



Universidad del Azuay
Facultad de Ciencia Jurídicas
Escuela de Derecho

*“JUSTICIA INDÍGENA, BIENES JURÍDICOS RELEVANTES Y CONTROL
CONSTITUCIONAL.”*

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de Justicia de la República.**

Autor:

Diego José Rodríguez Reyes.

Director:

Prof. José Chalco Salgado. Mgt.

Cuenca – Ecuador

2019

DEDICATORIA

A mis padres Diego y Mónica a quienes las sempiternas palabras nunca han sido difíciles al momento de describirlos; siempre amados, siempre incondicionales, quienes bajo su amor y enseñanza, fuerte como el roble, me han brindado su apoyo incondicional.

A mis hermanos Luis Guillermo, María José, José Ricardo, mi querido Felipe Guido, Cesar Daniel y María Paz, quienes bajo el ignoto desprender de sus palabras, me nutrían de motivación, siempre para poder superarme; gracias hermanos por sus muestras de amor y cariño.

A Isabella Cristina y Julián Benjamín, quienes, en la constancia de perseguir mis sueños, sus muestras de amor transparente, encarnan el verdadero significar de la vida, la inocencia y fortaleza en este camino.

A Camila Tatiana quién, en tan poco tiempo, me ha llenado y enseñado mucho en la vida.

Esto es posible gracias a ustedes, por ustedes y para ustedes.

Diego J. Rodríguez Reyes

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres Diego y Mónica, por su apoyo y amor condicional contante y desprendido, sin ellos este logro no pudiera ser posible; a mis hermanos Luis Guillermo, María José, José Ricardo, Felipe Guido, Cesar Daniel, María Paz por todo el cariño y paciencia; a mis sobrinos Isabella y Julián sus muestras de cariño han mantenido mis sueños a flote; y, al Dr. José Chalco Salgado Mgt. por su tiempo, conocimiento y guía en la elaboración del presente trabajo de investigación.

A la Universidad del Azuay, quien ha sido mi segunda casa.

Diego J. Rodríguez Reyes.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	8
1 CAPITULO PRIMERO.	13
JUSTICIA ORDINARIA Y JUSTICIA INDÍGENA: GENERALIDADES.....	13
1.1. Debido proceso y sanción occidental.	13
1.1.1 Procedimiento ordinario.....	16
1.1.2 Derecho penal.....	25
1.1.3 Derechos Humanos.	29
1.2 Jurisdicción y competencia indígena.....	33
1.2.1 Justicia indígena: origen y cosmovisión.	33
1.2.2 Procedimiento indígena.....	36
1.2.3 Territorialidad y Justicia indígena.....	39
1.2.4 Jurisdicción indígena como autoridad para administrar justicia.....	41
2 CAPITULO.- LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD	
JURISDICCIONAL INDÍGENA Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	46
2.1. Aplicación de Justicia indígena en Estados democráticos de la Región	
Andina.	46
2.2. Marco de regulación normativa sobre la Justicia indígena.	48
2.2.1. Ecuador ante los tratados internacionales en materia de derechos de	
pueblos indígenas.	52
2.2.2. Autonomía y supervivencia cultural.	56
2.2.3. Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales.	61
2.2.4. Declaración de la ONU sobre derechos de Pueblos Indígenas y	
Tribales.....	63
2.2.5. Bien Jurídico: Generalidades.	67
2.3. Control Constitucional y Justicia indígena.....	70
2.3.1. Principios rectores de la Justicia indígena en el Ecuador.	72
2.3.2. Supremacía Constitucional: ámbito jurídico y político de la Corte	
Constitucional.	78
2.3.3. Conformación de la Corte Constitucional y Cosmovisión.....	86
2.3.4. Principales dilemas en el tratamiento de la Justicia indígena: límites y	
Control Constitucional.	92
2.3.5. Caso La Cocha.	100

2.3.6. Limitación regresiva en la Justicia indígena.	106
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA	116

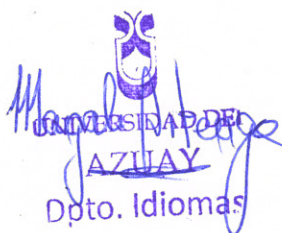
RESUMEN

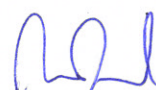
El presente trabajo busca analizar la problemática que surge cuando la Corte Constitucional, máximo órgano de control e interpretación en materia constitucional, resuelve un conflicto en la aplicación de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria, restringiendo la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas en base a una interpretación indebida y restrictiva; estableciendo delimitaciones que no se encontraban dispuestas en la Constitución.

Éste órgano formado bajo una concepción occidental, en vez de entablar mecanismos encaminados a la cooperación, coordinación y vinculación adecuada entre estos dos sistemas de administración de justicia antagónicos, limita el alcance del ejercicio jurisdiccional indígena para resolver conflictos que atenten contra bienes jurídicos relevantes desde una óptica diversa a la hegemónica.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the problems that arise when the Constitutional Court, the highest entity of control and interpretation in constitutional matters, resolves a conflict in the application of indigenous justice against ordinary justice. This is done by restricting the jurisdictional power of indigenous people based on an undue and restrictive interpretation, establishing delimitations that were not provided in the Constitution. This entity, formed under a western conception, limits the scope of the indigenous jurisdictional exercise to resolve conflicts that threaten relevant legal rights from a different perspective to the hegemonic, instead of establishing mechanisms aimed at cooperation, coordination and an adequate link between these two administrative systems of antagonistic justice.




Translated by
Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

En el territorio ecuatoriano, desde tiempos remotos han coexistido diversos sectores poblacionales compuestos por una variedad de grupos y comunidades étnicas, que han desarrollado su propia cultura, sus costumbres y tradiciones que se han mantenido de generación en generación a través de los años; circunstancia que dentro de nuestra legislación no fue reconocida sino, hasta la promulgación de la Constitución de 1998, bajo la concepción y afirmación de un Estado pluricultural y multiétnico.

Estas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas han sostenido y desarrollado una larga e incesante lucha a través del tiempo, que ha permitido se dé el reconocimiento de sus derechos, luego de haber conservado sus costumbres y tradiciones ancestrales, desplazadas al interior de los ordenamientos jurídicos. Será justamente esta lucha que desató este reconocimiento en varios países latinoamericanos; entre ellos el Estado ecuatoriano que a través del Constituyente considero un inicial declaración de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, incorporando normativa en la Constitución promulgada en el año de 1998, que preceptuaba que los pueblos indígenas autodefinidos como nacionalidades de raíces ancestrales forman parte del Estado ecuatoriano.

En dicha carta política, los derechos de los pueblos indígenas se mencionan como un elemental concepto carente de reconocimiento jurídico efectivo, quedando como letra muerta dentro de esta Constitución, en la que el predominio del sistema judicial ordinario, se mostró superior a este sistema jurídico indígena; sin embargo, posteriormente bajo la concepción de un Estado intercultural y plurinacional, se incorpora en la actual Constitución de Montecristi del 2008, esta jurisdicción que tuvo su origen en la Carta Política predecesora.

Bajo el principio de convivencia en diversidad y armonía, el Sumak Kawsay, contemplado en la vigente Constitución, tiene como objetivo en su instauración, regular y desarrollar aspectos que comprendan la inclusión y armonía social entre individuos y comunidades indígenas en igualdad de condiciones; este posicionamiento se hace efectivo y robustece la concepción de un pluralismo

jurídico, cuando en la Norma Suprema se implanta el ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas en su artículo 171, que establece:

Art. 171.- *Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos, reconocidos en instrumentos internacionales.*

*El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.*¹

El contenido de este artículo resulta muy significativo, por cuanto lleva implícito que al interior de la legislación ecuatoriana, se han invertido esfuerzos para lograr o conseguir que estos dos sistemas jurídicos convivan o coexistan, para solventar aspectos que vislumbren mecanismos de respuesta; situación que ha sido comúnmente sujeta a revisión o análisis continuo generando diversas reacciones, verbigracia *interferencia de justicia ordinaria en la justicia indígena, piedra tope, limitación, desplazamiento y falta de sintonía de valores, normas y preceptos consagrados dentro de la Constitución*; aquello, por la aplicación estática de modelos occidentales.

No obstante, en los preceptos normativos incluidos en la Constitución del 2008, y que tienen relación con los derechos de los pueblos indígenas, no se incluyeron los mecanismos adecuados e idóneos de solución de conflictos entre las dos jurisdicciones; ni se puntualizaron las normas que podrían adaptarse a un caso concreto cuando exista conflicto; tampoco se determinó la organización y estructura jurisdiccional que tengan la facultad de conocer estos casos concretos; sino se estableció escuetamente que, será el Estado quien garantice que las decisiones de la jurisdicción indígena, sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas y que esas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad; concede también la facultad para que las autoridades indígenas, apliquen normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos, reconocidos en instrumentos internacionales.

¹ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008* (Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008), Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

Por lo tanto, surgen una problemática ante la contraposición de dos realidades jurídicas manejadas desde visiones distintas, en la que predomina un sistema de justicia ordinaria u occidental; quedando así limitada esta justicia indígena al interior de su organización y estructura jurisdiccional, debiendo ser el Estado, ineludiblemente, el que se muestre como organismo rector de su protección y garantía, en especial de las decisiones que se adopten dentro de su ámbito territorial y competencia, para que deban ser respetados por aquellas instituciones y autoridades públicas; sin embargo, se ha visto en una constante vulnerabilidad que subyace al momento de tratar su alcance, por la interposición de limitaciones más allá de las que prevé la Constitución de la República.

Tenemos entonces que la Constitución del 2008, busca consolidar un concepto general de pluralismo jurídico, que viene de la mano de normas basadas por excelencia en costumbres y tradiciones ancestrales, en el cual, un elemento focal es el hecho de la defensa del respeto de otros órdenes jurídicos que no emanan de organismos estatales, y ese reconocimiento parece cumple con todos los parámetros de aceptación y coordinación, mas no de estructura y organización del sistema jurídico indígena.

Ante este desafío, los organismos de control en materia constitucional han conceptualizado a esta jurisdicción como una justicia precaria, cuando deban tratar sobre los bienes jurídicos tales como la vida.

Surgen entonces en el Ecuador, sentencias emblemáticas como la emitida por la Corte Constitucional, el 1 de septiembre de 2014, bajo el número 113-14-SEP-CC, a la que se denominó “La Cocha”, en la que este máximo órgano de interpretación en materia constitucional, respecto de la Justicia indígena, establece límites de ejercicio de los pueblos indígenas considerando dos ópticas: 1.- Núcleo de los derechos humanos; y, 2.- Derechos fundamentales. Ópticas acompañadas de una tutela judicial efectiva, basada en el principio de legalidad y debido proceso, para evitar así incurrir en arbitrariedad por parte de los operadores de justicia.

Impide además, el contenido de esta Sentencia, se logre un tratamiento en apego a una normativa propia de estos pueblos indígenas, y destruye uno de los modelos y pilares fundamentales de los denominados Estados de Derechos, que apuntan a la necesidad de formular y crear democracias inclusivas, desencadenando y generando, que esta complicación, se la tome desde diversas ópticas legales

ambiguas, desapegadas a un reconocimiento efectivo, inclusive a instancias y recursos que no contemplen un reconocimiento material de sus decisiones, en las cuales se impusiera un límite dentro de sus resoluciones, actos y normas, que limitan el ejercicio efectivo de la jurisdicción indígena.

Tenemos entonces una sentencia contraria a la esencia conceptual de una Justicia indígena, que cuente con un sistema normativo propio e independiente, en la que prevalezca su organización y estructura jurisdiccional. A esto se suman constantes vulneraciones y limitaciones, que van más allá de lo establecido en la Constitución y que lamentablemente han llegado a la penosa situación, de ser adoptada como criterio central del órgano máximo de control e interpretación constitucional, recayendo así, respecto de la justicia indígena, en el criterio conceptual de una justicia precaria, que no comprende (como tema central de este trabajo de titulación), lo referente a bienes jurídicos relevantes, resultando indispensable se impidan situaciones como éstas, en las que estarían imponiéndose resoluciones, vulneraciones y limitaciones como las referidas.

Resulta entonces indispensable contar con una normativa positiva, que garantice una tutela judicial efectiva y evite un problema en concreto, estableciendo la mejor decisión, impidiendo una vulneración que intente desconocer a la justicia indígena y por el contrario, la vea como un ente apto y capaz para resolver respecto de bienes jurídicos relevantes, mismos que vienen a ser valores trascendentales para la coexistencia humana en sociedad. Si no se reconocieran estos bienes jurídicos, la base del derecho carecería de un fundamento sustancial para regular la vida humana.

Ante lo expuesto, bien podemos ubicarnos en una época de constante lucha que ha buscado aceptación, reconocimiento, respeto y garantía a las costumbres ancestrales de los Pueblos Indígenas. Una vez reconocidos, se imponen límites para su ejercicio, por lo que vale hacerse la pregunta, ¿Estos límites son efectivos? ¿Solamente la justicia ordinaria es apta para imponer sanciones, cuando versen respecto a bienes jurídicos relevantes? ¿La justicia indígena no comprende los bienes jurídicos relevantes?.

El presente proyecto de investigación que ha expuesto una problemática concreta, más allá de evidenciar una clara obstrucción e interferencia por parte de la justicia ordinaria hacia la justicia especial, busca dilucidar aquellos mecanismos inapropiados que subyacen dentro de un marco de regulación en sus decisiones y procedimientos; intentando mostrar a la vez, cómo este *reconocimiento* termina

desfigurado y desnaturalizado al interior de los mismos organismos de control. Por lo que es importante, determinar qué tipos de cambios tenemos que hacer, cómo hablar de verdades estáticas en un mundo tradicionalmente adaptado a una justicia ordinaria, cómo hablar de lo que está bien o lo que está mal en las relaciones, resoluciones y sanciones, cómo hablar de qué temas pueden verse inmersos en sus decisiones y en cuáles no.

En general, las prácticas interactivas sin mayores precedentes, de alguna manera nos obligan a los futuros abogados, a ocupar cargos públicos o al ejercicio privado, a repensar conceptos que siempre hemos tenido como estáticos y que han generado un desplazamiento, que en la actualidad representan un reto gigantesco en las relaciones sociales, en busca de una participación y democracia inclusiva de los pueblos y comunidades sometidos a la jurisdicción especial.

1 CAPITULO PRIMERO.

JUSTICIA ORDINARIA Y JUSTICIA INDÍGENA: GENERALIDADES.

1.1. Debido proceso y sanción occidental.

Dentro de los fundamentos de orden y control, basados en un sistema jurídico occidental, surge el debido proceso; el mismo es el resultado de una evolución y cambios constantes, que han logrado desarrollarse a través de los siglos, con una lógica jurídica propia, mismos que acatan una reinterpretación pasada, encausada en una adaptación a las necesidades poblacionales actuales y futuras. “(...)La historia de los derechos fundamentales, ha tenido en la construcción de garantías procesales aplicables al proceso penal, uno de los hitos esenciales del desarrollo de las condiciones materiales básicas de justicia”².

El debido proceso, aplicado en el ámbito de sanción y control, es una concepción que surge con la declaración de los Derechos Humanos o derechos fundamentales, la misma ha sido sujeta a una construcción continua, configurada a través de los Estados que han ratificado su aplicación dentro de sus cuerpos normativos y que mediante reformas legislativas, análisis jurisprudenciales y reformas constitucionales, buscan la defensa y el dinamismo de dichos derechos.

Es una garantía de justicia no solo para el individuo procesado, sino para la sociedad en general, en donde la misma no puede concebirse sin la existencia de un derecho procesal, como brazo ejecutor; y, que sirva como medio para la prosecución de la causa entre las partes, evitando el abuso de autoridad. Comprende por su parte, una organización sistemática de normas y principios, recogidos dentro de un cuerpo normativo.

Bajo esta lógica, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano³, que tiene su antecedente en Francia en 1789, prescribe que “toda

² Luz María Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2da Edición (Madrid, España.: Thomson-Civitas, 2005). Pág. 405.

³ *La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales. La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida en más de 500 idiomas.* Organización de las Naciones Unidas. Pueblos Indígenas, Asuntos

persona acusada de delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”⁴. Además, determina el ejercicio de la función jurisdiccional, que tiene que ajustarse a los procedimientos institucionalizados para el fiel cumplimiento de su misión, administrar justicia, en el cual se mira al debido proceso como una especie de macro-derecho que impulsa todo el proceso jurídico, aunque este principio deba su origen únicamente a un saber occidental.

En lo posterior, este principio rector de la administración de la justicia, en el cual bajo una subsunción jurídica fue desarrollando principios tales como: *Presunción de inocencia*⁵, *Non Peformation in pejus*⁶, *Prohibición de Autoincriminación*⁷, *Non bis In Ídem*⁸, *Motivación*⁹, *Inmediación*¹⁰, *Derecho al Silencio*¹¹, *Nulla pena, Nulla crimen, Sine legem*¹², entre otros.

Económicos y Sociales, Organización de las Naciones Unidas, 20 de marzo de 2019, <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/historia.html>. Párr. 3.

⁴ Organización de las Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos.», La Organización, Organización de las Naciones Unidas., 2019, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Párr. 3.

⁵ Artículo 76.2.-“(…)se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.” Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador 2008 (Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

⁶ Artículo 77.14.-“(…)al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.” Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008* (Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

⁷ La autoincriminación refiere a toda declaración del imputado en que éste reconozca total o parcialmente la existencia de un hecho punible o su participación en el mismo o cualquier otro hecho o circunstancia que lo vincule.

⁸ Ninguna persona podrá ser juzgada más de una vez por los mismos hechos. Inclusive respecto de las sanciones impuestas en la jurisdicción indígena.

⁹ Es la justificación o exposición de las razones que el órgano judicial o de poder público ha dado para demostrar que su decisión es correcta o aceptable, y constituye así exigencia del Estado de Derecho.

¹⁰ Artículo 4.17.-“El juez celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penalAsamblea Nacional del Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Asamblea Nacional (Quito - Ecuador: Asamblea Nacional, 2014), Registro Oficial Nro. 180 de 10 de Feb 2014.

¹¹ El imputado tiene derecho a declarar o callar de la manera que prefiera, pues es él quien controla la oportunidad y contenido de la información que desea incorporar al proceso.

¹² *No existe pena, ni crimen sin una ley previa que así lo determine*: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la

Actualmente dentro de los países regidos bajo una figura democrática, dicho principio surge como una figura legítima del poder punitivo y sancionador del Estado, y éste trata de derechos sustanciales para que la limitación, pena o condena tenga un sustento democrático y eviten el abuso de autoridad; es decir, en esencia viene a la conceptualización de un juicio justo, ya que garantiza el respeto de los derechos fundamentales de la persona, para su adecuada defensa y el desarrollo normal de una contienda legal “(...)Si un Estado tiene una Constitución y en ésta se reconocen derechos fundamentales para los ciudadanos, nos encontramos frente a un modelo de justicia garantista, en donde el respeto a las garantías del debido proceso y todos los derechos que lo conforman, se vuelven indispensables (...)”¹³.

De lo dicho se desprende que el ejercicio estatal, respecto de su facultad de imposición de una pena, *Ius Puniendi*, sanciona cualquier acto u omisión, cuando dicha conducta se ajuste, dentro de la norma penal positiva, a una típica, antijurídica, culpable e imputable. Estas garantías, que se encuentran en las constituciones de los países democráticos, es necesario, en palabras de Carbonell “reivindicar la importancia del debido proceso legal, no solamente porque está en la Constitución y en Tratados de Derechos Internacionales de Derechos Humanos por lo que no hay excepciones a su aplicación, sino por una razón más de fondo, más allá de la importancia del derecho positivo, porque solamente respetando el debido proceso, podemos determinar la veracidad de los hechos ocurridos”¹⁴. Por ello, constituyen mecanismos de protección en general, visualizado desde dos ópticas.

Desde una óptica de *la protección del ciudadano frente a la eventual imputación y del imputado frente al proceso mismo*¹⁵; y, desde otra óptica, *frente al poder del juez como forma de asegurar que nadie será sometido aquel, sino en*

Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

¹³ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo penal*, Ediciones legales Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-Ávila%2C%20R-La%20in-justicia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf>. Pág. 53.

¹⁴ Miguel Carbonell, *La Importancia del Debido Proceso Legal*, 2016, Miguel Carbonell, miguelcarbonell.com. Revisado 03/ 03/2019.

¹⁵ Andrade Guzmán, Jairo Renan. *Garantías y Principios Fundamentales del Debido Proceso y su Aplicación Efectiva en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Tesis de Maestría y Especialización en Derecho Penal, Universidad del Azuay, 2013. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3316/1/10086.pdf>. Pág. 2.

*presencia de tales condiciones, un trato humano y digno durante el curso del mismo y la justicia en la imposición de una pena*¹⁶.

De lo expuesto, es ilógico concebir desde un enfoque meramente occidental en el desarrollo de un proceso, sin la existencia de este principio fundamental, y frente a éste, la finalidad misma que persigue, la sanción. Ésta, por su parte encuentra su base en la llamada teoría de la pena, articulada como garantía constitucional al debido proceso. Es necesario entonces concebir, que tanto para los Derechos Humanos como para aquellos países que se han ratificado, comprendan el debido proceso y la sanción, como un requisito básico.

Para su análisis es necesario entender la jurisdicción ordinaria, su acervo histórico y, conocer que la misma, se desarrolla en un derecho basado en el principio de legalidad por excelencia, en el marco de creación o expedición de normas y leyes, basado en normas con carácter positivo, determinado por un órgano estatal denominado *Poder o Función Legislativa*. “Se sigue creyendo y actuando dentro del marco de una sociedad caracterizada por una sola cultura, una sola lengua y un solo sistema jurídico que es el derecho positivo”¹⁷; y, definir su finalidad o fin último que busca el derecho ordinario occidental, y la relación entre el debido proceso y la sanción.

1.1.1 Procedimiento ordinario.

Proceso o procedimiento proviene del latín *procedere o processus*¹⁸, que significa una serie de actos o actividades sucesivas encaminadas a lograr un fin determinado, lo que se podría entender como marchar, avanzar, etc. Esta definición puede abarcarse desde distintas ópticas, campos y ramas dentro del ámbito jurídico, sin embargo el proceso puede considerarse desde un sentido general y específico.

Dentro de un sentido general, se entiende al proceso como una serie de actuaciones realizadas por las diferentes ramas del Estado, mismas que van dirigidas a la creación o aplicación de una norma; y, desde el sentido específico, las actuaciones procesales vistas como aquel conjunto de actos coordinados de manera

¹⁶ Andrade Guzmán, Jairo Renan. *Garantías y Principios Fundamentales del Debido Proceso y su Aplicación Efectiva en la Legislación Penal Ecuatoriana* Pág. 2.

¹⁷Lourdes Tibán, *El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria*, 2008, <https://www.alainet.org/es/active/26016>. Pág. 5.

¹⁸ *Procedere o processus*: proviene del latín, traducción proceso. Diccionario de la Real Academia Española, s. f.

sucesiva, a fin de obtener la aplicación de una ley sustancial o material, a un caso concreto y su prosecución.

Tiene su origen jurídico dentro del derecho romano – germánico, en el cual, bajo concepciones positivistas como aquellos postulados en el que *no hay derecho sin acción, ni acción sin derecho*¹⁹, han servido de base para el surgimiento de principios fundamentales, que en la actualidad rigen dentro de todo ordenamiento jurídico, que a lo largo del tiempo, han sido desarrollados por costumbres, manifestaciones culturales arraigadas dentro de un entorno y época determinada, que busca a través de la historia, formular mecanismos de organización y control, que en la actualidad siguen transmitiéndose de generación en generación, bajo una visión propia del mundo occidental.

Dicha visión, cronológicamente ha definido un modelo perceptivo del cual se extiende ideales de justicia, obedeciendo a una cosmovisión entendida como “*visión o concepción global del universo*”²⁰ o percepción de la totalidad de las cosas que se tiene y que ordenadamente, compone lo denominado como una realidad, que definen a una sociedad en concreto.

Es necesario destacar las palabras de Pérez, que señalan “Cada pueblo cuenta con su sentir, pensar y saber filosófico *patrimonio intangible*, que guía la convivencia social de sus miembros, sustentado en el pasado histórico que determina el presente fugaz e imperceptible, proyectando indefectiblemente el devenir de los nuevos tiempos”²¹. Naturalmente merecen una particular atención dichos señalamientos, debido a que es necesario determinar un enfoque respecto del acervo histórico, en el cual se ha desarrollado tanto la jurisdicción occidental.

Históricamente, para desarrollar el surgimiento de la Justicia Ordinaria, debemos pedir cuentas en el avance evolutivo de las normas a Grecia y Roma, que de alguna manera, constituyen el seno de una determinación ético jurídico, que proviene de la época de los grandes imperios en los que empiezan a surgir ideas que encausan en un enfoque romano-germánico dentro de las legislaciones, que en la actualidad, a

¹⁹ Jorge Morales, *Derecho romano: apuntes* (Cuenca, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, s. f.), http://biblioteca.uazuay.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=17287#.XI_MGy3SHow. Pág.42.

²⁰ Diccionario de la Real Academia Española.

²¹ Pérez Guartambel, *Justicia indígena*. Pág. 243.

nivel mundial se encuentran robustamente arraigadas, especialmente en América y Europa.

