

PLURALISMO JURÍDICO Y LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

Legal pluralism and the State Attorney General's Office.

Recibido: 2/08/2024 – Revisado: 3/09/2024 - Publicado: 08/01/2025

DOI: <https://doi.org/10.56124/ubm.v6i10.016>

Resumen

El presente trabajo se centra en la importancia de la labor desarrollada por la Fiscalía General del Estado, en aquellas investigaciones donde se encuentren vinculados, ya sea como sospechoso o víctima, una persona que pertenezca activamente a un grupo indígena. El Ecuador, por mandato constitucional es un estado plurinacional y multiétnico. El respeto y acatamiento que debe existir a la cosmovisión ancestral y su derecho propio de administrar justicia, abre el abanico para el conocimiento de parámetros desconocidos para quienes ejercemos el derecho basados en la herencia romana. El llaki o conflicto producido dentro de una comunidad indígena, no sólo afecta a una persona, sino a la armonía existente en toda ella, razón por la cual, debe ser tratado y resuelto en asamblea, puesto que ahí habitan o pertenecen los involucrados. El concepto de prisión no existe en esta cosmovisión. La expulsión es considerada como pena de muerte, ya que la persona no existe por sí sola, sino que su vida es comunitaria. El Consejo Nacional de la Judicatura, ha sido claro en dar a conocer los parámetros para la aplicación del pluralismo jurídico. A través de este artículo se establecerá la labor que imperativamente debe cumplir y acatar la Fiscalía General del Estado. Se establecerá postulados que rigen y orientan la aplicación de la justicia ancestral como derecho propio. Lamentablemente, el desconocimiento de aspectos relacionados al pluralismo jurídico, ocasiona que en varios procesos judiciales se vean afectados los derechos colectivos de las nacionalidades y comunidades indígenas.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, justicia indígena, fiscalía general del estado

Abstract

This work focuses on the importance of the work carried out by the State Attorney General's Office, in those investigations where a person who actively belongs to an indigenous group is linked, either as a suspect or victim. Ecuador, by constitutional mandate, is a plurinational and multiethnic state. The respect and compliance that must exist for the ancestral worldview and its own right to administer justice, opens the range for the knowledge of unknown parameters for those of us who exercise law based on the Roman heritage. The llaki or conflict produced within an indigenous community, not only affects one person, but the harmony existing throughout it, which is why it must be treated and resolved in an assembly, since those involved live or belong there. The concept of prison does not exist in this worldview. Expulsion is considered a death penalty, since the person does not exist alone, but rather their life is communal. The National Council of the Judiciary has been clear in making known the parameters for the application of legal pluralism. Through this article, the work that the State Attorney General's Office must imperatively fulfill and abide by will be established. Postulates will be established that govern and guide the application of ancestral justice as its own right. Unfortunately, the lack of knowledge of aspects related to legal pluralism causes the collective rights of indigenous nationalities and communities to be affected in several judicial processes.

keywords: legal pluralism, indigenous justice, state attorney general's office



ene - jun 2025
Vol. 6 - Núm. 10
e-ISSN 2600-6006

Miguel Ángel Gallardo Aguirre
<https://orcid.org/0009-0005-2159-3698>
masterlaw265@gmail.com
Fiscalía General del Estado, Ecuador



Introducción

Una de los más grandes patrimonios de la humanidad son las lenguas y saberes, mismas que son espejo de las culturas existentes en el planeta. Una lengua es una construcción social que remite a la memoria colectiva y a la relación del hombre con su medio ambiente, su entorno social y su desarrollo cultural.

Desde tiempos milenarios, se ejercieron prácticas y costumbres que tenían como punto inicial el derecho consuetudinario, por tal, existían derechos propios y procedimientos para restablecer y mantener el orden de las comunidades. Principios que en la actualidad constan en nuestra Carta Magna: ama killa, ama llulla, ama shua (no mentir, no robar, no ser ocioso).

El pluralismo jurídico es el reconocimiento de uno o varios ordenamientos jurídicos paralelos dentro de un mismo sistema de justicia, dejando a un lado la exclusividad de la función judicial y sus operadores en la construcción de un sistema punitivo y sancionatorio.

