carrión denomina “acción extraordinaria especial no busca regir las relaciones entre iguales”¹⁶⁸, si no que busca evitar los abusos que pueda ocasionar a los derechos constitucionales reconocidos a todos los ciudadanos indígenas o no indígenas, a la hora de aplicar la justicia de pueblos ancestrales.

Bajo este sentido, es lógico ver a la acción extraordinaria de protección, definida como acción excepcional, fuera del orden o regla natural común¹⁶⁹, que se la tramite ante el Pleno de la Corte Constitucional, luego de agotarse todos los recursos ordinarios y extraordinarios, por motivos puntuales y excepcionales ante este órgano diverso de los ordinarios, por quien tuviere legitimación activa; ampara y protege los derechos constitucionales cuando hubieren sido violados¹⁷⁰, ya sea por acción u omisión, en sentencias o en autos definitivos de la justicia ordinaria e indígena (Art. 191 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁷¹), por un lado, como el mecanismo a través de la cual se protege los derechos fundamentales, porque permite, en caso de violación de derechos, el acceso a la justicia rápido y sencillo, ante un órgano investido de jurisdicción constitucional y la reparación integral de tales faltas, para que nadie, así sea autoridad del Poder Judicial, no vulnere los derechos fundamentales y ejerza su poder por encima de los mandatos constitucionales. Además, la acción extraordinaria de

¹⁶⁶ *Supra* nota 152, Artículos 58-65.

¹⁶⁷ Reglamento de Sustanciación de Procesos y Competencias de la Corte Constitucional. Registro Oficial N. 127 de 10 de febrero del 2010.

¹⁶⁸ Cueva, Luis. *Acción Constitucional Extraordinaria de Protección*. Quito: Cueva Carrión, 2010, p.192.

¹⁶⁹ *Id.*, p. 64.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 57.

¹⁷¹ *Vid. Supra* nota 152, Artículo 91.

protección como garantía constitucional de derechos fundamentales vigila que no quede en impunidad ningún acto de violación de los derechos constitucionales o la vulneración de las normas del debido proceso. Y ante el supuesto de vulneración de los preceptos constitucionales reconocidos a todos los ciudadanos, tiene como efecto inmediato la anulación de la resolución en firma o ejecutoriada que ha sido impugnada y la devolución a la autoridad para que proceda conforme a la Constitución, dando paso, así, a la reparación inmediata del derecho violado.

Por otro lado, la acción extraordinaria de protección viene a ser un gran avance en la Constitución vigente, porque es la garantía más idónea del control constitucional, es decir, es la vía que permite el respeto de la supremacía constitucional y da paso al justicia constitucional; por ello es lógico afirmar que el control constitucional sólo se hará efecto cuando exista una garantía concreta que dé a conocer a los órganos encargados del control de las posibles anomalías que susciten. En efecto, el reconocimiento de la supremacía constitucional implica aceptar que todos los poderes del Estado, y las autoridades como tales reconocidos en la Carta Fundamental se encuentran vinculados a la Constitución y que su desconocimiento puede ser reconocido, resuelto y sancionado por el máximo órgano de control constitucional: la Corte Constitucional.

El respeto de la supremacía constitucional, a través de una garantía específica, también preserva el orden público y la seguridad jurídica, por mantener la unidad y la estructura político y jurídico de un Estado constitucional de derechos. Además, es la acción extraordinaria de protección la garantía primordial del control constitucional, por ser el medio de control de las actuaciones judiciales de un caso específico y que pone fin al caso y así evita, incluso, las posibles responsabilidades internacionales posteriores al Estado, por falta de resguardo eficiente de los derechos fundamentales.

En este capítulo se analizó que en todo Estado democrático, garantista y constitucional de derechos, como es el caso ecuatoriano, debe existir el mayor grado de respeto y resguardo de los derechos fundamentales, a través de un modelo de control constitucional que vigile el respeto de la supremacía constitucional, a través de las diferentes garantías, en especial la acción extraordinaria de protección, que para tal efecto reconoce la misma carta magna; para evitar de esta manera los posibles abusos en las decisiones de los diferentes autoridades judiciales, porque solo si se respetan las normas constitucionales podemos estar en un verdadero Estado constitucional de derechos, garantista y democrático.

CAPITULO III

3. El control constitucional y la justicia indígena

En este capítulo, plantearé las razones jurídicas por las que las decisiones de la justicia indígena deben estar sometidas al control constitucional en el Ecuador (como en efecto lo están ahora), cuáles son los principios bajo que hacen posible este control y qué garantías, principios y valores resguarda y vigila el cumplimiento de la institución del control constitucional. Además, explicaré el funcionamiento y procedimiento de la acción específica, bajo la cual es posible el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena y mecanismo de aplicación. (3.1). A continuación, y con ánimo de reforzar mi razonamiento, realizaré el análisis y estudio en derecho comparado de la aplicación del control constitucional de la justicia indígena (3.2) en Bolivia (3.2.1), Colombia (3.2.2) y Perú (3.2.3), que también han reconocido a la justicia indígena en sus Constituciones; tomando en cuenta las normas nacionales e internacionales que permiten tal acción y determinando si existe o no una regulación específica en este tema en dichos países; y en caso de no existir, estableciendo las razones jurídicas por las que sería adecuado aplicar el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena.

3.1. Fundamentos jurídicos de la aplicación del control constitucional en las decisiones de la justicia indígena en el Ecuador

Como se explicó en el primer capítulo de este trabajo, la justicia indígena es un derecho vivo que se ha mantenido y desarrollado en las comunidades, pueblos y nacionalidades autóctonas del Ecuador, con sus peculiares características, autoridades, y subsiguientes transformaciones, dependiendo de cada comunidad, pueblo y nacionalidad a lo largo del tiempo. Por tal razón, ha sido necesario y adecuado su reconocimiento en las Constituciones de los diferentes países como Colombia, Bolivia, Perú, y por supuesto Ecuador, que ya hace muchos años posee una inclusión expreso de la justicia indígena en su Carta Fundamental, artículo 171; donde se reconoce los procedimientos, autoridades y otorga la facultad jurisdiccional a estas autoridades para decidir en causas que sean de interés de la comunidad indígena. Sin embargo, como se ha venido sosteniendo durante todo este trabajo, las decisiones de la justicia indígena por parte de sus autoridades, no están exentas del control constitucional.

Esto se debe a que Ecuador es un Estado constitucional de derechos, bajo la filosofía jurídica del neoconstitucionalismo, lo cual involucra, entre otras situaciones, que la Constitución es norma entre normas, es magna, suprema, y poseedora de grandes principios y derechos fundamentales de todos los ciudadanos, y como tal debe regular el actuar de los integrantes de esta sociedad y más aún si éstas son autoridades, ordinarias o indígenas, que deben tomar decisiones que involucre la puesta en juego de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

[...] la posibilidad de acudir ante la Corte Constitucional mediante la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, supone un mecanismo de garantía, no solo para que no se vulneren los derechos del procesado por autoridades indígenas, sino para asegurar la independencia y autonomía de las autoridades ante las posibles intromisiones que pudiesen efectuar los órganos de la Función Judicial¹⁷²

El control constitucional respeta, además, el carácter de cosa juzgada que goza las soluciones de todos los conflictos resueltos por las autoridades indígenas, otorgando solamente a la Corte Constitucional la competencia de revisar tales decisiones, eliminando así la posibilidad de que cualquier autoridad de la justicia ordinaria conozca asuntos juzgados por la justicia indígena.

El derecho de los pueblos indígenas a practicar su justicia se da por el principio de la libre determinación, que se encuentra estipulado en instrumentos internacionales a los cuales el Ecuador está llamado a reconocer. Así, el artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que “los pueblos indígenas, en ejercicio de sus derechos de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas en sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”¹⁷³, permitiendo así la aplicación de conocimientos ancestrales que les permita mantener la armonía dentro de sus pueblos y nacionalidades. Sin embargo, el derecho a la libre determinación, reconocida a todo pueblo del mundo, no es ilimitado ni absoluto. Si bien todo pueblo es portador de este derecho debe observar los límites establecidos, resulta ilógico el ejercicio del derecho a la libre determinación en exclusión de cualquier norma, garantías constitucionales o normas internacionales.

¹⁷² Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Comisión Especializada Permanente De Justicia y Estructura del Estado. Informe para Primer Debate del "Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria". 19 de diciembre 2011.

¹⁷³ *Vid. supra* nota 57, Artículo 4.

De tal manera, el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena vigila y regula el respeto a estos límites, los mismos que poseen un carácter universal por ser inherentes de todo ser humano y de cada orden o sistema jurídico. Así, la imposición estatal de estos límites que las autoridades indígenas están llamadas a observar al tomar las decisiones, no se interpone con el principio de pluralismo o libre determinación, porque los valores, principios, y derechos asegurados por los límites, y reconocidos tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales, debido a su carácter universal, también corresponden a una cultura no occidental¹⁷⁴.

Por otro lado, como tuve la oportunidad de anotar en el primer capítulo de este trabajo, el dinamismo y la evolución constituyen una de las características más importantes de la justicia indígenas; es decir, la justicia indígena se encuentra en proceso de desarrollo, es un derecho que evoluciona, que responde a los cambios, que se adapta y enriquece con el pasar del tiempo, pues caso contrario, la sobrevivencia de una cultura y su justicia queda casi nula, ambiguo y sobre todo imposible de adaptarlo en la vida jurídica práctica de un Estado, donde impera una realidad social inconstante y dinámica. Los cambios que se den no implican necesariamente pérdida de identidad, sino la reafirme y permita su subsistencia, respeto y aplicación práctica dentro de una sociedad diversa como la ecuatoriana. No es posible mantener o negarse a los cambios que con justa razón y paso normal de tiempo se han ido presentando, lo anormal y fuera de razón sería querer encapsular a la justicia indígena apartándola del tiempo y de la realidad jurídica actual por una descabellada idea del miedo al cambio.

Es necesario entender que si buscamos una unidad social inspirada en la idea de un Estado democrático, constitucional de derechos, basado en la filosofía del neoconstitucionalismo, los cambios son necesarios y las adaptaciones a una realidad jurídica presente es de fundamental importancia, porque “el pluralismo asegura ese grado de asimilación que es necesario para crear integración”¹⁷⁵.

De igual manera, la idea de un pueblo originario rico en cultura milenaria, creencias, mitos, ritos y sobre todo justicia propia no sólo comprende un legado de ideas y valores,

¹⁷⁴ Kuppe, Rene. “Prefacio”. *Justicia comunitaria en los Andes Perú y Ecuador. Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Vintimilla Jaime. Quito: Cevallos, 2012. p. 29.

¹⁷⁵ Sartori, Giovanni. “El Multiculturalismo Antipluralista”. *Revista Criterio*. N°2261 (2001). Disponible en: <http://www.revistacriterio.com.ar/cultura/giovanni-sartori-el-multiculturalismo-antipluralista/>

sino, posee también la profunda capacidad para transformar esas ideas e ir las adaptando a una vida en sociedad, en una sociedad donde todos, indígenas o no indígenas, estén regulados y al mismo tiempo protegidos de los posibles abusos que un poder ilimitado o decisión desenfrenada pueda violentar o poner en peligro los derechos fundamentales.

La justicia indígena posee un reconocimiento bajo mandato constitucional, es decir, el reconocimiento de la justicia indígena es un hecho que nadie puede ignorar en la vida político-jurídico del Estado ecuatoriano; pero lo que también es claro es que su aplicación posee límites constitucionales y por lo tanto son estos límites que las autoridades de las comunidades indígenas deben tomar en cuenta a la hora de aplicar su justicia. Tanto es así que la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desarrolla el tema del control constitucional a través de la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, en su capítulo IX artículo 65, estipula textualmente lo siguiente:

Art. 65.- *Ámbito.*- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido¹⁷⁶.

