



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO PUBLICO: TRANSPARENCIA, REGULACIONES Y
CONTROL.

EL DEBIDO PROCESO EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA DE PUEBLOS ORIGINARIOS EN LATINOAMÉRICA

CAMILO ARANEDA GODOY

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis
Terrae, para optar al grado de Magister en Derecho Público.

Profesor Guía: Pier Paolo Pigozzi Sandoval

Santiago, Chile

2024

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. PROBLEMAS EN EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LOS PUEBLOS Y NACIONES INDÍGENAS.....	4
1.1. Derecho al recurso.....	11
1.2. Juez o Tribunal competente.....	13
1.3. Derecho de defensa.....	17
2. PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A LOS ELEMENTOS DESTACADOS DEL DEBIDO PROCESO.....	20
2.1 Derecho al recurso.....	21
2.2. Juez o Tribunal competente.....	22
2.3. Derecho de defensa.....	24
CONCLUSIÓN.....	26
BIBLIOGRAFIA.....	28

EL DEBIDO PROCESO EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA DE PUEBLOS ORIGINARIOS

RESUMEN

El presente trabajo revisa los principales problemas que se visualizan en los procedimientos llevados por la jurisdicción especial de los pueblos y naciones indígenas en relación al debido proceso. Se revisarán los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en estos puntos específicos, con el objeto de determinar si estos procedimientos cumplen con los requerimientos de la Corte para satisfacer el debido proceso.

Palabras Clave: Pueblos y naciones indígenas, jurisdicción indígena, debido proceso, derecho indígena, pluralismo jurídico.

INTRODUCCIÓN

Actualmente el Estado de Chile reconoce la existencia de 11 pueblos originarios y de acuerdo al censo llevado a cabo en el año 2017, se establece que el 12,8% de la población se considera como perteneciente a un pueblo indígena. Por su parte, es de conocimiento público el conflicto histórico que existe en nuestro país con el pueblo Mapuche, el cual no ha decantado con el paso del tiempo.

Es relevante abordar los procedimientos judiciales especiales para los pueblos y naciones indígenas, asunto que se discutió arduamente en Chile, durante el año 2022, a raíz de la propuesta fallida de una nueva Constitución Política. Aún más considerando que nuestro país no ha regulado esta materia, mientras que otros países de la región ya desde los años 90 han establecido jurisdicciones especiales para los miembros de las comunidades indígenas.

En este contexto, surgen importantes cuestionamientos de cómo se compatibiliza una jurisdicción especial para estos pueblos, con derechos y garantías que debe respetar cualquier procedimiento justo, propios de los estados de derecho.

Con el objeto de resolver estas inquietudes se analizará el derecho a un recurso, al juez competente y a la defensa, los que forman parte de la garantía del debido proceso y que, ante la regulación y práctica de estos procedimientos judiciales, parecieran ser afectados. Se contrastará con los fallos que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto de visualizar si estos procedimientos cumplen con los estándares exigidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación al debido proceso.

1. PROBLEMAS EN EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LOS PUEBLOS Y NACIONES INDÍGENAS.

Al revisar la normativa propia de algunos países de Latino America, como Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, se puede apreciar que la jurisdicción especial para los pueblos y naciones indígenas se encuentra regulada en las Constituciones Políticas de cada uno de ellos. En general, las normas que regulan este tiempo de jurisdicción tienen dos elementos en común, primero que la regulación la efectúan de manera muy somera, prácticamente en un articulado de la

norma, lo cual resulta insuficiente para la gran complejidad de la materia que se debe abordar; y segundo, que se establece un límite en la jurisdicción especial, relacionada con el respeto a la constitución y los derechos humanos, como mínimo y en algunos Estados, incluyen el respeto a la ley, como es el caso de la Constitución Política de Colombia¹ y de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela².

En ese orden de idea, por regla general en las Constituciones de los países de Latino América, el debido proceso se encuentra reconocido y consagrado en dicho texto normativo, sumado a ello, a nivel internacional existen diversos instrumentos que regulan este derecho, como ejemplo podemos mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el cual fue ratificado por el Estado de Chile en febrero del 1972, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, del año 1969 y que fue ratificada por Chile en agosto del año 1990. En virtud de estos instrumentos podemos entender que el Derecho al debido proceso se encuentra reconocido internacionalmente como un derecho humano, que debe ser respetado a todas las personas por igual.

Este punto es importante, ya que como consecuencia necesaria a lo expresado al regular la justicia indígena por las Constituciones de los distintos países, como ya se dijo, esta justicia especial debe respetar tanto la constitución como los derechos humanos, es decir, debe respetar el derecho al debido proceso tanto de las personas que pertenecen a una comunidad indígena como aquellos que no pertenecen, de manera tal que las autoridades indígenas que ejercen jurisdicción deben ajustar su procedimiento a las reglas que conforman este principio.

Ante lo cual, resulta interesante el pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana, la que ha resuelto expresamente que el debido proceso es un límite para la jurisdicción especial indígena, de esta manera en la sentencia de la causa T-208 del año 2019, ha señalado:

El debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios

¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 246.

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 260.

de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción³.

De esta manera, desde una mirada estrictamente formal es posible afirmar que los procedimientos judiciales llevado a cabo por las autoridades indígenas, en el marco de su jurisdicción especial, deben ajustarse a las reglas que configuran el debido proceso, de manera de asegurar a todas las personas, tanto miembros de su comunidad como aquellos que no perteneces a ella, un juicio racional y justo. Sin embargo, resulta necesario analizar el funcionamiento práctico de esta jurisdicción especial, para efecto de visualizar si efectivamente la aplicación del su propio derecho se ajusta a las exigencias del debido proceso.

Se debe partir de la base que la creación de sistemas judiciales especiales para pueblos y naciones indígenas, que respeten su cultura, tradiciones y reglas consuetudinaria, la cual sea llevado en principio ante sus propias autoridades comunitarias, tiene su sustento en un derecho que se encuentra suficientemente reconocido por la comunidad internacional, ya que se refiere a “la libre determinación de los pueblos y naciones indígenas”.