La Constitución Política de la República del Ecuador, en el año 1998, reconoció la existencia de un estado multiétnico y pluricultural

La actual Constitución de la República del Ecuador –en adelante CRE- (2008), en el artículo 1 determina que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

“La Constitución apela a la sabiduría y saberes ancestrales de todas las culturas que enriquecen al Ecuador, expresando la voluntad constituyente de la convivencia de dicha diversidad en términos de respeto y dignidad de las personas y colectividades” (Corte Constitucional Caso112-14-JH/21, 2021, pág. 5).

Por consiguiente, se reconoce la plurinacionalidad y la interculturalidad. El ejercicio del pluralismo jurídico se configura como legal. En el país existen 14 nacionalidades y 18 pueblos, cada uno tiene un sistema jurídico propio que debe respetarse por quienes habitamos en este país. Mencionando además la existencia y convivencia con el pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio. Esto en base a lo dispuesto en el artículo 10 de la CRE que establece que son sujetos de derechos las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

El pueblo montubio y afroecuatoriano, forman parte del Estado, y se les reconoce a ellos, al igual que al pueblo indígena, derechos colectivos, entre los que consta el mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad y tradiciones ancestrales, además de poder constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura.

Para la filosofía andina todo está relacionado, vinculado y conectado. El ser humano no es nada si no está dentro de una red de relaciones. Por consiguiente, si una persona es expulsada de su

comunidad, equivale a la muerte, dado que no estará conectado con los elementos que forman la cosmovisión.

La CRE en el artículo 171 dispone: Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, 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.

Además de disponer este articulado que las decisiones de la jurisdicción indígena serán respetadas tanto por las autoridades como por las instituciones públicas.

El sistema de gobierno propio está conformado por una Asamblea Comunitaria como organismo máximo de autoridad, presidida por una persona de la misma comunidad; el Cabildo administra los bienes comunitarios y hace ejecutar las decisiones de la asamblea. Además en algunas comunidades existen diferentes comités para determinadas áreas o festividades.

“No es admisible que autoridades estatales, violando la Constitución y reproduciendo un legado colonial, desconozcan, subordinen e incluso criminalicen el ejercicio de las jurisdicciones indígenas y de los propios sistemas de derechos indígenas” (Corte Constitucional Caso112-14-JH/21, 2021, pág. 8).

Principios de la justicia intercultural.

“Desde la filosofía andina el *sumak kaway* es un sistema de vida. Sistema de vida entendido como el conjunto de principios, normas o reglas, que posibilitan un modelo económico, social, político de una sociedad” (Llasag Fernández, 2009, pág. 5).

Al amparo de lo dispuesto en el Art. 3, numeral 1 de la CRE, es deber del estado garantizar sin discriminación ni diferencia el goce de los derechos determinados en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales reconocidos por el Ecuador.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia Nro. 134-13-EP-20, expresó que la interculturalidad constituye el entramado de relaciones existentes entre algunas culturas y favorece su convivencia basándose en la igualdad, sin desconocer ni desentender los elementos que conforman su identidad.

Todas las culturas y sus sistemas normativos comparten valores y derechos, que son entendidos de forma pareja. Derechos como: A la vida; libertad personal; e, integridad física, son idénticos independientemente de la estirpe. Por tal, es el sentido mismo de cómo se concibe y admite la vida.

La justicia indígena no tiene un ordenamiento jurídico escrito, no está plasmado en códigos y leyes. Aunque los procedimientos son similares entre las comunidades, tampoco existe unidad. Está basado únicamente en el derecho propio, surgiendo del interior de

la misma comunidad que ha visto afectada su armonía.

El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), faculta a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales, basándose en sus tradiciones y derecho propio, dentro de su territorio y con participación y decisión de las mujeres:

Son principios de la justicia intercultural:

- Diversidad.- Tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales, con la finalidad de garantizar el adecuado reconocimiento de la diversidad cultural.
- Igualdad.- La autoridad indígena emitirá las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos y consecuencias jurídicas de lo decidido, incluyendo la participación de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- Non bis in ídem.- Principio jurídico que determina que las autoridades de la justicia indígena no podrán ser sancionadas por los jueces ordinarios, ni autoridad administrativa.
- Pro justicia indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, se preferirá la indígena.
- Interpretación intercultural.- Se deberá interpretar interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. Es decir, se tomará en cuenta sus costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas.