La disposición de la norma deja claro el tema del control constitucional y determina el órgano detentador de la jurisdicción constitucional encargada de vigilar el respeto de la Carta Magna en las decisiones de la justicia indígena, la Corte Constitucional. Esto va acorde al artículo 57 numeral 10 de la Constitución, que reconoce y garantiza 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, el derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, pero sin que este desarrollo y ejercicio vulnerar derechos constitucionales¹⁷⁷.

De forma más clara, el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana contiene el reconocimiento expreso de la justicia indígena y otorga a sus autoridades la jurisdicción para que ejerza normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos; pero sin que este ejercicio vulnere las disposiciones constitucionales o a las

¹⁷⁶ *Vid supra* nota 45, Artículo 65.

¹⁷⁷ *Id.*, Artículo 57.

norma de derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Además, dispone que el Estado deba garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, por su carácter de cosa juzgada y el principio de autonomía, pero que tales decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad¹⁷⁸.

Sin embargo -y visto que las decisiones de la justicia indígena también deben estar bajo el control constitucional y que los principios y derecho fundamentales deben ser respetados por todo ciudadano ecuatoriano, indígena o no-, es necesario establecer un mecanismo adecuado en la aplicación de este control, mediante la acción extraordinaria de protección, pero sin dejar de lado las particularidades que la justicia indígena posee, pues caso contrario sería negar la diversidad existente, por tal razón, la normativa legal ecuatoriana ha regulado y reconocido tanto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 66 y el Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 343 y 344, ciertos principios y forma de proceder a la hora de aplicar el control constitucional a las decisiones de la justicia indígena.

Por tal razón, se ha establecido que cuando el juez constitucional observe las decisiones de la justicia indígena debe observar los principios que, sobre esta materia, se encuentran tanto en normativa nacional como internacional.

Entre estos principios, está en primer lugar el de interculturalidad, mediante el cual el procedimiento que se lleve a cabo en la Corte Constitucional contra las decisiones de la justicia indígena, deberá garantizar la comprensión intercultural; esto es, interpretar los hechos y actos sucedidos en un caso específico bajo una mirada intercultural, una interpretación intercultural de las normas aplicables, es decir, respetando la filosofía de los pueblos indígenas; con el fin de evitar interpretaciones etnocéntricas y monoculturales, que sin duda pueden ocurrir. Además, es necesario que para tal interpretación se recabe toda la información que en el caso concreto haya ocurrido.

Otro principio que es necesario tomar en cuenta, y del que ya he hecho referencia en el capítulo uno de este trabajo, es el principio del pluralismo jurídico bajo lo cual es necesario respetar, reconocer, proteger y sobre todo garantizar la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y

¹⁷⁸ *Id.*, Artículo 171.

comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado, sin olvidar, no obstante, del control constitucional y la supremacía constitucional imperante en un Estado constitucional de derechos como el ecuatoriano.

La autonomía es otro principio llamado a observar a la hora de aplicar el control constitucional a las decisiones de la justicia indígena. Bajo este principio se reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el goce 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. Sin embargo, tal como lo estipula la Constitución, la Ley y el Código, a pesar de un máximo de autonomía, e incluso para el respeto de la misma, es necesario el control constitucional por parte de la Corte Constitucional, como máximo órgano facultado de jurisdicción constitucional y encargado de vigilar y regular la supremacía constitucional, y los principios constitucionales.

En cuanto al debido proceso, otro principio llamado a tomar en cuenta, es necesario observar las normas, usos y costumbres en los procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena y constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional.

Del mismo modo, si una de las características de la justicia indígena es la oralidad, señalada en el capítulo uno de esta tesis, es necesario contar, también, con este principio, tal como lo establece las normas legales. Por tal razón, al momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se debe respetar la oralidad y se debe contar contra ductores de ser necesario, y bajo este mismo principio la ley, permite que la acción puede ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona y cuando se reduzca a escrito, se debe hacer constar, tanto en castellano, como en la lengua propia de la persona o grupos de personas de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

Tanto la oralidad como la legitimación activa y los subsiguientes principios detallados en la Ley, describen el procedimiento a seguir cuando una decisión de las autoridades indígenas sea sometida a la Corte Constitucional, mediante la acción extraordinaria de protección. Por ello, la legitimación activa recae en cualquier persona o grupo de personas que en cada caso deberá demostrar la calidad en la que comparece.

Del mismo modo, la acción extraordinaria de protección que puede ser presentada verbal o por escrito deberá tener los debidos argumentos por los que se acude al tribunal y señalar los derechos constitucionales que han sido violados por las decisiones de la justicia indígena. Si esta acción es presentada verbalmente, dispone la Ley que deberá ser reducida a escrito por el personal de la Corte, dentro del término de veinte días. Posterior a ello, se procederá a la calificación por parte de la sala de admisiones que deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Luego, y siempre y cuando se acepte el trámite, se procederá con la notificación y será la jueza o juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, la encargada de señalar 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.

En la audiencia, siguiente paso del procedimiento, cada parte, tanto las autoridades indígenas y la parte que presentó la acción, serán escuchadas por el Pleno de la Corte. Y en caso de ser necesario, se deberá escuchar, además, a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia. Posterior a la audiencia y con el objetivo de resolver bajo los principios señalados, por la Ley, el Código, la Constitución y la normativa internacional que existe en la materia, 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. Luego, la jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. Finalmente, la sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser puesta en conocimiento de la comunidad indígena de manera oral y motivada ante la presencia de al menos los accionantes y las autoridades indígenas.

Efectivamente, el procedimiento por seguir al plantear la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de las autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es una garantía jurisdiccional que por primera vez ha sido incorporada al texto constitucional del año 2008. Por tal razón, el desarrollo jurisprudencial en este tema ha sido escaso o casi nulo. Al momento, la Corte Constitucional ha resuelto un caso y otro, del conocido caso “La Cocha” está siendo tramitada.

El primer caso de acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena, que fue admitida el 18 de mayo del 2010, es el No. 0518-10-EP. La causa fue presentada por Asap Pedro Tankamash Atsasu y Yanua Ángela Wajarai Pauch, quienes

comparecen por sus propios derechos, contra la decisión tomada por parte del Síndico de Utunkus Sur, Síndico de Utunkus Norte, Síndico de Nuevo Horizonte, Presidente y Vicepresidente de la Asociación Shuar Sucua, Dirigente de Tierras de la Ficsh y Teniente Político de la Parroquia de Asunción. Todos ellos establecieron como sanción la expulsión de Tangamash Atsasu Asap Pedro y señor Tankamash Wajarai Tsunki Gervasio, además del pago de una indemnización que debían realizar en favor del señor Luis Kukush, por el crimen cometido en el Centro Shuar San José Utunkus Sur, acusándolos de brujería y de haber provocado, con medios paranormales, la muerte de Fernando Kukush.

Los accionantes expusieron que tales actos violaron sus derechos constitucionales, tales como: a no ser discriminado (artículo 11.2), derecho a la vivienda (artículo 30 y 31), derecho al trabajo (artículo 33 y 34), derechos originados de su situación especial de adultos mayores (artículo 36, 37.7, 38.2 Y38.4), derecho a no ser desplazado de sus tierras ancestrales (artículo 57.11), presunción de inocencia (76.2), ser juzgado bajo el principio de legalidad y tipicidad (artículo 76.3), derecho a la defensa (artículo 76.7), y , derecho a la propiedad (artículo 171) de la Constitución de la República del Ecuador. Por tal razón, los accionantes solicitan que se oficie al centro Shuar Utunkus Sur para que remitan en copias auténticas u originales del expediente completo del trámite disciplinario, así como del acta de indemnización de fecha 29 de marzo del 2008.

Sin embargo, y en vista de que el acta que se impugna fue de fecha 29 de marzo de 2008, y la demanda fue presentada en la Corte Constitucional el 30 de abril de 2010, la Corte no pasó a resolver el fondo de esta causa ya que la demanda fue propuesta fuera del tiempo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determina que la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena, debe ser presentada en el *término de veinte días de que la haya conocido*, y de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional¹⁷⁹.

El segundo caso de acción extraordinaria de protección sobre decisiones de la justicia indígena es la 0731-10-EP, que fue admitida a trámite el 12 de agosto del 2010. Esta fue presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, que compareció en calidad de legítimo activo y

¹⁷⁹ Corte Constitucional. Causa No. 0518-10-EP de 07 de julio 2010.

señala en su escrito de aclaratoria solicitada por la Corte Constitucional, previo admisión de la causa que:

la acción extraordinaria de protección [frente a la] decisión de la justicia indígena está dirigida en contra de dos decisiones tomadas por las autoridades que conforman la Comunidad Indígena de la Cocha, de la Nacionalidad y Pueblo Kichwa de Cotopaxi, ubicada en la parroquia Zumbahua, del cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, adoptadas el 12 de mayo de 2010, y 23 de mayo de 2010, en base a los artículos 171 de la Constitución de la República y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, por medio de las cuales ejerciendo sus funciones jurisdiccionales conforme las tradiciones ancestrales y el derecho propio, conocieron el caso y resolvieron el mismo, imponiendo sanciones conforme la justicia indígena a los infractores¹⁸⁰.

El legítimo activo solicitó a la Corte Constitucional que, en vista que se ha iniciado otro juzgamiento en la vía ordinaria, se realice el control de constitucionalidad y revise la resolución de las autoridades indígenas de La Cocha entre otras peticiones. El caso se encuentra en estudio del juez constitucional Dr. Patricio Pazmiño Freiré, que con el ánimo de realizar un mayor análisis, solicitó la contratación de dos expertos para emitir informe técnico sobre puntos específicos y relevantes en el caso. Por ello la Corte Constitucional procedió a suscribir un contrato de servicios profesionales especializados con la Dra. Esther Sánchez de Guzmán, quien deberá, entre otros puntos, elaborar un informe técnico especializado, que dé los insumos requeridos para fundamentar técnica y constitucionalmente el caso No. 731-10-EP. Por lo cual el caso se encuentra en estudio¹⁸¹.

Ahora, como se puede observar, tanto la Constitución, la Ley y el Código regulan el tema del control constitucional en las decisiones de la justicia indígena, es decir, este derecho tiene un límite, en los diversos, reglas, principios y valores que existen en la sociedad y que están detalladas en la Norma Fundamental, ya que el hecho de reconocer el pluralismo jurídico en Ecuador, no equivale a reconocer un “paralelismo [jurídico, sino equivale a] otorgar seguridad jurídica [y garantía de los derechos a los ciudadanos], porque el pluralismo jurídico significa una especie de terminal donde todos los trenes confluyen, aunque posteriormente vayan a diferentes direcciones”¹⁸².

¹⁸⁰ Corte Constitucional. Causa No. 0731-10-EP. Providencia del 12 de agosto del 2010.

¹⁸¹ Corte Constitucional. Causa No. 0731-10-EP. Comunicado de parte de la Secretaría General de la Corte Constitucional dirigido a la Asambleísta Lourdes Tibán del 04 de enero del 2011.

¹⁸² Vintimilla, Jaime. *Justicia comunitaria en los Andes Perú y Ecuador. Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Quito: Cevallos, 2012. p, 35.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de este tema, no existe una norma legal que regule de forma específica y exclusiva el tema del control constitucional en las decisiones de la justicia indígenas, por tal razón, es necesario y de fundamental importancia destinar una Ley o Reglamento, que amplíe el tema y regule de forma más profunda, el tema de la coordinación y cooperación, a manera de puntos de conexión, tanto de la justicia indígena como la justicia ordinaria, donde claramente se establezca las autoridades comunales, se señale los procedimientos propios, el significado y contenido de los conflictos internos, la explicación del derecho consuetudinario, además, determinar tanto la competencia material, personal y territorial, y sobre todo se debe dedicar un capítulo completo donde se debe establecer un mínimo de valores, derechos, y principios constitucionales que debe respetar las autoridades indígenas a la hora de decidir sobre un caso específico y determinar un procedimiento detallado, conciso y adecuado para la práctica del control constitucional frente a las decisiones de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, ampliando y otorgando validez práctica al artículo 65 y 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el mandato constitucional de someter las decisiones de la justicia indígena al control constitucional (Art. 171).