En este sentido, no existe una concepción única de como se entiende la libre determinación, ya que cada pueblo o nación indígena le ha dado ciertos matices, sin embargo, existen elementos comunes que permiten identificar la visión que estos pueblos le entregan a este derecho. En general, lo entienden como un derecho inherente y preexistente, algunos lo señalan como originario, y se encuentra asociado a su cosmovisión del mundo y las costumbres que le entregan identidad como comunidad. Por ejemplo, la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana y Gaia Amazonas, al responder el Cuestionario de CIDH para el informe temático sobre el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales del año 2021, señala:

“Nosotros no dependemos de una Ley normativa, sino una ley de origen, que nos fue legada desde antes; [...] La libre determinación, desde nuestra concepción, no se puede limitar solamente a un documento escrito impuesto desde las comprensiones y el derecho no indígena [...] “Nosotros estamos y habitamos los territorios antes de la creación de los ‘Estados’; nos regimos por leyes y códigos diferentes, nuestros mandatos vienen desde el origen del mundo, los cuales nos orientan nuestro comportamiento en los territorios donde nos dejó el Padre Creador, así como establecen las formas de interrelación con todos los seres existentes en el mundo [...] Nosotros nos regimos por la palabra, por los sueños, por

³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en causa T-208/19, de fecha 17 de mayo de 2019, en su considerando 27. Pág. 12.

signos, por otras formas de ser y estar en el mundo. Todo este estado de cosas que fortalecen nuestra espiritualidad y cultura, se apoyan en el uso de las plantas sagradas como la coca, tabaco y la yuca dulce”⁴

Por tanto, asumen que el derecho a la libre determinación, no es otorgado por el derecho internacional o por los estados, sino que es un derecho propio o inclusive algunos pueblos, entienden que es un derecho natural o que proviene de una divinidad, por lo que no puede ser arrebatado o alterado por los Estados, que surgen con posterioridad a su existencia como pueblo o nación. A pesar que este derecho a la libre determinación de los pueblos y naciones indígenas tiene, relación con el respeto a sus costumbre, tradiciones y su cosmovisión del universo, también tiene una visión importante sobre el futuro, ya que el hecho de poder dirigir y encaminar la forma en que se conduce cada pueblo, le permite proyectar el horizonte de la comunidad, así lo ha planteado el representante de a la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes de Perú, quien en respuesta al cuestionario para el informe temático sobre el derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, 26 de abril de 2020, ha señalado:

“La autodeterminación organiza la relación entre los Pueblos Indígenas y el Estado, reconociendo siempre que los pueblos indígenas estaban aquí antes de los Estados, y por eso se debe proteger su continuidad histórica [...]Sin el derecho a decidir, no podemos proyectar nuestra continuidad histórica hacia el futuro, y garantizar la realización y ejercicio continuo de todos nuestros derechos esenciales. El derecho a la autodeterminación, el derecho de decidir nos permite mantener, proteger y extender nuestros proyectos como Pueblos Indígenas a través del tiempo”⁵

Como se puede apreciar, la concepción de este derecho por parte de las comunidades indígenas son bastante amplios y categóricos, teniendo especialmente en consideración que estos pueblos o naciones son parte de Estados, conformados y reconocidos por la comunidad internacionales, los cuales mantienen regulado los derechos y deberes de los ciudadanos y los procedimientos por los cuales se exigen y se hacen valer.

Por su parte, la comunidad internacional ha reconocido este derecho de manera tácita en diversos instrumentos internacionales, sin embargo tanto en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas del año 2007 y la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, han reconocido de manera expresa y en términos idénticos la libre determinación de los

⁴ Libre de Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, Pág. 31 y 32.

⁵ Libre de Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, Pág. 35.

pueblos y naciones indígenas, señalando ambas en su artículo 3: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Han sido estas mismas convenciones, las que han señalado que este derecho se extenderá a la autonomía y autogobierno en materias internas de la comunidad, dentro de lo cual podemos comprender la forma de resolver los conflictos de acuerdo a su propia normativa.

De esta manera, la comunidad internacional ha entendido que la libre determinación de los pueblos y naciones indígenas, no es un mecanismo para que estas comunidades generen un Estado propio que funcione de acuerdo a sus tradiciones y costumbre, sino que más bien se piensa como una herramienta que propicie el diálogo y participación de las comunidades, en el desenvolvimiento de los Estados que integran, estableciendo relaciones que fortalezcan el respeto, la paz y los valores compartidos, en ese contexto “La Comisión coincide en que la creación de Estados independientes no debe entenderse como la solución para pueblos indígenas y tribales que exigen la libre determinación, y reitera que el ejercicio de este derecho da lugar a diferentes medidas en contextos diferentes, por lo cual, en el caso de estos pueblos se debe tener como punto de partida sus aspiraciones actuales y teniendo en cuenta también el carácter reparador de este derecho. Por tanto, el ejercicio de la libre determinación puede dar lugar a arreglos a nivel interno de un Estado para que los pueblos indígenas y tribales puedan determinar su desarrollo económico, social y cultural, y otros aspectos de la libre determinación”⁶.

Reiterando, lo que se ha planteado precedentemente, el derecho a la libre determinación de los pueblos y naciones indígenas, comprende la regulación de procedimientos especiales y ajustado a sus sistemas normativos, que permita resolver los conflictos que se susciten dentro de las propias comunidades. De esta manera y en relación a la extensión del derecho a la libre determinación de los pueblos y naciones indígenas, la comisión interamericana de derechos humanos, ha señalado “En el caso del sistema judicial del pueblo Navajo, las fuentes de derecho que se aplican incluyen las leyes fundamentales que provienen de sus historias de origen, filosofía y espiritualidad que han sido transmitidas oralmente y que establecen las normas necesarias para mantener relaciones correctas entre las personas y los resultados deseables en la sociedad Navajo”⁷, lo que resulta ser

⁶ Libre de Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, Pág. 39.

⁷ Libre de Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales, Pág.

una constatación que la visión de las comunidades indígena que la libertad para autogobernarse que les otorga la ley natural alcanza inclusive a los sistemas de justicia.

En este orden de idea, tanto la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas, han regulado expresamente la auto determinación de estas comunidades en sus sistemas jurídicos, particularmente en sus artículos 22⁸ y 34 respectivamente. En este sentido, la regulación que realizan estos instrumentos internacionales es muy similares y en partes idénticas, por lo cual se puede reconocer ciertos elementos que proporcionan las directrices en esta materia, dentro de las cuales podemos mencionar:

- a) Se consagra el derecho a promover, desarrollar y mantener sus sistemas jurídicos.
- b) Estos sistemas deben responder a las costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas.
- c) Los sistemas jurídicos deben ajustarse a las normas internacionales de Derecho Humano.

El mismo artículo 22 N°2 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ha señalado que “El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional”, imponiendo entonces a los Estados que los sistemas jurídicos especiales de las comunidades indígenas, deben ser valorados y respetados dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

En este mismo orden de ideas, se debe tener presente que no existe una costumbre común entre todos los pueblos indígenas del mundo, por tanto es prácticamente imposible establecer lineamientos propios en la forma de proceder en los procedimientos judiciales relacionados con las comunidades indígenas, solo para ejemplificar lo que sucede en Latinoamérica, en Colombia se reconoce la existencia de 115 comunidades indígenas, en Perú 55, en Ecuador se identifican 18 pueblos indígena, en Venezuela existen al menos 40 pueblos indígenas y en Bolivia 36. Es natural pensar, que gran parte de los pueblos y comunidades indígena en latinoamérica tienen una cosmovisión similar, sin embargo, la costumbre que cada uno de estos pueblos tengan, esta