En Europa antigua, históricamente se encontraban varias civilizaciones, entre ellas los celtas, germánicos, eslavos, itálicos, helénicos, romanos y griegos, que a través de la historia mostraron destacarse en aspectos como artes, arquitectura, astrología, filosofía, medicina y derecho, *mostraron una alta capacidad tanto en el Derecho como en las artes, la política y la filosofía. Especial mención de la cultura griega, frente al tema de la justicia como en su aportación histórica a los temas legales*²².

Por su parte, la civilización Romana se regía por el denominado Derecho Romano, que comprende un ordenamiento jurídico que en su momento rigió a sus ciudadanos, y que consistía *en una conjunto ordenado de principios, reglas y normas jurídicas que tenían como finalidad regular la vida del imperio romano y su organización*²³; caracterizado por ser un ordenamiento fundamentalmente tradicionalista, con pluralidad de fuentes, tales como la costumbre, ley, los plebiscitos, la jurisprudencia, los edictos de los magistrados, el senado consulto. En definitiva, era un Derecho sumamente formalista basado en preceptos como vivir honestamente, dar a cada uno lo que se merece, cumplir la ley y no causar daño a nadie (*honeste vivere, unum sum dare, neminem laedere*). Paralelamente el surgimiento de las doce tablas, es un hito que describe la historia del imperio romano desde su existencia hasta su desmoronamiento; en ella se recoge por escrito en forma más o menos ordenada, una serie de normas jurídicas.

Esta y otras normas codificadas, como por ejemplo el código Hammurabi²⁴, son fundamento de suma importancia para su comprensión y por razones indisolubles no es posible que, dentro de la ciencia de la legislación y más aún del derecho positivo de la civilización moderna, que ha sido heredera de todos los progresos en la antigüedad, no puedan comprenderse en forma conjunta, sin el estudio y la marcha del Derecho Romano, germánico y otras culturas influyentes

²² D. P. Dumas et al., Purification and Properties of the Phosphotriesterase from *Pseudomonas Diminuta*, *The Journal of Biological Chemistry* 264, n.º 33 (25 de noviembre de 1989): 19659-65. Pág. 56.

²³ Morales, Jorge. *Derecho romano: apuntes*. Pág. 24.

²⁴ El Código de Hammurabi, datado hacia el año 1692 A.C., y es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este tipo de documento de la antigua Mesopotamia. *El código de Hammurabi*, accedido 29 de abril de 2019, <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>. párr. 1.

para la adopción en las legislaciones de los pueblos actuales. Como menciona Campillo, “En la actualidad, la mayoría de los Estados occidentales se precian de ser repúblicas democráticas, con un sistema de derecho desarrollado (...), sin embargo, a pesar de que éste parece uno de los mayores logros de la modernidad, inspirado en la Revolución francesa, sus orígenes se remontan mucho más atrás a la época de las antiguas Roma y Grecia”²⁵.

En conjunto a estos hechos, existieron innumerables causas que dieron auge a la expansión de la cultura romana y fundamentalmente de su *corpus iuris* o cuerpo jurídico. La razón de su esparcimiento en gran magnitud se debe a que las grandes naciones, como estas, se encontraban erigidas sobre la costa; aquello proporcionó una gran ventaja en su expansión. “El Mediterráneo se convirtió en el centro, entorno al cual se organizó un sistema de complejas relaciones económicas y políticas (...)”²⁶.

En las naciones de tradición jurídica romanista o legislada, la costumbre no tiene la trascendental importancia que reviste para el derecho anglosajón, ya que la ley es creada directamente por el legislador; como sucede en el derecho anglosajón (o common law) es un sistema utilizado en los territorios que tienen influencia británica, caracterizada por basarse en el precedente jurisprudencial, por ejemplo Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda y Canadá. El mismo tiene su fundamento legislativo en la jurisprudencia, la cual el órgano jurisdiccional debe aplicar, sin embargo, cuando no existe ningún precedente *no es justo tratar casos similares de manera diferente*, por lo que da surgimiento, mediante decisión motivada de autoridad correspondiente, a un precedente.

Su fuente por excelencia es la costumbre, que actúa cuando un comportamiento se ha venido repitiendo a manera de regla, hasta que se vuelve usual y general; la práctica puede ser recogida por el legislador e incorporada al ordenamiento jurídico, o bien puede ser que la ley se remita a la costumbre para llenar ciertos vacíos legislativos, y su fuerza obligatoria se constituye por el hecho de una voluntad general.

Posteriormente, encontramos a finales de la edad media y comienzos de la moderna, en el siglo XV, que representa en muchos aspectos un momento de fuertes

²⁵ Alberto José Campillo Pardo y Restrepo. *El Corpus Iuris Civilis: la recopilación más importante del derecho romano*. Párr. 2.

²⁶ Bárbara Pastor de Arozena, *Breve historia de Roma: monarquía y república* (Madrid: Ediciones Nowtilus, 2008). Pág. 19.

cambios, tanto en lo político como en lo cultural, con la expansión europea, lo cual constituye uno de los logros más importantes en el curso de la historia.

Surge el cruce de culturas, en donde aparece una construcción e imposición permanente a nivel económico, geográfico, jurídico, cultural, etc. Villalobos al respecto señala:

Esto se debe, a que el hombre europeo, que hasta a finales del siglo XV no había tenido más contacto que con las regiones de África y Asia, descubre un nuevo continente de naturaleza exótica y con gran población autóctona. (...) Ese fue el comienzo de un largo proceso en que intervinieron la lucha armada, junto con la tarea de colonización, la mezcla racial y los aportes culturales de uno y otro grupo, hasta dar origen a nuevas comunidades, que en el transcurso de los siglos se convertirían en naciones (...) ²⁷.

Estos elementos en el que se desarrolla la historia, fueron apuntalando a nuevos planteamientos que en los últimos años o en la actualidad, resultan una visión más clara y objetiva del pasado, pero que en la antigüedad surgió como un nacimiento de conceptos novedosos y de estructura con la llegada de los conquistadores. Como en efecto así lo señala Etzebarria y Ureta:

Se plantearon por parte de los españoles unas estrategias adaptativas vinculadas a unos intereses crematísticos, legitimados por unos principios evangelizadores. La estrategia adaptativa del grupo dominante, chocó frontalmente con el sistema menos desarrollado del indígena, el cual se vio drásticamente modificado ²⁸.

En donde se hace mención a la consecuencia misma que fue producto de una sociedad moderna o la unificación masiva, en conjunto de pueblos que históricamente han estado divididos por distintos aspectos, ya sea lingüístico, jurídico, de credo, etc., en donde evidentemente nace una relación de poder desde una óptica social, económica y cultural; fruto de una imposición como tal.

Ésta influencia acentuó en la determinación de un pensamiento como una realidad o verdad, constituye un problema en la cosmovisión, debido a que en el momento que varias personas adopten una misma percepción y coincidan en ese orden, se genera un mayor vislumbre o posicionamiento de una realidad estática que, situándonos en un momento histórico determinado, compone enfáticamente ideas, que a pesar de mostrarse así, no son más que estructuras dentro de una interacción

²⁷ Villalobos R y Sergio, *Chile y su historia* (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2002). Pág. 39.

²⁸ Álvaro Etzebarria y Iván Ureta, *La Defensa de los Derechos del Indígena en la Conquista de América: S. XVI*. (Departamento de Historia de América de la Universidad de Deusto (Bilbao). 13 de marzo de 2019), <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7Bfe7dLSziMJ:www.oc.lm.ehu.es/cupv/univ98/Comunicaciones/Comun12.html&hl=es&gl=ec&strip=1&vwsr=0>. Párr. 26.

social, que llegarían inclusive al desconocimiento o desplazamiento de otras visiones o concepciones.

Esta imposición se convirtió en un instrumento de estratificación social, como así lo menciona Etzebarria, con una necesidad de centralizar el poder a una autoridad para su control, que no son más que formas medievales de organización política que existían en Europa Occidental, en aquella época situada entre los siglos XVI y XVII se acentuó radicalmente, donde habían organizaciones sociales muy determinantes. *En la clase dominante o cúspide, encontrábamos a los conquistadores; luego los mestizos y criollos, los indígenas o indios, los negros y mulatos o esclavos*²⁹.

Con la colonización surgieron diferencias, tanto en aspectos culturales como en su producción filosófico-jurídico, aún en los distintos grupos de pueblos y comunidades indígenas de todo el mundo; porque poseen un sistema legal normativo inspirados en la vida comunitaria, distinto a un ordenamiento jurídico estandarizado, que consecuentemente se fue tomado como un modelo para legitimar y construir dentro del territorio, denominado *Nuevo Mundo*, un sistema legal por excelencia, siendo ese sistema jurídico occidental, la columna vertebral de la sociedad en aquella época.

Estos rasgos distintamente concebidos en ambas jurisdicciones, determinan su marco histórico, y constituye un proceso de construcción y evolución de estos sistemas jurídicos del mundo; debiendo tomarse en cuenta que en el contexto actual, es necesario el discernimiento de dichos conceptos, para el manejo adecuado de los mismos e incursionar, sirviendo como guía y orientación, a un entendimiento cabal de aquellos y del ideal de justicia.

En lo posterior, la construcción normativa de la justicia occidental, se ha visto inmersa en cambios, en virtud del régimen político³⁰ de la época, desarrollo que estuvo íntimamente relacionada como una estructura unificada, que recogió herencias de costumbres, normas, decisiones del mundo griego, romano, islámico, indio hasta llegar al positivismo moderno; y que con el paso de los años fue tomada en cada reinado y estado del mundo antiguo, como la base jurídica de su estructura u organización gubernamental o política.

²⁹ Pellini, Claudio. *La Sociedad Colonial: Características La Familia y Grupos Sociales*, Historias y Biografías, s. f., <https://historiasybiografias.com/sociedad-colonial-familia/>. Párr. 29.

³⁰ Podemos hablar de la existencia de 3 tipos de regímenes: autoritarios, totalitarios y democráticos.

Históricamente, el antiguo régimen trataba de una monarquía absoluta, donde todas las voluntades correspondían únicamente a la cabeza coronada, el monarca; sin embargo, ese paradigma ha ido transformándose continua y constantemente a lo largo de varios años, pues el rey ha ido cediendo su poder y transfiriendo varias de sus potestades a nuevos órganos, que ahora necesariamente se encontrarían en el nuevo ámbito democrático.

Esto sucedió en la Revolución Francesa, en la cual, por medio de la Constitución, se delegó atribuciones a una función, para la creación normativa e incluso, existían restricciones al rey en sus potestades, pero a pesar de aquello, el monarca seguía siendo el gobernante, algo que en la monarquía semiparlamentaria cambió un tanto, ya que el gobierno se bifurca entre el gabinete y el mismo rey; y por último la monarquía parlamentaria, el rey no gobierna en lo absoluto, es solamente el jefe de estado y en sus funciones políticas, está únicamente la de reconocer al primer ministro, mas no lo nombra, ya que para ello es necesaria la refrendación senatorial.

Dicha teoría de la división de poderes, lo debemos a los pensamientos de Montesquieu y Locke, quienes dieron pautas para el nacimiento del principio de división de poderes. En el cual *los tres poderes básicos de un sistema político serían el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial*³¹.

“Para Locke, el Legislativo es el poder supremo y lo considera el alma del cuerpo político, puesto que establece la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados (...)”³². Este es un órgano de gobierno, encargado de la creación de normas y leyes dentro de un Estado.

Conforme iban evolucionando las formas de gobierno, dentro de ellas encontramos: el Sistema parlamentario, básicamente como una forma de régimen representativo, donde la dirección de los asuntos públicos le pertenecen a un parlamento y a un jefe de estado; y, como un intermediario, un gabinete que es responsable frente a este parlamento y es técnicamente el poder ejecutivo del país, pues dirige la política del país. “Por definición, los parlamentos constituyen la principal arena política, en la cual se debaten los temas fundamentales del país y en

³¹Eduardo Montagut, *La división de poderes de Locke y Montesquieu*, 2017, <https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/division-poderes-locke-montesquieu/20170806191458142412.html>. Párr. 1-3.

³² Luis Enrique Villanueva, *La División de Poderes: Teoría y Realidad.*, Instituto de Investigación Jurídica (MEXICO: Universidad Nacional Autónoma de México., 2014), <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Pág. 154.

donde se construye y se procesa la agenda política”³³. Pero hablamos principalmente de un cuerpo colegiado, presidido por un canciller o primer ministro, que es en conjunto el poder ejecutivo, pero modernamente ya no se ha concentrado la responsabilidad en el gabinete, sino más bien en el primer ministro que lo tutela³⁴.

Históricamente fue concebido como la principal (y única) institución representativa frente al poder del monarca absoluto. En su evolución mantuvo ese carácter, aunque con el transcurso del tiempo desapareciera la monarquía absoluta (...), el parlamento mantuvo también aquella función de contrapeso al poder ejecutivo, junto a las de legislación y representación³⁵.

Sistema presidencial: es un sistema de gobierno en el que el presidente a su vez es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, es decir un ejecutivo unipersonal que nombra a secretarios de Estado, que solo son responsables ante él y es electo popularmente, independiente del legislativo y no necesita de la confianza de un parlamento.

República: aparece de forma efectiva al momento que las trece colonias en Norteamérica, logran su independencia. Paralelamente, aquello también nace en la aparición de la primera república francesa.

Posteriormente, en el siglo XX, con el surgimiento de una nueva concepción bajo la figura del Neo constitucionalismo, se sitúa con un valor y peso significativo, que en la actualidad los regímenes políticos gubernamentales de todo el mundo aplican; donde su aplicación respecto de la configuración de derechos y principios sistemáticos consagrados en la *Constitución*, norma suprema de cada Estado, son desarrollados progresivamente. Esto nos brindan la posibilidad, dentro de una legislación, de conocer y entender las reacciones más significativas en la evolución de cada forma de gobierno, desde los imperios que regían en la antigua Roma hasta lo que conocemos como el denominado constitucionalismo actual.

Nuestra matriz jurídica es romanista, nuestro derecho ha sido por más de cinco siglos, sin solución de continuidad, un derecho continental europeo, es decir, romano-germánico (...)Nos formamos en él y lo seguimos viviendo con

³³ Flavia Freidenberg y Simón Pachano, *El sistema político ecuatoriano*, Serie Atrio (Quito, Ecuador: FLACSO Ecuador, 2016). Pág. 78.

³⁴ Para Giovanni Sartori, la característica primordial del sistema parlamentario es que el Poder Ejecutivo-Legislativo se comparte. Véase *Ingeniería constitucional comparada*, fce, México, 1994, p. 116. De acuerdo con Silvano Tosi, el sistema parlamentario se caracteriza por el reconocimiento de que, principalmente en el Parlamento, pero no únicamente en el Parlamento, se encarna la soberanía expresada en voluntad general de los coasociados. Véase *Derecho parlamentario*, Miguel Ángel Porrúa y LVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1996, pp. 20- 21.

³⁵ Freidenberg y Pachano, *El sistema político ecuatoriano*. Pág. 81.

independencia. El hecho es que no solo los códigos básicos, comenzando por la Constitución Política, han tenido ese origen, sino que seguimos abrevando en las mismas fuentes³⁶.

Por su parte, como jurisdicción ordinaria o procedimiento ordinario, a través de una evolución histórica con una carga euro centrista, surge como aquella *rama del Derecho que estudia las normas, que regulan de manera obligatoria las actuaciones de las partes ante el órgano jurisdiccional*³⁷. Esto constituiría, la forma en la cual se pone en movimiento el derecho positivo y resulta lógico entonces, decir que el procedimiento ordinario al surgir de la justicia ordinaria, está inmerso completamente en un derecho occidental, considerablemente ajeno al derecho indígena, razón por la cual la justicia indígena mal podría regirse por dicho procedimiento.

El sistema procesal ordinario, reviste principios rectores como mecanismos idóneos para la realización de la justicia, influenciada bajo potencias del mundo occidental, como en los países regidos bajo la misma cuna jurídica, la romanista, provenientes de prácticas y de una evolución histórica naciente en Europa, todos ellos esenciales para una sana aplicación del derecho.

Sin embargo, es necesario analizar si: ¿es el episteme occidental el único saber?, ¿es la única forma de entender al mundo?, ¿es concebible una justicia totalmente desligada de los principios occidentales?, que no son inherentes al hombre, sino que nacieron en una sociedad política determinada, cada una con una fuente distinta. “La irrupción de occidente ha incidido en la transformación de la práctica tradicional (...), debido al proceso de dominación hegemónica que ha buscado desarticularlo (...)”³⁸.

“A pesar de aquello, cualquier procedimiento que se realice con las garantías básicas, es un medio para lograr la justicia, pero para que este objetivo se cumpla, se debe atender a lo que la Constitución manda y lo que las normas del debido proceso

³⁶ Fernando Hinestrüsa, *El derecho romano y la formación del jurista*, en *Revista de Derecho Privado*, vol. Nro. 29 (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015), pg. 5-12, <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.01>. Párr. 14.

³⁷ Rosalío Bailón Valdovinos, *Teoría general del proceso y derecho proceso civil* (México, D.F.: Limusa/Noriega Editores, 2004). Pág. 19.

³⁸ Mabel García y Sonia Betancourt, *El Pueblo Mapuche y su Sistema de Comunicación Intercultural*. (Osorno - Chile: Alpha, 2014), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-22012014000100008>. Pág. 1.

disponen (...)”³⁹. Esta perspectiva se debe tomar como punto de apoyo en este trabajo, por lo que se debe sustentar una posición en donde se trata de demostrar, cómo se han enfatizado principios nacidos con raíces filosóficas de una sociedad determinada y con un saber dominante, impulsado por una influencia sobre prácticamente todo concepto, dejando de lado los saberes alejados de una visión eurocéntrica del mundo, llegando a un extremo de definir, lo justo y lo injusto, de tal manera que todo saber se supedita a dicha epistemología dominante.

1.1.2 Derecho penal.

Esta sección ofrecerá en forma sintética, una visión panorámica de aquel proceso mediante el cual, han ido evolucionado las ideas penales en la cosmovisión occidental, dentro del procedimiento ordinario; principalmente en el ámbito de la cultura europea, que es la que ha influido decisivamente en la formulación de nuestro sistema jurídico. Y si bien este tema pertenece más bien a la Historia del Derecho, al emprender un análisis sobre el Derecho Penal, resulta muy conveniente tener una idea general sobre los principales aspectos históricos en la materia.

El Derecho Penal tiene como función primordial, *la búsqueda de las causas del delito, del delincuente y de la reacción social*⁴⁰; sin embargo, en los tiempos primitivos es muy difícil determinar claramente el contenido y la existencia de leyes penales de los pueblos antiguos. Los datos conocidos revelan que, casi simultáneamente con la formación de la sociedad política, aparecieron las primeras normas en materia penal, que fueron muy abundantes y que demuestran que las prácticas de castigo, adoptaban las más variadas formas, para la aplicación de una sanción.

Sin embargo, a pesar de las limitaciones de información, existen características comunes de estas normas, inclusive en las prácticas primitivas. “Las normas penales, como todas las demás, se manifestaron inicialmente de una manera consuetudinaria”⁴¹. En lo posterior, fueron apareciendo las primeras leyes escritas, que se mostraron dispersas y casuísticas.

³⁹ Grunauer Reinoso, Estefanía Cristina. *El cumplimiento de los parámetros del debido proceso en el procedimiento directo del Código Orgánico Integral Penal* (Programa de Maestría en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ec/deed.es>. Pág. 58.

⁴⁰ Anshelo Ponce Gordón, «Derecho Penal.», *Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, 2013. Párr.1.

⁴¹ Morales, Jorge. *Derecho romano: apuntes*. Pág. 28.

A lo largo de la historia, el juzgamiento impartido, indistintamente a cualquier persona o ciudadano, se ha mostrado como sinónimo de búsqueda de un objetivo propio, control y organización; sin embargo, la finalidad, históricamente ha revestido una figura correctiva, con un propósito preventivo e intimidatorio.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico proviene de las ilustraciones, que a lo largo de la historia, han formado el gran derecho romano, la pena tiene una connotación mucho más antigua.

La primitiva reacción ante el incumplimiento de una norma penal consuetudinaria, o delito, fue fundamentalmente colectiva antes que individual, lo cual se revela hasta en las formas de ejecución de las penas. Sólo posteriormente, en algunas sociedades, surgió como alternativa la llamada venganza privada, que entregaba al individuo agraviado a la potestad punitiva. Justamente sobre dichos señalamientos, respecto del sistema de leyes penales más antiguas, configuraron principios básicos y ciertos tipos penales que se encuentran actualmente, en las codificaciones penales a nivel general.

Los primeros comentarios doctrinarios, especialmente formulados por lo glosadores y prácticos medievales, versaron sobre delitos en particular. Posteriormente, con la aparición de la escuela clásica y el movimiento codificador, que surgen hacia finales del siglo XVIII, los estudios se orientan principalmente a formular reglas y principios de carácter general sobre la ley penal, la teoría del delito y de la pena (...)⁴².

Por lo tanto, es primordial enfocarse en los antecedentes, porque a lo largo de la historia ha desarrollado características propias y un verdadero significado para su estudio.

En la época antigua, el delito y expiación⁴³ se encontraban entrelazados. El castigo por el cometimiento de un acto prohibido, se cumplía como un acto colectivo de purificación, es decir, se sancionaba tomando en consideración exclusivamente el daño causado, no se examinaba el aspecto subjetivo del delito o la intención de la persona, por lo tanto, respondía a una responsabilidad objetiva. Las penas eran generalmente atroces. Poco a poco, sin embargo van delimitándose los ámbitos normativos y las correspondientes formas de sanción.

⁴² Ernesto Albán Gómez, «Manual de Derecho Penal Ecuatoriano.», *Fiel Web*, 2016. Pág. 1.

⁴³ "Eliminación de la culpa a través de un tercero" Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española, en *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española* (Barcelona, 1954).

Una de las leyes más antiguas, denominada la *Ley del Talión*⁴⁴, proveniente del latín *lex talionis* (*lex*, *ley*; *talions*, *igual*), desde una concepción actual, nos permite comprender indudablemente un sistema de control multifuncional para la época antigua.

Las razones y circunstancias de dicha ley, bajo un principio de justicia retributiva, la cual identificaba una identidad tanto en el acto como en su consecuencia, constituye un primer intento por establecer una proporcionalidad, delimitando a la venganza. “(...) *consiste en hacer sufrir al delincuente un daño igual al que causó*”⁴⁵. Esta se incorpora a numerosas legislaciones de los pueblos orientales, como el Código de Hammurabi, la Biblia y el Corán, pues efectivamente, esta norma limita la arbitrariedad punitiva.

Posteriormente, ya al interior del derecho romano, este amplio y extenso sistema jurídico-histórico-cultural, se hace presente en dicha sociedad y constituye la expresión auténtica de aquellos acontecimientos significativos, que han sido consolidados firmemente, y que en la actualidad, responden a una razón histórica del derecho penal. En palabras de Castelli:

(...)tan sofisticada era Babilonia, que durante mucho tiempo, hasta el imperio romano, se conservaron con matices, estas normas. Y es que uno de los rasgos más característicos de las civilizaciones mesopotámicas, fue la gran importancia que sus sociedades otorgaron al derecho (...). El gran mérito del rey Hammurabi de Babilonia fue la magistral recopilación de toda la jurisprudencia (...), cuya influencia fue manifiesta en las legislaciones posteriores del hebreo, griego y romanos⁴⁶.

Esto nos permite conocer nuestra tradición jurídica y entender, aquellas causas que han llevado al surgimiento en la actualidad de dichas normas; por lo que entender el sentido de la norma pasada, nos ayuda a comprender cómo la ley llegó a ser lo que es.

Las leyes penales en Grecia, revestían de ideas y costumbres muy similares a las ya señaladas para la generalidad de los antiguos pueblos; por lo que, en general las leyes penales carecían de certeza y de seguridad; producto de aquello se sancionaban muchas veces hechos no previstos en las leyes como delitos y se aplicaban penas que no habían sido preestablecidas.

⁴⁴ Ley antigua fundamentada bajo el principio: pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, golpe por golpe. Castelli, Nora. *La ley de Talión. ¿Crueldad o Justicia?*, Crítica Literaria, 2015, www.gbasesores.com/refelxiones/biblia/ley_talion.htm.

⁴⁵ Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española.

⁴⁶ Castelli, Nora. *La ley de Talión. ¿Crueldad o Justicia?* Párr. 12.

En el desarrollo histórico de la institución del derecho penal y de su aplicación social en la antigua Roma, surgieron conceptos que, de una u otra manera, subsisten en las legislaciones actuales; esto, en la búsqueda de un equilibrio, en respuesta de un acto ilícito. Se instauró legislaciones tendientes a la reparación en la presentación de un delito, o inclusive su erradicación. Tenemos así, las *quaestiones publicae*, “muestra el loable pensamiento de convertir en cierta y eficaz, la represión de los delitos de persecución pública (...)”⁴⁷. De igual forma, se instauró la legislación de los comicios, “se ocupó también de los delitos y las penas, pero siempre con argumentos absolutamente específicos (...)”⁴⁸.

Tuvo lugar en aquella época, el surgimiento de la denominada *Lex Aquilia*, a raíz del plebiscito convocado por el tribuno de Aquilio, y ésta versaba respecto del daño causado injustamente *damnum iniuriadatum*, con lo cual surge el concepto de *culpa extracontractual* o *culpa aquiliana*.