De esta manera se estaría trabajando en dos aspectos fundamentales, la primera la prevención, es decir, establecer de forma clara, y luego de varias investigaciones, cuáles son los procedimientos que se aplica en la justicia indígena, qué papel tienen sus autoridades, cuál es el verdadero uso y entendimiento de la filosofía indígena, para establecer puntos idóneos de aplicación práctica y no permitir abusos que se puedan dar antes de la aplicación de una decisión por parte de las autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es decir, en la misma ejecución de la justicia indígena establecer mecanismo de prevención de violación de derechos constitucionales.

El segundo aspecto fundamental que se trabajaría en este Ley o Reglamento es el tema de control, luego de haber pasado el acto cuando ya se haya establecido la sanción, observar respetando el principio de la pluralidad jurídica desde luego, si las decisiones que se han tomado están acordes a la Constitución. De esta forma se estaría informando tanto a las autoridades indígenas y los ciudadanos indígenas o no, la consecuencia de no respetar los derechos fundamentales y el marco constitucional que deben tomar en cuenta a la hora de ejercer su función jurisdiccional, a los primeros, y al mismo tiempo se informaría que

en caso de violación los derechos consagrados en la Constitución poseen una acción específica bajo la cual pueden acudir al órgano encargado de velar los principios, valores y derechos constitucionales, como es la Corte Constitucional, estableciendo la manera, los pasos y procedimiento específica a seguir, y sobre todo dar a conocer la existencia de suficientes argumentos jurídicos que vuelven factible y justificable la aplicación de la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena, a los segundos.

Con esto no sólo se contaría con una Ley o Reglamento que regule el tema de cooperación y coordinación inter sistemas, o el pluralismo jurídico, sino que se otorgaría la validez práctica y más detallada el tema del control constitucional, frente a las decisiones de las autoridades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional.

En Ecuador no existe una Ley que vea todos los puntos planteados o los regule, sin embargo, gracias al apoyo de la cooperación alemana GIZ y PRIF, luego de varios talleres con líderes indígenas y miembros de las comunidades indígenas, se ha trabajado en el proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, y que en sesión N. 97 realizada por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado el 19 de diciembre de 2011, aprobó el texto del informe para el primer debate.

De esta manera, esta sería la primera norma que regule el tema de la aplicación de la justicia indígena y recoge en gran medida los puntos recomendados, sin embargo, no existe dentro del cuerpo legal un específico capítulo donde expliquen el tema del control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena, refiriéndose a este tema de forma muy general en el artículo 5, que textualmente estipula: “la justicia indígena adoptará [las] medidas en conjunto con los autoridades de la justicia ordinaria para asegurar al cumplimiento del debido proceso y demás garantías constitucionales, especialmente, de protección contra toda forma de violación hacia las mujeres, niños, niñas y adolescentes”¹⁸³.

¹⁸³ Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria presentada por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional el 19 de diciembre del 2011 mediante OFC.-N. 715-CEP JEE-P. Artículo 5.

El proyecto, en concordancia, con la Constitución, normas nacionales e internacionales, deja explícito la importancia del respeto de los, valores, principio y derechos constitucionales; sin embargo, y siendo la norma que regularía de forma específica el tema de la justicia indígena, es necesario que destine en su texto normas referentes al control constitucional de las decisiones de la justicia indígena por parte de sus autoridades, haciendo hincapié en los puntos recomendados en este trabajo.

3.2. Derecho comparado, fundamentos jurídicos de la aplicación del control constitucional, en las decisiones de la justicia indígena en diferentes países: Bolivia, Colombia y Perú

El reconocimiento constitucional de la justicia indígena no sólo se ha producido en Ecuador, sino en otros países como Bolivia, Colombia y Perú, que han regulado esta justicia milenaria y la han incorporado dentro de sus textos constitucionales (a excepción de Brasil, que no reconoce dentro de su texto constitucional a la justicia de sus pueblos nativos, como quedo señalado en el primer capítulo de este trabajo). Sin embargo, ningún país de los mencionados, que han reconocido la justicia indígena, ha dejado este sistema de justicia fuera del control constitucional y han reconocido, unos de forma más clara que otros, la importancia de la supremacía constitucional, la fuerza normativa de la Constitución y han preservado la puesta en marcha de la justicia constitucional y la unidad nacional, atando las decisiones de la autoridades indígenas a su Carta Fundamental y a los principios y derechos fundamentales que este contiene.

3.2.1. Bolivia

Bolivia, al igual que Ecuador, posee el reconocimiento constitucional de la justicia indígena de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Así, la Constitución boliviana en su artículo 30¹⁸⁴, estipula que los pueblos indígenas originarios campesinos y toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, tienen derecho al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. Este reconocimiento va de la mano con el artículo 179¹⁸⁵, que deja claro que la jurisdicción indígena originaria campesina, ejercida por sus propias autoridades, está dentro de la función judicial a la par con las demás jurisdicciones reconocidas y amparadas constitucionalmente. En el mismo

¹⁸⁴Constitución de la República de Bolivia... *Óp. cit.*, Artículo 30.

¹⁸⁵*Id.*, Artículo 179.

sentido el artículo, 190¹⁸⁶ dispone que se reconoce funciones de jurisdicción y de competencia a las nacionalidades y pueblos indígenas, para que sean ejercidos por sus autoridades con aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios, respetando el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en Carta Fundamental.

Igualmente, por disposición constitucional se deja sentado que el Estado boliviano, garantizará el respeto ante toda autoridad pública o persona las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. No obstante, y a pesar del extenso reconocimiento que la Constitución boliviana hace sobre este tema, también determina claramente que la práctica de la justicia indígena no debe ser contraria a la Carta Fundamental y la ley del país; que la Constitución Política del Estado, promulgada y publicada el 07 de febrero del 2009, “es la que rige la vida constitucional del país, y que extiende sus alcances hacia todos los gobernantes y gobernados [indígenas o no] dentro del nuevo Estado Plurinacional boliviano”¹⁸⁷.

A pesar de no dejar claro el tema del control constitucional, frente a las decisiones de la justicia indígena, no es posible descartarla, ya que el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, además de cumplir la función de consultor puede, en las decisiones de las autoridades indígenas, ejercer una suerte de tribunal controlador sobre constitucionalidad o no de las decisiones en este campo. Esta afirmación es posible concluir luego de leer las disposiciones constitucionales de este país. En primer lugar, es necesario tomar en cuenta el contenido del artículo 1 de la Constitución boliviana que versa de la siguiente manera:

Art. 1.-“Bolivia se constituye en un *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*, libre, independiente, soberano, *democrático*, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país” [las cursivas son mías]¹⁸⁸

La Constitución es clara al definir a Bolivia como un Estado unitario, lo cual significa que existe un gobierno central encargado de llevar adelante la maquinaria política, social y

¹⁸⁶ *Id.*, Artículo 190.

¹⁸⁷ Vargas, Alan. *La supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/62125052/La-Supremacia-de-la-Constitucion-y-el-Control-de-Constitucionalidad-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia-Agosto-de-2011>

¹⁸⁸ *Vid supra* nota 62, Artículo 1.

jurídico del país; es decir, es el gobierno por medio de la normativa suprema la encargada de velar por el adecuado funcionamiento y orden de la vida interna de Bolivia. Lo cual va de la mano con la soberanía única e indivisible, también reconocida por la Constitución boliviana en su artículo 7.

Artículo 7. La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible¹⁸⁹.

Así, el Estado unitario implica la existencia de un gobierno central que dirige todas las funciones de un Estado y una única norma suprema que regula los principios y derechos fundamentales de cada boliviano.

Del mismo modo, el artículo 1 determina que Bolivia es un Estado social de derecho, y como tal toda su organización tanto política, social y jurídica gira en torno a los valores, principios y derechos que cedieron un día los hombres para convivir en grupo. Implica, además, tal como estipula la Constitución boliviana en su artículo 8, que el Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien¹⁹⁰. Asimismo, un Estado social como Bolivia “está orientado a garantizarle a su población las condiciones básicas para una existencia digna de seres humanos, como seres dotados de un fin propios y no cuales simples medios para fines de otros”¹⁹¹, así lo afirma el artículo 9 de la Carta Magna boliviana.

Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional. 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e

¹⁸⁹ *Id.*, Artículo 7.

¹⁹⁰ *Id.*, Artículo 8.

¹⁹¹ *Vid. supra* nota 187.

impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras¹⁹².

Por las razones mencionadas, un Estado social de derecho no sólo es la encargada de otorgar servicios básicos, o resguardar la seguridad y orden público, limitándose únicamente a no vulnerar las libertades de cada ciudadano o grupos de ciudadanos, sino que entre sus objetivos primordiales es el no permitir las desigualdades sociales, condenar actos de violación de derechos, velar por la supremacía constitucional, orden normativo, justicia constitucional y seguridad jurídica ante cualquier abuso de la Carta Magna, piedra angular de su sistema y donde descansan los derechos primordiales de los ciudadanos. Un Estado social de derecho, y, además democrático, reconoce que toda la actividad estatal está regulado por una norma suprema y magna como es la Constitución y su obediencia es obligatoria por igual a todos, gobernantes y gobernados, por la simple razón de ser la norma detentadora de las normas primordiales de los ciudadanos y de los más importantes ideales de una sociedad de este tipo.

La Constitución es sin duda, en un Estado social de derecho, la norma que establece las garantías jurisdiccionales, que son “los límites que debe observar el poder del Estado frente a los particulares así como el [propio poder individual de una persona o grupo de persona] frente a otra”¹⁹³. Por tal razón, y con ánimos de preservar esta supremacía constitucional en todo Estado social de derecho y democrático, debe existir el control constitucional como mecanismo de protección y practicidad de la los derechos y principios de las personas o grupos de personas.

Igualmente, la aplicación del control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena en el Estado boliviano, se encuentra amparado por el principio de la jerarquía normativa, que al igual que en Ecuador, la Constitución boliviana la reconoce en el artículo 410¹⁹⁴, al disponer que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La supremacía constitucional, debidamente reconocida por la Constitución boliviana, significa

¹⁹² Constitución de la República de Bolivia...*Óp. cit.*, Artículo 9.

¹⁹³ Santivañez, José. *El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano*. Pg. 12. Citado en: Vargas Alan. *La supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/62125052/La-Supremacia-de-la-Constitucion-y-el-Control-de-Constitucionalidad-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia-Agosto-de-2011>

¹⁹⁴ *Vid supra* nota 62, Artículo 410.

que la estructura jurídica de una sociedad se organiza de acuerdo a ciertos niveles de jerarquía, donde están organizadas las diferentes normas y en la cúspide se encuentra la Constitución como principio y fundamento de todas las demás normas jurídicas. Por ello, ninguna norma que este subalterna a la Constitución puede oponerse o estar desacuerdo con ella. La supremacía constitucional, además implica, que al igual que las normas están acordes con los principios y derechos constitucionales y las obedecen, estas deben ser observadas, de igual forma, por todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, y lógicamente por las autoridades encargas de decidir en la justicia indígena.

Por ello, en el Estado boliviano, como en el ecuatoriano, que buscan la unidad nacional, la justicia constitucional y sobre todo la seguridad jurídica, que las decisiones de la justicia indígena estén bajo el control constitucional no es otra cosa que la lógica consecuencia de los principios de la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, y la garantía de los principios, valores, derechos y libertades reconocidos en la Constitución. Por lo mismo, el control constitucional es el mecanismo adecuado de defensa de la Constitución frente a las posibles violaciones que ocurran en las decisiones de las autoridades indígenas. Este Control debe ser ejercido por un órgano investido de jurisdicción constitucional, en el caso boliviano el Tribunal Constitucional, para que los derechos reconocidos en la Constitución se materialicen y se vuelvan normas de aplicación directa y no queden como simples enunciados de principios.