⁸ Art. 22 N°1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

asociada a su historia y cultura, que no necesariamente es la misma con las demás. En este sentido en el estudio realizado por Hans-Jürgen Brandt, logra concluir que “Nuestros resultados muestran que, no obstante, las similitudes de las normas de derecho consuetudinario y de los procedimientos que rigen en los diferentes grupos étnicos en cuanto al tratamiento de los distintos conflictos, las diferencias son más marcadas que los aspectos comunes. No hay una cultura jurídica homogénea de los campesinos e indígenas peruanos y ecuatorianos”.⁹

En dicho estudio lograron apreciar que existen formas de resolución conflicto semejantes entre las comunidades castellanoparlantes y las comunidades quechuas del Perú, de manera tal que la mayoría de los conflictos familiares, patrimoniales, de violencia familiar y de delitos termina con una conciliación, sólo las controversias por responsabilidades comunales se resuelven mayoritariamente por una decisión comunal. Lo que buscan obtener quien lleva estos procedimientos es una justicia comunitaria, por lo han entendido que “el mecanismo para lograr este objetivo es la búsqueda de un nuevo equilibrio entre las partes en la fase de “diálogo” del procedimiento. Cara a cara tienen que presentar sus versiones de la controversia, no hay una representación por abogados. Las autoridades tratan de resolver el verdadero fondo del conflicto – no solo el sustrato jurídico, como en la justicia ordinaria. Intentan concientizar a los malhechores y litigantes cuales son las normas vulneradas y les exhortan a respetar el derecho comunal en el futuro. El resultado del procedimiento es plasmado finalmente en un acta de conciliación o “reconciliación”. Alrededor de un tercio (34,3%) de los conflictos se soluciona de esta manera”¹⁰

No obstante, a lo señalado anteriormente, se logra visualizar que los procedimientos en la jurisdicción especial indígena, y tal como lo señala el estudio referido precedentemente, no existe mayor diferencia los mecanismos de resolución de conflictos en las provincias de Loja, Chimborazo y Cotopaxi. En este sentido, se pide identificar etapas marcadas en el procedimiento especial indígenas, de acuerdo a lo indicado por el profesor Eduardo Díaz Ocampo¹¹, son la siguientes:

WILLACHINA: Es el acto en que la persona que ha sido afectada, concurre al cabildo respecto, informa de esta situación y solicita la solución de la controversia.

⁹ Hans-Jürgen Brandt, pág. 53.

¹⁰ Hans-Jürgen Brandt, pág. 312.

¹¹ Díaz Ocampo, Eduardo, pág. 109.

TAPUYKUNA: Esta etapa del proceso, dice relación con la investigación de los hechos denunciados en la Willachina.

CHIMBAPURANA: Es la etapa en que cada una de las partes pueden exponer su versión de los hechos y rendir probanza en dicho sentido.

KILLPICHIRINA: Es la etapa en donde se adopta una decisión respecto del conflicto, la sanciones que contempla la costumbre de las comunidades indígenas en Ecuador, son: las multas, la devolución de los objetos robados más las indemnizaciones, el baño de agua fría, ortiga, fuede o látigo, trabajos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la comunidad basada en los reglamentos internos de la comunidad.

PAKTACHINA: Es la etapa final del proceso, en donde se procede a ejecutar la sanción decretada.

De lo reseñado previamente y teniendo como antecedente la información recabada por Alejandra Paola Barrionuevo Silva en su trabajo de título, en el cual aplicó cuestionarios a 66 personas, los que corresponden a los presidentes de las comunidades del Cantón Ambato, y las dos entrevistas que se realizará al Fiscal Provincial del Cantón Ambato y al Fiscal Indígena del Cantón Ambato Provincia de Tungurahua, todos de Ecuador, ante la pregunta ¿Conoce usted que es el principio del debido proceso?¹², el 80% responde que no y ante la pregunta ¿conoce cuál es el debido proceso en justicia indígena?¹³, el 77% responde no, se puede desprender que existe un importante debilitamiento e inclusive una transgresión al principio del debido proceso en los sistemas judiciales especiales para los pueblos y naciones indígenas, en lo que sigue se detalla alguno de los problemas detectados en esta materia.

1.1. Derecho al recurso.

Al realizar una revisión de la diversa normativa, principalmente de latinoamérica, que regula y reconoce un sistema de justicia especial para los pueblos y naciones indígenas, se logra advertir problemas que afectan el derecho a un recurso, como elemento constitutivo del debido proceso. En este sentido debemos recordar que el artículo 8 de la declaración Universal de los

¹² Barrionuevo Silva, Alejandra Paola, pag. 84.

¹³ Barrionuevo Silva, Alejandra Paola, pag. 79.

Derechos Humanos, al respecto señala “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, por su parte el artículo 25 N°1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha reafirmado la garantía al recurso señalando “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare 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”. Ambas normas, mandan a los estados a regular el derecho al recurso, ante actos, en este caso resoluciones, que afecten o vulneren los derechos fundamentales que establecen las constituciones respectivas y las leyes.

Se debe partir indicando que por regla general la regulación de este tiempo de jurisdicción debe respetar la constitución, las leyes y los derechos humanos; sin embargo, no establece un mecanismo que permita el control de la legalidad y constitucionalidad tanto del procedimiento seguido por las autoridades de las comunidades dotadas de jurisdicción, como de las decisiones propiamente tal, lo que conduce indefectiblemente que no exista un recurso eficaz, que permita resguardar que las personas que son sometidas a procedimientos de esta naturaleza.

En el caso de Ecuador se ha establecido, en el artículo 170 de su carta magna, ha dispuesto que las decisiones adoptadas por las comunidades indígenas deben estar sujetas a un control de constitucionalidad. De todas maneras, aun cuando existiera un sistema de control o recursivo en cuanto a la constitucionalidad y legalidad de los los procedimientos y resoluciones a las que se arrije en estos procedimientos, se debe tener presente que estos deberían ser conocidos por los tribunales ordinarios de justicia, lo que ocasiona un nuevo inconveniente, particularmente en cuanto a conocer las costumbres hechas derechos de los pueblos y naciones indígenas que le permitan apreciar los antecedentes de acuerdo a la perspectiva de estas comunidades.

Un segundo problema que se logra advertir, relacionado con el derecho a los recursos, es la persona dotada de la potestad de resolver un conflicto, toda vez que se ha señalado que en general esta facultad reside en la autoridad máxima de una comunidad, ya sea unipersonal o colegiada, de manera tal, que si se pudiera recurrir a la decisión adoptada por esta autoridad ¿quien sería el llamado a resolver ese recurso? No existía una autoridad dotada de un poder o facultad que esté

por sobre ella, de manera tal que no podrá fallar de manera imparcial e independiente, lo que evidentemente vulneraría un nuevo elemento del debido proceso. Otra alternativa, es que los recursos de asuntos de fondo sean conocidos y resueltos por los tribunales de la justicia ordinaria, sin embargo, esto implicaría afectar la especialidad de la jurisdicción, considerando que el derecho utilizado en estos procedimientos es de tipo consuetudinario.