Las autoridades indígenas son escogidas por los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad, conforme con su derecho propio y prácticas ancestrales, poseen legitimidad para conocer, tramitar y resolver conflictos que afecten la armonía interna de la comunidad, pueblo o nacionalidad; su labor se origina de sus tradiciones y no de una designación institucional, sin perjuicio de su inscripción y registro estatal.

La Sentencia 0008-09-SAN-CC, determina que a mayor conservación de usos y costumbres propias de la comunidad, pueblo o nacionalidad, es mayor la autonomía, teniendo supremacía sobre las normas legales dispositivas.

Los conflictos o problemas que se suscitan dentro de la comunidad son llamados llaki, y es todo acto que dañe o afecte la armonía, unidad y tranquilidad entre las comunidades o de sus integrantes. Son abordados y solucionados según su derecho propio. Por tal, no existen “delitos”, sino “llakis”. Por ejemplo, una deuda puede ser resuelta aunque en la justicia ordinaria no es delito, puesto que esta deuda entre comuneros constituye un llaki que afecta la tranquilidad y la convivencia, debiendo ser resuelta por la comunidad mas no entre deudor y acreedor, para lo cual, luego del procedimiento correspondiente, la asamblea resuelve en el cómo se pagará esa deuda, ya sea en plazo o con trabajo (por citar un ejemplo).

Aunque todo llaki puede ser resuelto en comunidad con excepción de los delitos con resultado de muerte. Los principales

conflictos que se resuelven son: peleas familiares y conyugales; infidelidades; insultos; separaciones de pareja; robos; hurtos; incumplimiento de pago de pensiones alimenticias; deudas; linderos; conflicto de herencia; entre otros.

Los llakis resquebrajan la armonía existente entre la naturaleza y los comuneros, por tal, las autoridades indígenas lo que buscan es restablecer el equilibrio a través del resarcimiento del daño.

La justicia intercultural es el engranaje de sistemas de derechos que cohabitan dentro del estado plurinacional, expresado en prácticas y procedimientos originados entre la justicia ordinaria y la indígena; conceptualizadas a través de la coordinación y cooperación mutua en igualdad de condiciones. De tal manera que, quienes se definen como indígenas o pertenecientes a un grupo humano ancestral, reciban un trato delineado a sus derechos colectivos consagrados en la CRE.

En la justicia intercultural se observa el derecho colectivo, no sólo el individual, dado que la suspensión del derecho de un comunero, implica la interrupción del derecho al trabajo de él, y por tal no sólo afecta al socio, sino a toda una familia que depende de él. No se puede sacrificar a niños, niñas y madres por el yerro cometido por una persona, ya que se afecta la integridad de la familia para su sobrevivencia. Para la solución de conflictos internos se aplican normas y procedimientos propios de cada comunidad. Tiene como principio la costumbre, es decir, el derecho consuetudinario (de ahí su choque con la justicia ordinaria que se basa en códigos heredados del derecho romano), es por ello que, tiene un carácter purificador, sanador y correctivo, no sancionador.

La interculturalidad planea que cada cultura es una visión y vivencia particular, con carácter dinámico y no monolítica. Aunque pareciese que al ser de comunidad está aislada, no lo es, pues dentro de ella, la diversidad está presente y guarda estrecha relación con otras culturas.

Para que exista un conflicto interno dentro de una comunidad, debe existir al menos uno de los siguientes criterios:

- Que afecte el entramado de relaciones comunitarias,
- tenga una implicación en la armonía y en la paz de la comunidad,
- que ocasione una afectación en la convivencia de sus miembros o entre quienes habitan en ella,
- altere o distorsione relaciones entre sus integrantes y, finalmente,
- que se advierta que la comunidad, mediante sus tradiciones y derecho propio, ha conocido y resuelto casos como el que se discute, es decir, que sea parte de su costumbre hacerlo. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pág. 6).

Por lo tanto, se tratan dentro de la justicia intercultural toda acción que afecte la armonía, unidad, paz y tranquilidad de la comunidad y entre sus comuneros, es decir, la existencia de un conflicto con intereses contrapuestos. Actos que deben ser resueltos de acuerdo a su tradición jurídica.

El derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se basa en sus procesos sociales e históricos, no siendo

homogéneo con el sistema jurídico ordinario.

Al procedimiento de la justicia intercultural se sujetan todos los comuneros inscritos en el registro. De existir un conflicto entre un comunero y uno que no lo es, se puede acudir a la justicia ordinaria, siempre y cuando el Cabildo lo autorice y ambas partes por mutuo acuerdo lo decidan.