La expansión del imperio romano tuvo una influencia global, respecto de sus instituciones y repercusión de sus leyes que tuvo en aquella época, a través del cual, consagró una proyección de sus costumbres, idioma, religión y su ordenamiento jurídico, inicialmente en las sociedades occidentales y, posteriormente en época de la conquista, en el denominado *Nuevo Mundo*.

Las leyes penales en los distintos países europeos, son el fruto de una fusión de elementos jurídicos romanos y germánicos, predominando unos u otros, según el país. En el surgimiento del Derecho Penal moderno, en cuanto sistema y doctrina plenamente estructurados, data en el siglo XVIII. Es claro que existían innumerables leyes penales, o actos que consecuentemente llevaban consigo una sanción, sin embargo no existía propiamente una rama del Derecho, con principios y caracteres claramente definidos.

El Derecho Penal moderno, gracias a la influencia ideológica que llevaba consigo la Ilustración, la Enciclopedia y el liberalismo, nace a finales del siglo XVIII y trae consigo la justificación del Estado como un ente sancionador y de control bajo la justificación del *ius punendi*⁴⁹, con los pensamientos de Locke, Montesquieu,

⁴⁷ Contardo Ferrini, *Derecho Penal Romano.*, Marcial Pons (Madrid, España; Barcelona. España; Buenos Aires, Argentina; Sao Paulo, Brasil., 2017). Pág. 25.

⁴⁸ Ferrini. Contardo. *Derecho Penal Romano*. Pág. 25.

⁴⁹ “Significa el derecho o facultad del Estado para castigar. El *ius puniendi* sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la

Voltaire; en el cual se examinó el fundamento de las penas y el rol que cumple el Estado en su facultad de imponer una sanción.

1.1.3 Derechos Humanos.

La defensa, protección y desarrollo de los derechos humanos constituye, desde una concepción que se ha hecho presente a través de la antigüedad, un precedente importante en la construcción, armonía y respecto de los Estados a nivel mundial, sobre los derechos naturales de que toda mujer y hombre gozan “(...) Supone en primer lugar el reconocimiento de la dignidad del ser humano, frente a las actividades del Estado (...)”⁵⁰. Sin embargo, es necesario determinar su acervo histórico, origen y cuál fue su precedente, mismo que dio como resultado su fundamento en distintas épocas y lugares, de su efectivo reconocimiento.

En la historia del mundo, han existido muchos ejemplos de violaciones de los derechos, que en la actualidad poseen todas las personas, sin distinción alguna; es decir, los derechos humanos no siempre fueron reconocidos, pues fueron negados en su integridad a personas y colectividades. Actualmente en las Constituciones de todos los países, se reconoce el valor y la importancia de la dignidad de las personas, sin embargo “los derechos fundamentales, no son creación de las constituciones. Los textos fundamentales se limitan a consagrarlos y su no reconocimiento no condiciona la existencia de aquellos, ni impide su existencia dentro de un Estado de Derechos (...)”⁵¹.

Existieron varios antecedentes, por ejemplo *el Cilindro de Ciro*⁵² y posteriormente *La Carta Magna de 1215*⁵³, en Inglaterra, sin embargo en forma estricta, el origen de los denominados Derechos Humanos, tuvo auge en la *Revolución Francesa de 1789*, bajo los principios de *Libertad, Igualdad y Fraternidad*. Posteriormente, luego de la Segunda Guerra Mundial, la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948* reconoce derechos básicos y considerados

aplicación de una pena”. Eduardo López Betancourt, *Introducción al derecho penal* (México: Porrúa, 2008). pág. 65.

⁵⁰ Bertha Solís García, *Evolución de los Derechos Humanos*, Instituto Investigaciones Jurídicas de la UNAM (MEXICO: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009), www.juridicas.unam.mx. Pág. 77.

⁵¹ Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional: Segunda Edición*, Departamento Jurídico Editorial-CEP, vol. Segunda Edición, 2 vols. (Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2016). Pág. 938-941.

⁵² Ciro liberó a la totalidad de los esclavos y declaró la libertad religiosa.

⁵³ Amplios derechos, al principio a la nobleza y más tarde a los ciudadanos de Inglaterra. Sujeción del rey a la ley.

como fundamentales e inalienables del ser humano; estos se encuentran basados en los principios de dignidad, libertad e igualdad, que deben ser gozados y disfrutados por todos “*sin distinción alguna por motivos de raza, credo, idioma, origen social, sexo o religión*”⁵⁴, que vaya en desmedro de esta aplicación uniforme de cualquier orden.

El valor trascendental de la Declaración de los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa de 1789 fue vital, sirvió como base de un sustento democrático en todos los Estados occidentales. Luego, en el periodo comprendido entre los años 1939 hasta 1945, tiene cabida la Segunda Guerra Mundial, que había sido la causante de incalculables muertes, y destrucción de ciudades en los continentes occidental y asiático. En la cual, delegados de varios países con una meta específica, se reunieron para la creación de un organismo que constituya en sí mismo, un cimiento fundamental para la paz, no solamente entendida desde una visión de la ausencia de guerra, sino de igual forma una paz, que fomente valores democráticos y desarrollo de los derechos fundamentales e inalienables de todas las personas.

Nace por lo tanto la Organización de las Naciones Unidas, organismo que tiene como logro *la creación de una normativa integral sobre los derechos humanos: un código protegido a nivel universal e internacional, al que todas las naciones pueden adherirse y al que toda persona aspira*⁵⁵. Constituye una guía para toda la humanidad y los Estados, quienes procurando el progreso y dinamización de los derechos, al interior de su ordenamiento jurídico y su Constitución, constituirán mecanismos de observación general y obligatoria para dicha finalidad.

La parte dogmática de la Constitución tiene un listado extenso de derechos de las personas, pueblos y naturaleza. Algunos críticos han dicho que es un listado generoso, bajo la lógica paternalista de que la Asamblea Constituyente otorgó esos derechos como un acto de desprendimiento, como una ilusión para legitimar un régimen autoritario o como una ingenua creencia, de que el estado puede dejar de ser un instrumento de poder⁵⁶.

Dicha declaración en consideración *que el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos, han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad*, promulgan treinta artículos que contienen en sí derechos y deberes para todas las personas, denominados Derechos Humanos

⁵⁴ Organización de las Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos. párr. 6.

⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos. párr. 6.

⁵⁶ Ramiro Ávila Santamaría et al., eds., *Pensamiento jurídico contemporáneo* (Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012). Pág. 183.

podemos definidos como el conjunto de facultades que en cada momento histórico, concretan las exigencias de libertad, dignidad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos internos e internacionales⁵⁷. Doctrinariamente, los mismos han tenido diversas clasificaciones, que responden a una evolución cronológica por parte de los ordenamientos jurídicos a nivel internacional.

Encontramos, por lo tanto la clasificación por *generaciones* de los Derechos Humanos, concebida primero por Karel Vasak, en 1979, profesor y miembro del Instituto de Derechos Humanos. denominados derechos de 1era. Generación, nombrados derechos civiles y políticos; de 2da. Generación, llamados derechos económicos, sociales y culturales; y, de 3ra. Generación: nuevos derechos; y se habla también de la existencia de los derechos de 4ta. generación.

En los derechos de *Primera Generación*, tuvieron su auge en la edad media y la edad moderna. En aquella época se encontraban aún vigentes monarquías absolutistas, con el surgimiento de esos derechos, da paso a que se respete la soberanía del pueblo y la autonomía del Estado frente a sus ciudadanos. Derechos de *Segunda Generación*, surgen como resultado de la lucha de la clase obrera dentro del desarrollo industrial, debido a las condiciones inhumanas a las que estaban sometidos los obreros, sin tener mínimamente, condiciones para su desarrollo.

Derechos de *Tercera Generación*, son derechos llamados a la preservación de la paz; en palabras de Grijalva. “Algunos derechos de tercera generación son el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano, los derechos de los pueblos indígenas y los de los consumidores”⁵⁸.

Podremos referirnos a la existencia de una cuarta generación, que apuesta al desarrollo de derechos de los pueblos indígenas. Como lo menciona Bailón Corres:

Dentro de los derechos de cuarta generación, incorporamos a los derechos de las minorías, en particular los derechos de los pueblos indígenas, que hasta los años setenta, cobraron gran importancia en el debate de los foros internacionales (...), hasta que en 2007 fuera aprobada la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas (...). Dentro de los derechos de cuarta

⁵⁷ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, 7ma Edición, Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos (Madrid, España.: Tecnos, 1984). Pág. 48.

⁵⁸ María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma, eds., *Los derechos colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009). Pág. 15.

generación, podemos agrupar también a los derechos de los pueblos indios de América, al disfrute de su cultura y a la autodeterminación⁵⁹.

Una cuestión fundamental de este organismo es el trabajo de protección de los Derechos Humanos, así como de su prevención, que constituye un deber primordial del Estado; por lo tanto, en la justicia ordinaria se debe garantizar el desarrollo adecuado de estos derechos que son aplicables en la justicia en general. Los derechos humanos, *entendidos -de un modo genérico- como la forma occidental hegemónica de lucha por la dignidad humana*⁶⁰, tienden a ser considerados como dogmas jurídicos, como meta-narrativa definida y a su vez como *discursos totalizantes y multi-abarcadores*⁶¹. Situación por la que prácticamente, todas estas verdades nacientes de la sociedad europea del siglo XVII han sido consideradas como verdades inherentes únicas e inmutables sobre la naturaleza del hombre. “Cuando acudimos a las concepciones tradicionales de los derechos humanos, que han predominado en el marco de la modernidad occidental capitalista, lo primero que resalta es su pretensión de universalidad”⁶².

Consecuentemente, muchos de estos derechos integrados actualmente en sus respectivas normas constitucionales de países democráticos, constituyen también un fundamento de análisis para justificar su efectividad y desarrollo, evitando que desde ese enfoque no se invoque a los derechos humanos para desestimar la legitimidad de una jurisdicción diversa a la occidental, sino más bien para su dinamización y respeto de prácticas y costumbres ancestrales. No obstante los derechos humanos, en la búsqueda de su promoción y defensa, impone condiciones y concepciones que han de servir como guía a una cosmovisión occidental y que los mismos responderán a un proceso histórico en su formación e incorporación dentro de las constituciones; éstos se presentan con obstáculos por la intolerancia a lo desconocido, dificultando la incorporación efectiva de un sistema jurisdiccional diverso.

⁵⁹ Bailón Corres, Moisés Jaime. *Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales.*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014.pág. 104.

⁶⁰ Joaquín Herrera Flores, *Los Derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto* (Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005). Pág. 32.

⁶¹ Jean-François Lyotard y Mariano Antolín Rato, *La condición postmoderna: informe sobre el saber*, 4. ed, Colección Teorema Serie mayor (Madrid: Ed. Cátedra, 1989). Pág. 126.

⁶² Herrera Flores, *Los Derechos humanos como productos culturales*. Pág. 100.

1.2 Jurisdicción y competencia indígena.

El derecho o justicia indígena “existe históricamente al margen de códigos escritos en el tradicional derecho liberal, ello implica en una necesaria distinción entre Derecho Histórico y Derecho Positivo, entendido este último como el que se incluye literalmente en las Constituciones Políticas de los Estados Latinoamericanos y sus respectivas leyes nacionales”⁶³.

Esta, comprende una forma de organización de los pueblos indígenas y se caracteriza por ser un sistema que engloba disposiciones, procedimientos y prácticas, que a través de la costumbre, fuente de su derecho, garantiza el acceso a su justicia, centrando sus objetivos en el restablecimiento y restauración de la paz social y el orden dentro de la comunidad.

Hablamos de una justicia que de cierta manera, representa una lucha contra la desigualdad jurídica-cultural a lo largo de la historia, y un claro ejemplo de cómo el desconocimiento hacia un saber determinado, muchas veces nos lleva a no entender una cultura o ignorarla, desembocando en rechazarla, satanizarla o no aplicarla.

Aspectos culturales y producción filosófico-jurídico, entre la justicia indígena y la justicia occidental, son muestra de las diferencias que existe en los distintos grupos de pueblos y comunidades indígenas de todo el mundo, que poseen un sistema jurídico inspirados en la vida comunitaria, frente a un ordenamiento jurídico estandarizado, en el cual coexisten problemas relacionados con la protección y aplicación de sus derechos. “Este es uno de los temas que más controversia ha causado, fomentando discusiones que se dirigen básicamente a los asuntos que son de competencia de esas autoridades”⁶⁴.

En el contexto actual, es necesario el discernimiento de dichos conceptos, para el manejo adecuado de los mismos e incursionar, sirviendo como guía y orientación, a un entendimiento cabal de los mismos.

1.2.1 Justicia indígena: origen y cosmovisión.

La justicia de los pueblos indígenas no tiene un comienzo formal en sí, por el contrario, son herederos de prácticas, costumbres y formas de relacionarse con el medio ambiente y su comunidad, quienes a lo largo de la historia, han sufrido determinantemente escenarios, en los que contraponiéndose a su saber y prácticas,

⁶³ Carlos Pérez Guartambel, *Justicia indígena*, 2a ed (Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca : Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE: ECUARUNARI, 2010). Pág. 230.

⁶⁴ Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional: Segunda Edición*. Pág. 936.

han perpetuado su lucha para su reconocimiento “(...). Los pueblos indígenas han conservado características sociales, culturales, económicas y políticas, que son distintas a las de las sociedades dominantes en las que viven (...)”⁶⁵.

Su origen ha sido el resultado de una resistencia, que responde a un proceso histórico-social que ha perdurado, inclusive antes de la época de la colonización en el Nuevo Continente y posterior a ella, como una lucha para evitar la pérdida de su riqueza cultural, y que ha existido como consecuencia del desarrollo consuetudinario de los habitantes que cohabitaban al momento, entendiendo así la cosmovisión de estas culturas, antes de la conquista del Continente Americano.

Antiguamente, las manifestaciones culturales se encontraban arraigadas dependiendo del espacio geográfico en el que habitaban cada comunidad indígena, es por eso que, al referirnos a dicha población, encontramos una diversidad de culturas, que inclusive en la actualidad subsisten y de igual forma continúan formulando mecanismos de organización y control interno que han sido resultado de una transmisión de generación en generación. Es decir, su nacimiento se fundamenta en *la continuidad como pueblo originario en el tiempo, descendientes de los habitantes originarios de esas tierras, que han estado presentes ancestralmente antes de la presencia invasora y colonizadora y pese a su arremetida, aún se mantienen*⁶⁶.

Respecto de su justicia ancestral, entendemos a la misma como un concepto que irradia todo el aparato del derecho indígena, es más, se ha llevado a pensar que la aplicación de este principio de los pueblos indígenas, es un concepto abstracto, por lo que es imposible definirlo. No obstante, acogiendo las palabras y conceptos de Llasag Fernández, por pueblos indígenas “debemos entender cómo colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros aspectos de la sociedad (...), regidas por sus propias formas de organización social, política, económica y jurídica”⁶⁷.

Por su parte, cuando hablamos de justicia indígena o jurisdicción especial, entendemos como *una institución milenaria, que tiene como objetivo principal la responsabilidad de administrar justicia en las comunidades y territorios indígenas*⁶⁸.

⁶⁵ Organización de las Naciones Unidas - Pueblos Indígenas. párr. 1.

⁶⁶ Pérez Guartambel, *Justicia indígena*. Pág. 146.

⁶⁷ J. P Aguilar y Santiago Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador: estado, derechos e instituciones*, ed. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, y Claudia Storini, vol. 30, ESTUDIOS JURÍDICOS (Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2009). Pág. 187.

⁶⁸ Pérez Guartambel, *Justicia indígena*. Pág. 23.

Para entender más su cosmovisión, resulta importante acoger las palabras de Zabaleta: “por ser el derecho indígena, un ámbito de conocimiento poco explorado, no se tiene una realidad dimensionada de su alcance, ni se conoce suficientemente la racionalidad que lo dinamiza”⁶⁹; su percepción surge de costumbres originarias en *Abya Yala*⁷⁰, en la cual frente a una cosmovisión occidental, se contrapone de forma abismal respecto de su entendimiento, su finalidad, organización y su justicia.

No existe un criterio que unifique todos los componentes que comprende dicha jurisdicción; sin embargo la unificación de criterios al respecto, vinculan de manera apropiada la concepción adecuada en el que se desarrolla dicha jurisdicción; sin embargo, *la administración de justicia indígena es un tema que muchas veces ha sido entendida equívocamente como linchamientos, salvajismo o la aplicación de sanciones inhumanas que atentan a los derechos universales*⁷¹.

Esta dimensión es totalmente distinta a la occidental; sin embargo, para las comunidades indígenas su justicia comprende una organización encargada de resolver y solucionar sus conflictos, y son sus propias autoridades las encargadas de la aplicación de medidas ejemplificadoras y restaurativas. “En conclusión, la aplicación de la justicia tiene como objeto, la restauración de una armonía colectiva perdida temporalmente (...) y cuya meta, salvo en casos extremos, es su reincorporación a la sociedad”⁷².

La construcción normativa dentro del ordenamiento jurídico occidental, refleja la carencia de un ordenamiento jurídico que tipifique, regule, organice y sancione, actos cometidos dentro de una comunidad. Su fundamento basado en su propio derecho, el consuetudinario, no tiene como origen la norma positiva, ni sustento en un órgano especializado para la creación normativa, es el seno mismo de la comunidad indígena, quien emplea procedimientos, cuya práctica ha sido resultado

⁶⁹ Zabaleta, *Justicia propia entre los Huarcos*. USAID-CIT, Valledupur, 2008.

⁷⁰ La expresión Abya Yala ha sido empleada por los pueblos originarios del continente para auto designarse, en oposición a la expresión “América”. Si bien esta última había sido usada por primera vez en 1507 por el cosmólogo Martin Wakdseemüller, sólo se consagró a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, cuando las élites criollas trataban de afirmarse frente a los conquistadores europeos en pleno proceso de independencia. Porto-Goncalves, Carlos. *Enciclopedia Latinoamericana*, Portal Web, Enciclopedia Latinoamericana, s. f., <http://latinoamericana.wiki.br/es/entradas/a/abya-yala>. Párr. 2.

⁷¹ Tibán, Lourdes. El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria. Pág. 1.

⁷² Rosembert Ariza Santamaría, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia* (San José, C.R: IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010). Pág. 83.

de una herencia primitiva para la resolución de conflictos dentro de la comunidad. “Utiliza formas y medios, que para nosotros los mestizos, nos pueden resultar degradantes, arbitrarios y lesivos a la dignidad humana en varios casos”⁷³, logrando un orden y organización dentro de su comunidad.

La concepción de su derecho, el consuetudinario, deslumbra consideraciones jurídicas o preceptos normativos, que generan un control social interno y constituye una forma de reivindicación de sus derechos, su costumbre y su historia. Al interior de su comunidad existe tal compromiso, que aquellas costumbres, dentro de un amplio espacio de cultura, materializan una estabilidad inclusive igual o equivalente al derecho positivo. Como lo señala Tibán:

Los pueblos indígenas conciben el derecho a la justicia como un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de sus propias autoridades y de un conjunto de normas basadas en sus costumbres, regula los más diversos aspectos del convivir colectivo, y permite ejercer un control social efectivo en sus territorios y entre sus miembros⁷⁴.

Por su parte Trujillo al respecto señala:

(...)no hay fundamento para considerar que el derecho escrito sea superior al consuetudinario o no escrito, tanto más que, el Derecho Indígena o consuetudinario es, si utilizamos la categoría de derecho occidental, creación de los jueces o autoridad llamada a resolver conflictos y no creo que a nadie se le ocurra decir que el Common Law americano, es de menor jerarquía que el Derecho escrito del mismo pueblo, o que la Constitución del reino Unido es menos valiosa que la Constitución escrita de cualquier otro Estado europeo⁷⁵.

1.2.2 Procedimiento indígena.

La justicia occidental o jurisdicción ordinaria comprende una noción eurocéntrica, que frente al derecho no puede concebirse sin la existencia de un derecho procesal, como brazo ejecutor; y que sirva como medio para la prosecución de la causa, entre las partes, evitando el abuso de autoridad. Tal dimensión, distinta a la justicia indígena o jurisdicción especial, comprende por su parte, una organización sistemática de normas y principios, positivados dentro de un ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la Justicia indígena, respecto de sus procesos y sanciones, tienen como fuente, un sistema político-social muy distinto al occidental, deben respetar principios y garantías constitucionales, en la cual dicho cuerpo normativo,

⁷³ Cárdenas, *La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2.008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorumi, del cantón Cañar*. Pág. 11.

⁷⁴ Tibán, Lourdes. El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria. Pág. 1.

⁷⁵ Trujillo V et al., *Justicia indígena en el Ecuador* (Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar : Abya-Yala Editing, 2001). Pág. 13.

responde como un surgimiento, producto de una influencia política europea, inclusive todas las normas y garantías de ésta, tienen influencias romanistas, situación que a pesar de no reflejarse en la realidad indígena, constituye inclusive un límite dentro de su actuar jurisdiccional en la cual. Ejemplo de aquello tenemos las normas procedimentales, derechos y garantías que debe respetar dicha jurisdicción.

Entonces, los procesos indígenas y su saber ancestral, inclusive el fundamento de la pena, tienen una cosmovisión procedimental, que actualmente se encuentran influenciados por el debido proceso, como lo percibimos. Bajo este punto de vista, es concebible que exijamos una justicia indígena guiada por el amparo de un debido proceso, a pesar de tener una visión occidental dentro de un desarrollo adecuado de interculturalidad jurídica; *no obstante, también es posible que estos espacios puedan ser el escenario hacia la sana convivencia, más allá de las diferencias étnicas, raciales, políticas y religiosas*⁷⁶, mas no respecto de la interposición de una sanción y ajuste de sus bienes jurídicos, ajenos a toda la cosmovisión indígena.

La aplicación del procedimiento en la jurisdicción indígena para la imposición de una sanción, son de lo más diversos y variados, dependiendo de las prácticas comunitarias específicas; es por ello que, al regirse por connotaciones culturales y prácticas consuetudinarias, “pueden abarcar la más variada forma de resolver sus conflictos (...) Por ejemplo, al interior de la nacionalidad Kichwa conviven los siguientes pueblos indígenas: Karanki, Natabuela, Otavalo, Cayambe, Kitu Kara, Panzaleo (...)”⁷⁷, etc.; en virtud del cual, su desenvolvimiento en el ámbito de la comunidad indígena es ancestral, y no positivo. No obstante, su ejercicio está revestido de una potestad jurisdiccional. Sanchez Botero señala:

La Teoría clásica del Derecho procesal coincide en señalar como elementos de la jurisdicción la Notio, el Judicium y el Imperium. (...) La notio se define como la facultad de conocer los asuntos, que de acuerdo con las reglas de competencia correspondiente a cada juez, presupone la facultad de citar a las partes, recuadrar las pruebas, hacer notificaciones, etc. El Judicium es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez. El Imperium, finalmente, consiste en la potestad de usar la fuerza pública, para hacer efectivas las decisiones judiciales⁷⁸.

⁷⁶ Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La transformación de la justicia*, 1ra ed, Serie Justicia y derechos humanos. Neo constitucionalismo y sociedad 7 (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009). Pág. 268.

⁷⁷ Aguilar y Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador*. Pág. 187.

⁷⁸ Aguilar y Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador*. Pág. 198.

En efecto, “las autoridades indígenas que ejercen la administración de justicia, obedecen a un procedimiento existente desde tiempos atrás. Respetando las particularidades de cada uno de los pueblos indígenas, se puede mencionar en forma general, cuáles son los pasos o los procedimientos que las autoridades indígenas utilizan para solucionar un conflicto interno”⁷⁹. Al momento de la suscitación de un hecho, para dar inicio al proceso, es necesario que el o los afectado(s) pongan en conocimiento a los dirigentes de cabildo, mediante la denominada *Willachina*, que significa aviso o demanda, la misma tiene que ser informada en forma oral y clara, respecto de los hechos que se han suscitado, “trátase de peleas, chismes, robos, muerte, etc.

En este sentido, el *Willachina* es un acto por el cual el ofendido formula la petición de solución al Cabildo, que posteriormente será el tema principal de resolución en la asamblea comunal”⁸⁰.

Una vez iniciado el procedimiento, para la prosecución del mismo, corresponde la siguiente etapa denominada *Tapuykuna*, que se refiere a la investigación del problema y su averiguación. “Es una etapa de investigación del problema, con una variedad de diligencias, como la inspección ocular o constatación del hecho en el caso de muertes, robos, peleas; tendientes a identificar la magnitud del conflicto”⁸¹. Como se refiere a una etapa de investigación es necesario la presencia de los implicados.

Dentro del procedimiento, posteriormente continúa el mismo y la siguiente etapa es la llamada *Chimbapurana*, que se refiere a la confrontación entre el acusado y el acusador. Las partes exponen y dilucidan sus versiones, donde a diferencia del sistema occidental u ordinario, no existen abogados que defiendan sus derechos, posiciones y expongan sus hechos; son los mismos involucrados.

Una vez que las autoridades indígenas escuchen a las partes involucradas, si es que existe culpabilidad, impondrán una sanción; a esta etapa se la denomina *Killpichirina*, y se refiere sustancialmente a la aplicación de una sanción; por ejemplo, las multas; la devolución de los objetos robados más las indemnizaciones;

⁷⁹ Aguilar y Andrade Ubidia. << Esther Sánchez Botero, *Jurisdicción especial indígena*, p. 131>>. Pág. 198-199.