De acuerdo a las etapas distinguidas por el profesor Eduardo Díaz Ocampo, en las comunidades indígenas de Ecuador, en general no se contempla dentro del procedimiento una etapa recursiva, que permita que una persona de mayor jerarquía realice una revisión del procedimiento y la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional, así como tampoco se realiza una revisión desde el cumplimiento de normas y principios que debe respetar todos los procedimientos, es decir, no existen impugnación por la forma en que se llevan a cabo como por el fondo de las decisiones arribadas, lo que indefectiblemente puede llevarnos a concluir que se pueda afectar otra garantía del debido proceso como la racionalidad y proporcionalidad del procedimiento, es decir, el debido proceso material.

1.2. Juez o Tribunal competente.

Al respecto la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8 señala “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”. En este caso, tal como lo señala la Convención respecto al derecho al recurso, los procesos deben ser sustanciados ante un juez o tribunal que reúna ciertas características mínimas, como son: competente, independiente e imparcial.

En general las constituciones de países de Latinoamérica que regulan esta materia se han limitado de señalar “ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial”¹⁴¹⁵¹⁶, es decir, solo hacen alusión a un elemento de la competencia como es el territorio, el ámbito espacial,

¹⁴ Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁵ Artículo 171 de la Constitución Política de Ecuador.

¹⁶ Artículo 149 de la Constitución Política del Perú.

pero nada dice respecto a la materia y los sujetos. Este tipo de regulación, deja varios supuestos en una situación irregular, de compleja definición de la competencia con la que actúa el órgano jurisdiccional, en muchos casos resolviéndose la contienda de competencia caso a caso; sin embargo, como ya se ha señalado no existe una etapa recursiva que permita discutir en el procedimiento la competencia del órgano jurisdiccional que conoce y resuelve el asunto.

Algunos de los supuestos que podrían parecer problemáticas de resolver, hechos ocurridos dentro del territorio jurisdiccional de la comunidad, cometidos por personas que no pertenecen a la misma y que en la jurisdicción ordinaria no es sancionable. En dicha situación, el sujeto difícilmente tiene conocimiento de la punibilidad de su conducta, ya que el derecho aplicable es consuetudinario, es decir, en general sólo será conocido por los miembros de la comunidad. En cuanto a la materia, tampoco existe una regulación respecto a los asuntos que pueden y deben ser conocido por la jurisdicción especial, por tanto, las comunidades han entendido que debido a su libre determinación, pueden y deben conocer y resolver asuntos de toda índole, de acuerdo a su propio derecho. En este sentido, puede ocurrir asuntos relacionados con materias del derecho de familia, en donde uno de las partes sea miembro de la comunidad y la otra no, entonces ¿qué órgano jurisdiccional tiene la competencia para resolver?

Resulta necesario destacar el trabajo realizado por la Corte Constitucional de Colombia, quien ante el silencio legislativo y ante la problemática relacionada con la competencia de los órganos de jurisdicción especial, y ha delineado los elementos que configuran la competencia de la jurisdicción especial indígena, criterios que han ido variando durante el tiempo, sin embargo se han mantenido constantes desde el año 2016, de esta manera desde la Sentencia T-496 de 1996 y hasta la sentencia T-728 de 2002, el fuero indígena, se entendía compuesto por un factor territorial y uno personal, que ya desde la Sentencia T-552 de 2003, se incorporo a estos dos factores, los elementos institucional y objetivo y ya con la Sentencia T-522 de 2016, se establece que la concurrencia de estos elementos se debe analizar caso a caso, sin que necesariamente la falta de uno de ellos signifique en forma automática, que el asunto será conocido por la justicia ordinaria. Los elementos señalados precedentemente, se pueden entender de la siguiente manera:

Elemento Personal: Este elemento se refiere a que el sujeto que cometió la infracción o se sometera a un procedimiento judicial debe pertenecer a una comunidad indígena.

Elemento Territorial: Este elemento apunta a que los hechos que son objeto del procedimiento ocurran dentro del territorio de la comunidad indigena respectiva.

Elemento Institucional: Con este elemento se pretende determinar que la comunidad a la que pertenece el sujeto, cuenta con una autoridad que cuente con un nivel de poder que pueda aplicar una sanción al sujeto y de la misma manera, que la comunidad tenga usos y costumbres que regulan un procedimiento de acuerdo a sus tradiciones, que aseguren el debido derecho a defensa del sujeto.

Elemento Objetivo: Por medio de este elemento, se busca determinar que el bien jurídico involucrado en caso específico es de interés de la comunidad indigena en particular o de la mayoría de la sociedad. En caso de existir duda, corresponderá al juez que conozca del caso, definir este elemento de acuerdo a los elementos del caso concreto.

Este lineamiento, ha sido utilizado por otros países para configurar los límites a la competencia de la jurisdicción especial de los pueblos y comunidad indígena, sin embargo, continúa siendo un problema, en la medida que esta situación no se encuentre suficientemente regulado a nivel legislativo. Un ejemplo de ello es Perú, que por medio del acuerdo planetario N°1-2009/116, de la Corte Suprema de Justicia de la República, adoptan adoptar como doctrina legal, elementos de la competencia de la jurisdicción especial comunal-rondero¹⁷.

Respecto a este último punto regulado por el Poder Judicial Peruano, resulta interesante analizar algunos elementos, que ayudan a establecer la competencia que tendrán las rondas campesinas y limitaciones, que, en algunos aspectos, responden al respeto al debido proceso. En este contexto, es establecen elementos que permiten determinar si un integrante de una ronda campesina, presuntamente comete un delito, en su actuación como rondero¹⁸, le es aplicable la jurisdicción especial o la jurisdicción ordinaria. Para ello la Corte, indica que es necesario revisar un elemento objetivo y un factor de congruencia.

¹⁷ Acuerdo Plenario N°1-2009/116 de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, considerandos del 7 al 17.

¹⁸ Miembro de una ronda, la cual se entiende como una organización social de autodefensa integrada por miembros de comunidades campesinas o étnicas.

- a) Elemento Objetivo: este elemento hace referencia a circunstancias como elementos personales y territoriales, por lo que nuevamente corresponde distinguir diversas circunstancias dentro de este elemento.
- i) Primero debe existir una norma propia de la comunidad, que provenga de sus tradiciones y cosmovisión del mundo, la cual establezca la reprochabilidad de la conducta que intentó evitar el rondero.
 - ii) Si la víctima de la conducta realizada por el rondero, es una persona que pertenece a la comunidad y su conducta está vinculada con la cosmovisión y la cultura de la ronda, la jurisdicción penal ordinaria no tiene competencia para resolver el conflicto.
 - iii) Sin embargo, si el sujeto pasivo de la conducta del rondero, no es miembro de la comunidad indígena, es necesario realizar un análisis respecto al lugar donde ocurrió la conducta y a un ámbito cultural de la misma, los cuales permitirán determinar, lo cual determinará si el actuar del rondero debe ser conocido y juzgado por la jurisdicción ordinaria o especial.
- b) Factor de Congruencia: Este elemento apunta al cumplimiento de lo prescrito por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, en cuanto que la jurisdicción especial otorgada a las rondas campesinas, no puede vulnerar los derechos fundamentales, “La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados”¹⁹. Los derechos fundamentales que se integran dentro del núcleo esencial y que se encuentran por sobre las demás garantías o derechos constitucionales, inclusive por sobre el derecho a la identidad étnica y cultural y por cierto por sobre el derecho colectivo de ejercer jurisdicción esencial, son: la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o

¹⁹ Acuerdo Plenario N°1-2009/CJ-116, pág. 8.

degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas.