La justicia indígena utiliza tradicionalmente el agua y la ortiga para corregir las infracciones. El agua es el elemento más importante y es considerada como purificador, al ser echada sobre la cabeza, la finalidad es eliminar la perturbación mental. Así mismo, la ortiga, que al tener elementos urticantes que producen inflamación en la piel, su finalidad es la purificación.

Aplicación de la interpretación intercultural.

El derecho indígena es un derecho vivo, dinámico y no escrito, a diferencia del ordinario, donde lo no escrito es permitido. Las normas indígenas son conocidas por todos los comuneros y no solamente se sobreentiende su sapiencia, sino que efectivamente, es impartida a través de una participación directa.

La CRE, al *sumak kawsay* lo considera como un principio, y éstos a diferencia de las reglas no poseen un supuesto de hecho, ni una consecuencia jurídica.

Es una nueva interpretación de los hechos y realidades nacionales con enfoque no sólo jurídico, sino sociológico y etnohistórico, basados en la diversidad cultural ecuatoriana, entendiéndose como un proceso de determinación de disposiciones y costumbres con relevancia jurídica.

Los operadores de justicia, en los procesos judiciales y/o fiscales, en los que estén involucrados como parte o sujetos procesales personas de pueblos o nacionalidades indígenas, están obligados a la aplicación de normas procedimentales e instrumentos internacionales relevantes a la interculturalidad y plurinacionalidad.

La interpretación intercultural será orientada a la mayor conservación de los usos y costumbres, así como mayor autonomía de las comunidades, comunas y pueblos indígenas, prevaleciendo éstos a las normas legales dispositivas.

Las autoridades indígenas, observan, acatan y aplican principios, valores, procedimientos y tradiciones ancestrales de las comunidades, no siendo este derecho inmutable, sino que evoluciona, se adapta y se renueva. Por tal, tienen plena autonomía para utilizar los mecanismos que se requieran para la aplicación de los procedimientos, dictar y hacer cumplir las resoluciones de la asamblea general, para lo cual existe la coordinación y cooperación estatal. En estas resoluciones se aplican sanciones correctivas y reparadoras con la finalidad de restablecer la paz.

Como toda sociedad, una comunidad indígena también presenta a lo largo del tiempo, estabilidad y cambio. Inclusive, pueden existir desmembraciones sociales impulsadas por aquellas

personas disidentes de las prácticas comunitarias. Sin embargo, estas disidencias no constituyen ruptura del espacio jurídico comunitario. El derecho propio abarca a los miembros activos y a los disidentes, ya que nunca dejaron de pertenecer por sangre e historia a sus comunidades, sólo se han alejado física o espacialmente.

Uno de los principales problemas jurídicos radica en que la justicia intercultural se basa en su oralidad, por consiguiente, no existe una sentencia o resolución de la asamblea comunitaria que conste por escrito, ni hay un libro de sentencias; sino que, se supone que ésta es emitida en la asamblea que resuelve el *llaki*, por tal, se cree entendida y debe ser cumplida por el procesado. Entonces, cuando dentro de un proceso en jurisdicción ordinaria, una persona que es perteneciente a una comunidad indígena, en su alegato o defensa, manifiesta que fue sancionada, o que la asamblea comunitaria ya resolvió el litigio, por tal, basado en el principio constitucional de que una persona no puede ser sancionada dos veces por la misma causa, solicita el archivo del expediente, el juez ordinario se encuentra en la complejidad jurídica de no poder demostrar esto, y debe llamar a rendir declaración con juramento al dirigente indígena para que, certifique lo manifestado por el procesado o demandado. Nace ahí la necesidad de realizar el diálogo intercultural.

Diálogo intercultural.

El Consejo Nacional de la Judicatura, a través de la Resolución Nro. 053-2023, del 28 de marzo de 2023, aprobó el “Protocolo para la aplicación del diálogo intercultural en la Función Judicial” y la “Guía de mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades de la justicia indígena y justicia ordinaria en procesos interjurisdiccionales”, los cuales fueron dispuestos por la Corte Constitucional del Ecuador, en Sentencia Nro. 112-14-JH/21, del 21 de julio de 2021.