Al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, Bolivia posee un control mixto de constitucionalidad, es decir, posee las características del modelo americano y europeo de control, porque según el artículo 196¹⁹⁵ de la Constitución boliviana el Tribunal Constitucional es el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad y máximo intérprete de la Constitución, con lo cual se visualiza el modelo concentrado de control constitucional europeo. Sin embargo, los tribunales y jueces cuando resuelvan un caso concreto en un proceso judicial tienen la obligación de no aplicar disposiciones legales que sean contrarias o incompatibles con las normas constitucionales, es decir, tanto

¹⁹⁵ El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto. Constitución de la República de Bolivia...*Óp. cit.*, Artículo 196.

los jueces o tribunales están facultados en casos específicos a realizar el control constitucional, observándose así la característica del modelo difuso de control constitucional americano más conocido como “*Judicial Review*”.

A pesar de poseer un sistema mixto de control constitucional, es el Tribunal Constitucional el máximo órgano poseedor de la jurisdicción constitucional y encargado de garantizar la supremacía constitucional y la justicia constitucional, según lo dispone el artículo 179 párrafo III de la Constitución boliviana “la justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional”¹⁹⁶, este mandato constitucional esta en concordancia con lo estipulado en el artículo 196 de la misma Carta Magna. De tal forma es acertado argumentar que entre las funciones de este órgano poseedor de la jurisdicción constitucional, entre otras, es el tutelar los derechos fundamentales y garantías constitucionales de cada ciudadano, lo cual involucra vigilar que las decisiones de las autoridades indígenas de Bolivia se acoplen a los lineamientos y marco constitucional que ha sido establecida en la Carta Magna, por existir fundamento suficiente para tal procedimiento a pesar de que no se establezca de forma clara cuál sería la acción adecuada para tal proceso.

Debido a la gran importancia del tema indígena y su justicia, Bolivia, es el primer país en la región que ha publicado una Ley de Cooperación y Coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, denominada: Ley de Deslinde Jurisdiccional, la misma que en su artículo 1 determina lo siguiente:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico¹⁹⁷.

De tal forma, en su artículo tres sobre igualdad jerárquica, establece que la función judicial es única, y por ello la jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas. También define a la jurisdicción indígena campesina como la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar

¹⁹⁶ *Vid supra* nota 62, Artículo 179.

¹⁹⁷ Ley de Deslinde Jurisdiccional Ley 073. Artículo 1. Gaceta Oficial Edición 209 NEC. 29 de diciembre de 2010.

justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y se ejerce por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la Ley de Deslinde Jurisdiccional (Art. 7)¹⁹⁸.

Además, la Ley en comento es la encargada de regular entre otras cosas los derechos fundamentales que deben reconocer la jurisdicción, los principios en lo que se fundamenta su existencia, las limitaciones de la competencia material, la forma de cooperación y coordinación entre las jurisdicciones, ordinaria y agroambiental, entre otras situaciones de gran importancia en el tema de la cooperación y coordinación de la justicia indígena y la justicia ordinaria.

La Ley en comento, también deja claro, y reescribe lo establecido en la Constitución boliviana en su artículo 5 sobre derechos fundamentales y garantías constitucionales; es decir, deja sentado que todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado y determina, además, que el linchamiento es una violación a los Derechos Humanos por consiguiente no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

Sin duda, la Ley de Deslinde Jurisdiccional posee grandes aciertos y permite ser más viable la aplicación de justicia indígena en Bolivia, mediante la determinación del ámbito de vigencia material, personal y territorial entre otros temas de gran importancia en el tema de la justicia indígena. Sin embargo, posee grandes contradicciones en el tema del control constitucional, porque, el artículo 12 de la Ley señala que las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas las personas y autoridades, y que estas decisiones son **irrevisables** por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas¹⁹⁹, lo cual deja la duda ¿se incluye a la jurisdicción constitucional?, y si la respuesta es sí, tal hecho sería en palabras de Goitia Carlos:

[...] [es]discrecional, unilateral y antidemocrático la ausencia de un texto constitucional que opere como límite a cualquier normativa en el Estado dando lugar, por ejemplo, a que se cuestione el respeto al derecho fundamental a la vida, a la libertad o la dignidad del ser humano que se encuentra en la esencia misma de la Constitución. Si la

¹⁹⁸ *Id.*, Artículo 7.

¹⁹⁹ *Vid supra* nota 197, Artículo 12.

justicia constitucional no estuviera regulada a nivel constitucional no existiría una pluralidad jurídica en el Estado sino ordenamientos jurídicos independientes dando lugar a la coexistencia de Estados independiente [...] ²⁰⁰.

Por tal razón, al ser Bolivia un Estado social de derecho, democrático y donde la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución es el pilar indispensable a la hora de garantizar la seguridad jurídica del Estado, el control constitucional de la justicia indígena no puede quedar descartado.

De todo lo afirmado, podemos concluir que todas las autoridades bolivianas, indígena o no, que ejerce la potestad de administrar justicia no puede desconocer, apartarse o peor ignorar lo establecido en la Constitución, y así mismo ningún ser humano, perteneciente a una grupo étnico o no, puede verse privado de los derechos que en la Constitución se encuentran reconocidos para el amparo de sus derechos fundamentales si las viera vulnerados en las decisiones que tomen las autoridades de la justicia indígena. Es necesario que el Tribunal Constitucional boliviano pase de ser un órgano consultor en temas indígenas a controlar las decisiones que las autoridades indígenas tomen en la aplicación de la justicia indígena, mediante una acción específica, tal como ocurre en Ecuador.

3.2.2. Colombia

Para abordar el tema del control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena en Colombia es necesario comenzar por lo estipulado en la Constitución colombiana en su artículo 246, en el que se reconoce a los pueblos indígenas colombianos “el ejercicio de las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”²⁰¹; de esta manera la Constitución colombiana, al igual que la ecuatoriana, boliviana y peruana, extiende el reconocimiento a la justicia indígena. Sin embargo, este reconocimiento que está basado en la diversidad cultural de los pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación, está atado al marco constitucional del Estado, por tal razón, la justicia indígena a pesar de poseer sus peculiaridades propias, forma parte de algo mucho más grande, la justicia del Estado colombiana.

²⁰⁰ Goitia, Carlos. *La supremacía constitucional en Bolivia*. Revista de Derecho N. 12. UASB-Ecuador. Quito, 2009. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2308/1/09-TC-Goitia.pdf>

²⁰¹ Vid supra nota 66, Artículo 246.

El control constitucional, frente a las decisiones indígenas en Colombia, es por su calidad de Estado social de derecho, unitario y democrático, tal como lo estipula el artículo 1 de la Carta fundamental colombiana.

Artículo 1. Colombia es un *Estado social de derecho*, organizado en forma de República *unitaria*, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática*, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general [las cursivas son mías]²⁰²

Que Colombia sea un Estado social de derecho, unitario y democrático implica que existe un gobierno encargado de velar por el buen orden y desarrollo tanto político, social y jurídico, del Estado colombiano, y es el encargado de mantener la armonía e igualdad de la sociedad y de todos y cada uno de sus habitantes, utilizando para ello las disposiciones normativas que fueron establecidos para tal propósito. El Estado colombiano es unitario por poseer un gobierno central que dirige todas las funciones de un Estado y por poseer además una única norma suprema que regula los principios y derechos fundamentales de la sociedad colombiana.

Además, es un Estado social de derecho y democrático por poseer, en la cúspide del ordenamiento jurídico, una norma suprema, magna a la cual todos, ciudadanos individuales o grupales y normas, están subordinados, la Constitución, porque es la poseedora de todos y cada uno de los valores, principios y derechos que les han sido reconocidos a cada ciudadano y a toda la sociedad con el propósito de convivir en grupo. Por estas razones un Estado social de derecho, democrático y unitario posee un fin de gran importancia, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, tal como lo estipula el artículo 2 de la Carta fundamental colombiana:

Artículo 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.* Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes,

²⁰² *Id.*, Artículo 1.

creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares [las cursivas son mías]²⁰³

Que Colombia sea un Estado social, democrático y unitario implica, además, que es la encargada de velar por el correcto respeto de la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución, evitando y regulando todo tipo de abuso o violación de normas constitucionales. En un Estado social de derecho la norma suprema es la Constitución y establece los mecanismos más idóneos para que el orden establecido y los principios constitucionales no sea irrespetado por nadie, ni por un individuo o grupo de individuo que posea la calidad de autoridad o actúe en su calidad individual, por la fundamental razón de que la Constitución es detentadora de los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa que el Estado está llamado a vigilar y proteger a través de un órgano con jurisdicción constitucional como es la Corte Constitucional colombiano. Tal como lo estipula el artículo 4 y 241 de la Constitución colombiana.

Artículo 4.- La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales [...] acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Artículo 241A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones [...] Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales²⁰⁴.

Por todas las razones expuestas y siendo el objetivo de un Estado social de derecho, unitario y democrático la vigilancia de la supremacía constitucional, el orden normativo de la constitución, la seguridad jurídica y la justicia constitucional es fundamental para toda actuación de las autoridades indígenas, y más aún su decisión, al control constitucional, ya que constituye un mecanismo de protección y garantía de los derechos y principios constitucionales reconocidos a toda persona indígena o no en Colombia.

Sin embargo, y a pesar de existir suficiente argumento jurídico para determinar que cabe el control constitucional frente a las decisiones indígenas, no existe un procedimiento establecido o acción específica, que guíe a un individuo en el caso de que vea violando sus derechos constitucionales en la decisión de la justicia indígena, lo cual no significa que esto no sea posible. Por tal razón, la Corte Constitucional colombiana, máximo órgano de

²⁰³*Id.*, Artículo 2.

²⁰⁴*Id.*, Artículo 4 y 241.

control de la supremacía constitucional, poseedora de la jurisdicción constitucional y la justicia constitucional en todo ámbito, se ha pronunciado en este tema señalando los límites que la aplicación y decisión de la justicia indígena debe observar, en la sentencia T903 del año 2009, dispuso lo siguiente:

[...]Los límites están dados, en primer lugar, por un “*núcleo duro de derechos humanos*”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Para la Sala, es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades. En ese plano, el “*núcleo duro*” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos. Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía[...] [las cursivas son mías]²⁰⁵

Así, la Corte Constitucional colombiana determina que sí existen límites en las decisiones de la justicia indígena, de forma muy concisa y clara señala que los límites que todo autoridad indígena debe tomar en cuenta a la hora de aplicar su derecho es observar tanto el núcleo duro de los derechos humanos, garantías del debido proceso y los principios fundamentales que sin duda están reconocidos tanto en la Constitución y en los instrumentos internacionales, del bloque de constitucionalidad, donde por lo menos los primeros trascienden cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas y que el segundo y tercer se debe observar en cada caso²⁰⁶, pero que bajo ningún motivo es

²⁰⁵Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T903 de 2009.

²⁰⁶ La sentencia SU-510 de 1998, de la Corte Constitucional Colombiana, que trata de unificar los criterios respecto de los asuntos sobre los cuales hay divergencias en las diversas salas de tutela, reitera esta última fundamentación y adiciona que la dignidad humana, esto es, la no afectación del “núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad” también constituye un límite a la autonomía de las autoridades indígenas. En esta misma sentencia, la Corte declara que el principio del bien jurídico es un límite material de la jurisdicción indígena, al declarar como ilegítimo y arbitrario que se sancione a un miembro de la comunidad por el simple hecho de abandonar la cosmovisión indígena y adoptar un nuevo credo religioso, lo que fundamenta aduciendo que “la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial –el mínimo de los mínimos– de la libertad de cultos”. Igualmente es necesario destacar que, en el mismo fallo, se declaran constitucionalmente válidos los siguientes hechos: 1) Que la comunidad indígena les imponga sanciones a quienes, con motivos de sus nuevas creencias, incumplen las normas tradicionales, omiten sus deberes colectivos o irrespetan a la

justificado su desconocimiento pues sí constituyen un límite a observar por las autoridades indígenas.