⁸⁰ Tibán. Lourdes. *El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria*. Párr. 3.

⁸¹ Tibán. Lourdes. *El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria*. Párr. 4.

el baño con agua fría, ortiga, fueite o látigo. En cumplimiento de la sanción impuesta, viene la etapa *Paktachina*, que se refiere a la ejecución de la sanción.

Al momento de la suscitación de un acto, que conlleve en sí mismo una consecuencia que es la sanción, es importante activar dentro de nuestra cosmovisión, los mecanismos de tutela efectiva de los derechos del agraviado. *Storini* menciona que “los derechos valen en la medida, en que su contravención sea jurídicamente sancionada, para lo cual es imprescindible que su titular pueda instar la reacción de los mecanismos de tutela del ordenamiento”⁸². De igual forma, corresponde a cualquier persona, dentro de una comunidad indígena instar dichos mecanismos, basados en normas y procedimientos consuetudinarios de su comunidad, para la tutela de sus derechos.

Este derecho es creado conforme a las necesidades a las que se enfrenta esta comunidad y, por lo mismo no es estático, sino evolutivo; tampoco es un Derecho incontaminado de influencias externas, más bien como todo ser viviente, ante nuevas necesidades, unas veces crea soluciones, otras asume experiencias ajenas y reproduce sus normas, e incluso conserva las que fueron impuestas a lo largo del tiempo (...) ⁸³.

Consecuentemente estos procedimientos, empleados al interior de la Justicia indígena, continuamente van a estar sujetas a cambios que se ajusten a sus necesidades y realidad social; si bien constituye una herencia respecto de sus prácticas de generación en generación, no obstante crean soluciones, como así lo señala Trujillo, conservando las que fueron impuestas a lo largo del tiempo.

1.2.3 Territorialidad y Justicia indígena.

En el ejercicio pleno y goce de los derechos jurisdiccionales de los pueblos y comunidades indígenas se ha caracterizado por constantes procesos dinámicos y delimitantes, tendientes a redefinir relaciones que adopten dentro de un Estado. Es por ello, que bajo esa ardua tarea de contemplar dentro de las Constituciones de cada Estado, aquella lógica multicultural, expresa categóricamente la aceptación de aquellas manifestaciones culturales, propiciando la desmantelación de jerarquías y desigualdades; sin embargo, bajo una valoración que no desborde hacia los fundamentos de la aplicación de su jurisdicción, se debe aplicar dentro de su territorio.

⁸² Aguilar y Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador*. Pág. 301.

⁸³ Trujillo V et al., *Justicia indígena en el Ecuador*. Pág. 11

La territorialidad frente a la justicia indígena comprende un factor que, para el presente trabajo, será abarcado desde una *doble vía*; primeramente bajo la preeminencia de su *capacidad jurisdiccional*; y, por otro lado, desde la *realización efectiva* de los derechos fundamentales, *por parte de los Estados*.

Desde su *capacidad jurisdiccional*, entendida como la aplicación y ejercicio de control y organización, por parte de los miembros de las comunidades indígenas, dentro de su ámbito territorial. Llasag no comparte dicha visión, su posición se fundamenta exponiendo que, “desde algunos sectores, inclusive de algunos dirigentes y asesores de las organizaciones indígenas, han aprendido a hacer parecer que la competencia de la jurisdicción indígena, se reduce al ámbito territorial. Desde esta posición, que nos parece equivocada, no podrían conocer un conflicto surgido entre dos miembros de los pueblos indígenas, fuera del territorio de su colectividad”⁸⁴.

Criterio que determina la competencia en razón de una pertenencia étnica, para la solución de un conflicto, situación que no es tema de análisis dentro del presente trabajo de titulación, lo que incurriría en un problema sujeto de estudio, ¿Cómo se establece la competencia en virtud de la pertenencia étnica?

Las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas, que poseen potestad jurisdiccional, sancionan aquellos conflictos que se susciten dentro de su ámbito territorial y con la cosmovisión de su propio derecho. Este comprende una limitación dentro de las Constituciones de los Estados.

Por otro lado, desde la *realización efectiva* de los derechos fundamentales *por parte de los Estados*, supone el derecho a que existan mecanismos administrativos efectivos y expeditos, tendientes a proteger y promover sus derechos territoriales. “A partir de este artículo, se establece el entramado de acción judicial para los pueblos indígenas, sin embargo (...) deja en evidencia que el ejercicio de administrar justicia, requiere de la protección y sostenibilidad Estatal, poniendo en entredicho la autonomía plena del ejercicio jurisdiccional”⁸⁵.

Es por ello que el convenio número 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales de 1989, que dentro de sus consideraciones, establece:

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población de

⁸⁴ Aguilar y Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador*. Pág. 190-191.

⁸⁵ Ariza Santamaría, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. Pág. 104.

los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas, han sufrido a menudo una erosión. Plantea en su artículo número 2, que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática, con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (...) ⁸⁶.

Ratificando la importancia, en dicha protección y sostenibilidad por parte de los Estados, de la ratificación de los derechos de los pueblos indígenas para su efectivo ejercicio.

1.2.4 Jurisdicción indígena como autoridad para administrar justicia.

La jurisdicción indígena constituye una justicia milenaria, sujeta continuamente a luchas para su aceptación y reconocimiento, en la cual, encontrándonos en una sociedad, que ha heredado una concepción occidental, continuamente se han impuesto límites para su ejercicio.

Desde esta concepción del Estado tan única y soberana, las mismas potencias occidentales, referentes a este sistema jurídico como en otros países regidos bajo la misma cuna jurídica, imponen en su derecho para solventar todo lo referente a los aspectos cotidianos, que se suscitan en el diario vivir.

Anteriormente existía un *reconocimiento* de la justicia indígena, desde una adaptación para respetar ciertas decisiones, pero considerada como una justicia inválida, precaria que no comprende, que no puede resolver, ni solventar aspectos de fondo, inclusive cuando se abarca ya bienes jurídicos relevantes.

En lo posterior, bajo la figura del neo constitucionalismo, “(...) hay que agregarle la palabra transformador, y esto significa ya una posición política. El neo constitucionalismo transformador pretende alterar la realidad, que es de exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida”⁸⁷, en el cual ya se reza en las leyes, dentro de una sociedad mucho más compleja con distintas cosmovisiones, sobre todos los aspectos relevantes anteriormente desconocidos, el *reconocimiento* o aceptación de la justicia indígena y su pluriculturalidad. Nace la concepción del Estado, en la cual éste

(...) debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos. En este sentido, la teoría del Derecho ya no puede ser el título preliminar del Código Civil y la teoría del Estado no debe ser solo la institucionalidad y la organización del

⁸⁶ Convenio núm. 169 OIT. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Párr. 8.

⁸⁷ Ramiro Ávila Santamaría, «En Defensa del Neo constitucionalismo Transformador. Los debates y los argumentos», *Universidad Andina Simón Bolívar.*, 2012, Boletín Informativo Spondylus. Pág. 5.

poder. Los derechos fundamentales son un medio y al mismo tiempo el fin de la teoría, del Estado y de la organización social⁸⁸.

Lleva consigo reconocimiento de dos derechos o dos sistemas jurídicos para la solución de conflictos, quiebra una concepción hobbesiana, en la cual la justicia se ve forzada, por el respeto y aceptación de diversas culturas, a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos; esta situación podemos notar, de manera especial, en el constitucionalismo andino latinoamericano.

Hablamos por lo tanto que, aquellas premisas planteadas desde Estados donde conviven comunidades sin diferencias notorias entre sus ordenamientos jurídicos, con cosmovisiones prácticamente iguales y con culturas que se han llegado a confundir entre ellas sin mayor problema, se deja de lado aquella cosmovisión y surge la concepción del pluralismo jurídico, en respuesta a la vulneración de derechos que fueron aplicados por el contraste de su sistema jurídico, frente a otro de diversa naturaleza; sin embargo, aquellas normas o sistemas jurídicos, eran nada realistas para las sociedades latinoamericanas, donde coexisten diversas culturas, a veces antagónicas entre ellas.

Por lo que, dentro del constitucionalismo andino, surge “la obligación de respetar derechos que se encuentran dentro del articulado que establece otras obligaciones (...), la responsabilidad objetiva se desprende de los textos normativos de todas las constituciones (...)”⁸⁹; que podemos encontrar en la Constitución Política del Estado de Bolivia; *Constitución Política de la República de Colombia*; *Constitución de Política de Perú* y, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

En efecto, como consecuencia lógica de tener un estado plurinacional, distintas formas punitivas en una sociedad y de administración de justicia, dentro de la perspectiva de la jurisdicción; resulta lógico por lo tanto, la coexistencia de distintos criterios en el ámbito de su aplicación y la presencia de concepciones distintas en un mismo Estado. Sin embargo, en búsqueda de una superación en donde toda forma de justicia diferente a la occidental resultaba una aberración, la sanción indígena era tortura y la cosmovisión ancestral basada en costumbre, era considerada superstición; en la cual, únicamente el saber occidental se guardaba el privilegio de

⁸⁸ Ávila Santamaría. *En Defensa del Neo constitucionalismo Transformador. Los debates y los argumentos*. Pág. 5.

⁸⁹ Ávila Santamaría et al., *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Pág. 93.

definir las cosas, de juzgar a las masas y la innegable tarea de sancionar al prójimo. Brinda el constitucionalismo andino, mecanismos de respeto de las decisiones que se adopten por parte de las jurisdicciones especiales y encarga la definición de estructuras y modelos de desarrollo para personas y colectividades.

Una de las características que brinda este régimen de gobierno constitucional, es la potestad de administrar justicia o *jurisdicción*, entendida como aquella facultad o función que *consiste en dirimir conflictos y decidir controversias*⁹⁰; en la cual faculta a la comunidad indígena, con un tratamiento diferenciado, tanto en su desarrollo jurídico-legal e institucional.

Surge por lo tanto, la potestad jurisdiccional de las comunidades indígenas, entendida ésta como “un mecanismo sustitutivo de la voluntad de los particulares, siendo así un poder independiente al que se le debe el respeto y sumisión, pero obligado al mismo tiempo a resolver (...) con justicia y equidad, los conflictos de intereses que suceden en esa comunidad organizada”⁹¹; en la cual establece una autonomía en el desarrollo de sus actividades y resoluciones.

Este derecho colectivo implica un derecho de autonomía y autodeterminación interna, dentro de la cual (...) está comprendido el mantenimiento y desarrollo de las funciones de justicia de las autoridades indígenas, en base a las normas propias de los pueblos. Tales funciones de justicia constituyen (...), una excepción al principio de unidad jurisdiccional (...) ⁹².

Dentro de su administración de justicia, establecen características, mínimos y límites que las autoridades indígenas deben observar en su actuar; respecto de las características encontramos:

a) Las autoridades deben ser aquellos que formen parte de cada comunidad, pueblo o nacionalidad, esto en virtud que los principales conflictos que se pudieren producir dentro de las comunidades indígenas, alteran el orden dentro del mismo conglomerado indígena, en palabras de Llasag: “todos estos conflictos y otros que se produjeran, son de competencia de las autoridades de los pueblos indígenas, en cuanto afecten al orden y perturben la vida social”⁹³.

b) Su procedimiento para tratar conflictos internos tiene una connotación especial, es decir, responde a un tratamiento normativo propio de su derecho

⁹⁰ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ta. ed., reimpresión, Maestros del derecho procesal 1 (Montevideo: Editorial B de F: J.C. Faura, Editor, 2004). Pág. 39.

⁹¹ Alfredo Gonzaíni, *Elementos del Derecho Procesal Civil*. (Universidad de Buenos Aires, 2018), gonzaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf. Pág. 42.

⁹² Trujillo V et al., *Justicia indígena en el Ecuador*. Pág. 20.

⁹³ Aguilar y Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador*. Pág. 194.

consuetudinario, basado en sistemas jurídicos propios de cada comunidad. En palabras de Trujillo, en referencia a los pueblos indígenas; “estos tienen su propio mecanismo para crear sus normas, para crear una regla. De la misma manera que la autoridad indígena no podrá indicarle a la autoridad estatal como ha de crear una ley, ésta no podrá indicarle como ha de crear el Derecho indígena, ni quién ha de aplicarlo”.⁹⁴

c) La sanción impuesta surge en base a una connotación de carácter social, curativo que determine la efectiva rehabilitación dentro de la comunidad y finalmente, su reinserción, “la justicia indígena tiene por objetivo reintegrar a los delincuentes en la comunidad”⁹⁵

d) Participación en las decisiones para resolver conflictos, por parte de la colectividad dentro de su comunidad.

e) Gratuita, Oral y en su propia lengua.

f) Resolución inmediata y restitución de la paz y armonía, al respecto Tibán e Illaquiche mencionan: “los pueblos indígenas cuando administran justicia, no lo hacen porque la justicia ordinaria no funciona, o porque es corrupta, lenta, engorrosa o costosa; tampoco lo hacen porque la Constitución Política y las normas internacionales sean así (...) sino porque desde sus orígenes hasta la actualidad, constituyen normas o sistemas jurídicos que han permitido armonizar sus relaciones sociales y sus más diversos aspectos del convivir como colectividades o pueblos indígenas”⁹⁶.

Los derechos tienen validez únicamente en la medida en que su contravención o detrimento, tenga como consecuencia la imposición de una sanción, para aquello es imprescindible que su titular tenga la posibilidad de accionar ante los organismos previstos en la Constitución, la reparación del mismo. Estas garantías tienen un enfoque que determina la existencia de mínimos que las autoridades deben observar en su administración de justicia, refieren “algunas garantías que son iguales para todos los seres humanos, que las autoridades indígenas no pueden omitirlas, las mismas que se denominan los mínimos jurídicos”⁹⁷.

⁹⁴ Aguilar y Andrade Ubidia. La nueva constitución del Ecuador. Pág. 194-195.

⁹⁵ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia número 113-14-SEP-CC. Dentro del caso número 0535-12-CN.

⁹⁶ Lourdes Tibán y Raúl Illaquiche, *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. (Quito, Ecuador: Fundación Hanns Seidel, 2008). Pág. 21.

⁹⁷ Tibán, El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria. Pág. 4.

Dentro de los cuales podemos hacer referencia a: a) Derecho a la vida, la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. Inclusive podemos ver en sanciones de la comunidad indígena, en la cual no reconoce la pena de muerte, debido a que su misión es la reinserción del individuo y su sanación; tiene por lo tanto un enfoque restaurativo de la pena y la sanción no puede ser la muerte del procesado.

b) Derecho al debido proceso: dentro del procedimiento, éstos tienden a ver que cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad e imparcialidad. c) Derecho a la no tortura, esclavitud, ni tratos crueles: “De todas maneras es importante señalar que estas prácticas, no deben ser consideradas torturas, ni agresiones físicas y psicológicas, siempre y cuando esté demostrado que en esa comunidad es una forma tradicional de sanción social y que además permita la reivindicación de las partes, asegurando la estabilidad y armonía comunitaria”⁹⁸.

Reconocido constitucionalmente dicho derecho colectivo, de acuerdo a sus prácticas y conforme a su derecho propio, se establecen, condiciones y límites, consagrados en la Constitución, norma suprema dentro de un Estado, para su ejercicio. En términos generales, Grijalva hace mención respecto de estas limitaciones:

(...) obviamente, no pueden ser tales que conculquen y por tanto anulen los antes mencionados derechos colectivos y la existencia de la jurisdicción y del Derecho Indígena. (...) Es decir, no pueden ser contrarios a la Constitución en el sentido de desconocer o anular la acción de las autoridades, usos y costumbres indígenas y por esa vía desconocer el carácter pluricultural del país⁹⁹.

En términos generales, hablamos que los límites establecidos a la Justicia Indígena, serían aquellos que no alteren el orden público, contraríen a los Tratados de Derechos Humanos, y a la Constitución Política de un Estado.

⁹⁸ Tibán. El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria. Pág. 4.

⁹⁹ Trujillo V et al., *Justicia indígena en el Ecuador*. Pág. 22.

2. CAPITULO.- LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA POTESTAD JURISDICCIONAL INDÍGENA Y CONTROL CONSTITUCIONAL

2.1. Aplicación de Justicia indígena en Estados democráticos de la Región Andina.

La incorporación de la Justicia indígena ha tenido, en las últimas décadas, una mayor trascendencia para los gobiernos y tomando en consideración su valor histórico y cultural; ésta brinda pautas encaminadas a un mejor entendimiento de la conformación de su derecho, a la cual está sujetas las comunidades indígenas.

De igual manera, su incorporación ha dado como resultado el reconocimiento como una jurisdicción y genera mecanismos de protección, respeto y dinamización de todo el engranaje de derechos y garantías propias de esta potestad jurisdiccional que ha sido inclusive garantizado por organismos internacionales y respaldado por convenios y tratados en materia de Derechos Humanos; consecuentemente tenemos la inclusión de esta justicia especial, por parte de los Estados dentro de su ordenamiento jurídico.

Es de vital trascendencia entender que estos procesos de reconocimiento de la Justicia indígena y su incorporación dentro de la Constitución Política de cada Estado, se intensifica en América Latina; de manera especial, en aquellos países de la Región Andina, tales como Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, etc. Quienes, bajo la concepción democrática, instauran esta inclusión, de la jurisdicción especial como un derecho de los pueblos indígenas y sus comunidades para regirse por su propio derecho, bajo una regulación legal dentro de su ordenamiento jurídico, con la concepción de un Estado plural y diverso.

Ahora bien, el elemento central de este estudio es analizar las distintas legislaciones que han reconocido a la Justicia indígena, la cual responde a un proceso histórico. Por lo tanto, es necesario empezar vanagloriando a Colombia debido a que “es el país donde se han desarrollado de manera más vigorosa y creativa las distintas formas en que el Derecho, y en particular las formas de construcción de justicia, intentan dar respuesta a las diversas manifestaciones pluriculturales de su nación

(...)”¹⁰⁰; esto se deriva en un importante precedente y en una considerable influencia en países vecinos con respecto a la materia.

La relevancia de la constitución colombiana de 1991, que sirvió, no sólo de antecedente importante, sino también de influencia para muchos países inexpertos en materia indígena, marcando así un precedente en la cual, en el desarrollo de su Carta Política invitó a la creación y el desarrollo de normas que rigen para la comunidad indígena, a delegados de dichos pueblos.

En Colombia con participación activa de tres delegados indígenas, la asamblea constitucional de 1991 reconoció no solo el carácter inalienable de la tierra de las comunidades indígenas sino también la autonomía de tales territorios(...)”¹⁰¹.; por ello se marca entonces un rezago, un antecedente remoto hacia la regulación de la justicia, al mencionar la autonomía de los territorios indígenas, y como consecuencia a su vez, del respeto a las formas de libre determinación de estos pueblo reconocidos.

Por su parte, Bolivia, respecto de la Justicia indígena tiene un tratamiento especial sobre las decisiones jurisdiccionales dentro del mismo Estado, “(...) En Bolivia las decisiones emitidas por las autoridades indígenas en ejercicio del sistema de Justicia indígena únicamente son revisables por el Tribunal Plurinacional Constitucional, es tarea fundamental de este tribunal desarrollar una jurisprudencia plurinacional con participación indígena (...)”¹⁰².

El mismo, es un claro ejemplo de coexistencia entre los dos sistemas jurídicos, debido a que se puede percibir una Justicia indígena regulada, mas no limitada, ni restringida en su ejercicio jurisdiccional.

La revisión ejercida por el Tribunal Plurinacional Constitucional de Bolivia, lo hace bajo el entender lógico de su comunidad, caso contrario sería una limitación por lo establecido en la Constitución; por ello resulta idóneo reconocer, conectar y relacionar ambas cosmovisiones con su respectivo procedimiento; no obstante aquel ejercicio jurisdiccional es pleno, autónomo e independiente para la resolución de conflictos.

¹⁰⁰ Rosember Ariza, *El derecho profano: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, 1. Ed (Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010). Pág. 15.

¹⁰¹ Juan Manuel Palacio y Magdalena Candiotti, *Justicia, Política y Derechos en América Latina*, Prometeo (Prometeo Libros Editorial, 2007), [Http://www.prometeoeditorial.com](http://www.prometeoeditorial.com). Pág. 95.

¹⁰² Alexandra Tomaselli et al., eds., *Justicia y formas de participación indígena*, Deusto Digital. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe., Cuadernos Deusto de derechos humanos, núm. 74 (Bilbao: Universidad de Deusto, 2014). Pág. 30.

De igual forma, es necesario resaltar lo previsto en la Constitución Política de la República del Perú de 1993, la cual *faculta a las comunidades campesinas, que se entiende hace referencia a los pueblos indígenas, a ejercer jurisdicción en su ámbito territorial*¹⁰³; por lo que Perú es uno de los países que se suma al conglomerado de Estados que incluyen la justicia indígena dentro de sus legislaciones, reconociendo entonces el pluralismo jurídico y su ejercicio jurisdiccional.

Esta aceptación de la justicia indígena o jurisdicción especial, comprende un fenómeno de reconocimiento, con una fuerte carga cultural, dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, que se intensifica gracias a la promulgación de Convenios internacionales de Derechos Humanos (D.D.H.H.), la cual, con su normativa ha dado como resultado un desarrollo efectivo de la jurisdicción especial. Sin embargo, los mismos tienen un margen de delimitación visto desde dos ópticas; una que analiza el actuar del Estado, apoyado en un ordenamiento jurídico hegemónico, frente a la jurisdicción indígena; y, desde otra óptica, deberes y derechos de aquellos sectores poblacionales indígenas.

No obstante, esta inclusión no es más que el resultado del quebrantamiento de aquel paradigma occidental, que predica el posicionamiento de derecho ordinario como hegemónico dentro de un Estado; por lo que supone una evolución marcada por luchas de comunidades indígenas para su efectivo reconocimiento, misma que busca a la luz de toda consideración política, el respeto de su derecho y sanción para su efectivo ejercicio.

En virtud de aquello, es importante determinar en qué papel corresponde situar, a la teoría jurídica occidental y a los sistemas jurídicos romanistas, en el tratamiento de la jurisdicción indígena; además, en la protección y respeto de dicha jurisdicción. ¿Aún confluyen criterios descuidadamente ajenos a la cosmovisión indígena, mismos que son aplicados en la resolución de conflictos suscitados en sus comunidades?; o tal vez, ¿Cuál es el fundamento normativo para la inaplicabilidad del procedimiento que contempla el derecho indígena, para la deliberación de una causa el cual verse sobre bienes jurídicos relevantes?

2.2. Marco de regulación normativa sobre la Justicia indígena.

En la Constitución Política de varios Estados que poseen mayor población hablante de lengua indígena, la cual se rige por su derecho propio, como son los

¹⁰³ Pérez Guartambel, *Justicia indígena*. Pág. 157.

países de la región andina tales como Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia; la influencia de las aportaciones por dichos Convenios, Declaraciones y Tratados internacionales a los derechos de las comunidades indígenas, aflora aquel reconocimiento o aceptación al fusionar dos términos que anteriormente se considerarían como incompatibles, los derechos humanos y la justicia indígena “(...)los derechos de los pueblos indígenas se incorporan tarde al proceso de construcción del edificio internacional para el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos(...)”¹⁰⁴; quizás, en base a una deuda histórica de lucha de comunidades que por mucho tiempo han buscado la aceptación de su derecho; sin embargo, *ello no significa que ni remotamente no hayan existido*¹⁰⁵.

No cabe duda alguna que, históricamente hasta la actualidad, ha existido cierta resistencia por parte de los Estados de considerar al Derecho Indígena o Justicia Indígena como un verdadero sistema jurídico; lo que, además es muestra clara de la adopción de un sistema hegemónico o una cosmovisión occidental, integrada fundamentalmente en la lógica del discernimiento jurídico dentro de un Estado.

Al mencionar a un sistema hegemónico, hacemos referencia a un sistema específico de dominación, que implica la subordinación de nuevas construcciones jurídicas, al respecto Peña señala “ Se dice que un sistema jurídico *o normativo* es hegemónico respecto de otro cuando puede observarse que, en los casos de alternatividad de normas, las suyas tienen mayor efectividad que las del sistema hegemónico o subalterno”¹⁰⁶, lo cual implica una dirección de la sociedad en su conjunto, que no permite la absorción o inclusión, en su totalidad de realidades distintas aquella.

Sin embargo, en varias legislaciones democráticas e inclusivas, encontramos la aplicación de estas cosmovisiones antagónicas entre sí, dentro de un mismo Estado, debido a ese reconocimiento efectivo dentro de su legislación, de la Justicia indígena. “está plenamente reconocido en la mayoría de los países del mundo, el hecho de que todos los pueblos indígenas y etnias, deben y pueden tener sus propio

¹⁰⁴ Charters, Stavenhagen, y Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, *El Desafío de la declaración*. Pág. 10.

¹⁰⁵ Pérez Guartambel, *Justicia indígena*. Pág. 121.

¹⁰⁶ Antonio Peña Jumpa, Vicente José Cabedo Mallol, y Francisco López Bárcenas, eds., *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina: análisis constitucional ; justicia y derecho oaxaqueño (México) ; justicia y derecho aymara (Perú)*, 1. Ed (Lima: Pontificia Univ. Católica del Perú, Fondo Ed, 2002). Pág. 65.

sistemas jurídicos de usos y costumbre, y a partir de ellos el poder llevar a cabo la organización dentro de sus comunidades (...)”¹⁰⁷.