Este dictamen expresó que, el diálogo intercultural hace posible la interrelación entre operadores de justicia y autoridades indígenas, para la comprensión de ambos sistemas, teniendo como finalidad la resolución de conflictos producidos dentro de cada grupo humano en sus respectivas jurisdicciones.

La principal característica del diálogo intercultural es la igualdad, misma que se expresa de varias formas como:

- Siempre es de doble vía.
- Respetoso de la autonomía indígena.
- Sensible a las diferencias culturales.
- Debe contribuir a una adecuada coordinación entre los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas y el derecho estatal.
- Estar abierto a gestar medidas innovadoras propias de la relación entre diversos sistemas jurídicos.

Tal y como lo estipula el artículo 345 del COFJ, los jueces que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de ésta en tal sentido. Para ello, se apertura el término probatorio de tres días para demostrar la pertinencia

correspondiente.

La misma sentencia 112-14-JH/21, dice que a través del diálogo intercultural se conoce los elementos de la cultura indígena que deben ser imperativamente tomados en cuenta por la justicia ordinaria, así como los parámetros de conocimiento que establezcan la jurisdicción indígena y el derecho colectivo. Además, el diálogo realiza una óptima interpretación intercultural a través de la enseñanza recíproca de los actores.

La Corte Constitucional, a través de sentencia Nro. 0008-09-SAN-CC, expreso sobre el diálogo intercultural que, es la obligatoriedad de articular e iniciar una nueva lectura de interpretación de las situaciones y realidades nacionales con un enfoque sustentado en la diversidad cultural.

Para el abordaje de los problemas y la solución de éstos, se analiza no solamente los derechos individuales afectados, sino, además los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, a los que pertenecen los afectados, en virtud de la cosmovisión ancestral que poseen.

Los lineamientos comunes a observar por los operadores de justicia, entre los que se encuentran los Agentes Fiscales, para la realización del diálogo intercultural en actuaciones pre procesales, procesales penales y procesos de garantías jurisdiccionales en los que intervienen comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas son:

- a) Fijar el lugar donde se desarrolle el diálogo intercultural, previo acuerdo entre autoridades indígenas y operadores de justicia.
- b) En el caso que las autoridades indígenas no comprendan el idioma castellano, los operadores de justicia dotarán peritos traductores.
- c) Las mesas de diálogo, grupos de trabajo, foros de deliberación, encuentros, reuniones en el marco de un proceso de justicia, serán considerados mecanismos con los que se pueden desarrollar el diálogo intercultural.
- d) Los operadores de justicia lo podrán iniciar de oficio o a petición de las partes y/o sujetos procesales.
- e) Los operadores de justicia tomarán contacto con las autoridades indígenas, pudiendo utilizar llamadas telefónicas, mensajes, correos, etc.
- f) Reportar periódicamente a la Dirección Provincial del Consejo Nacional de la Judicatura y/o Fiscalía Provincial, los procesos en los que se ha realizado diálogo intercultural e interpretación intercultural.

El diálogo intercultural puede ser realizado en cualquier etapa o fase pre procesal o procesal penal, debiéndose privilegiar su realización previo a la emisión de una medida cautelar, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, que dice: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

Inclusive en los procesos judiciales calificados como flagrantes al amparo de lo dispuesto en el Art. 529 del COIP, se debe imperativamente realizar el diálogo intercultural por parte de los operadores de justicia, esto como parte de la aplicación del principio de interculturalidad estipulado en la Carta Magna de la República.

Dada la plurinacionalidad y diversidad existente en el país, las formas, lugares y métodos a aplicarse en el diálogo variarán dependiendo el caso, en virtud que, no son homogéneas las tradiciones y costumbres, siendo éstas las fuentes primordiales del derecho indígena y ancestral. Por citar, aunque provienen de un mismo tronco etnohistórico los pueblos indígenas de la sierra ecuatoriana, no tienen similitud en sus costumbres y aplicación de justicia, los indígenas otavalos, con los puruháes y los saraguros. Varios de los pueblos amazónicos permanecieron durante siglos en aislamiento y no poseen semejanzas los shuaras, con los cofanes o los awá.

Por consiguiente, el diálogo intercultural es la columna vertebral de la igualdad entre pueblos para garantizar los derechos colectivos. No es sólo respetuoso de la autonomía indígena, sino sensible a las diferencias culturales.