Igualmente, los límites que se podrían dar en las decisiones de la justicia indígena no sólo están en la normativa nacional sino a nivel internacional, en el denominado bloque de constitucional que ya analicé con más detalle en el capítulo primero de este trabajo, así en la sentencia T-254 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana, se dispuso lo siguiente:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogida en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos²⁰⁷.

De tal manera el reconocimiento del control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena, además permite que se asegure una convivencia armónica entre las culturas indígenas y la sociedad en general, vuelve práctica la aplicación de esta justicia respetando sus particularidades, pero al mismo tiempo, los enmarca en los principios y valores constitucionales y elimina, así, los posibles abusos y actuaciones arbitrarias de parte de autoridades indígenas. El control constitucional es la garantía más idónea para la seguridad jurídica del Estado colombiano y de todos los Estados que reconocen la pluralidad jurídica, que respetan los derechos de todo ciudadano, indígena o no, y no permite el abuso de personas que por poseer el cargo de autoridad puedan violar derechos constitucionales bajo la figura de una falsa práctica²⁰⁸ de una justicia milenaria. Así, se puede argumentar que el control constitucional frente a las decisiones de la justicia

autoridad, porque son prescripciones que obligan igualmente a los restantes integrantes de ella. 2) Que las autoridades indígenas impidan la práctica del culto evangélico dentro del territorio del resguardo mediante formas como el cierre del templo y la prohibición del culto colectivo en lugares públicos. O que prohíba el ingreso al resguardo de personas extrañas a la comunidad, por ejemplo, los predicadores de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, IPUC. 3) Que se construyan, en el resguardo, instalaciones para realizar el culto evangélico. Las razones expuestas para sustentar estas decisiones fueron: Que los dogmas y prácticas del grupo evangélico amenazaban la existencia misma de la cultura indígena⁸⁹ y que los resguardos y territorios eran propiedad colectiva, con carácter de “derecho fundamental”, por constituir el principal medio de subsistencia y formar parte de la cosmovisión y religiosidad indígenas, razón por la cual la comunidad tiene la facultad tanto de decidir autónomamente quién puede o no entrar y permanecer en su territorio, como prohibir la construcción en él de instalaciones por parte de personas extrañas a su cultura. La sentencia T-1022 de 2001 reitera las conclusiones anteriores al analizar un conflicto similar con los predicadores de la Ipuc.

²⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-254 de 1994

²⁰⁸ Me refiero así, no por desconocer la existencia de la justicia indígena, sino por referirme a prácticas que no coinciden con la filosofía y los objetivos que esta justicia persigue, y más bien la utilizan como herramienta de dominio o herramienta política en las diferentes comunidades indígenas, volviendo así su práctica falsa y sin sentido.

indígena está fundamentado por los límites impuestos en la normativa nacional en los principios, valores y derechos constitucionales como en normas internacionales, como es el caso de la Declaración de los Derechos Humanos. Además, de la Constitución y normas internacionales la norma que trata el tema de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia es la Ley 270 de 1996 denominada Estatutaria de la Administración de Justicia, la misma señala en su artículo 12 lo siguiente:

"[l]as autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones Jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas"²⁰⁹

De esta manera se deja sentado que si cabe el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena.

En Colombia al igual que en Ecuador no hay una ley de cooperación o coordinación de la justicia indígena con la justicia ordinaria tal como ocurre en Bolivia, sin embargo, “[l]a postura de la Corte Constitucional, que a través de la revisión se ha convertido en tribunal de homologación, asume de alguna manera el control de los problemas, en el sentido no ya de exigir un nuevo juzgamiento, sino de *consultar* a la comunidad, consulta que en últimas se convierte en mecanismo de control”²¹⁰. La Corte Constitucional ha tenido una labor extensa frente a las decisiones de la justicia indígena, por tal razón la Corte ha manifestado en estos años diferentes posturas frente a las decisiones de las autoridades indígenas, las más destacadas son las siguientes: “pedir que se repita el juzgamiento, ordenar que se consulte de nuevo a la comunidad a ver si se repite o no el juicio y si no se repite, pasárselo a las autoridades judiciales ordinarias, reconocer plenamente la decisión, y reconocer parcialmente la decisión y pedir revisión de la misma”²¹¹.

De esta manera se puede observar que en Colombia el tema del control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena, a pesar de no establecer un

²⁰⁹ Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia. Artículo 12. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

²¹⁰ Ariza Santamaría, Rosember. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_5396-1442-4-30.pdf?111216010954

²¹¹ *Vid. supra* nota, 210.

procedimiento o acción específica como si ocurre en Ecuador, ha sido tratado en algunas ocasiones por la Corte Constitucional que resguarda la supremacía de la Constitución frente a las decisiones de la justicia indígena y permite su desarrollo, la acepta a trámite y resuelve, bajo la acción de tutela si un individuo la interpone, tal como ocurre en el caso de homicidio que ocurrió en Togoima y donde el caso fue conocido directamente por el cabildo de esta localidad, porque, el hecho sucedió en la plaza pública de la vereda Mesa de Togoima, después de un partido de fútbol. El implicado fue Édgar Olimpo Liz Chasqui quien cometió homicidio en la persona de Olivo Medina Achipiz. Las autoridades indígenas aplicaron la justicia indígena y condenaron a Édgar Olimpo Liz Chasqui a 60 años de cárcel por el asesinato suscitado.

Sin embargo, el cabildo de Togoima, quien condenó a Édgar Olimpo Liz Chasqui a 60 años de cárcel, recibió un oficio de Édgar Olimpo Liz Chasqui, que manifestaba que la condena de los 60 años sobrepasaba los límites de la justicia colombiana y además se le violaban los derechos fundamentales por cuanto, no se llevó a cabo el debido proceso, no se le admitió el derecho a la defensa, y que la decisión del cabildo y la Asamblea General violó el derecho a la igualdad. Por tal razón, Liz Chasqui solicitó revocatoria de la decisión tomada por el cabildo de la comunidad para iniciar un nuevo proceso de juzgamiento de acuerdo con los usos y costumbres. Por ello, presentó una acción de tutela para amparar el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia ante la Corte Constitucional que aborda el conocimiento de este caso en la Sentencia SU-154/06, Acción de Tutela contra cabildo indígena.

La Corte Constitucional dio trámite y resolvió que la acción de tutela era improcedente por considerar que existió un abuso en la acción de tutela, la Corte argumentó textualmente lo siguiente:

Del anterior recuento se desprende que esta tercera acción, que ahora debe decidir la Corte, ya había sido interpuesta por los mismos hechos y en procura de la protección de los mismos derechos. Esto significa que la presente tutela es improcedente. Dado que en la presente oportunidad se evidencia la presentación sucesiva de dos acciones de tutela ante distintos jueces, motivada en los mismos hechos y para la protección de los mismos derechos, la Corte debe declarar la tutela como improcedente. Adicionalmente, la Sala constata la interposición de una tercera tutela, la intermedia en el tiempo, dirigida en contra de la primera sentencia proferida por la jurisdicción constitucional. Se trata de una “tutela contra tutela” que en su momento debió ser denegada por el juez que conoció de ella, pues, como lo ha explicado esta Corporación, el mecanismo para oponerse a la decisión de un

juez de tutela es la impugnación de la misma, si es de primera instancia, o la solicitud de selección para revisión por parte de la Corte Constitucional²¹².

En el presente caso, la Corte no pasó a explicar el fondo del asunto sino que lo resolvió en cuanto al análisis del reglamento de la acción de tutela. No obstante, “la propia Corte solicitó un peritaje antropológico para establecer el tipo de juzgamiento que se realiza en esta comunidad indígena y constatar el debido proceso y los demás derechos en comento”²¹³, lo cual permite ver el ejercicio del control constitucional por parte de este órgano.

El control constitucional que se da en Colombia, frente a las decisiones de la justicia indígena son concedidas en revisión mediante diferentes acciones jurisdiccionales, que en el ejemplo mencionada fue la acción de tutela de los derechos fundamentales y se da paso a esta revisión siempre “que ellas hayan sido negadas en las primeras instancias judiciales ordinarias. No obstante, la Corte ha definido una línea en el tema, que tiene su culmen en la exigibilidad a las autoridades indígenas del cumplimiento del mínimo vital legal que se debe respetar por parte de ellas”²¹⁴. De esta manera se puede argumentar que Colombia posee un modelo mixto de control constitucional, equiparándose así a países como Bolivia, Ecuador y a la mayoría de los países de Latinoamérica, porque tanto los diferentes jueces y tribunales como la Corte Constitucional son encargados de velar por la vigilancia y protección de la supremacía constitucional, el orden normativo y la justicia constitucional.

3.2.3. Perú

La Constitución peruana, al igual que la ecuatoriana, boliviana y colombiana, reconoce la justicia indígena y otorga las funciones jurisdiccionales a las comunidades nativas y campesinas para que apliquen su justicia dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario²¹⁵. Este mandato constitucional se da por la existencia de diferentes poblaciones indígena y por el reconocimiento que en la misma Carta Magna otorga a las poblaciones originarias de este país, considerando que son pueblos dueños de sus propias creencias, su cultura y sobre todo reconociendo que son parte de una sociedad

²¹² Corte Constitucional de Colombia. *Caso Édgar Olimpo Liz Chasqui contra Cabildo indígena de Togoima Debido proceso en la jurisdicción indígena*. Expediente T-882370. Sentencia SU-154/06 del 1 de marzo del 2006.

²¹³ *Vid. supra* nota 210.

²¹⁴ *Vid. supra* nota 210.

²¹⁵ Constitución de la República de Perú...Óp. cit., Artículo 149.

que se ha formado a manera de Estado, lo cual involucra la existencia de límites en los derechos fundamentales en el actuar de toda persona individual o colectiva. Límites que en el caso de la justicia indígena se encuentra plasmada en el Carta Fundamental, que dispone que las actuaciones de la autoridades indígenas de las Comunidades Campesinas y Nativas están permitidas “siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona”²¹⁶, que están reconocidos tanto en la Constitución y en los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

De esta manera, la Constitución peruana establece límites a la aplicación de la justicia indígena, límites que sin duda también se pueden observar en las Constituciones de Ecuador, Bolivia y Colombia.

El hecho de limitar la aplicación de la justicia indígena a los derechos fundamentales no es mera casualidad, sino que responde a la forma de organización que poseen estos países. Es decir, Perú, al igual que Ecuador, Bolivia y Colombia, dispone en el artículo 43, que la forma de gobierno imperante es el democrático, que el Estado es uno e indivisible y que su gobierno es unitario, lo cual significa que la observancia, cumplimiento y respeto de la Constitución y los derechos, principios y valores que este contiene es de vital importancia en un Estado democrático como es el peruano. Sumándose a esto, además, está la existencia de un gobierno que es el ente encargado de la organización de los diferentes aspectos de la sociedad. Por tal razón, no es posible, bajo ningún sentido, pensar que en un Estado unitario y democrático, existan justicias que estén bajo su propio mando, sin ningún control o fuera del marco constitucional establecido en la sociedad en donde habitan, porque si esto ocurriera no se estaría ante un Estado unitario sino ante una pluralidad de Estados con sistemas de justicia propios.