Dentro de este mismo punto, el acuerdo plenario, ha establecido que ante la violación a derechos humanos, ya sea por aplicación de normas consuetudinarias de los pueblos o por abuso de los comuneros o autoridades, le corresponderá a la justicia penal ordinaria conocer y juzgar los hechos.

1.3. Derecho de defensa.

El derecho de defensa es uno de las garantías principales del debido proceso, pudiendo descomponerse en diversos elementos o sub garantías, sin embargo para los efectos del presente acápite quisiera detenerme en alguno de ellos, como: a) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; b) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; c) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; d) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; e) derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.²⁰ Respecto a este derecho pareciera ser más clara la infracción o disminución de su protección, en razón de la aplicación del derecho propio y sus costumbres.

Se puede advertir del estudio realizado por Alejandra Silva Barrionuevo²¹, que respecto a las comunidades en estudio en Ecuador, en el 57% de los procesos de la justicia especial indígena, no se lleva a cabo la etapa de la confrontación, es decir, en la mayoría de los casos las personas inculcadas o las partes de un proceso, ven vulnerado su derecho a la rendición de prueba, confrontar la prueba que se presente en su contra, interrogar y contrainterrogar a los testigos, efectuar alegaciones de derecho en su favor, entre otras herramientas que se deben asegurar a todas las personas en el contexto de una defensa adecuada en los procedimientos judiciales. Estos mismos

²⁰ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8 N°2, letras c, d, e y f respectivamente.

²¹ Barrionuevo Silva, Alejandra Paola, pag. 80.

elementos, impactan en otras garantías al debido proceso como en la faceta material, desde la racionalidad del proceso y posible sanción, así como la proporcionalidad y la congruencia del proceso, lo cual se agrava al no existir un derecho claro al recurso efectivo y eficaz, ni una revisión por parte de los órganos jurisdiccionales de la justicia ordinaria.

A lo anterior, se debe agregar que no se encuentra regulada la participación de una asistencia letrada para la defensa o representación de las partes del proceso, quienes puedan realizar una defensa técnica de los elementos de forma y fondo que se ven involucrados en el proceso. En este sentido, Hans-Jürgen Brandt, en su estudio logra concluir que “en la fase de 'diálogo' del procedimiento todos los involucrados tienen el derecho a presentar su versión de la verdad y a defenderse. La defensa debe ser directa sin intervención de abogados, que generalmente tienen mala fama”²².

Lo que se conjuga con el hecho de que la autoridad que imparte justicia, no es juez que se abstrae de la participación de la vida en comunidad, sino que más bien, es una autoridad dentro de la comunidad en todos los aspectos, inclusive desde una mirada espiritual, para los miembros de la comunidad, lo que por cierto lleva aparejado que las personas que son juzgadas en estos procedimientos, no tengan la intención de contradecir la visión, teoría y resoluciones de dicha autoridad, aun cuando pueda estar actuando en contra de sus intereses y sin apego a las garantías del debido proceso.

Por su parte, es interesante la información aportada por el estudio realizado por Hans-Jürgen Brandt²³, en donde se entrevistó a 91 dirigentes de autoridades comunales de Perú y en lo relativo al Derecho a la Presunción de inocencia se le efectúan dos preguntas:

- Toda persona es inocente hasta demostrar su culpa, ante lo cual el 92.2% estuvo de acuerdo con esta información.
- Muchas veces, desde el inicio ya se sabe quién es culpable, ante lo cual el 76.7% de los encuestados estuvo de acuerdo con la afirmación.

²² Hans-Jürgen Brandt. Pág. 71.

²³ Hans-Jürgen Brandt. Pág. 185.

Esta información permite visualizar, que si bien de lo formal se comprende en qué consiste el Derecho a presumir la inocencia, desde la práctica y convección existe y prejuicio respecto al inculpado desde que comienza el procedimiento.

En esta orden de garantías, el mismo estudio ha reflejado que el 95.6% de los encuestados, está de acuerdo con la afirmación ¿El acusado tiene la obligación de confesar su delito, no puede callar?, lo que va de la mano con la cultura conciliadora y el forzar a acuerdos, lo que podría llevar a una violación de la letra g del N°2 del artículo 8 de la convención. A mayor abundamiento, de las entrevistas e investigación de alizada por Hans-Jügen Brandt, logra determinar:

“Las partes en conflicto y los inculpados están obligadas a cooperar. No pueden callarse ni mentir. Esta obligación es vinculada con las funciones comunitarias de los procesos de justicia que defieren del sentido occidental. En la lógica de las culturas quechua y kichwa el proceso de educación debe empezar con el reconocimiento de "los errores" por parte de los delincuentes. Si el inculpado no está dispuesto a admitir su culpa y de pedir a la comunidad de excusarle, ésta no ve ningún motivo de reintegrarle con todos sus derechos. Pero: "...no vamos a obligar a que se eche la culpa si no es que hable la verdad" (Focus-Group entrevista, taller autoridades, Cusco / Perú)”²⁴

Respecto a este mismo estudio y relacionado con las comunidades en Ecuador²⁵, los resultados son diversos, en primera instancia se debe precisar que muestra consistió en entrevistar a 39 autoridades de las comunidades indígenas, quienes respondieron de la siguiente manera:

- Ante la afirmación “toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario”, el 12,8% de las autoridades indígenas no estuvieron de acuerdo.
- Ante la afirmación “El acusado tiene la obligación de confesar su delito, no puede callarse”, el 59% de ellas considera que, si el acusado no quiere hablar, la autoridad tiene el deber de hacerlo hablar.

²⁴ Hans-Jürgen Brandt. Pág. 49.

²⁵ Hans-Jürgen Brandt. Pág.251.

Si bien los resultados reflejados en las comunidades de Ecuador, son mejores que los arrojados en Perú, lo cierto que siguen siendo un porcentaje relevante para la importancia de las garantías que se plantea.

2. PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN A LOS ELEMENTOS DESTACADOS DEL DEBIDO PROCESO.

Una vez visualizado como la jurisdicción especial de los pueblos y naciones indígenas, pueden afectar la garantía del debido proceso, en sus diversas facetas o derechos, para los efectos del presente trabajo, resulta fundamental analizar los pronunciamos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia, de manera tal de determinar si es posible conciliar el derecho indígena con la garantía del debido proceso.