Sin embargo, cuando existan casos de violencia de género donde las víctimas sean mujeres, niñas, niños o adolescentes de una comunidad indígena, a más de aplicar el principio de interculturalidad, se observará y cumplirá lo determinado en la normativa para grupos de atención prioritaria.

En este tipo de delitos, la justicia intercultural toma decisiones comunitarias, las cuales tienen como fin la restitución del daño causado, la indemnización económica que compense los perjuicios, la rehabilitación y recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del injusto cometido. Existe además cooperación para utilizar la ayuda estatal e internacional, para tratar de desaparecer jurídica y socialmente su situación de vulnerabilidad.

Actuación de los agentes fiscales.

Es imprescindible que fiscalía efectúe intervenciones que animen la colaboración comunitaria alejada de estereotipos de género y raciales, sino enfocada a la resolución de conflictos respetando su cosmovisión ancestral. Ésta, es orientada a que se investigue con objetividad y seguridad con profesionales probos.

Durante la investigación pre procesal y procesal penal, se deberá solicitar peritajes antropológicos, sociológicos, interculturales, traducciones, interpretaciones y/o acciones afines, que permitan aplicar el enfoque intercultural tanto en la indagación como en su judicialización, permitiendo a los operadores de justicia realizar una interpretación intercultural óptima, como lo estipulan los Art. 195 de la CRE y Art. 444 del COIP.

El o la Agente Fiscal que conoce el caso, dispondrá a los equipos técnicos respectivos que obtengan y presenten información con enfoque intercultural. Las diligencias investigativas tendrán

conexión con los hallazgos, vestigios y elementos relevantes expuestos en los informes periciales interculturales, sobre todo en el antropológico.

Es imperativo que fiscalía se comunique directamente con las autoridades indígenas y notificar a la Defensoría del Pueblo para facilitar el diálogo intercultural, el cual ocurrirá en la investigación del hecho y antes de solicitar medidas cautelares, o una diligencia catalogada como importante. Así mismo, le es permitido a fiscalía realizar visitas, mesas de diálogo, traducciones, peritajes con estudio de campo, entre otras.

En caso que se realice un diálogo intercultural, el o la fiscal establecerá el lugar donde se desarrolle éste, previo el acuerdo entre las autoridades indígenas y fiscalía. Además que, si los primeros no entienden a cabalidad el idioma castellano, se deberá acudir con traductores del idioma nativo (quichua, awá, shuara, etc). El acercamiento puede disponerse de oficio, no siendo indispensable que alguno de los sujetos intervinientes lo solicite. No se puede abordar con integridad una etapa pre procesal o procesal penal sin que exista el entendimiento intercultural, en virtud que, no serían decisiones justas e imparciales, sino, sesgadas desde un punto de vista de la justicia ordinaria, afectándose gravemente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y originarios.

Como se mencionó, es de suma importancia que el o la Agente Fiscal, tenga en cuenta el contexto social, cultural, político e histórico, así como la cohesión de los pueblos y nacionalidades indígenas. Si fiscalía no conoce a cabalidad estas aristas, solicitará la colaboración de un facilitador intercultural, el que será propuesta por una de las partes y aceptado por ambas, es decir, no es impositivo, sino de común acuerdo. Deberá poseer amplio conocimiento de pluralismo jurídico, interpretación intercultural, justicia indígena, derechos colectivos, sociología, etnohistoria y/o antropología.

El facilitador junto con el Agente Fiscal establecerán las directrices que permitan tener el diálogo intercultural, generando un espacio de conversación horizontal, transparente e igualitario entre los operadores de justicia ordinarios (Jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores, etc.) y las autoridades indígenas debida y legítimamente designadas y elegidas por la Asamblea Comunitaria.

El o la Agente Fiscal, tiene el deber de explicar en términos generales, sin tecnicismos y en lenguaje sencillo, cuál es el proceso investigativo o procesal penal, por el cual uno o varios de los comuneros están siendo investigados o procesados, dejando siempre en claro el respeto a los derechos constitucionales tanto individuales como colectivos. Utilizará material documental o audiovisual con características investigativas y académicas.

No puede ni debe abandonar el diálogo intercultural, sino que, su participación será activa y dinámica. Deberá proponer acuerdos que permitan llegar a una solución del problema jurídico planteado aplicando el principio de interculturalidad.