Otra razón por la que es necesario limitar la actuación de las autoridades indígenas al marco constitucional, y de esta manera establecer un control de constitucionalidad de las decisiones de las autoridades indígenas, es por los principios de supremacía constitucional y fuerza normativa, que al igual que la Constitución ecuatoriana, boliviana, y colombiana, poseen la Constitución peruana y que están reconocidos en el artículo 51 bajo el título de “Supremacía de la Constitución”, y dispone que “la Constitución prevalece sobre toda

²¹⁶ *Ibíd.*

norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”²¹⁷. De esta manera, queda sentado que la Constitución peruana y sus derechos, principios y valores fundamentales están por encima de cualquier otra norma que coexista en la sociedad y que su observancia debe ser observada por toda autoridad ya sea ordinaria o indígena. Así, la justicia indígena al ser parte de la sociedad peruana, estructurada como democrática y unitaria debe tomar en cuenta y respetar los derechos fundamentales de cada ciudadano sea indígena o no.

A pesar de los límites que, sin duda, establece la Constitución peruana al reconocer la justicia indígena y los demás límites y principios que la propia Carta Magna contiene en su texto, no existe en Perú, al igual que en Colombia y Bolivia, una acción específica bajo la cual un ciudadano, indígena o no indígena, pueda alegar violación de derechos constitucionales por decisiones de la justicia indígena, o cuando vea que las decisiones de la justicia indígena salen del marco constitucional que debe respetar, como si ocurre en Ecuador, lo cual no significa que esto sea imposible, porque existe los argumentos jurídicos para proceder en el caso de violaciones de derechos y las respectivas limitaciones que se dan en la aplicación de la justicia indígena como lo acabo de anotar.

El tema de la justicia indígena en Perú, al igual que en Ecuador, Bolivia y Colombia ha sido de gran polémica, por la existencia de un pluralismo jurídico “en otras palabras [...] la presencia de órdenes jurídicos que se encuentran vigentes, que conviven, y que se desarrollan en el mismo espacio geográfico”²¹⁸ y por la diferencia muy marcada que existen entre la justicia indígena y la ordinaria, no sólo en sus procedimientos, reglas o sanciones, sino por la filosofía que el uno y el otro maneja. Es por esta razón, y por otros diversos motivos más, ya sean políticos, el tema de la justicia indígena, su aplicación, competencias y, sobre todo, un procedimiento específico por la cual sea posible el control constitucional de tales decisiones, no han sido de gran preocupación por las autoridades de los países en comento, lo cual ha dado muchas veces paso a violaciones de derechos por parte de las autoridades indígenas tanto en Ecuador, Bolivia, Colombia y Perú.

Con ánimo de evitar situaciones ilegales y fuera del marco constitucional, en Perú, se ha trabajado en el Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia lo cual ha sido un gran avance para determinar los principios a tomar en cuenta en

²¹⁷ *Id.*, Artículo 51.

²¹⁸ *Vid. supra* nota 174, 15.

los procedimientos, la jurisdicción y competencia de la justicia indígena. Sin embargo, la importancia de esta Ley es aún más relevante porque este proyecto establece los límites a tomar en cuenta a la hora, tanto de la aplicación como decisiones en la justicia indígena, para que se respete los derechos fundamentales que la Constitución contiene y obliga a observar, por tal razón y según el catedrático de la Universidad de Viena Rene Kuppe:

[S]iempre y cuando el contenido de las leyes de coordinación limite el ejercicio de la jurisdicción indígena al Estado debe justificar la aplicación de la ley en el caso concreto y realizar una ponderación frente al reclamo del grupo indígena al ejercicio de su jurisdicción. Cuando el resultado de esa ponderación muestre que el interés del grupo indígena es superior al interés del Estado en la aplicación plena de la ley, el grupo indígena tiene derecho a una exención de la aplicación de la norma. De esta forma, se realiza el principio de la inmediata aplicabilidad y de la plena justiciabilidad de los derechos y garantías fundamentales, las cuales no deben ser restringidas por otras normas jurídicas, aun cuando estas últimas estén formalmente vigentes²¹⁹.

Por ello, el Proyecto de Ley de Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia del Perú estipula en su artículo 2 literal e) que “[l]as reglas y prácticas de los sistemas de justicia deben adecuarse a las garantías del debido proceso, así como los límites y control que se regulan en la Constitución Política (...)”. De los derechos y principios fundamentales. Control constitucional que en Perú se presenta como modelo mixto por combinar tanto características del modelo europeo como americano. Las características del modelo europeo la podemos notar en el artículo 201, ya que dispone que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, es decir, que es el órgano que posee la jurisdicción constitucional y es la encargada de velar por el principio de la supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución, pero por otro lado también se presentan en control difuso por el cual el órgano judicial también posee la facultad de velar por el cumplimiento de la Constitución

Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.²²⁰

De esta manera, queda sentado que el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena no es posible descartar en el Estado peruano, no sólo por las limitaciones que la Carta fundamental señala al reconocer este derecho milenario, sino porque tal control es vital y necesario en un Estado democrático y unitario como es el

²¹⁹ Vid. *supra* nota 174, 27.

²²⁰ Vid. *supra* nota 70, Artículo 138.

peruano y además por poseer órganos que están encargados de velar por la observancia y respeto, del principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, como es el órgano judicial y sobre todo la Corte Constitucional, para dar paso a la justicia constitucional y preservar la seguridad jurídica de la sociedad.

En este capítulo, se han presentado los argumentos jurídicos bajo los cuales es importante el control constitucional en las decisiones de la justicia indígena en el Ecuador. Se ha analizado cada uno de los principios constitucionales, tanto nacionales como internacionales, que permiten tal control y dan paso a la consecución de un verdadero Estado constitucional de derechos, donde los principios de la supremacía constitucional y fuerza normativa de la Constitución, reconocidos en la Carta Magna, son la característica primordial para su vida en sociedad. También se ha estudiado el procedimiento y regulaciones que sobre este tema existe en la legislación nacional, y se ha establecido un breve planteamiento que permita mayor viabilidad y práctica en el control constitucional de las decisiones de las autoridades indígenas, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Debido al reconocimiento de la justicia indígena en las Cartas Fundamentales de los países como Bolivia, Colombia y Perú, se ha estudiado el manejo del control constitucional de los tres países y se planteado las razones por las que resulta de gran importancia la regulación de este tema, convencida de que:

[u]na Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados, es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido [o grupo] en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene, la Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros” Eduardo García de Enterría.²²¹

²²¹ Riera José. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Cochabamba (Bolivia). Editorial KIPUS. 2007. p, 31 citado en: “La supremacía de la Constitución y el Control de Constitucionalidad en Bolivia”. Alan E. Vargas Lima. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/62125052/La-Supremacia-de-la-Constitucion-y-el-Control-de-Constitucionalidad-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia-Agosto-de-2011>.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

La justicia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, desde el primer momento en el que fue constitucionalizada, en el año de 1998, estuvo sometida a un Estado social de derecho y a los principios, facultades y valores señalados en la Carta Magna a los cuales debía respetar en todo su accionar. Así, en el inciso cuarto del artículo 191, correspondiente al título sexto de la función judicial y al capítulo primero de los principios generales, otorgó funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas, quienes al aplicar los procedimientos propios de su cultura para la solución de conflictos internos, debían actuar conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.

De esta manera, el reconocimiento constitucional de la justicia indígena encontró su límite desde sus primeros inicios. Límites que lo colocaban como parte de un Estado social de derecho que poseía como pilar fundamental la Carta Magna, detentadora de los valores de una sociedad de este tipo; donde todo ordenamiento y todo actuar de las autoridades y los ciudadanos, indígenas o no, estaban atados a este cuerpo normativo, y donde el control constitucional era el medio jurídico por el cual se regulaba el cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución. Así, la justicia indígena, al incorporarse bajo mandato constitucional en el antecesor Estado social de derecho estuvo sometida al control constitucional.

La Constitución de 2008 vuelve a incorporar en su cuerpo normativo, el reconocimiento a la justicia indígena en su artículo 171, pero no deja de lado el control constitucional frente a las decisiones de las autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, que al igual que las decisiones de la justicia ordinaria, estas deben respetar el marco constitucional vigente. La Carta Magna posee un texto más preciso al determinar que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercen funciones jurisdiccionales, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, pero que estos actos, bajo ninguna circunstancia, pueden salirse del marco constitucional ni violar derechos fundamentales. En tal sentido, determina textualmente que las decisiones estarán sujetas al control constitucional, que se vuelve aún más precisa con la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que destina dentro de su texto normativo, una garantía jurisdiccional específica para este tema: la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena (Art. 65).

El vehículo constitucional y legal por medio del cual se puso en práctica el control constitucional a las decisiones de las autoridades indígenas, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es la acción extraordinaria de protección, incorporada en el artículo 65 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala que toda persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión. El control constitucional de las decisiones de la justicia indígena no solo se basa en el mandato constitucional que da paso a su obligatoriedad, sino que posee un medio específico que permite su aplicación mediante una acción constitucional, que puede ser ejercida por todo ciudadano, indígena o no, por ser titular de todos los derechos, garantías y acciones constitucionales reconocidos en la carta fundamental.

De mi ejercicio de derecho comparado, se desprende que en Bolivia, Colombia y Perú, que tienen en común poseer dentro de su sociedad un gran número de pueblos nativos; y donde existe un reconocimiento constitucional de la justicia indígena, la someten al control constitucional. Es decir, en el mismo texto constitucional de cada uno de estos países, se dispone que la justicia indígena deba observar y estar acorde al mandato constitucional. Bajo ningún pretexto, las autoridades de los pueblos nativos en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, otorgados bajo mandato constitucional, pueden violar derechos constitucionales reconocidos a todos los ciudadanos. Todo el actuar de la justicia indígena debe estar acorde al marco constitucional de cada país, ya sea Bolivia, Perú o Colombia. Para tal propósito se ha tomado en cuenta ciertas medidas de regulación, tales como: la Ley de Deslinde Territorial, en Bolivia; jurisprudencias de la Corte Constitucional, en Colombia, y se ha establecido límites específicos en el caso de Perú, en la misma Constitución, para regular el tema del control constitucional de la justicia indígena. De tal manera, ningún país de los mencionados, que han reconocido la justicia indígena, ha dejado este sistema de justicia fuera del control constitucional y han reconocido, unos de forma más clara que otros, la importancia de la supremacía constitucional, la fuerza normativa de la Constitución y han preservado la puesta en marcha de la justicia constitucional y la unidad nacional, atando las decisiones de la autoridades indígenas a su Carta Fundamental y a los principios y derechos fundamentales que este contiene.

Todos los ciudadanos, autoridades, e instituciones, que habitan en el Ecuador están sometidos a la Constitución bajo el mandato de la carta suprema en su artículo 426. De tal forma, la observancia y el respeto de todos los derechos, principios y valores constitucionales son una de los deberes a cumplir por todos sin excepción alguna. El control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena es el mecanismo jurídico que efectiviza este respeto y vigila que todas las actuaciones de la justicia indígena estén sujetas al marco constitucional. En vista de que Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos, democrático y garantista entre sus deberes está el proteger, sin reservas, los derechos fundamentales, por ser derechos inherentes al hombre donde las normas están basadas en principios universales que se deben observar, y que están protegidas gracias a las garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución.

En el Estado constitucional de derechos, como es el Ecuador, se desconoce toda norma contraria a la Constitución ya que este cuerpo normativo es el poseedor del principio de la supremacía constitucional, y fuerza normativa, lo cual significa que está en la cúspide del ordenamiento jurídico por ser la norma de normas, donde las demás le están subordinadas y destinadas a poner en práctica los principios, valores y reglas que esta contiene. Bajo el principio de supremacía constitucional toda norma contraria a la Carta Fundamental carece de validez jurídica. El control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena es el resultado de lo establecido en el mandato constitucional del artículo 426 y se da además por la existencia de un órgano máximo poseedor de la jurisdicción constitucional, Corte Constitucional, que es la encargada, por medio del control constitucional, de mantener la concordancia de las normas subordinadas y todo acto de poder público con la Constitución, y así dar paso a la garantía de los derechos fundamentales y del mismo modo realizar la interpretación del texto constitucional de acuerdo al espíritu del constituyente, elementos indispensables en un Estado constitucional de derechos que precautela la seguridad jurídica, unidad jurídica, y justicia constitucional en la sociedad ecuatoriana.