En este contexto, es menester señalar que existe escasa jurisprudencia en lo relativo al debido proceso vinculado a la jurisdicción especial indígena o general relacionada al derecho indígena y el debido proceso, es por ello que será necesario analizar la jurisprudencia en lo relativa al debido proceso en términos generales y cómo esta interactúa con la problemática planteada en el acápite anterior.

De acuerdo a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos y la reiterada interpretación de la CIDH, son los Estados los llamados a garantizar el respeto al debido proceso, no solo en los procedimientos judiciales, sino que también en todos los procedimientos administrativos²⁶²⁷. De acuerdo a lo establecido en las constituciones de algunos países de Latinoamérica como Ecuador²⁸, Bolivia²⁹, Colombia³⁰ y Perú³¹, los procedimientos judiciales en materia indígena son llevados a cabo por las autoridades de las comunidades y no por el estado, como ocurre en la justicia ordinaria, en donde uno de los poderes del estado es el encargado de conocer y resolver los asuntos de relevancia jurídica. No obstante, a ello, los miembros de las

²⁶ Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Párr.102 y 103.

²⁷ Caso Yatama Vs. Nicaragua. Párr.147.

²⁸ Constitución Política de Ecuador. Art. 171.

²⁹ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Art. 190.

³⁰ Constitución Política de Colombia. Art. 246.

³¹ Constitución Política de Perú. Art. 149

comunidades indígenas son titulares de la garantía del debido proceso, como toda persona, en consideración que se trata de una garantía elevada a la categoría de derecho humano, por lo cual, no es suficiente que los estados reconozcan su jurisdicción especial, sino que además debe entregar la protección suficiente para que sus procedimientos sancionatorios se realicen con respeto a las garantías constitucionales y derechos humanos.

En este sentido la Corte IDH ha señalado que “en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”³², es decir, los Estados deben velar por que las garantías se adapten a las características propias de las comunidades, lo que no implica que no se respeten las garantía del debido proceso.

En particular, en lo que respecta a las garantías desarrolladas en el acápite anterior, se puede indicar lo siguiente:

2.1. Derecho a Recurso.

En este sentido, la carga que se le imponen a los Estados no solo está asociada a la creación de recursos judiciales que les otorgue a las personas la oportunidad de discutir las decisiones adoptada por órganos jurisdiccionales, sino que además se le exige a los estados que la tramitación de estos recursos se efectúe con respeto a la garantía del debido proceso. En este contexto la CIDH, a señalado “Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo”³³. De manera tal, que este órgano jurisdiccional ha fallado en reiteradas oportunidades, que si los estados no han proporcionado recursos judiciales a

³² Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Párr. 264.

³³ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Párr. 91.

las personas o estos recursos no son efectivos ante las características particulares de las partes del proceso, se entenderá que existe una violación a la convención.

En atención, al efecto señalado precedentemente, es decir, la indefensión de los ciudadanos, la CIDH ha razonado en diversos casos, que que la garantía o derecho al recurso, “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”³⁴. En definitiva, esta es una garantía fundamental para resguardar el derecho de las personas y el estado de derecho.

En particular, respecto de los pueblos y naciones indígenas, la corte se ha pronunciado en esta materia, señalando que tiene derecho a un recurso efectivo con las garantías propias del debido proceso, particularmente realiza este pronunciamiento en materias administrativa, por la reivindicación de tierras, no obstante a ello y tal como se ha señalado, la corte ha entendido que las garantías del debido proceso se aplica tanto a temas judiciales como administrativos, por tanto, se puede concluir que igualmente es extensible a materias de los procedimientos judiciales especiales de las comunidades indígenas.

2.2. Juez o Tribunal Competente.

Como ya se ha mencionado la Convención Americana de Derechos Humanos a regulado en el artículo 8.1 la garantía del juez o tribunal competente, independiente e imparcial, sin embargo para los objeto de este trabajo, se ha abordado la situación de la competencia de los órganos jurisdiccionales indígena, particularmente la falta de regulación de los mismas. Respecto al derecho a un juez competente, la CIDH se ha pronunciado en diversas ocasiones en lo relativo a esta materia, pero centrada en los casos de fuero y de justicia militar. Si bien es cierto, no es lo mismo que la jurisdicción indígena, el razonamiento y lógica utilizada por la corte para resolver dichos casos pueden ser aplicables a dichos casos.

Resulta relevante destacar que la corte ha estimado que el juez natural no solo debe ser creado por una ley, sino que además debe ser dotado de la competencia suficiente para resolver los conflictos que son sometidos a su conocimiento y particularmente en los Estado de Derecho, solo

³⁴ Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Párr. 82.

el poder legislativo, a través de una ley puede dotar de competencia a un juez o tribunal, por medio de los procedimientos establecidos en cada constitución³⁵.

Con el objeto de ejemplificar de mejor manera la problemática o el criterio adoptado por la Corte en lo relativo al juez competente, parece pertinente comentar el caso Palamara Iribarne contra el Estado de Chile, el que se resuelve por medio de la sentencia de fecha 22 de noviembre del año 2005, de la Corte ya referida.

En este sentido la Corte, ha estimado que el estado de Chile no brindó las condiciones necesarias para que el funcionario sea juzgado por el juez o tribunal competente, ya que la justicia militar no es la llamada a resolver este tipo de conflictos. Lo que lleva a “la Corte concluye que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, por haber sido juzgado por tribunales que no tenían competencia para hacerlo, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, al contemplar en su ordenamiento interno normas contrarias al derecho a ser juzgado por un juez competente protegido en el artículo 8.1 de la Convención, aún vigentes, Chile ha incumplido la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención”³⁶.

En este contexto, la Corte particularmente en lo relativo a las materias penales estima que se debe establecer claramente los parámetros de la competencia de los tribunales, a quienes le son aplicable la competencia o fuero especial. Si bien es cierto la justicia militar es un modelo reglado y tradicional de impartir justicia, lo que evidentemente marca una gran diferencia con los procedimientos judiciales especiales de los pueblos y naciones indígenas, los cuales se basan en sus normas ancestrales que se han transmitido de generación en generación a través de sus costumbres. Sin embargo, al igual que la justicia militar se trata de una justicia especial con una competencia que debería estar especialmente reglamentada por el legislador, especialmente el lo relacionado con los sujetos y en el caso de la justicia indígena en el territorio. De manera tal de si se sobre pasa la competencia del tribunal o bien se actua en margenes no regulado arrognadose una

³⁵ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Párr. 76.

³⁶ Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. Pág. 91.

competencia que en principio no tiene, se podría determinar la existencia de una violación a la Convención.

2.3. Derecho de Defensa.

Respecto a este derecho, tal como se ha señalado en el acápite anterior, se puede subdividir en diversos derechos, sin embargo, para el objeto del presente trabajo sólo se revisará los pronunciamientos de la Corte, respecto de alguno de ellos, en donde aparece más evidente la vulneración al debido proceso por parte de la jurisdicción especial de las comunidades indígenas.