Tal y como lo estipulada la Resolución Nro. 053-2023 del Consejo Nacional de la Judicatura, Fiscalía General del Estado solicitará a las autoridades indígenas, se instale comisiones de investigación de la comunidad o consejos de ancianos, así como colaboración por intermedio de medidas comunitarias interculturales para que las personas procesadas o investigadas comparezcan al proceso, cumpliéndose de igual manera las medidas de protección en favor de las víctimas.

Cuando se solicite la práctica de la pericia antropológica, dentro de una investigación por un delito de violencia de género, en el cual la víctima sea una mujer indígena, el peritaje deberá integrar los aspectos referentes al género y su vulnerabilidad.

Es deber del Agente Fiscal, antes de solicitar una medida cautelar de privación de la libertad, dar cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 10 del Convenio 169 de la OIT, que dice: "1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento".

Por tal, se debe coordinar con las autoridades indígenas, el cumplimiento de las medidas cautelares, para que sean ellos quienes vigilen a la persona procesada mientras dure el proceso, así como el cumplimiento de este mandato que no se desobedecerá por ninguna causal, con excepción claro está, de fuerza mayor o caso fortuito.

Consecuentemente, a más de los requisitos constantes en el Art. 534 del COIP, sobre los requisitos para solicitar la prisión preventiva, se tomará en cuenta los tratados y acuerdos internacionales reconocidos por el Ecuador, en este caso, el Convenio 169 de la OIT, por lo que, la prisión preventiva es de extrema ultima ratio.

Al amparo de lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva del 30 de mayo de 2022, constante en la Resolución Nro. 053-2023 del Consejo Nacional de la Judicatura (2023): "La adopción de medidas alternativas a la prisión preventiva será la regla para los miembros de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con especial énfasis en los pueblos de reciente contacto, debido a la situación de vulnerabilidad que presentan sus miembros" (Pág. 40).

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó que la privación de libertad de personas indígenas es una medida desproporcionada ya que es una traba para el ejercicio del derecho a la identidad cultural de ellos y que, los efectos derivados de ésta, afectan a toda la comunidad.

"La privación de la libertad, propia del sistema jurídico occidental, no está contemplada como una consecuencia que podía derivarse de la ejecución de un acto realizado" (Corte Constitucional Caso112-14-JH/21, 2021, pág. 23).

Para los miembros más ancianos de la comunidad, que

desconocen la existencia de la privación de libertad, la consideran como una amenaza o riesgo que proviene de personas ajenas a sus comunidades, inclusive, podría tomarse como una activación de código de guerra.

De producirse una sentencia con pena privativa de libertad, ésta deberá cumplirse en el centro de privación de libertad más cercano a la comunidad a la que pertenece el procesado; además que, se podrá extender los horarios de visitas o que éstos, sean más flexibles para que se mantenga el contacto con su comunidad. Una vez realizado el diálogo intercultural, el o la Agente Fiscal que conoce el caso y sabe de la decisión de la justicia indígena, verificará el cumplimiento de los elementos constantes en el Art. 345 del COFJ, y previo sorteo solicitará al juez competente la declinación de competencia.

Para la declinación de competencias, los jueces que conozcan de la existencia de un proceso sometido a conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán ésta siempre que exista la petición de los representantes comunitarios legalmente elegidos y reconocidos. Seguidamente, se apertura el término (solo días hábiles) de tres días en el que se demostrará la pertinencia de la invocación. Aceptada la alegación, el juez dispondrá previa petición fiscal el archivo de la causa si se encuentra en etapa pre procesal, por existir un obstáculo insubsanable de inicio del proceso penal; mientras que, si existe Instrucción Fiscal, concurrirá un dictamen abstentivo. Luego, se remitirá el cuaderno a la jurisdicción indígena, para que proceda con el juzgamiento según sus reglas.

Cuando la declinación de competencia fuera solicitada por el sospechoso dentro de la investigación previa, los fiscales tienen el deber de incorporar dentro del expediente todos los elementos que permitan al juez reconocer si la víctima consintió en que el victimario se acoja a una pena o proceso penal intercultural. Tomando en consideración que la comunidad solicitante debe tener derecho propio, así como el conflicto o llaki sea interno a ésta.