Estos Estados de la región Andina, en consideración a estos avances en materia indígena, han posesionado los dos sistemas jurídicos logrando su coexistencia, sin menoscabar el reconocimiento a la Justicia indígena.

Esto ha sido un ejemplo en virtud de la influencia, por ejemplo de instrumentos internacionales como la Convención 107 de 1957 sobre poblaciones Tribales e Indígenas, en virtud que *se observó la violación sistemática de los derechos humanos fundamentales de las poblaciones indígenas y el resquebrajamiento de sus leyes, valores, cultura y perspectivas*¹⁰⁸. Por esta razón podemos resaltar el impacto de los tratados y convenios en mención, para el respeto de lo Justicia indígena dentro de su ordenamiento jurídico, de Estados como México, Constitución 1990; Bolivia, 1991; Colombia, 1991; Costa Rica, 1993; Paraguay, 1993; Perú, 1994; Honduras, 1995; Guatemala, 1996; Ecuador, 1998; Brasil, 2002; Venezuela, 2002, cada una con su particularidad propia.

Al mencionarlos, es necesario destacar el posicionamiento de estos Estados en la existencia de dos sistemas jurídicos en base al principio de plurinacionalidad, que si bien generan integración y mayores resultados respecto de los derecho de los pueblos indígenas, nos incentiva a repensar una jurisdicción indígena totalmente libre de toda interferencia en sus decisiones, a tal punto, que se la considera jerárquicamente igual a la justicia ordinaria.

El Ecuador, por su parte, bajo un sistema jurídico político enriquecido por su diversidad cultural e influenciado bajo la proyección del Buen Vivir o *Sumaq Kawsay* en respuesta a esa conciencia de inclusión y equidad; de igual forma reconoce, dentro de la Constitución del 2008, bajo un carácter multidimensional de derechos, como potestad jurisdiccional de los pueblos indígenas en virtud del cual, dichos pueblos y comunidades regidos por su propio Derecho, el Derecho indígena, puedan conocer y sancionar, dentro de un conflicto, en base a sus creencias ancestrales.

“Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su

¹⁰⁷ Karla Elizabeth Mariscal Ureta et al., eds., *Derechos Humanos y Nuevo Orden Mundial.*, Ediciones Universidad de Salamanca y los autores (España: AQUILAFUENTE, 260, 2019), <http://edicionesusal.com/obra/978-84-1311-003-5>. Pág. 242.

¹⁰⁸ Palacio y Candiotti, *Justicia, Política y Derechos en América Latina*. Pág. 88

derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicaran 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.”¹⁰⁹

Esta diversidad étnico-cultural, ha servido como base para la promulgación de principios de formación de un Estado pluricultural y multiétnico, rompiendo, consecuentemente con aquella ficción de considerar al derecho como uno sólo, lo cual lleva al planteamiento de un aparato jurídico, completo e igualitario, sin embargo, mucho más complejo, enmarcado en un ámbito de respeto de las decisiones que se adopten internamente en la comunidad indígena; como en efecto, así lo menciona la Constitución del Ecuador “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”¹¹⁰

No obstante, no cabe duda alguna que la divergencias de saberes, cosmovisiones y contradicciones conceptuales entre las comunidades indígena, respecto de su derecho y, la concepción de Estado, frente a un sistema jurídico occidental, hace surgir nuevos planteamientos jurídicos y metodológicos variables en la idealización del derecho como tal, así como en la adaptación conformista en la aplicación de sanciones de cada jurisdicción “Un desafío relevante que hoy en día se plantean estas prácticas jurídicas indígenas y comunitarias es cómo resolver la forma en que se expresará a plenitud la idea del pluralismo jurídico. Sin duda que la consagración formal de las constituciones (...) establecen de manera explícita el carácter de Estado plurinacional y por lo mismo la aceptación del pluralismo jurídico”¹¹¹ la cual genera cambios relevantes en la forma de comprender esta realidad diversa a la occidental.

¹⁰⁹ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008

¹¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008

¹¹¹ Ariza, Rosembert. *El derecho profano*. Pág. 17.

2.2.1. Ecuador ante los tratados internacionales en materia de derechos de pueblos indígenas.

Los tratados internacionales comprenden una parte importante dentro de las relaciones interestatales, en virtud de las cuales los Estados ajustan, dentro del aparato jurídico, político y social en miras a un desarrollo progresivo, las normas internas del Estado frente a las normas de carácter internacional. Estos tratados internacionales, comprenden además una fuente normativa en el derecho internacional y puede abarcar aspectos tales como derechos humanos, medios de comunicación, comercio exterior, economía, etc.

Respecto del caso que nos compete, de los derechos que acompañan a los pueblos indígenas, hacemos alusión a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; los mismos velan por la dinamización, protección, respeto, promoción de derechos y deberes, en virtud de las condiciones que reúne un ser humano dentro del escenario de la sociedad en general y dentro de la comunidad indígena.

En el sistema universal de derechos humanos que se refieren a la protección de derechos, los tratados internacionales juegan un papel trascendental, debido que en su promulgación o expedición, actualmente, se encuentran inmersos en un tratamiento individualizado, es decir, puede referirse en función de diversos temas, verbigracia, ámbito laboral, civil, penal; o, por su parte, en función de diversos sujetos, es por ello que encontramos tratados internacionales que versan sobre derechos de los pueblos indígenas.

Estos tratados revisten de una importancia significativa en la relación a los Estados, debido a que, constituyen normas *ius cogens*¹¹² que deben ser respetados y aplicados, una vez que han sido ratificados dentro de un país, es decir, éstas han de servir de medio y guía para la dinamización de derechos dentro del aparato jurídico y organizacional de un Estado, así como en lo referente a derechos de los pueblos indígenas.

¹¹² Derecho común obligatorio, derecho impositivo o derecho imperativo, fue definido por primera vez en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de fecha 23 de mayo de 1969. Wolters Kluwer. Guías Jurídicas, Académico-informativo., *Guías Jurídicas* (blog), s. f., http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjAzMDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAXzignzUAAAA=WKE. Párr. 1.

En el caso del Estado ecuatoriano, el cual ha suscrito varios acuerdos y tratados de derechos humanos, dentro de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, ha incorporado aquel reconocimiento por la relevancia que revisten los tratados internacionales; el cual señala, “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y Convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”¹¹³.

De igual forma, el Ecuador reconoce en la Constitución del Ecuador, artículo 416. 9, el cual prevé; “(...) las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia (...) 9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de éstos”¹¹⁴.

Estos tratados internacionales sirven como un orientador y precursor en la dinamización de derechos en la cual, en el Ecuador, ya no se constriñe únicamente a la aplicación de la norma constitucional; es decir, en virtud del principio de clausula abierta, *hace posible la existencia de derechos también fundamentales pero no constitucionalizados*¹¹⁵ en la cual aquellos derechos y garantías que benefician a un sujeto de derechos, y que estén contempladas en tratados o Convenios internacionales, son de directa e inmediata aplicación, de ahí su gran importancia.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008 comprende un cuerpo normativo supra legal, éste regula *la organización y funcionamiento del poder del Estado*¹¹⁶ y, bajo principios que predica el Sumak Kawsay o *Buen Vivir*, *constituye una idea movilizadora que apuesta desvincular aquellas visiones tradicionales de desarrollo hacia una visión con más sentido de comunidad que*

¹¹³ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008

¹¹⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008

¹¹⁵ Encarnación la Spina y Corp E-libro, *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada.*, Institut de Drets Humans, Universidad de Valencia. (España: Dykinson, 2010).

¹¹⁶ Oyarte, *DERECHO CONSTITUCIONAL: Segunda Edición*. Pág. 45.

*busca la armonía del ser humano con la naturaleza*¹¹⁷. Inclusive esta estrategia guía, amparada bajo los ideales del Buen Vivir, como una alternativa distinta a la ortodoxa y hegemónica, engloba aquellos graves y acuciantes problemas sociales dentro del país; es por ello que, en el presente caso es necesario hacer referencia a los tratados de Derechos Humanos, que versan sobre los derechos de pueblos indígenas en relación a la postura que adopta la Constitución de la República del Ecuador, norma suprema del Estado, frente a estas normas de carácter internacional, todo aquello en tutela de las comunidades ancestrales.

El Derecho Internacional, constituido por una diversidad de normas o fuentes, *unas de carácter convencional, llámese tratados, protocolos, convenios, convenciones, etc., son vinculantes*¹¹⁸; regula las relaciones entre los Estados, ya que el mismo no puede concebirse en forma aislada, por el contrario, comparte con otros Estados y, dicha convivencia se la ha denominado en la doctrina como *global village = aldea planetaria*; además, el impacto que causa las normas del derecho internacional, dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, es trascendental a tal punto que encontramos conceptos elevados a norma suprema cuya positividad en la Constitución Política, da cuenta de su respeto dentro de todo el aparato jurídico y social de un país en busca de su desarrollo progresivo. De lo expuesto, en palabras de Morales Tobar:

El Estado tiene por finalidad última servir a la persona humana y promover el bien común (...) y esta finalidad se cumple respetando, protegiendo y promoviendo los derechos de las personas (...) principalmente, al reconocer como el más alto deber del Estado el respeto y protección, sin discriminación alguna, de los derechos humanos que se determinan no sólo en la Constitución y en instrumentos internacionales vigentes, sino los que se deriven de la naturaleza de la persona y que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material, y, de este modo, que se los haga efectivos, aplicándoselos de modo directo e inmediato¹¹⁹

Es decir, el desarrollo y dinamización de derechos a nivel global, en conjunto con el surgimiento de una ola con una fuerte carga garantista de derechos, sitúan a los Estados en un posicionamiento intercesor y velador de los derechos de todos sus

¹¹⁷ Francisco Javier Braña Pino et al., eds., *Buen vivir y cambio de la matriz productiva: reflexiones desde el Ecuador*, Primera edición (Quito, Ecuador: Friedrich Ebert Stiftung Ecuador, ILDIS, 2016).

¹¹⁸ Julio C. Trujillo V., *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de Derecho Constitucional*, 2. Ed, Serie Estudios jurídicos, v. 8 (Quito: Corporación Editora Nacional : Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006). Pág. 194.

¹¹⁹ Marco Morales Tobar, *Derechos Humanos y Tratados que los Contienen en el Derecho Constitucional y la Jurisprudencia de Ecuador*, vol. 9, 1 (Revista Jurídica Ius et Praxis (online), 2003), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100007>. Párr. 24.

habitantes, incluidos aquellos pertenecientes a las comunidades indígenas; en la cual, en la búsqueda de asegurar dichos derechos, sin violentar la seguridad del sistema jurídico interno, se han ratificado normas de carácter internacional, que desarrollan derechos y garantías consagradas en el desarrollo progresivo de los Estados.

Es por ello, que encontramos Tratados y Convenios que han incidido en materia de derechos humanos y justicia social, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en París el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convenio 169 de la OIT; Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales de la ONU; en la cual, dichos convenios y tratados, constituyen mecanismos de observancia obligatoria para un manejo adecuado, con equilibrio, de derechos de pueblos indígenas que no admite corrosión alguna en su reconocimiento. “El discurso de los derechos humanos se fue construyendo en el mundo occidental a partir de la Ilustración prestó al inicio poca importancia a los pueblos indígenas a no ser para denunciar, de vez en cuando, los abusos y las atrocidades de los que fueron víctimas”¹²⁰.

Por otra parte, la repercusión de dichas normas que contienen aquellos instrumentos internacionales, que brindan garantías referentes a derechos fundamentales, han incidido de manera significativa, a tal punto que han sido ratificados por el Ecuador, de manera especial aquellos que refieren a los derechos fundamentales de las personas y comunidades indígenas o tribales. Dicha influencia y ratificación, surge como una consecuencia fundamental en un proceso democrático de esos países garantistas de los derechos; en la cual, en uso de sus recursos y poder, deben encausar la determinación de derechos y obligaciones de cualquier orden en beneficio de sus habitantes.

Es por ello que en la Constitución del Ecuador del 2008, *reconoce derechos de los distintos pueblos que coexisten dentro de los Estados y de manera especial promueve mecanismos que preserven, mejoren y protejan ese carácter diverso de*

¹²⁰ Mikel Berraondo, *Pueblos indígenas y derechos humanos. Volumen 14 Volumen 14*, Publicaciones de la universidad de Deusto, vol. 14, Series de Derechos Humanos. (Bilbao: Universidad de Deusto, 2006), <http://site.ebrary.com/lib/interpuertoricosp/Doc?id=10804089>. Pág. 24.

*sus sociedades*¹²¹, reforzando así la pluriculturalidad como característica dentro su estructura de gobierno.

Este reconocimiento de la Constitución del Ecuador del 2008, brinda actualmente un ejercicio jurisdiccional que será practicado por miembros u organizaciones indígenas, el cual concuerda con lo promulgado en Convenios y Tratados internacionales. Del mismo modo, en virtud de la ratificación de dichos Convenios y Tratados en materia internacional del Estado ecuatoriano, se lo conmina a un proceso de construcción equitativa entre diversas cosmovisiones, occidental frente a la indígena, antagónicas entre sí, no obstante, es el resultado de la existencia de un pluralismo jurídico en el territorio.

2.2.2. Autonomía y supervivencia cultural.

El reconocimiento de una jurisdicción indígena constituye un proceso democrático e inclusivo, en el cual enfatiza la voluntad del pacto constituyente en la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, de brindar una potestad jurisdiccional a miembros de las comunidades indígenas. No obstante, es necesario precisar que, el ejercicio jurisdiccional de estas comunidades no estuvo reconocido anteriormente en el Ecuador, sino es a través de luchas en el ámbito político y jurídico que surge esta integración que estipula la Carta Política.

En necesario tomar en consideración lo expuesto por Berraondo, quien señala “Las complicadas relaciones entre los pueblos originarios y los estados nacionales que surgieron de la caída y fragmentación de los imperios coloniales, constituyen hasta la actualidad el marco de referencia de la problemática de los derechos (...) de los pueblos indígenas”¹²². A ello se debe el grave y difícil problema de la ignorancia a lo largo de la historia, por parte del ordenamiento jurídico del Estado, sobre el derecho al cual se sometían las comunidades indígenas; consecuentemente, ese desconocimiento concluye en la inaplicación de sus costumbres, usos y tradiciones, bajo un criterio sesgado de la plurinacionalidad y multietnicidad, respecto de su estructura de gobernabilidad; y, el desplazamiento de dicha jurisdicción, impidiendo el ejercicio potestativo jurisdiccional que brinda la Constitución del Ecuador.

¹²¹ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

¹²² Mikel Berraondo, *Pueblos indígenas y derechos humanos. Volumen 14 Volumen 14*, Publicaciones de la universidad de Deusto, vol. 14 (Bilbao: Universidad de Deusto, 2006). <http://site.ebrary.com/lib/interpuertoricosp/Doc?id=10804089>. Pág. 23.

Al respecto Insignares señala, es necesario tener claro que el *Ecuador aplica la teoría monistay que establece el criterio jerárquico, como el encargado de resolver conflictos de leyes*¹²³, el cual supone una subordinación dentro del ordenamiento jurídico normativo, compuesto por una sola raíz o fuente y erigido como una supremacía del derecho interno, frente al derecho jurisdiccional de los pueblos indígenas; lo cual, continuamente va a repercutir, como en efecto ha sucedido, en un desplazamiento social y político de las comunidades indígenas dentro del Estado.

Es por ello, que la historia nacional se ha visto marcada por constantes luchas para el reconocimiento material y efectivo de sus costumbres, tradiciones y autonomía, frente al Estado, en sus decisiones, además de una capacidad de ejercicio en base a su derecho, es decir, en demanda de principios como *autodeterminación, plurinacionalidad y no interferencia en su derecho*, dicho de otra forma, supervivencia cultural.

Consecuentemente, existieron obstinadas y polémicas controversias que fueron protagonizadas por las comunidades indígenas en la lucha de sus derechos; verbigracia, en el mes de mayo de 1990, movimientos conformados por las nacionalidades originarias, se levantaron en contra del gobierno de Rodrigo Borja Cevallos y la ciudad de Quito que fue bloqueada, planteándose entre uno de sus objetivos, la nacionalización del idioma *Quichwa* como lengua dentro del Estado ecuatoriano.

De igual forma, en el gobierno de Sixto Durán Ballén, la existencia de dos levantamientos; el primero en el año de 1992, el cual tuvo como fundamento el rechazo a la celebración de los 500 años de colonización de los españoles, y en 1994, la marcha en base a su inconformidad a la promulgación de la Ley Agraria, que dio como resultado la reversión de la reforma agraria.

Posteriormente, en 1997 iniciaron las protestas para el derrocamiento del poder al ex presidente Abdalá Bucaram; y en enero de 2000, los movimientos indígenas protagonizaron la toma del Congreso Nacional en el gobierno de Jamil Mahuad, dando como resultado la caída de su gobierno, y la formación de un

¹²³Silvana Insignares Cera, *Construcción constitucional del proceso de integración suramericano*, Colección Jurídica (Barranquilla (Colombia) : Bogotá (Colombia): Universidad del Norte, Editorial ; Grupo Editorial Ibañez, 2015). Pág. 93.

triumvirato que asumiría el poder, dejando a un lado al movimiento indígena, y, el suscitado en el 2001, en esta ocasión en contra del gobierno de Gustavo Noboa.

Posteriormente los levantamientos y luchas de carácter nacional fueron concentrándose en contiendas a nivel provincial o en un sector determinado.

La importancia de este concepto de supervivencia cultural, desde un enfoque autodeterminación, en la actualidad ha generado un mayor cuidado y protección, ya sea al interior de los estos Estados, al incorporar leyes que buscan la protección del derecho de los pueblos indígenas, o, inclusive dentro del derecho internacional, según señala Carmela Pérez, “el principio de la libre determinación de los pueblos ha alcanzado en la era de las Naciones Unidas una relevancia política y jurídica sin parangón (...) con respecto al alcance y contenido que se debía otorgar al principio de libre determinación de los pueblos (...).”¹²⁴. De igual manera, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), señala “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.”¹²⁵

Concretamente, dentro del territorio ecuatoriano, estas luchas enmarcan la persistencia de las comunidades indígenas con el objeto de tener una diversidad clara, y que la misma, sea el resultado de una existencia autónoma de estas comunidades, es decir, aquellas como portadoras y beneficiarias del principio de no intervención del Estado y el respeto dentro de sus decisiones.

La autonomía y autodeterminación, por lo tanto, son pilares fundamentales para sostener, mediante el quebrantamiento de un paradigma hegemónico, el derecho de los indígenas de poder tener sus propios conceptos, aplicar sanciones en base a su creencia, y, de igual manera, posesionar a la comunidad indígena y su derecho en la relevancia que no tuvieron por la hegemonía del derecho occidental u ordinario.

Ahora bien, si todos los pueblos tienen el derecho a la autodeterminación, según lo promulgado en Pactos, Convenios o Tratados internacionales, mismos que han sido ratificados, especial mención en los países Latinoamericanos, ¿Por qué parece ser que, para los pueblos indígenas, esa autodeterminación está limitada?

La consecuencia se debe al racismo histórico, que inclusive en la actualidad está presente. Al respecto Casañas menciona “el caso de los pueblos indígenas es

¹²⁴ Víctor M Sánchez y Susana Beltrán, *Derecho internacional público*, Colección Lex (Huygens) (Barcelona: Huygens, 2010). Pág. 207.

¹²⁵ NACIONES UNIDAS - PUEBLOS INDIGENAS. Pág. 5.

particularmente interesante, porque significa un desafío importante en nuestra época”¹²⁶ Desafío aún no superado, que genera criterios y entendimientos apartados de aquellos derechos fundamentales, potestativos para las comunidades indígenas, y a la vez, distante de aquellos principios de supervivencia cultural de los pueblos originarios. Dichas perspectivas destruyen aquel pilar fundamental en el desarrollo del entorno democrático; y, es un derecho sin el cual, el pueblo en sí, no tuviera existencia jurídica o en su defecto, se vería limitada en su ejercicio. De ahí la esencia de su importancia, que justifica su lucha y protección a favor de una supervivencia cultural; basada en una resistencia indígena contra el cambio y a la imposición cultural.

Ya a finales de los años setenta, Rohr ya señalaba, como también lo hacía el antropólogo francés Watchtel (1977) quien, además de Prien (1978), *demonstraron con suma convicción que a pesar de todos los esfuerzos misioneros, los contenidos y concepciones religiosos autóctonoindígenas no llegaron nunca a ser erradicados por completo, por lo que ya empezamos a intuir una total presencia a los largo de los años de influencia indígena, incluso en la religión , tema que resulta de total relevancia en el proceso de imposición histórica*¹²⁷.

Al respecto, no obstante de la limitación a la autodeterminación de los pueblos indígenas, en conjunto con aquellas luchas para evitar la pérdida de su identidad política y jurídica, es necesario remitirnos al análisis que trajo consigo la constitución de 1998, la cual sirvió de antecedente de la actual Constitución del 2008 e incorporó *el reconocimiento y garantía a los pueblos indígenas, por parte del Estado, en la conservación y desarrollo de sus formas de convivencia, organización y ejercicio de autoridad*¹²⁸. Consecuentemente, si bien no brindaba en sí una potestad jurisdiccional, sirvió de aporte para el tratamiento que lleva consigo la Constitución Política del 2008; la cual, es dinamizadora y muy generosa en aspectos de aquel reconocimiento efectivo a las comunidades indígenas y, de igual manera, la ratificación de un Estado plurinacional.

¹²⁶ Joan Casañas y François Houtart, eds., *La autodeterminación de los pueblos*, 1. Ed, vol. 1, Akadēmeia ; Política 93 (Barcelona: Icaria, 2008). Pág. 7.

¹²⁷ Elisabeth Rohr, *La destrucción de los símbolos culturales indígenas: sectas fundamentalistas, sincretismo e identidad indígena en el Ecuador*, 1. ed. en castellano (Rev.), Colección Biblioteca Abya-Yala, Nr. 48 (Quito: Ed. Abya-Yala, 1997). Pág. 52.

¹²⁸ Asamblea Constituyente 1998, *Constitución Política de la República del Ecuador, 1998*. (Ecuador: Asamblea Constituyente, 1998). (Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998)

Llasag Fernández señala al respecto, la “declaratoria del Estado plurinacional obliga al Estado, en primer lugar, a reconocer a todas las diversidades, sean estas étnicas, culturales o de otra naturaleza; en segundo lugar, garantizar el derecho a vivir como colectividades diferentes a través del reconocimiento de la autonomía interna”¹²⁹.

Si bien, bajo el contexto establecido en la Constitución de 1998, al mencionar que el Estado garantizará y reconocerá el ejercicio de autoridad de las comunidades indígenas, no se encontraban claramente establecidos; por el contrario la Constitución del Ecuador del 2008, tomando en cuenta lo promulgado en la Carta Política anterior y en miras de la protección y tutela de los derechos de las culturas originarias, desarrolla o dinamiza derechos, inclusive en sus facultades jurisdiccionales, situación que en la Constitución de 1998 no se encontraban claramente establecidos.

En palabras de Oyarte “Mientras que la Carta de 1998 indicaba que esas autoridades ejercían funciones de justicia, la Constitución de 2008 es definitiva al establecer que ejercen funciones jurisdiccionales”¹³⁰.

Dentro de la perspectiva de inclusión, la Constitución vigente rompe con aquella herencia positivista desarrollada por Kelsen y en las consideraciones señaladas por Hobbes, en la cual el aparataje jurídico correspondía únicamente al derecho escrito, aquel derecho hegemónico dentro de un Estado, al reconocer, mediante norma suprema, el pluralismo jurídico.

Este principio, la plurinacionalidad, exige no solo desde la óptica de referentes culturales, tradiciones y actitudes de las comunidades existentes dentro del territorio; por el contrario, de manera determinante exige, como lo señala Llasag Fernández “un nuevo modelo de Estado, institucional, cultural, económico, democrático, territorial, que incluya a todas las personas ecuatorianas, que busque el

¹²⁹ La autonomía interna definida en los artículos 57, numerales 1 y 9 y 171 de la Constitución Política del 2008, como el derecho de las colectividades indígenas a mantener, desarrollar y fortalecer la identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de autoridad, igualmente el derecho a legislar y administrar justicia, aplicando normas y procedimientos propios. Ello de ninguna manera significa el separatismo, porque la Constitución Política rige para todos. Aguilar y Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador*. Pág. 189.

¹³⁰ Oyarte, *DERECHO CONSTITUCIONAL: Segunda Edición*. Pág. 936.

bienestar equitativo de los seres humanos, regiones, culturas y naturaleza, que garantice el *Alli Kausay*”¹³¹.

2.2.3. Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

En la misión por lograr una justicia equitativa y de crear un mecanismo que garantice la protección de los derechos, de manera especial los referentes a los pueblos indígenas, surge el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en el año de 1989, mismo que entró en vigor en 1991 y, posteriormente ratificado por el Ecuador en la Constitución de 1998.

El mismo, reviste de vital importancia, debido a que reconoce y resalta los derechos colectivos, tan relevantes para el derecho de los pueblos originarios.

El Convenio se aplica a los pueblos tribales de países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distingan de otros sectores de la colectividad nacional y a aquellos pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales¹³².