La justicia indígena, al estar sometida al control constitucional, no solo debe observar los derechos reconocidos en la Carta Magna, sino que debe obediencia y respeto a los principios universales de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad. El derecho de los pueblos indígenas a practicar su justicia toma como base jurídica el principio de la libre determinación, reconocido en el artículo 4 de la

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que junto a otros cuerpos normativos internacionales, como el Convenio de la OIT 107 y 169, han influenciado de forma decisiva en el reconocimiento constitucional que se ha visualizado en los últimos años, en los diferentes países de la región. Sin embargo, resulta ilógico que en ejercicio del derecho a la libre determinación, se excluya cualquier norma, garantías constitucionales o normas internacionales, no es posible el reconocer un derecho y no observar otro que está identificado en los mismos cuerpos legales.

Así, el control constitucional, frente a las decisiones de la justicia indígena, vigila y regula el respeto a estos límites, que poseen un carácter universal por ser inherentes de todo ser humano y de cada orden o sistema jurídico. La imposición estatal de estos límites que las autoridades indígenas están llamada a observar al tomar las decisiones, no se interpone con el principio de la libre determinación, porque los valores, principios, y derechos asegurados por los límites y garantizados por el control constitucional poseen un carácter universal y no se podría apartar de cultura alguna.

El dinamismo y la evolución son una de las características de la justicia indígena, lo que significa que se desarrolla, que evoluciona, que responde a los cambios, se adapta y enriquece con el pasar del tiempo; pues caso contrario, la sobrevivencia de una cultura y su justicia se vuelve ambiguas, y sobre todo, imposible de adaptarlas en la vida jurídica-práctica de un Estado. De tal modo - y al subsistir en un Estado constitucional de derechos-, el control constitucional frente a las decisiones de la justicia indígena no implican necesariamente la pérdida de identidad, sino la reafirmación y subsistencia, respeto y aplicación práctica dentro de una sociedad diversa como la ecuatoriana donde todos los ciudadanos están regulados y, al mismo tiempo, protegidos de los posibles abusos que un poder ilimitado o decisión desenfrenada pueda violentar o poner en peligro los derechos fundamentales.

Si la justicia indígena está reconocida bajo las normas de un Estado constitucional de derechos basado en la filosofía del neoconstitucionalismo, es necesario entender que los cambios y las adaptaciones a la vida jurídica del país son de fundamental importancia, no solo para su conservación, sino para su incorporación y practicidad en la vida jurídica.

A pesar de que la Constitución vigente fue publicada y entró en vigencia en el año de 2008, exactamente hace cuatro años, y a pesar de que la Ley de Garantías Jurisdiccionales

y Control Constitucional entró en vigencia hace tres años, existen pocos casos que se hayan presentado bajo la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena, y de los pocos que se han presentado, unos han sido resueltos más por aspectos de forma que de fondo y otros están en proceso de análisis un largo tiempo, que sobre pasa el periodo de un año. Esta realidad es muy preocupante, porque a pesar del reconocimiento de la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de las autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, tanto en la Ley como en la Constitución vigente, la falta de información por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sobre esta acción y la falta de seriedad en el análisis jurídico y la puesta en consideración de temas de justicia indígena y constitucionalismo, por parte de los jueces constitucionales han dejado al olvido o impracticable esta acción. Tomando como justificativos que el tema de la justicia indígena debe ser analizada por especialistas en el tema por lo cual el estudio se alarga y la sentencia se hace eterna.

4.2. Recomendaciones a los jueces constitucionales

Es necesario que ha futuro exista una uniformidad jurisprudencial, es decir, que los jueces constitucionales, encargados de resguardar los derechos, principios y valores constitucionales y poseedores de la jurisdicción constitucional, tomen con responsabilidad su papel de vigilantes de los derechos constitucionales reconocidos a todo ciudadano, indígena o no, y resuelvan casos de acción extraordinaria de protección, frente a decisiones de la justicia indígena con el mismo criterio jurídico que utilizan a la hora de resolver los diferentes casos que se presentan en la justicia ordinaria. Criterio que involucre la puesta en marcha del aparato judicial de forma responsable, seria, oportuna, eficaz y con la brevedad posible, aplicando para ello un análisis profundo en base a sus conocimientos jurídicos, en base, además, a los principios de pluralidad jurídica existentes en la Código Orgánico de la Función Judicial, Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y la Constitución y tomando en cuenta las peculiaridades que en cada caso y dependiendo de cada comunidad o cultura se trate.

Para la consecución de la primera recomendación, es necesario que los jueces constitucionales trabajen de forma conjunta con las organizaciones representativas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en una capacitación integral -pues nadie mejor que ellos para explicar su forma de justicia. La capacitación debe involucrar la preparación en diversos temas, tales como la cultura de las comunidades indígenas, su

forma de vida, sus prácticas ancestrales normas y procedimientos en la resolución de conflictos y los métodos de purificación y restauración comunal, aplicados en cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena. Además, es necesario inculcar en esta capacitación una explicación detallada de cuáles son sus autoridades, cómo están divididos, qué facultades poseen y cómo es la forma de elección. También, es indispensable tomar en cuenta cuál es el verdadero significado la justicia indígena: sus alcances, sus peculiaridades, características y demás componentes, que la vuelven diferente de la justicia por mano propia. Para de esta manera impulsar el respeto mutuo de una pluralidad jurídica y el ejercicio efectivo de la justicia indígena en un Estado constitucional de derechos.

Del mismo modo, es necesario que los casos de acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de las autoridades indígenas, que se presenten en la Corte Constitucional, sean resueltos por los jueces con un criterio jurídico, seriedad adecuada y responsable. Es necesario que cada juez y operador judicial de la Corte Constitucional responda con la eficiencia y la brevedad posible los casos de justicia indígena, dejando a lado intereses políticos para que la acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena tomen una validez práctica y no se quede estancada por años en los archivos de la Corte. Es decir, es necesario que los jueces constitucionales le den la importancia que se merece la protección y resguardo de los derechos constitucionales de los posibles abusos que se originen de las decisiones desenfrenadas de las autoridades indígenas, dejando a lado toda excusa con falta de fundamento como ocurre en la actualidad.

En los casos de acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de la justicia indígena que se presenten en la Corte, los jueces deben aplicar sin duda los principios que para este tema están detallados en la normativa nacional, pero también es necesario tomar en consideración los principios y derechos que están reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales, que de forma muy extensa han regulado el tema, y también han servido de base legal para el reconocimiento de la justicia indígena a nivel constitucional, con el objetivo de familiarizarse con este tema y en el futuro tomarlas en consideración en los diversos casos de justicia indígena. De esta manera, se estaría trabajando de una forma integral y concisa, el tema de la justicia indígena, tomando en cuenta tanto lo dispuesto en la normativa nacional e internacional.

4.3. Recomendaciones a las autoridades y líderes de las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador

Es necesario que los diferentes líderes y autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas participen de talleres periódicos de formación en temas de control constitucional, respeto de derechos, principios y valores contenidos en la Carta Magna y aplicación de la garantía jurisdiccional en la vía jurídica en temas indígenas. Esto, por el hecho de que muchas veces, dependiendo de cada líder indígena y de acuerdo a cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, la forma de administrar justicia puede variar, y la inobservancia de los mandatos constitucionales puede volverse común. El desarrollo y la participación de estos talleres básicos permitirían un acercamiento a la estructura jurídico-político del Estado y dará pasó a la coordinación de los dos sistemas jurídicos derivando en un respeto mutuo hacia ellos y la aplicación práctica de la justicia indígena. Porque “no se debe perder de vista lo que dispone el mandato constitucional, pues los derechos constitucionales y las normas de instrumentos internacionales (...) son los aspectos que necesariamente, deberán considerar en su administración de justicia cotidiana, las autoridades indígenas”²²².

Tanto los líderes y autoridades indígenas de las diferentes comunidades, con el apoyo del Consejo de la Judicatura, ente encargado de la promoción de la justicia intercultural según el Código Orgánico de la Función Judicial, y las organizaciones indígenas locales, provinciales y nacionales, deben trabajar en la elaboración de un manual manejable, que no incorpore términos jurídicos, sino un lenguaje fácil de entender, para explicar de forma muy práctica los derechos, principios y valores que todo ciudadano indígena o no posee, y que deben ser respetados a la hora de practicar su justicia. Este documento deberá ser entregado en las diferentes casas comunales de las distintas poblaciones indígenas, para su difusión entre sus habitantes y aplicación por parte de sus autoridades a la hora de resolver un conflicto.

La difusión de los principios, valores y derechos constituciones de los cuales son titulares todos los ciudadanos, indígena o no, y la instancia constitucional existente en caso de incumplir tal respeto, también se la debe hacer en los diferentes medios de comunicación, como en radios cantonales o comunales, canales de televisión y periódicos (ejemplo en la provincia de Chimborazo: Radio Colta, TV Sultana, etc.; provincia de

²²² Vid. *supra* nota 182, 67.

Imbabura, radio Iluman, TVN, etc.). Utilizando medios prácticos de difusión (diálogos, música, dramatizaciones, etc.) para conseguir de mejor forma el objetivo de informar a los miembros de las comunidades sobre sus derechos y a las autoridades indígenas sobre las limitaciones a la hora de practicar la justicia indígena. Mediante esta forma, el mensaje sería mejor difundido y llegaría de forma mucho más personalizada para su puesta en observancia y conocimiento.

En vista de que es la figura de “autoridad indígena”, bajo la cual un ciudadano puede administrar justicia mediante métodos tradicionales de resolución de conflictos, esta debe ser adecuadamente estructurada. Por lo tanto, se debe comenzar con la elaboración de una acta en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, donde se señalen temas tales como: forma de su elección, periodo para el cual fue electo y las facultades para las cuales esta designado. Acta que cada autoridad deberá entregar a un representante de la justicia ordinaria (jueces o tenientes políticos que tengan competencia en el cantón específico) para de esta manera tener el conocimiento de a qué autoridades indígenas se puede acudir a la hora de aplicar el control constitucional de la justicia indígena.

5. Bibliografía

- Acosta, Alberto, “El Estado plurinacional puerta para una sociedad democrática”, en *Plurinacionalidad: Democracia en la Diversidad*, Acosta Alberto y Martínez Esperanza (compiladores), Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009, p.16. Citado en Christian Masapanta. “El derecho Indígena en el Contexto Constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de los derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009.
- Acosta, José. “Naturaleza de la Jurisdicción Constitucional”. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Ídem. ed. Madrid: TECNOS, 1998.
- Álvarez, Enrique. “El Tribunal Constitucional”. *Curso de Derecho Constitucional. Los Órganos Constitucionales El Estado Autónomo*. 3da. Ídem. Madrid: TECNOS, 2000.
- Ariza Santamaría, Rosembert. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_5396-1442-4-30.pdf?111216010954
- Baltazar, Rosa. *Aceptación del pluralismo Jurídico en el Ecuador y la aplicación de la justicia indígena a un no indígena*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2008.
- Barragán, Gil. “El Control de Constitucional”. *Temas de Derecho Constitucional*. Santiago Andrade *et al.* (comps.). Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2003.
- Bidart, Germán. “¿Qué es la Constitución?” *Revista Argentina de Derecho Constitucional*. Miguel Ekmekdjian *et al.* (comps.). Buenos Aires: ADIAR S.A., 2000.
- Bidar Campos, Germán. *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*. Buenos Aires, 1995.
- Borja Cevallos, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. Fondo de Cultura. México, 1997.
- Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Bordalí Salamanca, Andrés. “El modelo chileno de jurisdicción constitucional de las libertades. Análisis en el marco de los valores de seguridad jurídica e igualdad constitucional”. *Revista de Derecho Valdivia*. XVIII/1, (2005), pp. 89 al 117. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000100004&script=sci_arttext
- Bustamante, Colón. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Canqui, Elisa, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p.64. Citado en Rosa Baltazar. “La Justicia Indígena en el Ecuador”. *Derechos*

Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales. Carlos Espinosa Gallegos – Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009.