“El auto que decide la inhibición del conocimiento de la causa por declinación de la competencia a favor de la justicia indígena no tiene la aptitud para producir un gravamen irreparable, es decir, una vulneración de los derechos fundamentales” (Corte Constitucional del Ecuador Caso Nro. 256-13-EP, 2021, pág. 08). El personal misional de fiscalía debe asegurar el enfoque intercultural, estando prohibido conductas que configuren tratos racistas o discriminatorios.

Metodología

El método de análisis histórico determina la evolución y la transcendencia del derecho andino propio dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como la aplicación y respeto por parte de la denominada justicia ordinaria.

La investigación proyectada es de tipo explicativa, en tanto se propone alcanzar un nivel de profundidad del objeto de estudio

seleccionado, precisando las fundamentaciones del derecho propio indígena, permitiendo de esta manera, una mejor comprensión de la dinámica expuesta.

Conclusiones

En la cosmovisión andina, el ser humano como individuo unitario no tiene cabida, dado que está integrado a la comunidad. Fuera de la comunidad no existe, es incompleto o está muerto.

La justicia intercultural tiene como finalidad reinsertar a las personas a la vida comunitaria, más no una privación de la libertad.

El llaki es el rompimiento de la relación naturaleza – comunero, por tal, la finalidad de las autoridades indígenas al aplicar su derecho propio es retomar la armonía.

Pese a que en Ecuador, la justicia intercultural se encuentra plasmada y garantizada, en la práctica existe un sinnúmero de dudas y confusiones que no permiten la coexistencia real de ambas justicias.

La labor de los y las Agentes Fiscales, es velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales e imperativamente acatar las normas que rigen la justicia intercultural.

Es obligación de los operadores de justicia, solicitar, disponer, practicar e incorporar, la pericia antropológica en los casos que sea necesarios.

El pedido de declinación de competencia, no puede verse obstaculizado por la presencia de estereotipos raciales, étnicos, sociales o culturales.

No se puede exigir que la justicia intercultural que siempre se basó en el derecho consuetudinario y no escrito, se acople y transforme a un derecho heredado del romano, donde el procedimiento, los delitos y las sanciones deben constar por escrito con anterioridad.

Referencias

- Aguirre Izurieta, I. & Vásquez Calle, J. (2020). La aplicación de la justicia indígena frente al NOM BIS IN IDEM. *Revista Polo del Conocimiento* 47 (5) No. 7. Págs. 921 – 946.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2023). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.
- Consejo Nacional de la Judicatura. (2023). Resolución Nro. 053-2023 de aprobación del “Protocolo para la aplicación del diálogo intercultural en la Función Judicial” y la “Guía de mecanismos de coordinación y cooperación entre autoridades de la justicia indígena y justicia ordinaria en procesos interjurisdiccionales”.
- Constitución de la República del Ecuador. (2023). Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.
- Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. (1998).

- Corte Constitucional del Ecuador. (2014). Sentencia Nro. 006-14-SNC-CC. Casos 0036-10CN y 0006-11-CN ACUMULADOS. 24 pp.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia Nro. 1229-14-EP/21 (Libertad y derechos colectivos). Caso Otavalo. 38 pp.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia Nro. 4-16-EI/21. Caso Comunidad Ancestral A'I Dureno. 22 pp.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia Nro. 112-14-JH/21. (Revisión de garantías). Caso Waorani. 74 pp.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia Nro. 256-13-EP. (Garantías de la motivación y de ser juzgado por juez competente). Caso Zhiña. 27 pp.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso de la Comunidad Mayagana (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (2007).
- Fiscalía General del Estado. (2023). Política criminal sobre atención a víctimas de violencia de género en contextos de interculturalidad. Dirección de Política Criminal. 48 pp.
- García, Fernando. (2002). Formas indígenas de administrar justicia: Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana. FLACSO Sede Ecuador. Primera Edición. Págs. 86.
- Guzmán Guzmán, Galo (2016). Principio de oportunidad y justicia indígena: Facultades del fiscal de asuntos indígenas, ejercicio de la acción penal, juez competente vigencia del estado plurinacional. Universidad Regional Autónoma de Los Andes, UNIANDES, Tesis de Grado. 57 pp.
- Llasag Fernández, R. (2009). El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales. Revista de Derecho UASB-Ecuador. (12), Foro 124. Págs. 1 – 13.
- Ordóñez Salazar, L. & Morales Navarrete, M. (2022). Reparación integral en los delitos de violencia de género en la justicia indígena. Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, 5(1), Págs. 112 – 119.