Es evidente que en el ordenamiento interno de los Estados, se ha desarrollado manteniendo una construcción histórica y jurídica, bajo una concepción heredada del derecho romano-germánico, y su evolución da cuenta de una estructura edificada sobre una sola forma de expresión o una sola concepción, que inadmite el posicionamiento de una nueva concepción jurídica al interior de un Estado. Justamente, la estabilidad de dichas concepciones, ha dado muestra real de la imposición de una cosmovisión, frente a un entender basado en costumbres y creencias de pueblos originarios o comunidades indígenas.

Es por ello, que surgen mecanismos de apoyo de organismos internacionales, que busca el respeto a la identidad comunitaria, en la cual, encaminan a los Estados para desarrollar políticas que permitan el goce efectivo de los derechos que amparan dichas comunidades; por el cual, surge el Convenio 169 introducido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual responde a un verdadero acto jurídico-institucional que versan, entre diversos temas, sobre el desarrollo de

¹³¹ Aguilar y Andrade Ubidia, *La nueva constitución del Ecuador*. Pág. 186.

¹³² Oficina Internacional del Trabajo, *Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, vol. 5, 5 vols. (San José, C.R: Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Defensa Legal de los Pueblos Indígenas en América Central, 2002), <http://bolivia-rusia.ru/assets/convenio-169-oit.pdf>. Pág. 2.

derechos de los pueblos indígenas y comunidades tribales; el mismo, ha sido ratificado por 23 países, 14 de ellos Latinoamericanos.

Este organismo OIT o, *International Labor Organization (ILO)*, fundado en 1919, en virtud del Tratado de Versalles, que dio por terminado la Primera Guerra Mundial, comprende una estructura autónoma más antigua que la misma Organización de las Naciones Unidas, que cuenta con la participación de 185 Estados miembros, dentro del cual establecen y promueven normas de observancia internacional, que promueven los derechos en el trabajo y, el fortalecimiento y protección de los derechos sociales. Dicho Convenio, tiene su antecedente en la revisión del Convenio 107, la cual determinaba la facultad de los pueblos indígenas mantener su identidad, tradición o cultura. Bunn-Livingstone y Jennings, al respecto recalca:

Another example of the way in which the international legal system allows for weak legal pluralism in a social field is that area of indigenous people rights. In 1957, the International Labor Organization discussed indigenous right. In 1989, ILO convention No. 107 of 1957 was revised to strengthen commitment to indigenous right and pluralism¹³³.

Las disposiciones previstas dentro del presente Convenio, resultan de cierta manera prometedoras, en relación al respeto de su derecho, prácticas ancestrales y autonomía jurídica; inclusive, el mismo, hace mención que, al aplicar disposiciones del Convenio 169, se deben observar ciertos parámetros que resultan importantes. Encontramos por ejemplo, el artículo 5. 1, “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”¹³⁴. De igual forma, lo previsto en el artículo 6. 1, “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas

¹³³ Otro ejemplo de la forma en que el sistema legal internacional permite el pluralismo legal “débil” en un campo social, es el área de los Derechos de las personas indígenas. En 1957, la Organización Internacional del Trabajo discutió el Derecho Indígena. En 1989, se revisó el Convenio núm. 107 de 1957 de la OIT para fortalecer el compromiso con el derecho indígena y el pluralismo. Sandra L. Bunn-Livingstone y Robert Y. Jennings, *Juricultural Pluralism Vis-à-Vis Treaty Law: State Practice and Attitudes*, Developments in International Law 42 (The Hague: Nijhoff, 2002). Pág. 52.

¹³⁴ Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO, eds., *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Lima: OIT, 2009). Párr. 17.

susceptibles de afectarles directamente”¹³⁵; incluido también, lo señalado en artículo 9. 2, refiere *sobre cuestiones penales en la cual las autoridades y los tribunales deben tener presente las costumbres de dichos pueblos*¹³⁶.

En suma, resulta natural pensar que este instrumento internacional puede ser, sin ningún inconveniente, aplicado dentro de la justicia ordinaria del Ecuador, además, de servir como punto de apoyo para entender o interpretar temas de materia indígena; sin embargo, constituye desde la óptica del derecho interno de cualquier Estado, un mínimo de aplicación en el ejercicio para el desarrollo de los derechos de pueblos indígenas, el cual ayuda a reducir los niveles de conflictividad entre estos dos sistemas jurídicos, ordinario e indígena, y permita un crecimiento sostenible, dentro del margen de respeto de sus decisiones. Ejemplo de aquello tenemos lo previsto en el art. 2. 1, “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”¹³⁷.

No obstante, estas acciones empleadas por organismos internacionales, brindan medidas que aseguren, promuevan y apoyen, dentro de un parámetro equitativo el ejercicio de los derechos de pueblos originarios y su autonomía, como en efecto así lo menciona el Convenio Internacional en su artículo 3. 1 “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”¹³⁸. Por lo que, es prudente hablar de aquellos que tienen una influencia directa en el aparato jurídico interno de los Estados que han ratificado el presente Convenio, en especial dentro de nuestra legislación.

2.2.4. Declaración de la ONU sobre derechos de Pueblos Indígenas y Tribales.

De igual forma, existen organismos interdependientes y autónomos que desarrollan un papel fundamental en aspectos primordiales para el desarrollo de asuntos humanitarios, de Derechos Humanos, democracia y, además el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, etc. Por ello, el Derecho Internacional busca

¹³⁵ Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO. Párr. 21.

¹³⁶ Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO. Párr. 34.

¹³⁷ Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO. Párr. 6.

¹³⁸ Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO. Párr. 11.

*crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*¹³⁹. Uno de estos organismos es la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que surge como consecuencia de la devastación tras la Segunda Guerra Mundial, en 1945 y que nace con un objetivo claro y prioritario, la mantención de la paz y la seguridad en materia internacional.

Sin embargo, la intervención de la Organización de Naciones Unidas fue trascendental en la dinamización de derechos y garantías respaldadas por la Comunidad Internacional; razón por la cual, en el año 2007 surge la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en la sesión numero 61 propiciada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que se llevó a cabo en New York. Esta estuvo influenciada por los avances que proponía la Convención 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Dicha declaración, si bien no constituye un instrumento coercitivo, su alcance guiado bajo los principios de buena fe de los Estados, rector del Derecho Internacional, conmina a los Estados miembros a su respeto y sujeción. Al respecto, es importante tomar en cuenta los señalamientos de León, quién recalca, *la realización efectiva de lo que comprende esta declaración constituye justamente un problema respecto de la obligatoriedad jurídica internacional*¹⁴⁰; no obstante, comprende un mecanismo de desarrollo de normas dentro del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, situándose indudablemente como una herramienta fundamental, la cual constituye un marco importante dentro del tratamiento y el fortalecimiento de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades originarias, frente a las evidente vulneración de sus derechos y garantías; como así lo señala Charters y Stavenhagen “es el instrumento internacional más completo y avanzado sobre los derechos de los pueblos indígenas”¹⁴¹.

Exaltando así a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como el tratado internacional más influyente en su materia y mostrando probablemente, una manera de reconocer a los tan poco mencionados,

¹³⁹ Organización de las Naciones Unidas: *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Párr. 1.

¹⁴⁰ Carolina León Bastos, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, 1a. Ed, Colección de derecho constitucional (Madrid: Reus, 2010). Pág. 150.

¹⁴¹ Claire Charters, Rodolfo Stavenhagen, y Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, *El Desafío de la declaración: historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas* (Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010). Pág. 10.

derechos humanos, en materia de pueblos indígenas; impregnando a los derechos de las comunidades tribales como categoría de derechos humanos, teoría por la cual se cree que dichos derechos deben estar presentes en todo ámbito jurídico y humano.

Esta declaración reúne especialmente aspectos relacionados con el derecho a bienes, tierras, cultura, identidad, educación, condición política y jurídica en el desarrollo de las comunidades indígenas, en la cual, reafirma que los ejercicios de los derechos de los pueblos originarios, deben ser libres de toda discriminación, en virtud del sufrimiento, debido a injusticias históricas y actuales, resultantes de aspectos impositivos como lo fue la conquista y colonización.

Por esta razón, se ha tenido como consecuencia un impedimento de ejercer su propio derecho o, en su defecto, su desplazamiento, así como lo estipula en el artículo 19, “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado”¹⁴².

Sin embargo, denota un contenido primordialmente reparatorio, mas no una configuración en sí de derechos y obligaciones especiales a favor de los pueblos indígenas, en la cual exalta el criterio en el cual debe ser interpretada, por parte de la Organización de las Naciones Unidas y los Estados miembros, no como una figura privilegiada, sino como un resarcimiento necesario, para equilibrar años de opresión indígena.

Paralelamente, han surgido políticas de reconocimiento por parte de Estados, de manera especial en países Latinoamericanos, guiados bajo un contexto de un reconocimiento multicultural la cual *trata de asumir el tema de los derechos indígenas bajo una lógica que busca reconocer y, en algunos casos, ensalzar estas manifestaciones culturales propiciando la valoración de la diversidad*¹⁴³. La muestra de la gran diversidad que existe dentro de cada Estado miembro, en especial en nuestro entorno cultural, sin duda alguna ha dado como resultado el formar parte de

¹⁴² Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (New York: Organización de las Naciones Unidas, 2007).

¹⁴³ Javier Aguas y Hector Nahuelpan, *Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. The limits of indigenous recognition in neoliberal Chile: The implementation of ILO Convention 169 from the perspective of Mapuche Williche leaders*, Universidad de los Lagos. vol. Artículo de investigación (Chile.: Universidad Católica de Temúco., 2018), cuhso.uct.cl. Pág. 6

esta declaración, en la cual cabe destacar la gran presencia de Estados Suramericanos, quienes han ratificado el presente instrumento internacional.

Es importante señalar lo dispuesto por el artículo 20. 1 de la Declaración, el cual señala “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo”¹⁴⁴. Estas normas que brindan los tratados internacionales, se enlazan al interior de las normas jurídicas, en especial los criterios judiciales, incluso dentro de los organismos de control, para que la aplicación de la justicia indígena tenga una observancia vinculante, en la cual, cualquier criterio tenga un alcance protector sobre las garantías constitucionales y sus derechos que los amparan; objetando así cualquier interferencia, y porque no, posicionar el reclamo en el respeto de tradiciones y saberes ancestrales en las decisiones dentro del ámbito de aplicación para la justicia indígena .

*“There is no greater service that the United Nations could do today for its friends and partners in the indigenous community than to adopt the Declaration during the current Assembly session. The Declaration is, fundamentally, about respect for the rights of indigenous peoples. Let us make this respect manifest”*¹⁴⁵.

Por su parte, el surgimiento de esta declaración dentro de nuestro territorio, tienen su fundamento en la producción teórica, que ha desplazado a dichas comunidades y ha dado como resultado lucha de los pueblos indígenas para su reconocimiento dentro de un país. Pérez al respecto señala “(...) solo la gigantesca resistencia de los pueblos indígenas a pujos hizo parir estos tratados, convenios y declaraciones universales, que corrigen parcialmente las deudas históricas e insanables (...)”¹⁴⁶.

Ecuador, al ser un país suscrito a dicho instrumento internacional, que además presenta una gran influencia del pluralismo jurídico en nuestro entorno

¹⁴⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*.

¹⁴⁵ No hay un servicio mejor que las Naciones Unidas puedan hacer hoy para sus amigos y socios en la comunidad indígena que adoptar la Declaración durante el actual período de sesiones de la Asamblea. La Declaración es, fundamentalmente, sobre el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Hagamos manifestar este respeto”. Sha Zukang, Secretario General Adjunto de la ONU para Asuntos Económicos y Sociales, con motivo del Día Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo, agosto de 2007. Párr. 1.

<https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/FAQsindigenousdeclaration.pdf>.

¹⁴⁶ Pérez Guartambel, *Justicia indígena*. Pág. 46.

cultural, permite que la aplicación de lo establecido en los derechos y garantías establecidos en ellos y en los Tratados Internacionales, son de inmediata y directa aplicación¹⁴⁷; es decir, en virtud del principio de clausula abierta, ya no se constriñe únicamente a la aplicación de las estipulaciones contempladas en la Constitución Política o en consideraciones de observancia general que restrinja o limiten su ejercicio.

2.2.5. Bien Jurídico: Generalidades.

Dentro de la capacidad jurisdiccional de los pueblos indígenas, confluyen criterios bajo concepciones filosóficas distintas a un entender occidental; por ello podemos evidenciar en la potestad punitiva, en función del ejercicio jurisdiccional de la justicia indígena, que busca la protección de ciertos valores influyentes e importantes para la sociedad, evitando la transgresión de estos valores fundamentales denominados, en la justicia occidental, como Bienes Jurídicos.

El concepto de bien jurídico se le atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum, quien, durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la *lesión de derechos* de Paul Johann Anselm Feuerbach y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea uno que fuera independiente del mero concepto positivo. (...) En contra de la concepción de Feuerbach, que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, Birnbaum quería resaltar aquello que sería realmente *lesionado* por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea, sobre todo, el interés de toda la colectividad.¹⁴⁸

Al respecto, la ciencia penal define a los bienes jurídicos como *bienes vitales, fundamentales, para el individuo y la comunidad*¹⁴⁹, es decir, refiere a determinados aspectos sociales que valorados y apreciados en gran medida por la comunidad, requieren del auxilio del derecho penal para su protección.

Estos valores sociales de vital relevancia, provienen de una teoría compleja y de una doctrina sólida para su protección, en la cual la norma jurídica se sitúa dentro de la justicia ordinaria, como un elemento indispensable para su tutela; en la cual es

¹⁴⁷ “Artículo 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de clausula abierta establecidos en la Constitución.” Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*.

¹⁴⁸ Manuel Abanto Vásquez, «Revista Penal acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos.», 2006. Pág. 3.

¹⁴⁹ Antonio García-Pablos de Molina, *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias.*, Quinta Edición., vol. 1 (Madrid, España.: Editorial Universitaria Ramón Areces S.A., 2012). Pág. 174.

necesario recalcar a su más influyente autor Hans Kelsen, el cual *en su propósito radical de formalismo puro llega a la idealización del concepto de la norma jurídica*¹⁵⁰, se desarrolla por lo tanto, un formalismo sólido, un positivismo fuerte y una tendencia, desde la perspectiva de Kelsen, de considerar al derecho y a la norma jurídica como ciencias objetivas.

Esta concepción brinda pautas, las cuales servirían de inspiración para el fundamento del ejercicio punitivo del Estado, *ius puniendi*, en virtud de su función de tratamiento, orientación y resolución de un conflicto, en base a la legitimación del poder para una tutela judicial. Por ello, el Estado a través de los órganos auxiliares de justicia, es quién asume la postura cognitiva de procedimiento y resolutive en base a la potestad jurisdiccional del Estado, para juzgar y hacer cumplir lo juzgado en virtud de aquel rol al servicio del interés de la colectividad, razón por la cual Conforti hace mención a un *monopolio de la Administración de Justicia en razón a una lógica en la cual los derechos de las personas o ciudadanos, deben ser tutelados de forma efectiva*¹⁵¹.

Sin embargo, esta visión objetiva, científica y extremadamente formal de la potestad protectora del Estado por medio de la justicia ordinaria, frente a los bienes jurídicos relevantes, podrá distar en la forma mas no en el fondo; por lo que, no es radicalmente opuesta esta visión protectora de valores fundamentales o bienes jurídicos dentro de la cosmovisión indígena.

Precisamente dentro de la cosmovisión occidental, por medio del derecho penal, se atribuye el ejercicio de protección de dichos bienes jurídicos; en virtud del cual, dentro de la teoría introductoria a esta rama del derecho público, desarrolla normas legales tendientes a evitar afectaciones o transgresiones a los derechos de las personas, consecuentemente constituye una herramienta de la facultad punitiva del Estado. Muñoz Conde, al respecto de la misión de las normas jurídicas sostiene:

Parte de esas normas jurídicas que forman el orden jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas con el medio más duro y eficaz de que dispone el aparato represivo del poder estatal: la pena. La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se

¹⁵⁰ Roberto Hoffmann Elizalde, *Introducción al estudio del derecho*, 1. Ed (México, D.F: Univ. Iberoamericana, 1994). Pág. 47.

¹⁵¹ Franco Conforti, *El hecho jurídico restaurable: nuevo enfoque en Derecho Penal* (Madrid: Dykinson, 2019). Pág. 81.

realice la conducta en ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista.¹⁵²

No obstante, en este punto cabe analizar si en las comunidades indígenas en el ejercicio jurisdiccional, dentro de su cosmovisión conciben de igual forma, como lo hace la justicia ordinaria, los bienes jurídicos relevantes o son simplemente aquellos valores occidentales, el resultado del desarrollo de una teoría dominante para su comprensión.

Principalmente, para el análisis en cuestión es necesario entender que los bienes jurídicos constituyen base fundamental en el desarrollo y organización de las relaciones sociales, en virtud del cual se configuran los “valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad”¹⁵³.

Si no existieran los bienes jurídicos, no habría sustento ni base fundamental en las cuales surgirían aquellos ideales de lo que es justo o no, por lo que su protección supone, conforme lo determinado en el aforismo jurídico Romano Nullum Crimen, Nullum Pena, Sine Legem, que no puede existir una pena, ni crimen sin una ley que así lo determine, y a falta de ésta, no tuviera ningún sentido la regularización efectiva para la coexistencia humana.

Para regular la convivencia entre las personas, se establecen normas vinculantes que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. (...) La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de una comunidad, que se consuma a través de una relación estructural que en la sociología moderna se denomina con el nombre de expectativa.¹⁵⁴

Por lo que cabe distinguir ¿Qué es lo que la jurisdicción indígena protege con su aparato de justicia?

El Derecho indígena, el cual busca la restauración de una armonía colectiva, comprende la importancia de dichos valores trascendentales para la convivencia humana, concebida como bienes jurídicos relevantes; sin embargo, con diferencias notables frente a la noción occidental y al saber impulsado por las teorías europeas de los últimos siglos, respecto en la finalidad de su protección, o como llamaría Muñoz Conde, expectativa sobre la imposición de una pena. Ejemplo de aquello, vemos en principios imperativos como constituye el de *no matar*, valor trascendental

¹⁵² Francisco Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*, Maestros del derecho penal 3 (Montevideo: B de F, 2001). Pág. 43.

¹⁵³ Abanto Vásquez, *Teoría de los Bienes Jurídicos*. Pág. 3.

¹⁵⁴ Muñoz Conde, *Introducción al derecho penal*. Pág. 40.

para los pueblos indígenas, en la cual *el verter sangre tiene consecuencias negativas para cualquier persona, siendo éste uno de los delitos más graves dentro de las sociedades indígenas*.¹⁵⁵

Este precepto ancestral, evidencia el ejercicio tendiente a salvaguardar la vida del individuo, al declarar la premisa no matar; entonces ¿no se está protegiendo en la comunidad indígena el bien jurídico a la vida?

La existencia de normas de regulación en las comunidades indígenas, al transcribir mandatos como *no matar, no robar y no ser ocioso*¹⁵⁶ evidentemente está protegiendo el bien jurídico vida, al decir no matar y el bien jurídico propiedad privada, con el postulado no robar y no ser ocioso.

Consecuentemente, el derecho indígena, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, protegen de igual forma estos valores que se consideraría como influyentes o importantes, conceptualizados por la doctrina occidental como bienes jurídicos. Por ello, entender la naturaleza de bienes relevantes, da muestra de un concepto extenso que engloba todo valor trascendente para una organización y convivencia en sociedad.

En el caso de las comunidades indígenas, la protección de estos valores relevantes para su vida diaria, constituye a la vez una protección comunitaria, enfoque distinto a la concepción occidental, no obstante su finalidad concuerda al tener como elemento fundamental, evitar la transgresión de los estos bienes jurídicos, lo que significa que desde la cosmovisión indígena existe la protección de bienes jurídicos relevantes, sin embargo, visto desde un enfoque restaurativo en relación a la vida comunitaria.

2.3. Control Constitucional y Justicia indígena.

En un Estado de Derecho todos, incluido el propio Estado ecuatoriano, se someten a una ley suprema que se tiene que cumplir por igual, que se aplica con absoluta independencia y se circunscribe con normas y principios internacionales de derechos humanos. Es la Constitución, norma superior que rige el ordenamiento jurídico de un Estado y exige se adopten medidas que garanticen el respeto de los principios fundamentales, la igualdad ante la ley, separación de poderes,

¹⁵⁵ Nalúa Rosa Silva Monterrey, *Introducción a la etnografía de los pueblos indígenas de la Guayana Venezolana*, 1. Ed (Ciudad Guayana, Venezuela: Universidad Nacional Experimental de Guayana, Fondo Editorial UNEG : Fundacite Bolívar, 2006). Pág. 57.

¹⁵⁶ David Atienza de Frutos, *Viaje e identidad: la génesis de la élite kichwa-otavaleña en Madrid-España*, 1ra. Ed (Quito, Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2009). Pág. 53.

participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal; instituyéndose la Constitución en un cuerpo normativo sustancial que cumple una doble función en materia de derechos fundamentales.

*Por un lado, su función es la de proclamar los derechos de los hombres y ciudadanos a los que concede un valor constitucional; es decir, que la misma debe formular el catálogo de derechos y libertades y, por otro lado la protección de esos derechos reconocidos y consagrados en la misma Constitución*¹⁵⁷. Ya que, la mera proclamación y afirmación de los derechos consagrados dentro de la Carta Política, los deja en un estado inválido o, como señala Pierre Bon, como *meros derechos virtuales*¹⁵⁸; por lo que, es ineludible la necesidad de que este cuerpo normativo cuente con mecanismos de protección y tutela de la normativa constitucional, para ello se han establecido ciertas reglas jurídicas y mecanismos encaminados a garantizar su eficacia.

Ante esta imperiosa necesidad, emerge un órgano de control y justicia en materia constitucional, garantizando el adecuado cumplimiento de lo preceptuado en la Constitución, y evitando el quebrantamiento de sus normas, denominado Corte Constitucional, órgano que ejerce el llamado control de constitucionalidad, revestido de trascendental importancia en un estado democrático; ya que, de este control depende el respeto a los derechos de los ciudadanos y la justicia que deben primar en las actividades estatales, para que solo así se recubran de legitimidad.

A lo largo de la historia del Ecuador, en busca de este control de constitucionalidad y en observancia al principio de supremacía de la Constitución, se han creado diferentes órganos estatales como el Consejo de Estado, Corte Suprema con una sala de constitucionalidad, Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano al que la Constitución promulgada en 1983, le otorgó la facultad de que dispusiera la no aplicación de normas contrarias a la Constitución, dándoles a éstas un carácter inconstitucional, pero esta facultad estaba sometida a la resolución legislativa.

La Constitución de 1998 consagra para el Tribunal Constitucional, la plena facultad potestativa de declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio o a petición de parte, sin que esta declaratoria esté sujeta a la deliberación legislativa; y,

¹⁵⁷Pierre Bon, *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales: Aspectos de Derecho Comparado Europeo*, trad. María Cueto Aparicio (Universidad de Pau., 1992). Pág. 1.

¹⁵⁸ Bon. *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales: Aspectos de Derecho Comparado Europeo*. Pág. 1.

la Constitución del 2008, establece la creación de la Corte Constitucional como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, con jurisdicción nacional, con autonomía e independencia de los demás órganos del poder estatal¹⁵⁹.

2.3.1. Principios rectores de la Justicia indígena en el Ecuador.

Uno de los principios más importantes que rige dentro de la Justicia Indígena, para la convivencia y organización social, es el Sumak kawsay; palabra quichua que se refiere a la cosmovisión ancestral de los pueblos y nacionalidades indígenas, a la relación individuo naturaleza o pachamama; principio contenido y garantizado en la Constitución del Ecuador, que se traduce al *Buen Vivir* como una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza; como el reconocimiento del derecho que tiene la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Este concepto formó parte de una propuesta política que se dice buscaba el bien común y la responsabilidad social, convirtiéndose en un principio fortalecedor, entendido como la realización de una vida digna, en plenitud.

El Buen Vivir, inspirado en una tradición indígena, ha construido las bases para la inclusión y armonía social entre individuos y colectividades en igualdad de condiciones, a tal punto que ha tenido una importante influencia en el espíritu y redacción de la Constitución. Su concepción, como filosofía política dentro del Estado, pone en evidencia el cambio social y aquel modelo racional, diverso al occidental, que busca el progreso en conjunto con el desarrollo, que propone una alternativa alejada de aquellas teorías hegemónicas, confiriendo una respuesta inclusiva respecto de aquellas luchas de las comunidades indígenas, en la búsqueda del reconocimiento de autodeterminación y capacidad para decidir sobre sus formas de regular y mantener aquella cosmovisión ancestral.

De esta forma, en la actualidad se vuelve indispensable e impostergable, la declaración efectiva material de su reconocimiento. “Se ha querido posicionar el proceso (...) de construcción del Estado occidental liberal y capitalista como *el tipo*

¹⁵⁹ “Artículo 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador 2008.

de evolución hacia el cual todos tenemos que orientarnos. Esta es la premisa que debemos romper para poder construir Interculturalidad.”¹⁶⁰

Otro principio de la Justicia indígena, que enfoca la integralidad de conocimientos y saberes ancestrales fusionado a valores y principios milenarios, como un derecho es el *Ama Shua, Ama Llulla, Ama Killa* o en castellano *no matar, no robar y no ser ocioso*, principio con el que se desarrolla en armonía la vida comunitaria, del que se desprenden derechos y garantías para todos los miembros de una comunidad; y que forma parte de los mínimos jurídicos que se deben observar al momento de administrar la Justicia indígena y que se encuentra plasmado en nuestra Constitución, cuando en ella se preceptúa el derecho a la vida, al debido proceso, a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles y a la no agresión física, ni psicológica.