En este sentido, una de las garantías que aparece como vulnerada en estos procesos, es la contemplada en el artículo 8 N° 2 letra c, en lo que refiere a la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, como ocurre al menos en el caso de la justicia indígena en las comunidades de Ecuador, en donde como se señalado en el primer acápite de este trabajo, los administradores de justicia en un gran porcentaje omiten la etapa procesal en que el inculpado debe preparar y ejercer su defensa. Al respecto la Corte en el caso Palamara Iribarne contra Chile, plantea que el secreto en la etapa indagatoria o investigativa, impide que el acusado efectuó una defensa efectiva, ya que no tendría acceso al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual afecta la norma citada precedentemente³⁷.

En este sentido, resulta evidente, que el hecho de no tener acceso al expediente y la prueba inhibe la posibilidad de preparar una defensa adecuada, revisar el valor de la prueba y la legalidad de su obtención, entre otros elementos que resultan fundamentales en estos procedimientos. En este orden de idea, la corte ha señalado “Por otra parte, este Tribunal considera que una de las garantías inherentes al derecho de defensa es contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, lo cual obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra”³⁸. La misma Corte, ha señalado que esta garantía va de la mano con el principio de contradictoriedad, en cuanto a que la defensa debe tener el derecho a poder desvirtuar y contradecir la prueba, derecho que se ve obstaculizado, si existe una reserva del expediente o si no existe la etapa procesal en donde se le entregue este derecho al inculpado.

³⁷ Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Párr. 170.

³⁸ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Párr. 156.

En cuanto a la defensa técnica el artículo 8 N°2 letras d y e de la convención, ha establecido que las personas que tienen la calidad de inculpados tendrán el derecho a defenderse personalmente, podrán ser representados por un defensor de su lección y en el caso que no lo hicieron o no pudiera contratar a uno, tiene el derecho irrenunciable que el Estado le proporcione un letrado que efectúe su defensa. En este sentido, la Corte ha estimado que sólo procede la defensa personal, en los casos que la legislación interna lo permita, en los demás casos deberá existir una defensa letrada, que será elegida por el inculpadado o por el Estado según sea el caso.

Respecto al derecho de defensa técnica, es importante señalar que no basta con que el inculpadado se encuentra siendo representado por una defensor, sino que además esta defensa debe ser efectiva y no parente, en este sentido, resulta ilustrativo lo ocurrido en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez contra Ecuador, en cuanto a que a pesar que el el señora Chaparro contaba con una defensora designada por el Estado, ocurrieron hechos que en la practica resultaron en defensa aparente y no efectiva, toda vez que el presidente de la Corte Superior de Guayaquil, impidio que la defensora ingresara a la audiencia y obligo al inculpadado a fundamentar su propio recurso de amparo, del mismo modo al momento de ser interrogado su abogada defensora solo estuvo presente al inicio del interrogatorio y al final para firmar la declaración, pero no durante el interrogatorio, hechos que la corte valora como una violación al derecho a la defensa tecnica contemplada en el articulo 8 N°2 letra d y e de la Convención.

Finalmente en lo relativo al Derecho a contravenir la prueba por medio de contrainterrogatorio y generar prueba que permita una defensa real y efectiva del inculpadado, la corte ha señalado por ejemplo en el caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, que la prohibición establecida en la legislación peruana para contrainterrogar como testigos agentes policiales o militares que participaron en las diligencias investigativas el proceso vulnera el artículo 8 N°2 letra f, de la Convención, la Corte “ha señalado anteriormente que dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”³⁹.

Es relevante, reflexionar en el sentido que si es una vulneración al derecho de defensa el hecho de no poder interrogar a personas que fueron parte de la investigación, lo será aún más el

³⁹ Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. párr.152.

que no se realice la etapa procesal llamada a contravenir la prueba del acusador y presentar pruebas que sustenten la teoría del caos de la defensa. En este orden de idea, la Corte establece que existía una violación al artículo 8 N°2 letra f, en el caso Ricardo Canese contra Paraguay, toda vez que el juez de la causa puso término a la etapa probatoria sin permitir que se rindiera la prueba del señor canese, en circunstancia que acogida la rendición de la prueba, con posterioridad dicta una resolución que revoca la resolución que permitía rendir la prueba y declara cerrado el término probatorio, eliminando del proceso la posibilidad de rendir prueba por parte del inculpado.

En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, “La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa”⁴⁰. En este sentido, respecto a lo investigado, si bien no existe una conducta activa de las autoridades indígenas respecto a la culpabilidad de una persona, si se ha estimado que desde el inicio del proceso pueden visualizar si una persona es culpable, lo que implica por parte del inculpado que durante el juicio debe realizar conductas activas a fin de probar su inocencia, invirtiendo de facto la carga de la prueba. Este supuesto, también puede implicar la existencia de un incumplimiento en el derecho a un juez imparcial, en cuanto a que la autoridad llamada a resolver el conflicto, ya tiene una opinión formada del denunciado, en este sentido la Corte ha señalado que “la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”⁴¹.

CONCLUSIÓN.

Tal como se ha expresado a lo largo de este trabajo, el debido proceso es un derecho fundamental que ha sido elevado al rango de Derecho Humano, siendo regulado de manera clara en convenciones internacionales de esta materia, y resulta fundamental para el desarrollo de los Estados de Derecho, en donde se debe asegurar el cumplimiento de garantías mínimos tendientes

⁴⁰ Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Párr. 154.

⁴¹ Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Parr. 146.

a asegurar que los procedimientos administrativos y judiciales, cuenten con garantías mínimas, que permitan realizar procesos justos y racionales. Reforzando lo indicado precedentemente, se debe indicar que todas las Constituciones Políticas, revisadas para desarrollar el presente trabajo, establecen como garantía para todas las personas el debido proceso, es más, al igual que lo que ocurren en Chile, se ha interpretado que los tratados internacionales y particularmente los relacionados con Derechos Humanos, ingresan a la Constitución Política del país respectivo.

Por su parte, se ha podido determinar que gran parte de los países latinoamericanos, cuentan con una regulación a nivel Constitucional desde la década 1990 y 2000, relacionada con el reconocimiento de los pueblos y naciones indígenas, reconociéndose como sociedad y país, multicultural, dándole una gran importancia a la raíz ancestral. Dentro de este reconocimiento, los países como Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela, reconociendo el Derecho a una Jurisdicción especial en materia indígena, en donde la justicia será impartida por las autoridades de las mismas comunidades, en base la costumbre ancestral de estos pueblos. En general, se le entrega una competencia amplia en cuanto a la materia, para conocer de diversos asuntos, pero limitado en cuanto a los sujetos y el territorio.