Cerda, Flabio. *Competencia de la Autoridades indígenas para aplicar justicia indígena a un no indígena en conflictos internos dentro de los territorios de los pueblos y nacionalidades indígenas*. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito. 2011.

CONAIE “Proyecto Político”, 1997. Citado en Ilaquiche, Raúl y Tibán, Lourdes. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Ecuador: Cónclave Estudio de Diseño, 2008.

Cóndor, Eddie; Aranda, Mirva y Weiner Leónidas. *Manual informativo para autoridades judiciales estatales “La justicia indígena en los países andinos*. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1468/1/09.%20Art%C3%ADculo.%20Derecho%20Ind%C3%ADgena%20y%20medios%20alternativos%20de%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos.%20Cletus%20Gregor%20Bari%C3%A9.pdf>

Constitucionalismo. *Enciclopedia Salvar Editores*. Madrid: Volumen 5. 2004.

Cruz Rueda, Elisa. “Principios Generales del Derechos Indígena”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Fundación Konrad Andenaer Stiftung, Bogotá, 2008, p.31. Citado en Christian Masapanta. “El derecho Indígena en el Contexto Constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de los derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009.

C., Barie. *Pueblos Indígenas y derechos Constitucionales en América Latina un panorama*, Editorial Abya Yala, La paz 2003, p. 87. Citado en Rosa Baltazar. *Aceptación del pluralismo Jurídico en el Ecuador y la aplicación de la justicia indígena a un no indígena*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2008.

Comanducci, Paola. “Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Cóndor, Eddie; Aranda, Mirva y Weiner, Leónidas. *Manual informativo para autoridades judiciales estatales La justicia indígena en los países andinos*. Disponible en: <http://www.flacsoandes.org/dspace/bitstream/10469/1468/1/09.%20Art%C3%ADculo.%20Derecho%20Ind%C3%ADgena%20y%20medios%20alternativos%20de%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos.%20Cletus%20Gregor%20Bari%C3%A9.pdf>

Díaz, Francisco. “El Constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos”. *Textos Constitucionales Históricos*. Ídem. Perú: Palestra Editores A.C., 2004.55 -79. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo*

- derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Díaz, Francisco. “Indígenas: Convenios internacionales y legislación nacional”. *Iuris Dictio* III/6 (2002).
- Espín, Eduardo. “El sistema de fuentes en la Constitución”. *Derecho Constitucional El Ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Luis López Guerra. *et al.* (comps.). Valencia: EDITA: Tirant lo Blanch, 2010.
- Ferreira, Gustavo. “La Jurisdicción Constitucional en el Régimen Federal Argentino: Algunos desafíos y perspectivas”. *Derecho Constitucional del siglo XXI Diagnóstico y Perspectivas*. Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (codos.). Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 2000.
- Ferreyra, Raúl. “La jurisdicción constitucional en el régimen federal argentino: algunos desafíos y perspectivas”. *El Derecho Constitucional del siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*. Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.) Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*. Tribunal Constitucional. Quito: Fundación Konrar Adenauer, 1999.
- Goitia, Carlos. *La supremacía constitucional en Bolivia*. Revista de Derecho N. 12. UASB-Ecuador. Quito, 2009. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2308/1/09-TC-Goitia.pdf>
- Grijalva, Agustín. “El Estado Plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009, p.391.
- Haro, Ricardo. *El Control Constitucional comparado y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales*. Citado en: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Honrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 40. Citado en: Marco Monroy. *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Colección textos de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Colombia, 2007, p. 164. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Ilaquiche Raúl y Tibán Lourdes. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Ecuador: Cónclave Estudio de Diseño, 2008.
- Ilaquiche, Raúl. *Pluralismo Jurídico y administración de la justicia indígena en el Ecuador Estudio de Caso*. Editorial Fundación Hanns Seidel – Indesic, Quito, 2004, p. 40. Citado en Rosa Baltazar. *Aceptación del pluralismo Jurídico en el*

Ecuador y la aplicación de la justicia indígena a un no indígena. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2008.

- Kuppe, Rene. “Prefacio”. *Justicia comunitaria en los Andes Perú y Ecuador. Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Vintimilla Jaime. Quito: Cevallos, 2012.
- Lang, Miriam, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p.10. Citado en Rosa Baltazar. “La Justicia Indígena en el Ecuador”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p.453.
- Linares. T. II p.245. Citado en: Gil Barragán. *El Control Constitucional. Temas de Derecho Constitucional*. Ediciones legales. Quito: 2003, pp.65-66. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, p. 101.
- Masapanta, Christian. “El derecho Indígena en el Contexto Constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de los derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Masapanta, Christian. “El derecho Indígena en el Contexto Constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de los derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Molas, Isidre. “La Garantía de la Supremacía de la Constitución: El Tribunal Constitucional”. *Derecho Constitucional*. Ídem. Madrid: TECNOS, 1998.
- Montaño, Juan. “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Nogueira Alcalá, Humberto y Sagüés, Néstor Pedro. Cuadro de “Control de Constitucionalidad de las leyes en América Latina”. Citado en: Colón Bustamante. *Nueva Justicia Constitucional Neoconstitucionalismo derechos y garantías Teoría y Práctica*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. *Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/BOLIVIA.07.ESP.pdf>

- Perafán Simmonds, Carlos. *Sistemas Jurídicos: Tukano, Chami, Guambiano, Sikuaní, Bogotá*, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000, p.17. Citado en Diego Zambrano. “Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009.
- Pérez Royo, Javier. “Las Garantías Constitucionales (I) El Control de Constitucionalidad”. *Cursos de Derecho Constitucional*. 8va. Ídem. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2002.
- Pérez, Pablo. “El Tribunal Constitucional (I). Composición y Organización”. *Derecho Constitucional. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. Luis López *et al.* (comps.) Valencia: TIRANT LO BLANCH, 2010.
- Ponce, Juan. *El Neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Pozzolo, Susana. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf
- Prieto, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. 2da.ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Rabinovich Ricardo. “El publicismo como característica del derecho del Tahuantinsuyo”. *Entre la ley y la costumbre, El derecho Consuetudinario Indígena de América Latina*. Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde. México: Instituto Indigenista Interamericano, 1990.
- Rene, Kuppe. “Prefacio”. *Justicia comunitaria en los Andes Perú y Ecuador. Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Vintimilla Jaime. Quito: Cevallos, 2012.
- Riera, José. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Cochabamba (Bolivia). Editorial KIPUS. 2007. p, 31 citado en: “La supremacía de la Constitución y el Control de Constitucionalidad en Bolivia”. Alan E. Vargas Lima. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/62125052/La-Supremacia-de-la-Constitucion-y-el-Control-de-Constitucionalidad-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia-Agosto-de-2011>.
- Sagués, Néstor. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Depolmara, 1998.
- Salazar Marín, Daniela. *Aplicación de la Justicia Indígena en el Ecuador, una base conceptual y diez preguntas puntuales*. Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito.2003.

- Santivañez, José. *El nuevo sistema constitucional del Estado boliviano*. Pg. 12. Citado en: Vargas Alan. *La supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/62125052/La-Supremacia-de-la-Constitucion-y-el-Control-de-Constitucionalidad-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia-Agosto-de-2011>
- Saltos, Vanessa. “Derecho indígena: ¿Reconocimiento del ‘otro’ derecho?”. *Iuris Dictio* III/6 (2002).
- Sartori, Giovanni. “El Multiculturalismo Antipluralista”. *Revista Criterio*. N°2261 (2001). Disponible en: <http://www.revistacriterio.com.ar/cultura/giovanni-sartori-el-multiculturalismo-antipluralista/Schmaller, Frack. Criminal Justice A Brief Introduction. 9th. ed. United of States of America: PERSON, 2012.>
- Serrano, Vladimir. “El derecho indígena”. *Iuris Dictio* III/6 (2002).
- Silva, Carolina. “Las Garantías de los Derechos ¿invención o reconstrucción? *Constitucionalismo y Sociedad*. Juan Morales et al. (comps.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Tibán, Lourdes. *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*. Ecuador: Pacheco diseño e imprenta, 2010.
- Vargas, Alan. *La supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia*. Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/62125052/La-Supremacia-de-la-Constitucion-y-el-Control-de-Constitucionalidad-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia-Agosto-de-2011>
- Vintimilla Jaime. “Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”. *Revista Novedades Jurídicas*, Ediciones Legales (2009).
- Vintimilla, Jaime. *Justicia comunitaria en los Andes Perú y Ecuador. Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria ecuatoriana: ¿un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* Quito: Cevallos, 2012.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala, México*, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, N. 1-2, 1998, p. 1. Citado en Rosa Baltazar. “La Justicia Indígena en el Ecuador”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009.
- Zabala, Jorge. *Derecho Constitucional Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex S. A., 2010.

Zambrano, Diego. “Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”. *Derechos Ancestrales Justicia en Contestos Plurinacionales*. Carlos Espinosa Gallegos –Anda y Danilo Caicedo Tapia (eds.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanas, 2009.

6. Plexo normativo

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Comisión Especializada Permanente De Justicia y Estructura del Estado. Informe para Primer Debate del "Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria". 19 de diciembre 2011.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial 544 de 09 de marzo 2009.

Constitución de la República de Bolivia. Gaceta Oficial Edición NCPE. 07 de febrero del 2009.

Constitución de la República de Colombia. Diario Oficial. 8 de julio de 1991.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial, N° 449 de 20 de octubre del 2008.

Constitución Federativa de Brasil. Diario Oficial. 5 de octubre de 1988.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convenio 107 sobre Pueblo Indígenas y Triviales, Conferencia Internacional del Trabajo (1957).

Constitución de Austria. 1 de octubre de 1920.

Constitución de la República de Perú. Diario Oficial El Peruano. 8 de septiembre del 1993.

Constitución de los Estados Unidos de América. Artículo VI, sección 2. Archivos Nacionales, Washington, D.C. 17 de septiembre 1787. Disponible: http://www.constitution.org/constit_.htm

Constitución Política del Ecuador. Artículo 117, numeral 1. Registro Oficial N. 138 de 26 de marzo de 1929.

Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989).

Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Triviales en países Independientes. Conferencia Internacional del Trabajo (1989).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996.

Ley de Control Constitucional. Registro Oficial N. 99 de 2 de julio de 1997

Ley de Deslinde Jurisdiccional Ley 073. Artículo 1. Gaceta Oficial Edición 209 NEC. 29 de diciembre de 2010.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 95. Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial N. 52 de 22 de octubre del 2009.

Ley Orgánica de Organización y Régimen de las Comunas. Registro Oficial Suplemento # 315 del 16 de abril de 2004.

Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria presentada por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional el 19 de diciembre del 2011.

Reglamento de Sustanciación de Procesos y Competencias de la Corte Constitucional. Registro Oficial N. 127 de 10 de febrero del 2010.

7. Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-254 de 1994.

Corte Constitucional de Colombia, Oviedo Gonzales versus Cabildo Indígenas Chambi, Sentencia T-349, 1996.

Corte Constitucional de Colombia. *Caso Édgar Olimpo Liz Chasqui contra Cabildo indígena de Togoima Debido proceso en la jurisdicción indígena.* Expediente T-882370. Sentencia SU-154/06 del 1 de marzo del 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia número T-254, 1994.

Corte Constitucional. Causa No. 0518-10-EP de 07 de julio 2010.

Corte Constitucional. Causa No. 0731-10-EP. Comunicado de parte de la Secretaria General de la Corte Constitucional dirigido a la Asambleísta Lourdes Tibán del 04 de enero del 2011.

Corte Constitucional. Causa No. 0731-10-EP. Providencia del 12 de agosto del 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T903 de 2009.