En el desarrollo socio cultural del ser humano, como sujeto de derechos y obligaciones, éste está sujeto a una estructura ordenada construida en base a reglas y principios, que responden a un modelo de organización social, en instituciones como la familia, la educación, la profesionalización; estructuras en las que el ser humano continuamente va a participar y formar parte de ella. Estos sistemas sociales proveen al individuo de mecanismos y herramientas suficientes, para el correcto desarrollo en el entorno social, siendo aquellos (*sistemas sociales*) quienes instruyen los principios con los que se regulen la vida en sociedad o comunidad.

Esto se reviste de trascendental importancia, en virtud de que se aplica tanto en las comunidades indígenas como en las sociedades ordinarias, que son las que van a determinar la concepción de lo bueno y de lo malo, de lo correcto o incorrecto, de lo salvaje o racional, dependiendo de la cosmovisión en la que se desarrollan estos sujetos. Tibán dice que, *la administración de Justicia indígena en el Ecuador es un tema que muchas veces ha sido entendido equívocamente como linchamientos, salvajismo o la aplicación de sanciones inhumanas que atentan a los derechos universales; sin embargo, la realidad es distinta para los pueblos indígenas, la Justicia indígena es la forma propia de resolver y solucionar conflictos para restablecer la armonía colectiva*¹⁶¹.

¹⁶⁰Jorge Viaña Uzieda, *La interculturalidad como herramienta de emancipación: hacia una redefinición de la interculturalidad y de sus usos estatales*, 1. Ed. (La Paz, Bolivia: Instituto Internacional de Integración, Convenio Andrés Bello, 2009). Pág.79.

¹⁶¹Lourdes Tibán, *El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria*, 2008, <https://www.alainet.org/es/active/26016>. Párr. 4.

La regulación de estos sistemas sociales son generados por principios, entendidos de diferente forma, cuya esencia se basa en ideales, fundamentos o reglas, que son respetados por la sociedad en la que se desarrollan, constituyéndose en normas de orientación del actuar humano. De lo mencionado, evidenciamos el gran desafío que presenta la coexistencia de estos sistemas jurídicos, aquello en virtud de que, el ordenamiento jurídico interno delimita el ejercicio jurisdiccional de esos principios, en razón del respeto a los derechos y garantías fundamentales consagradas en la Constitución.

Esa limitación no puede menoscabar el ejercicio de la potestad jurisdiccional que poseen los pueblos indígenas, consagrada en el mismo cuerpo normativo, como bien lo manifiesta Agustín Grijalva Jiménez y Boaventura De Sousa Santos, “(...) de igual forma en varios cuerpos normativos podemos citar varios ejemplos, como son la expedición de un Código Orgánico de la Función Judicial y de una Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en las cuales se regulan principios para la administración de la justicia indígena y formas de regulación institucional de la justicia indígena (...) y que la reduce a una jurisdicción estrictamente limitada a conflictos de poca relevancia (...)”¹⁶².

Ante este desafío, que busca la armonización de estos dos sistemas jurídicos, indígena y ordinario, se han creado mecanismos cuyo objetivo es incluir y desarrollar, dentro de los organismos de justicia, normativa de observancia mínima de quienes administran justicia, para el cumplimiento de tal propósito; no obstante de aquello, en la búsqueda de esta ambicionada estabilidad de estos dos sistemas de justicia; no puede ni debe la Justicia indígena, ser debilitada desnaturalizada o ser asimilada desde una visión occidental.

Es por ello que, cuidando estos intereses, en nuestra legislación se establecen los principios, reglas y procedimientos que buscan dinamizar o constituir normativa de obligatorio cumplimiento, al momento de resolver causas en materia indígena; como lo señala Grijalva y De Sousa; situación que debe ser acatada por la Corte Constitucional, como en efecto así lo dispone el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional que establece:

Art. 66.- Principios y procedimiento.- (...) 1. Interculturalidad. - El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación

¹⁶² Agustín Grijalva Jiménez y Boaventura De Sousa Santos, eds., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 1a Ed. (Quito, Ecuador: Abya Yala : Fundación Rosa Luxemburg, 2012), http://www.rosalux.org.ec/pdfs/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf. Pág. 235.

intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y mono cultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria, sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas. 2. Pluralismo jurídico. - El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado. 3. Autonomía. - Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante, el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley. 4. Debido proceso. - La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso. 5. Oralidad. - En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano¹⁶³

Estos principios de la justicia intercultural, deben ser de obligatorio cumplimiento en las actuaciones y decisiones de jueces y demás autoridades públicas, pues deberán ser observados al tratar la Justicia indígena, como en efecto así lo dispone el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, en la que se instituyen los principios de la Justicia Intercultural:

Art. 344.- Principios de la Justicia Intercultural.- (...) a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural; b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido, en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto dispondrán, entre otras medidas, de la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena. c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena, no podrá ser juzgado, ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional; d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y, e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de

¹⁶³ Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.*, Asamblea Nacional (Quito, Ecuador: Asamblea Nacional, 2009), Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.¹⁶⁴

Como evidenciamos, nuestro ordenamiento jurídico impone principios y reglas de observancia mínima obligatoria como la interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso y oralidad.

Estos principios deben ser considerados por los jueces de la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional; como en las actuaciones de los demás jueces y autoridades públicas.

No obstante, de lo señalado, se pone en evidencia la coexistencia de estos principios bajo un esquema Euro centrista, en virtud de que regula la administración de justicia indígena y su institucionalidad, anteponiendo el respeto de los derechos y garantías, consagradas en la Constitución, sometándose este proceso a una adecuación normativa, institucional y de regulación, bajo principios formalistas occidentales que debe ser cumplido por todos; tales como:

El debido proceso, principio rector de la administración de justicia, que engloba un conjunto de garantías procesales del que emergen principios provenientes de un sistema jurídico occidental, como la prohibición de doble juzgamiento, motivación, presunción de inocencia, celeridad, etc.

La oralidad, aspecto que tiene estrecha relación con los principios de inmediación, concentración, celeridad y publicidad; que constituyen garantías del proceso, no solamente en el desarrollo, sino también en la forma de actuación de los sujetos implicados dentro de proceso jurídico ante un órgano jurisdiccional, como lo son el juez, abogados, actor, demandado, testigos, etc.

Históricamente el proceso se desenvolvía de forma oral, la razón se debe a que en las sociedades primitivas, no se había desarrollado la escritura; por ello conocemos que en las sociedades antiguas como Grecia, *el proceso fue netamente oral sobre la base de alegaciones, pruebas presentadas por el litigante.*¹⁶⁵ En Roma, en un inicio también el proceso se desarrollaba de manera oral, al respecto Mejía Salazar señala:

¹⁶⁴ Asamblea Nacional, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP) (Quito, Ecuador: Asamblea Nacional, 2009), Registro Oficial suplemento 544, 09 de mar. 2009.

¹⁶⁵ Álvaro Mejía Salazar, *Evolución histórica de la oralidad y la escritura en el proceso civil español y ecuatoriano, lus Humani. Revista de Derecho*, 2017. Pág.75.

“(…) el proceso romano de ciudadanos (…) se dividía en dos etapas: la primera denominada *in iurie* se encontraba dirigida por un pretor, funcionario ante quien se determinaba los hechos y los términos de la controversia, se buscaba además apereibir al demandado respecto del eventual litigio. La etapa *in iurie*¹⁶⁶ se iniciaba con la *editio actionis*¹⁶⁷ en la cual el demandante exponía sus pretensiones al pretor en presencia del demandado. En un inicio esta exposición era oral, bajo las fórmulas de las *legis actionis*¹⁶⁸, pero con el tiempo se tornó en un formulismo escrito. (...)”¹⁶⁹

Con la idea de perpetuar la palabra surge la escritura y va perdiéndose la oralidad en los procesos; en la actualidad bajo la preeminencia de la intermediación, concentración, celeridad y publicidad regresa la oralidad.

El principio de autonomía, abarcado en la extensa conceptualización del principio del debido proceso y tutela judicial efectiva, se refiere a que la actividad de los organismos de administración de justicia debe estar completamente aislada de posibles interferencias de otros órganos del Estado; aquello como parte de la protección de las garantías consagradas dentro de la Constitución y en Tratados y Convenciones de los Derechos Humanos.

Se exponen, por tanto, en nuestra legislación una serie de principios que concluyen en un modelo de justicia desarrollado por costumbres y manifestaciones culturales occidentales por excelencia; en el que se extienden ideales de justicia que componen las garantías que deben observar los órganos de administración de justicia en su ejercicio jurisdiccional. Frente a estos principios, surge el principio de interculturalidad que tiene como antecedente el reconocimiento y protección a la identidad étnica y la pluralidad cultural que se instituyó en la norma suprema de varios países, en especial los países ubicados en América del sur.

Este principio manifiesta Pérez Guartambel, se refiere a “la participación social incluyente de las diversas identidades culturales, que promueva el diálogo y respeto entre diferentes de acuerdo visiones, costumbres, creencias, sentimientos y saberes de pueblos diferentes.”¹⁷⁰ Además, este principio implica el reconocimiento y protección de garantías y derechos de grupos minoritarios, pueblos indígenas,

¹⁶⁶ Refiere a la etapa del juicio.

¹⁶⁷ Refiere al procedimiento en el cual el demandante notifica a la otra parte sobre la acción que ejecutará en su contra.

¹⁶⁸ Refiere a los procedimientos establecidos en la ley.

¹⁶⁹ Mejía Salazar, «Evolución histórica de la oralidad y la escritura en el proceso civil español y ecuatoriano.» Pág. 76.

¹⁷⁰ Pérez Guartambel, *Justicia indígena*. Pág. 418.

afroecuatorianos, montubios, etc.; consiguientemente, el respeto a este principio, se hace efectivo con el reconocimiento del pluralismo jurídico.

Por lo que este conjunto de regulaciones precididas por principios, provenientes de una evolución histórica Eurocentrista y Andina, tienen que ser empleados por los organismos de administración de justicia, como mecanismos idóneos en el tratamiento de la Justicia indígena. Sin embargo, la consolidación de los principios occidentales en el tratamiento del Derecho indígena, dentro de nuestro ordenamiento jurídico ¿Podrían generar un equilibrio o igualdad entre estos sistemas de justicia? Ya que, como señala Grijalva y De Sousa “se han expedido diversas normas de distinta jerarquía que regulan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sin que dichas colectividades hayan participado y consentido en sus contenidos (...)”¹⁷¹

2.3.2. Supremacía Constitucional: ámbito jurídico y político de la Corte Constitucional.

Al hablar del ámbito jurídico y político de la Corte Constitucional, hacemos referencia al fundamento y origen del principio de supremacía constitucional, en el aspecto jurídico; y al órgano encargado de proteger lo establecido en la Constitución, en lo político. Como señala Oyarte, “La razón jurídica es que el principio de supremacía constitucional tiene su origen en el desplazamiento (no anulación) del principio de legalidad. (...). Cualquiera que fuera su contenido, tenía que respetarse por los demás órganos del poder público y por los gobernados, y los jueces tenían la obligación de aplicarla forzosamente y sin ningún reparo.

Ese era el clásico principio de legalidad. (...) A esa razón jurídica se agrega una razón política: habiendo una Constitución que proclama su supremacía frente a todas las demás normas del ordenamiento jurídico positivo y, fundamentalmente, respecto de la ley, se produce el debate de quién debe defender la Constitución”¹⁷².

El surgimiento de la idea de supremacía constitucional y su control, data del año 1803, con el caso *Marbury versus Madison*. Según Oyarte: “Se suele indicar que uno de los aportes del constitucionalismo estadounidense es el establecimiento del

¹⁷¹ Grijalva Jiménez y De Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Pág. 235.

¹⁷² Rafael Oyarte, *Derecho Constitucional: Segunda Edición*, Departamento Jurídico Editorial-CEP, vol. Segunda Edición, 2 vols. (Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2016). Págs. 975-976.

judicial review, como consecuencia de la decisión del juez Jhon Marshall, en su célebre sentencia dictada dentro del caso Marbury versus Madison en 1803(...)”¹⁷³

En efecto en el caso señalado, dentro del modelo norteamericano del control de constitucionalidad, se determina la supremacía de la Constitución frente a la ley, con una connotación que vale la pena resaltar, ya que tiene como antecedente el control de la actividad legislativa, a la luz de lo dispuesto en la Carta Política.

Este principio ubica a la Constitución de un Estado, como una norma jerárquicamente superior, dentro de todo el ordenamiento jurídico. Situación que en el modelo europeo dio un giro diverso “(...) la supremacía parlamentaria ha sido durante mucho tiempo su credo político-el parlamento nacional, como personificación de la voluntad democrática, que se pensaba era inmune al control judicial-”.¹⁷⁴ No obstante, la idea de supremacía constitucional era similar.

Al respecto, señala López:

Solamente, luego de una breve experiencia en Suiza y Alemania en el último tercio del siglo XIX sobre el control de constitucionalidad, se vendría a confirmar una conexión entre justicia constitucional y federalismo, afirmando luego el carácter jurídico vinculante de la Constitución, que desataría en el viejo continente, un intenso debate doctrinal acerca de la necesidad de instaurar un sistema de revisión constitucional¹⁷⁵.

Evidentemente, la Constitución norma jurídica suprema tutela la organización de un Estado, instituyendo a la autoridad y su forma de ejercicio, los límites de los órganos públicos, y puntualizando los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos, garantizando la libertad política. Así, nuestra Constitución tiene como objetivo principal la garantía y protección de los derechos fundamentales consagrados en ella y, su dinamización reposa por un lado en la razón y perspectiva de una serie de derechos y garantías constitucionales y, por otro lado, en la estructura y forma de gobierno.

Esto último en virtud de que otorga facultades a servidores públicos, organismos estatales, y demás, con el propósito de generar el respeto, promoción,

¹⁷³ Oyarte. Derecho Constitucional. Pág. 976.

¹⁷⁴ Mauro Cappelletti, “¿Renegar de Montesquieu?: La expansión y la legitimidad de la justicia Constitucional”, trad. Por Pablo Luis Durán, *Revista española de derecho constitucional*, año 6, No. 17 (mayo-agosto de 1986):9-46.

¹⁷⁵ Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia Constitucional en Ecuador*, ed. Claudia Storini, Primera edición., Derecho y Sociedad 4 (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018). Pág. 8.

protección y garantía de los derechos consagrados en la Carta Política, como fundamento y fin del Estado y del ordenamiento jurídico.

Y al constituir norma suprema dentro de un Estado, permite situar a la misma como fundamento del ordenamiento jurídico interno, de la actuación en el ejercicio del poder público y de la efectiva materialización de los derechos en ella consagrada; razón por la cual, dada su importancia, se ubica por encima de todo el ordenamiento jurídico y todas deben su respeto y armonía con la Constitución.

Consecuentemente, surge el principio de supremacía constitucional, el mismo refiere que ninguna ley puede ser contraria a la Constitución, por lo que, la vigencia de la norma suprema debe ser integral y plena. En palabras de Salgado “En el ordenamiento jurídico, orden gradado y jerarquizado, la Constitución ocupa el nivel normativo superior, tiene la mayor jerarquía jurídica, a esto se le denomina (...) la supremacía de la Constitución”¹⁷⁶.

De lo expuesto, se evidencia a la Constitución como fundamento del cual, las normas del ordenamiento jurídico interno, subsumen los derechos y garantías consagradas dentro de la Carta Política, y determina las condiciones de validez de todas las demás normas, en concordancia con la norma suprema. Aquello viene a ser fundamento de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen como su máximo precursor, quién ha interpretado esta característica de supremacía constitucional, a través de la pirámide jurídica, donde “cuya cúspide o cima ocupa la Constitución y a ella se subordinan -en primer lugar- las demás leyes y actos legislativos. Estos son válidos en cuanto se derivan de la Constitución”¹⁷⁷.

Esta puede ser entendida desde dos concepciones, formal y material. Cuando hablamos de la Constitución *como un conjunto de reglas esenciales y básicas que determinan la organización y actividad estatal*¹⁷⁸, hacemos énfasis a una concepción material. Frente a ésta, tenemos una concepción formal que “hace referencia a la formación de la Ley constitucional, destacando la característica de ser una ley, que para su elaboración o reforma requiere de un procedimiento diferente al de las leyes

¹⁷⁶ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, Segunda Edición, vol. 1 (Quito, Ecuador: Ed. Abya-Yala, 2003). Pág. 58.

¹⁷⁷ Salgado Pesantes. *Lecciones de derecho constitucional*. Pág. 59.

¹⁷⁸ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 4. ed. actualizada, Colección profesional ecuatoriano (Quito: Ediciones Legales, 2012). Pág. 50.

ordinarias y, además de un órgano o autoridad especial”¹⁷⁹, cumpliendo una función de armonía, respeto y unidad de la Constitución.

De este modo, frente a una violación de los derechos consagrados en la Constitución, como norma suprema del Estado, se hace efectivo el control constitucional como un sistema de defensa y protección jurídica de la Constitución.

Por ello, resulta indispensable la conformación de un sistema efectivo de tutela jurisdiccional, ya que siendo la Constitución norma suprema dentro de un Estado, es de trascendental importancia el desarrollo del ordenamiento jurídico interno, que no confronte o altere el principio de supremacía constitucional. “De nada sirve entonces, la consagración de principios de supremacía constitucional, si no existen fórmulas que puedan obligar su respeto y consecuencias, en caso de vulneración a las normas constitucionales (...)”¹⁸⁰.

En el sistema europeo, el autor *Carl Schmitt* en su obra *La defensa de la Constitución*, pone en debate la premisa de que, si estos mecanismos de control de constitucionalidad deben ejercer los jueces o si su asignación debía hacerla un órgano político independiente. Así señala *la independencia como elemento indispensable para la existencia de un protector de la Constitución*¹⁸¹.

En el Ecuador surge un órgano máximo de control constitucional, autónomo e independiente del poder del Estado. En palabras de Garrote de Marcos y Vila Ramos, “Es una pieza esencial de la organización del Estado, que mediante su regulación constitucional y siguiendo una corriente dominante, persigue una progresiva juridificación de las relaciones políticas, en aras del principio de superioridad de la Constitución”¹⁸².

Históricamente¹⁸³, la Constitución del Ecuador promulgada en el año de 1945, crea el Tribunal Constitucional, órgano que velaba por la observancia de

¹⁷⁹Salgado Pesantes. Lecciones de derecho constitucional, 4. Ed. Actualizada. Pág. 51.

¹⁸⁰Oyarte. Derecho Constitucional. Pág. 975

¹⁸¹Oyarte. Derecho Constitucional. Pág. 979.

¹⁸² María Garrote de Marcos y Beatriz Vila Ramos, *Jurisdicción constitucional y el procedimiento de defensa de los derechos*, 2015, <http://site.ebrary.com/lib/interpuertoricosp/Doc?id=11361834>. Pág. 11.

¹⁸³A partir de la Constitución de 1945 se intenta establecer ya una estructura de control de la Constitución, por lo que se surge el Tribunal de Garantías Constitucionales; posteriormente, en el año de 1946 nace una nueva Carta Política que pone fin al Tribunal de Garantías Constitucionales para situar, nuevamente, al Consejo de Estado con facultad para ejercer control de constitucionalidad. Luego, la Constitución de 1967 reestructuró los organismos del Estado, integrando al Tribunal de Garantías Constitucionales para el ejercicio de control; sin embargo, como menciona Salgado, *con atribuciones disminuidas con relación al esquema planteado en la*

aquellos principios que amparaban los derechos económicos, sociales y culturales, para el desarrollo del Gobierno, *siendo este tribunal el que ejercía control de constitucionalidad preventivo y represivo*¹⁸⁴, con amplias facultades debido a que reemplazo al Consejo de Estado. “(...) hace su fugaz aparición el Tribunal de Garantías Constitucionales y, con todas las deficiencias que pudo tener, significa uno de los primeros ensayos del modelo kelseniano de control concentrado en América Latina. (...) con diferentes atribuciones: unas muy propias para ejercer el control constitucional y otras que no se refieren a esta materia (...) debido a que reemplazo al Consejo de Estado, institución que venía desde inicios de la República.”¹⁸⁵

Actualmente, de acuerdo a lo establecido en la Constitución del 2008, la Corte Constitucional es *el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia*¹⁸⁶.

La doctrina plantea tres tipos de controles de constitucionalidad: un control concentrado, un difuso y un mixto. El control de constitucionalidad concentrado, *constituye un control preventivo, la competencia es de un solo tribunal determinado constitucionalmente, quién resuelve controversias, a iniciativa de autoridades u órganos estatales o de particulares, en base a razonamientos jurídicos, su sentencia tiene efecto de cosa juzgada*¹⁸⁷.

Por control difuso, se entiende un *control de la Constitucionalidad de las Leyes, que tiene su origen en los principios del constitucionalismo norteamericano, en el cual se le reconoce a la Constitución el carácter de Norma Suprema y se le da a los jueces ordinarios la función de velar por la protección de la misma*¹⁸⁸. El control mixto es común en los países europeos, en los que coexisten estos dos modelos señalados con anterioridad, sin embargo el órgano concentrado conoce las decisiones adoptadas por el juez ordinario, quien será el que ejerza un control difuso, con la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una norma. La Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad concentrado¹⁸⁹.

Constitución de 1945, que se mantuvo, en base a la normativa constitucional, desde la Ley Fundamental de 1967 hasta la vigente Constitución del 2008 con la llegada de la actual Corte Constitucional. Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 2012. Pág. 147.

¹⁸⁴ Oyarte, *Derecho Constitucional: Segunda Edición*. Pág. 985.

¹⁸⁵ Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 2012. Pág. 145.

¹⁸⁶ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*.

¹⁸⁷ Ana Teresa Intriago Ceballos, *El control Constitucional en Ecuador* (Tesis de Maestría y Especialización en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), UASB-Digital. Pág. 19.

¹⁸⁸ Intriago Ceballos, *El control Constitucional en Ecuador*. Pág. 22.

¹⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 001-13-SCN-CC. Caso Nro. 0535-12-CN.

En nuestra legislación, este ejercicio de control, concentrado¹⁹⁰, está presente en la Constitución y, de manera especial se encuentra plasmado en los preceptos legales que conforman la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que establece principios de observancia obligatoria para este órgano de control en el ejercicio de su potestad constitucional, así como los demás organismos de administración de justicia. Además, el artículo 436 de la Constitución del 2008, establece que:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos (...) 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad (...) 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento, concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. 4. Conocer y resolver, (...) la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales, emitidos por toda autoridad pública. (...) 5. Conocer y resolver (...), las acciones por incumplimiento que se presenten (...) 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. 7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.¹⁹¹

No obstante de lo indicado y como se evidencia en palabras de Grijalva, *la actividad interpretativa y control no es una atribución específica, diferenciada y aislada de la Corte Constitucional, como sugeriría una limitada interpretación literal del artículo en mención*¹⁹²; constituyendo a la Corte Constitucional como una entidad que posee diversas facultades que garantizan la efectividad de los derechos constitucionales, así lo establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: 1. Principio de aplicación más favorable a los derechos¹⁹³. (...) 2. Optimización de los Principios

¹⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 001-13-SCN-CC. Caso Nro. 0535-12-CN.

¹⁹¹ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

¹⁹² Ramiro Ávila Santamaría et al., eds., *Pensamiento jurídico contemporáneo* (Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012). Págs. 222-223.

¹⁹³ Artículo 2.1.- "Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona". Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

Constitucionales¹⁹⁴ (...) 3. Obligatoriedad del precedente constitucional¹⁹⁵ (...) 4. Obligatoriedad de administrar justicia constitucional¹⁹⁶ (...).

De igual forma, en su artículo 4 prevé normas procesales a seguir por parte de la Corte Constitucional, en las que encontramos:

Artículo 4.- Principios procesales. - 1. Debido proceso¹⁹⁷ (...) 2. Aplicación directa de la Constitución¹⁹⁸ (...) 3. Gratuidad de la justicia constitucional (...) 4. Inicio por demanda de parte (...) 5. Impulso de oficio (...) 6. Dirección del proceso (...) 7. Formalidad condicionada para que no se sacrifique la justicia constitucional por la omisión de formalidades (...) 8. Doble instancia¹⁹⁹ (...) 9. Motivación de las decisiones (...) 10. Comprensión efectiva, para lo cual las resoluciones deben redactarse en forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética (...) 11. Economía procesal (...) 12. Publicidad (...) 13. Iura novit curia (...) 14. Subsidiaridad²⁰⁰.

Por lo que es ineludible considerar a la actual Corte Constitucional, no sólo como un órgano consultivo o controlador, sino también aquel que vela por la validez y eficacia de lo consagrado en la Carta Política; sin embargo, el ejercicio de control concreto, ejercido por este órgano autónomo, comprende un mecanismo necesario para garantizar la protección de los derechos y garantías, además instituye un ejercicio de limitación de la arbitrariedad del poder, asegurando así el carácter supremo de la Constitución.