Es relevante destacar, que la competencia y jurisdicción de las autoridades indígenas no es absoluta, si bien la regulación en estas materias es más bien escasa, limitándose en general a uno o dos artículos, se ha establecido en todas las constituciones que la jurisdicción especial para los pueblos y naciones indígenas, no podrá contravenir al menos la Constitución y en algunos casos inclusive la ley, siguiendo este orden de idea, y existiendo un reconocimiento Constitucional del debido proceso, no queda más que concluir que formalmente estos procedimientos deben sujetarse a las reglas del debido proceso. Refrendando esta idea, ha sido la Corte Constitucional de Colombia, quien ha indicado claramente que el debido proceso constituye un límite para la jurisdicción especial, es importante destacar, que la jurisprudencia de la corte colombiana en esta materia ha sido relevante no solo en su país, sino que, en toda Latinoamérica siendo utilizada como fundamento tanto en doctrina como jurisprudencia de diferentes países de la región.

Así las cosas, desde una perspectiva formalista y lo estrictamente señalado por las Constituciones Políticas de la Republica, la jurisdicción especial indígena tiene la obligación de respetar las garantías del debido proceso. No obstante, a ello al realizar un análisis respecto a cómo se ejecutan estos procedimientos, se logra apreciar que en la práctica se vulneran elementos que

constituyen el debido proceso. De lo estudiado se puede apreciar la disminución de varios derechos que componen el debido proceso y en algunos casos directamente una violación del derecho, para los efectos de este trabajo nos centramos en revisar la situación del derecho al recurso, al juez competente y a la defensa.

Como antecedente es preciso, indicar que a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los procesos judiciales, la administración de justicia no es impartida por el Estado a través de alguno de sus poderes, sino que es ejercida por una comunidad a la que excepcionalmente se le dota de jurisdicción. En este sentido, el Estado no solo debe proporcionar las normas jurídicas que permitan resguardar el debido proceso, por ejemplo a través de la reglamentación de un recurso efectivo, fiscalizar o buscar herramientas de asegurar que las personas tengan el derecho a defenderse, ya sea personalmente o por medio de un letrado, contraviniendo la prueba rendida por el acusador y pudiendo rendir sus propios medios probatorios y por supuesto, que exista claridad respecto de la competencia de los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, los países de Latinoamérica que reconocen la legislación especial indígena han incurrido en una pasividad al momento de regular estas materias, generando importantes problemas en los procesos judiciales, llegando inclusive a la indefensión de los ciudadanos sometidos a esta jurisdicción especial.

Finalmente, respecto del análisis realizado en cuanto a los derechos del debido proceso que se han indicado, si bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se ha pronunciado expresamente sobre los puntos cuestionados, lo cierto es que ante casos en donde la afectación o el problema es de una menor intensidad, ha estimado que se ha vulnerado la garantía del debido proceso, lo cual nos permite concluir que los procedimientos disciplinarios, tal como lo han aplicado los países de Latinoamérica, no se encuentran ajustados al debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

MANILI, Pablo Luis (2015): “El derecho al debido proceso en las comunidades indígenas en el sistema interamericano”, en: Revista Lex. Disponible en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/713> (Visto el 24/04/2023).

FERRER, Eduardo y LANDA, Cesar (2013): “Acceso a la justicia y debido proceso de los pueblos y comunidades indígenas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Revista Avocatus I29. Disponible en: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4232/4180> (visto el 29/09/2023).

SÁNCHEZ BOTERO, Esther (2005): “Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, en: Revista IIDH. Disponible en: <https://repositorio.iidh.ed.cr/items/f2752cd6-d806-497b-bbf2-0882aea3d64b> (visto el 26/11/2023).

Lawrence J. Sacks, “Jurisdicción Especial Indígena, Bastón Jurídico”, en: USAID COLOMBIA. Disponible en: [https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/fortalecimiento-etnico/Documents/Documentos/Documentos/JEI%20-%20BASTON%20JURIDICO%20Definitivo.pdf?csf=1&e=i4IGCj](https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/fortalecimiento-etnico/Documents/Documentos/JEI%20-%20BASTON%20JURIDICO%20Definitivo.pdf?csf=1&e=i4IGCj) (Visto el 25/11/2023).

Hans-Jürgen Brandt, “Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. CAMBIOS EN LA JUSTICIA COMUNITARIA Y FACTORES DE INFLUENCIA”, en: Instituto de defensa legal. Disponible en: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/57326.pdf> (Visto el 09/02/2023)

Instituto de Defensa Legal, (2012) “Sistema De Justicia Y Derechos De Pueblos Indígenas En El Perú. Balance del año 2012”, en: **Instituto de Defensa Legal**. Disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/sistema%20de%20justicia%20y%20derecho%20de%20pueblos%20indigenas.pdf> (visto el 25/11/2023).

Elaborado por la Corte IDH con la colaboración de la Cooperación Alemana (2022): Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos N° 12: debido proceso. Disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/39022> (Visto el 24/04/2023).

Elaborado por la Corte IDH con la colaboración de la Cooperación Alemana (2021): Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11: Pueblos indígenas y tribales. Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2021.pdf (Visto el 24/04/2023).

Elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019): Libre de Determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf> (Visto el 08/11/2023).

Elaborado por la Convención Constitucional (2022): Propuesta de nueva Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf> (Visto el 24/04/2023).

Barrionuevo Silva, Alejandra Paola (2015): “LA JUSTICIA INDÍGENA Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL CANTÓN AMBATO”, Trabajo de Graduación previa a la obtención del Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, en Universidad Técnica de Ambato, disponible en: <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/13649/1/FJCS-DE-863.pdf> (Visto el 22/12/2023).

Díaz Ocampo, Eduardo (2016): “EL CONFLICTO DE COMPETENCIA EN LA JUSTICIA INDÍGENA DEL ECUADOR”, en Revista Temas Socios Jurídicos, disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35496.pdf> (Visto el 22/12/2023).

Ley N°21.533 de 2023, modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República. Diario Oficial, 17 de enero de 2023.

Constitución Política de la República de Chile, 1980.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Decreto 778 de 1977, Promulga El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N°

2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha, ratificado con fecha 10 de febrero de 1972. Diario Oficial, 29 de abril de 1989.

Decreto 873 de 1990, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, Denominada "Pacto De San José De Costa Rica", ratificado por Chile el día 10 de agosto de 1990. Diario Oficial, 05 de enero de 1990.

Ley N°19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, del 05 de octubre del año 1993.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas, 2007.

Constitución Política del Perú, 1993.

Acuerdo Plenario N°1-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre de 2009, de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Jurisprudencia:

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de enero de 2001. Caso

Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de agosto de 2010.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 264.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de junio de 1987.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, reparación y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de agosto de 2010.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de noviembre de 2005.

Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2004.

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, reparación y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 30 de mayo de 1999.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, Causa N° T-254/94 de fecha 30 de Mayo de 1994.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 6 de febrero de 2001. párr.102 y 103.

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 23 de junio de 2005. párr.147.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, Causa N° T-349/96 de fecha 08 de agosto de 1996.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, Causa N° T-208/19 de fecha 17 de mayo de .2019.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia.Sentencia T-552 de 2003,