¹⁹⁴ Artículo 2.2.-“La creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales”. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

¹⁹⁵ Artículo 2.3.-“Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional, en los casos sometidos a su conocimiento, tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada, garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia” Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

¹⁹⁶ Artículo 2.4.-“No se puede suspender no denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica”. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

¹⁹⁷ “Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de defensa y producción de pruebas”. Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, s. f., 1007.

¹⁹⁸ “(...) puede colegirse que la aplicación directa de las normas constitucionales solo puede ejercerse ante vacío normativo o conflicto o colisión de normas”. Gustavo Medinaceli Rojas, *La aplicación directa de la Constitución* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador : Corporación Editora Nacional, 2013). Pág. 39.

¹⁹⁹ Artículo 4. 8.-“los procesos constitucionales tienen doble instancia, salvo norma expresa en contrario” Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

²⁰⁰ Artículo 4. 14.- “Se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional. “Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

El control concreto tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta, que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos (...). En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde sólo a la Corte Constitucional, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. (...) ²⁰¹

En este contexto, el control constitucional dispuesto en la Constitución del Ecuador ²⁰², deja en claro la falta de potestad de los jueces ordinarios de inaplicar normas jurídicas o declarar su inconstitucionalidad. El juez ordinario elevará a consulta, en caso de duda razonable y motivada ²⁰³, si hay una norma jurídica contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales. La Corte Constitucional, en un plazo no mayor de cuarenta y cinco días, debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma. *Transcurrido el plazo previsto y en caso de que la Corte no se pronuncie, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.* ²⁰⁴

Estos procesos generan efectos jurídicos que inciden en el modelo constitucional respecto de su ejercicio de control, el concreto, en el que la Corte Constitucional, ante la necesidad del fortalecimiento del principio de supremacía constitucional, debe pronunciarse declarando la constitucionalidad de la norma o, en caso de ser contraria a la Carta Política, su inconstitucionalidad. No obstante, este órgano de control y el sistema judicial ordinario, debe seguir un procedimiento establecido en la Constitución, para el ejercicio adecuado del control de constitucionalidad, situación que, en el derecho comunitario originario, no está establecido.

²⁰¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 001-13-SCN-CC. Caso Nro. 0535-12-CN.

²⁰² Artículo 428.- “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos mas favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma”. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*.

²⁰³ Artículo 76.- “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7.- El derecho a las personas incluirá las siguientes garantías: (...) I.- Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. (...)” Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la república del Ecuador*.

²⁰⁴ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*.

En esas condiciones, es necesario considerar que los órganos de justicia constitucional no son democráticos por excelencia, en el sentido de que sus miembros, como es el caso de la Justicia indígena, no poseen canales adecuados de conexión respecto de las decisiones adoptadas dentro de este ejercicio de control, ya que las mismas son aplicadas bajo una concepción occidental, apartadas del entender ancestral.

2.3.3. Conformación de la Corte Constitucional y Cosmovisión.

Como ya se ha indicado, la Constitución del 2008 establece la conformación de la Corte Constitucional como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, que tiene jurisdicción nacional, autonomía administrativa y financiera. Sus miembros no están sujetos a juicios políticos, ni pueden ser removidos de sus cargos por quienes fueron designados, no obstante están sujetos a los controles de las demás autoridades públicas y responden por los actos u omisiones en los que incurran en el ejercicio de sus funciones. La organización, funcionamiento y procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones, se encuentra determinado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En efecto, la norma legal indicada determina la organización, funcionamiento y acciones que puede conocer este órgano de control. En lo referente a la organización, establece que la Corte Constitucional se encuentra conformada por nueve miembros que ejercerán esta potestad jurisdiccional de control por un periodo de nueve años, y que serán renovados por tercios cada tres años²⁰⁵. En relación a su naturaleza, tanto la Constitución del Ecuador como la LOGJyCC²⁰⁶, sitúan a la Corte Constitucional, como el *máximo órgano de control e interpretación constitucional y del sistema de administración de justicia constitucional*.²⁰⁷

Este enfoque de órgano de control de normas supra legales, permite que la interpretación legal y normativa, dentro del ordenamiento jurídico, sea compatible a la consagración de la Constitución, por lo que las deliberaciones y consideraciones que se adopten dentro de este, revisten de una importancia trascendental. Esto debido a que sus dictámenes interpretativos o sentencias, tienen carácter vinculante y es de

²⁰⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador.

²⁰⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

²⁰⁷ Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

observación obligatoria para todos los miembros que forman parte de la administración de justicia interna dentro del Estado, luego de su publicación en el Registro Oficial²⁰⁸.

Desde esta óptica, la Corte Constitucional, en cumplimiento de su potestad de control, *tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales y, al ser el sistema procesal un medio para la realización de la justicia, los jueces deberán tener siempre en cuenta, que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos*²⁰⁹, inclusive aquellos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos a los pueblos indígenas. Por ello, la necesidad de buscar un análisis para una adecuada regulación en convivencia de estos dos sistemas jurisdiccionales y el cumplimiento cabal de lo dispuesto por la Constitución del Ecuador, no suena utópico.

El tratamiento en la aplicación de criterios adoptados por este órgano de control, sobre la Justicia indígena, va a permitir realizar un análisis de su cosmovisión y su visión dentro del ordenamiento jurídico de un Estado y, como dicha concepción, dista radicalmente de aquel reconocimiento a favor de la justicia especial, resultaría ineficaz en la aplicación de criterios alejados del entender indígena. Por lo que, nos encontraríamos frente a jueces constitucionales con criterios eminentemente subjetivos, ya que se han formado bajo la concepción occidental; aspecto que parcializa su criterio.

En relación al principio de autonomía del que goza la Corte Constitucional, este órgano de Control ha señalado:

“(...) es importante precisar que esta Corte es el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional. Es así que cuando en el conocimiento de un caso concreto se llega a determinar que alguna norma no guarda coherencia con los principios y derechos constitucionales, debe expulsarla del ordenamiento jurídico (...) En este sentido, lo que se busca a través de este mecanismo reconocido en la Constitución de la República es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, a través de la identificación y

²⁰⁸ Art. 159.- Naturaleza y efectos del dictamen interpretativo. - Los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional tienen carácter vinculante general desde el momento de su publicación en el Registro Oficial. Art. 160.- Mayoría para decidir. - La promulgación de un dictamen interpretativo requiere el voto conforme de siete de las juezas o jueces de la Corte Constitucional. Expedido el dictamen, se publicará inmediatamente en el Registro Oficial. Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

²⁰⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 001-13-SCN-CC. Caso Nro. 0535-12-CN.

eliminación de cualquier incompatibilidad normativa entre las normas de rango constitucional y la normativa que integra el ordenamiento jurídico(...)"²¹⁰

Este pronunciamiento es de tal importancia, en virtud de las facultades de las que goza la Corte Constitucional, mismas que fueron otorgadas por la Constitución de la República del Ecuador, tiene un enorme alcance de tal suerte que sus pronunciamientos deben ser respetados y acatados por todos los organismos de administración de justicia, jerárquicamente inferiores a la Constitución.

Los jueces que componen este órgano máximo de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional; han sido formados bajo las concepción occidental; en la formación académica como profesionales del derecho en las instituciones universitarias, no se considera en el pensum académico una materia que permita vislumbrar la cosmovisión indígena; los profesionales del derecho se han formado se forman bajo una concepción occidental del derecho. Al respecto Encalada señala "(...) que el comportamiento de los funcionarios de justicia no es neutral y equitativo; en particular, persiste un marcado racismo en la interrelación de los funcionarios de justicia del Estado con los indígenas, que impide el desarrollo de la justicia indígena o –en otros términos– de una verdadera interlegalidad en el país (...)"²¹¹

La interpretación de temas relevantes sobre Justicia Indígena no podrían ser considerados ni aplicados por los jueces formados bajo una concepción occidental que no poseen conocimientos acerca de la justicia Indígena; lo que podría generar un problema de criterios con consecuencias que afecten el núcleo de los derechos de los pueblos indígenas; *Así, el panorama de la interrelación cotidiana entre estos dos sujetos, los indígenas, desde el inicio, están en condición de desventaja dentro del sistema de justicia ordinaria.*²¹² Debido a la interpretación de leyes bajo un espíritu occidental que imposibilita el tratamiento equitativo, entre estos dos sistemas de justicia, por el incremento desigual de decisiones y oportunidades de la jurisdicción indígena frente a la justicia ordinaria.

Conflicto que conlleva a imponer la observancia de criterios de interculturalidad, en las actuaciones de las autoridades judiciales, de manera tal guíen

²¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 161-18-SEP-CC. Caso Nro. 1061-12-EP.

²¹¹ Grijalva Jiménez y De Sousa Santos, Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Pág. 187.

²¹² Grijalva Jiménez y De Sousa Santos. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Pág. 193.

eficazmente el entendimiento e interpretación de los pueblos indígenas, en relación a su derecho ancestral, como en efecto así lo ha expresado la Corte Constitucional:

Por tanto (...) debe ser resuelto empleando criterios de interculturalidad, para de esta forma garantizar los derechos de los pueblos indígenas no contactados y/o de reciente contacto. Así lo determinó la Corte Constitucional para el periodo de transición, en sentencia N. 008-09-SAN-CC señalando: La validación constitucional a la práctica de los usos, costumbres y nociones indígenas, trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial, conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto, puesto en conocimiento de alguna autoridad.²¹³

En el caso de que se identifique como receptores de una consulta en materia constitucional, a miembros de comunidades indígenas y, que dicha absolución verse sobre derechos de estas comunidades, la Corte Constitucional está en la ineludible obligación de absolver la consulta, recurriendo a criterios acogidos bajo una cosmovisión ancestral; caso contrario, la aplicación de una consulta que verse sobre derechos de los pueblos indígenas, bajo una concepción occidental u ordinaria, podría generar una violación al principio de igualdad material promulgada en la Constitución y consecuentemente una mal dada imposición del derecho occidental.

Así lo señala la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia signada con el número 001-13-SCN-CC "El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos."²¹⁴, sentencia que si bien no versa sobre la Justicia indígena, se entiende que su tratamiento tiene que aplicarse, en base al principio de igualdad, en actos y resoluciones que versen sobre la jurisdicción indígena.

La imposición de normas occidentales, sin la aceptación y observancia de las costumbres y tradiciones ancestrales que forman parte de la realidad de nuestros pueblos y comunidades indígenas, ha ocasionado que se presenten problemas teóricos y prácticos en la coexistencia de varias culturas; pero más preocupante es aún que dentro del marco de integración que promulga la Constitución del 2008, al

²¹³ Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia Nro. 008-09-SAN-CC, caso Nro. 0027-09-AN.

²¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 001-13-SCN-CC. Caso Nro. 0535-12-CN.

reconocer la interculturalidad²¹⁵, consecuentemente el pluralismo jurídico, y obviamente la aceptación de la jurisdicción indígena; en la práctica nada de aquellos conceptos, saberes y visiones del mundo ancestral, se aplica en el accionar de los pueblos indígenas.

Al respecto, Grijalva menciona:

El *constitucionalismo plurinacional* es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias, que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural, auténticamente democrática.²¹⁶

No obstante, más allá de cualquier diferencia conceptual que pueda existir, entre la justicia ordinaria y la ancestral, el problema radica en que la Corte Constitucional se encuentra integrada por jueces, mismos que son guiados bajo una perspectiva occidental, la cual incidirá al momento de resolver cuestiones sobre derechos fundamentales o derechos y garantías establecidas en la Constitución, inclusive de aquellos derechos conferidos a las comunidades indígenas.

Por lo que resultaría trascendental preguntarse ¿Es debido el ejercicio de la Corte Constitucional, el delimitar o anular derechos provenientes de una Constitución democrática, en virtud de su potestad conferida por el mismo cuerpo legal? ¿Es ideal asumir la idea de una conformación, dentro de la Corte Constitucional, de autoridades tanto de la justicia ordinaria como de la indígena?

“(...) la historia ha evidenciado que muchas veces grupos excluidos, grupos minoritarios, o *desventajados* han permanecido al margen de la elaboración constitucional, o que a la postre podría reflejar una visión parcializada que parece representar a la sociedad en un momento, pero que se distancia de aquella después”²¹⁷; es necesario resaltar las palabras de Salgado, el cual señala, “ No existen Constituciones perfectas, el mérito está en hacerlas a la medida de los pueblos que deben regir (...) Nuestra realidad nos lleva a constatar que la

²¹⁵ Artículo 1.- “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

²¹⁶ Ávila Santamaría et al., *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Pág. 93.

²¹⁷ Sebastián López Hidalgo, *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*, ed. Claudia Storini, Primera edición., Derecho y Sociedad 4 (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018). Pág. 37.

Constitución y las leyes, la mayoría de veces son letra muerta, a las que no se da cumplimiento.”²¹⁸

La problemática existente dentro de la conformación de la Corte Constitucional radica, de manera fundamental en que no existen relaciones basadas en principios igualitarios de interculturalidad. La labor de un juez constitucional, dada su importante posición dentro del sistema jurídico interno, es de vital importancia, ya que éste determina el alcance de lo dispuesto por la Constitución. Actualmente, esta posición pone en evidencia la desigualdad que existe respecto de los criterios que son empleados, al momento de deliberar sobre la constitucionalidad de una norma, cuando versen sobre derechos de los pueblos indígenas. Ejemplo de aquello tenemos el caso denominado *La Cocha*, en el cual limitan el ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas cuando versen sobre delitos contra la vida, dentro de su comunidad²¹⁹. En este caso se acentuó una posición o cosmovisión hegemónica y mayoritaria, apartada de una teoría de razonamiento, a partir de principios de igualdad, interculturalidad, etc; ocasionando por lo tanto un desplazamiento. Al respecto Chalco Salgado, manifiesta:

Las constituciones de los Estados deben tener una efectividad jurídica que se apegue directamente a consolidar una constitución material, es decir, que pueda existir una correspondencia y realidad entre los derechos protegidos constitucionalmente y su aplicación o materialidad de la vigencia de tales derechos. (...) Es pertinente decir, entonces, que las garantías constitucionales son, efectivamente, instrumentos creados por el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos de las personas y reaccionar ante eventuales vulneraciones que puedan provenir de la acción del poder público e incluso por particulares²²⁰

Esto demuestra que la lucha por el respeto y autonomía de las decisiones aplicadas en el ejercicio del Derecho ancestral, incluidas aquellas que versan sobre

²¹⁸ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 4. ed. actualizada, Colección profesional ecuatoriano (Quito: Ediciones Legales, 2012).

²¹⁹ La sentencia, emitida por la Corte Constitucional, marca un importante precedente para los casos que tienen que ver con el tratamiento, por parte de la Justicia indígena, sobre delitos que atenten contra la vida; determinando de forma exclusiva y excluyente de la Justicia ordinaria. Tiene como antecedente el asesinato de Marco Antonio Olívio Pallo, cometido el 9 de mayo del 2010, por jóvenes indígenas pertenecientes a la comunidad La Cocha, en la parroquia Zumba, provincia de Cotopaxi; en la que la comunidad juzgó y sancionó a los implicados, no obstante, posteriormente fueron procesados por la justicia ordinaria por el delito de asesinato. Víctor Manuel Olívio Pallo, hermano de la víctima, presentó, ante la Corte Constitucional, una acción extraordinaria de protección misma que fue admitida a trámite, en la misma se delimitó el ejercicio jurisdiccional de la Justicia indígena.

²²⁰ Chalco Salgado, José Francisco. *La integración supranacional y su afectación a la reserva de los Estados miembro de la Comunidad Andina. Un análisis desde la jerarquía normativa de sus Constituciones*. En *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, junio 2017, 77-107. Ediciones Universidad de Salamanca – cc by-nc-nd, 2017. <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/16882>. Pág. 82.

bienes jurídicos, constituyen un reto trascendental por parte del órgano de control, ya que, al ser una jurisdicción poco explorada y entendida, su ejercicio de control puede ocasionar el quebrantamiento de los derechos conferidos por norma constitucional a estas comunidades.

Frente a esta problemática, imaginemos que en la tarea de interpretar, de encontrar las respuestas correctas frente a estos problemas suscitados entre los dos sistemas de justicia y, con el fin de aportar mecanismos de un control igualitario de constitucionalidad, encontraremos una Corte Constitucional equilibrada y con un objetivo conceptual diverso al occidental, esto es conformado también por dirigentes o participantes de la comunidad indígena. Lo que cabe preguntarse es: ¿No sería este ejercicio de control más equilibrado e igualitario?

2.3.4. Principales dilemas en el tratamiento de la Justicia indígena: límites y Control Constitucional.

Este proceso de integración de la Justicia indígena, al interior del ordenamiento jurídico, comprende uno de los hitos más importantes que se refieren a la diversidad cultural. Si bien contempla uno de los desafíos más grandes y arduos en la convivencia y cooperación de estos dos sistemas jurisdiccionales al interior del Estado, es sin duda alguna, un marco de presentación a la diversidad y a la realidad histórica de cada pueblo, por el cual busca como deber primordial del Estado, la dinamización y desarrollo de los derechos y garantías conferidos por la Constitución.

Llasag Fernández al respecto señala:

Cuando la Constitución Política concede facultades para ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, se refiere a las autoridades que, según las normas internas de cada una de esas colectividades, tienen potestad para resolver conflictos. (...) De tal manera que cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena en ejercicio de su derecho a la autonomía interna, decide la autoridad que resolverá los conflictos internos, cualquiera que sea el caso, sin importar la especialidad.²²¹

No obstante, el ejercicio jurisdiccional indígena se encuentra limitado por norma constitucional, por lo que es indispensable determinar el alcance de lo dispuesto en el artículo 171, Constitución de 2008.

²²¹ J. P. Aguilar y Santiago Andrade Ubidia, *La nueva Constitución del Ecuador: estado, derechos e instituciones*, ed. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, y Claudia Storini, vol. 30, ESTUDIOS JURÍDICOS (Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2009). Pág. 192

2.3.4.1.Limitación respecto del Ámbito Territorial.

La primera limitación se encuentra prevista en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, que establece que “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 (...)”²²².

La voluntad del constituyente, en la conformación de la actual Constitución, fue tutelada bajo la idea de un Estado pluricultural, plurinacional y multiétnico; por ello en la Carta Política no sólo se integra el reconocimiento de la Justicia indígena como se dio en la precedente Constitución de 1998, en cuyo artículo 84, se instituía que “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con la Constitución y la Ley, el respeto del orden público y a los derechos humanos(...)”.

Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad”²²³; sino además se incorpora el reconocimiento del ejercicio jurisdiccional de estas comunidades indígenas.

El ejercicio de este poder jurisdiccional especial previsto en la Constitución, cumple la función de administración de justicia en las comunidades indígenas; para dicha finalidad las autoridades, de estos pueblos y nacionalidades indígenas, ostentan la potestad de conocimiento, dirección, decisión y ejecución de la sanción, en un conflicto de relevancia jurídica y con efecto de cosa juzgada.

No obstante, la Justicia indígena, al devenir de una corriente antagónica a la justicia occidental, que tiene como cimiento para la aplicación de su derecho, las tradiciones ancestrales; la norma suprema establece que debe ser aplicada dentro de su territorio y de su comunidad; tropezando con una delimitación de su jurisdicción respecto del ámbito territorial, que no se encuentra completamente especificada dentro de la norma en mención, pero que se presume sería aplicada en el territorio o comunidad, en donde se asientan las comunidades indígenas.

Lo que concibe un nuevo problema al tratar de determinar ¿qué se entiende por territorio? Para poder advertir su limitación, al respecto:

²²² Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008* (Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008), Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008).

²²³ Asamblea Constituyente 1998, *Constitución Política de la República del Ecuador, 1998*. (Ecuador: Asamblea Constituyente, 1998). Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de Agosto de 1998

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Ecuador, señala que por territorio se entiende *lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera*²²⁴. De aquello se desprende, que por territorio se entiende el espacio en el que habitan las comunidades indígenas, siendo así la jurisdicción indígena, será aplicable en toda la extensión del territorio indígena, entendido como *aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales*.²²⁵ Es decir, no solamente se incluyen como territorio, los espacios reconocidos como propiedad, sino *también los que tradicionalmente han sido ocupados por los pueblos indígenas*²²⁶

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado sobre el ejercicio jurisdiccional de dichos pueblos indígenas dentro del ámbito territorial, al respecto señala: “La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial (...)”.²²⁷ Es decir, el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, revestidas de la facultad de *iudicium* y el *imperium*²²⁸, tiene potestad para resolver un conflicto sometido a su conocimiento y la facultad de hacer efectivo el cumplimiento de las decisiones adoptadas por dicha jurisdicción, pero únicamente dentro de su ámbito territorial; es decir cuando se violente una norma interna propia de la comunidad, las autoridades de los pueblos indígenas, en calidad de administradores de justicia de su comunidad, pueden conocer y resolver dichos conflictos, siempre y cuando se hayan suscitado dentro de su ámbito territorial.

²²⁴ Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO, eds., *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Lima: OIT, 2009). Artículo 13, núm. 2.

²²⁵ Sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia en la causa Nro. C-039/97, citado por Esther Sánchez Botero, en *Jurisdicción Especial Indígena*, pág. 133.

²²⁶ “Artículo 14.1.- Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.” Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

²²⁷ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 008-15-SCN-CC; dentro de los casos No. 0005-11-CN, 0058-11-CN, 0021-12-CN y 003-3-CN.

²²⁸ *Iudicium* y el *Imperium*, constituyen elementos de la teoría clásica del derecho procesal; *iudicium*, consiste en la facultad de resolver un asunto sometido a su conocimiento; *imperium*, potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas sus decisiones. Judith Salgado y Universidad Andina Simón Bolívar, eds., *Justicia indígena: aportes para un debate*, 1. ed (Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar : Abya-Yala, 2002).

Al considerarse al Estado como plurinacional, pluricultural y multiétnico, se advierte la coexistencia de diversas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, cada una con sus propias costumbres, tradiciones, normas y procedimientos adecuados para la solución de sus conflictos; generándose un problema en la aplicación de la justicia indígena, que tendría que ejecutarse dependiendo de la comunidad indígena y el territorio en el que se dé la violación a las normas comunitarias.

Cabe señalar además, que la limitación de la Justicia indígena al ámbito territorial, trae como consecuencia el ejercicio de una justicia colectiva o comunitaria, aplicable a los miembros de una comunidad indígena, dentro de su territorio; entendiéndose que si un individuo a pesar de ser miembro de una comunidad indígena, viola sus normas, éste tiene que encontrarse dentro de su comunidad o de su territorio, para sometimiento del ejercicio jurisdiccional de la comunidad indígena; caso contrario se aplicaría la justicia ordinaria. Sin embargo, la limitación al ejercicio jurisdiccional indígena en el conocimiento, tratamiento, sanción y ejecución de la sanción, desencadenaría en una desvalorización del pluralismo jurídico, de la interculturalidad y de la plurinacionalidad reconocidos en la Constitución.

2.3.4.2. Limitación respecto de la Constitución y Derechos Humanos

La Constitución de la República del Ecuador dispone que “Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.”²²⁹ Acogiendo esta norma, se deduce una evidente limitación constitucional que resulta muy razonable, ya que la norma suprema, como es la Constitución, no puede en su ordenamiento normativo, inobservar los principios de los Derechos Humanos que constituyen una serie de garantías multifuncionales que permiten, de manera concreta y objetiva, dinamizar los derechos de todos los habitantes dentro de un territorio.

En efecto, si bien la Carta Política, reconoce la presencia de la jurisdicción indígena y, el respeto de las decisiones adoptadas dentro de esta justicia, la misma, en su ejercicio jurisdiccional, no puede contraponerse a la Constitución y a los Derechos Humanos establecidos en tratados y Convenios Internacionales, motivo por

²²⁹ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*.

el cual el ejercicio de las costumbres, usos y prácticas de la Justicia indígena, sin considerarla como un sistema alternativo o subsidiario de solución de conflictos, se ve limitada cuando en la aplicación de la justicia indígena se transgreden derechos fundamentales. “Estos límites no pueden ser tales que conculquen y anulen los antes mencionados derechos colectivos y por tanto la existencia de la jurisdicción y el Derecho Indígena.

Es decir, no pueden ser contrarios a la Constitución, en el sentido de desconocer o anular la acción de las autoridades, usos y costumbres indígenas y por esta vía desconocer el carácter pluricultural del país.”²³⁰

Esta limitación se impone, como consecuencia del principio de supremacía de la Constitución y, por el acatamiento como Estado parte en la ratificación de Tratados y Convenios Internacionales que consagran los derechos humanos fundamentales como elementos mínimos de respeto a los que están sometidos el poder público, autoridades e individuos, los cuales el Estado está en la obligación de proteger.

La proclamación de derechos y garantías en nuestra Constitución tienen un valor preponderante y, los mecanismos de protección de aquellos, también consagrados en la Carta Política, demuestran la imperiosa necesidad de protección y tutela, y no de anulación de dichos derechos que, establecidos en la carta fundamental, todos los habitantes se recubren con ellos; considérese el retroceso en el que se incurriría, si el catálogo de derechos de un grupo mayoritario se extienden y estos afectan al núcleo de derechos de un grupo minoritario o viceversa; nuestros derechos no pueden atentar en contra de los derechos de los demás, de ahí el aforismo que reseña que nuestros derechos terminan, donde comienzan los derechos de los demás.

Es por ello que la Constitución como cuerpo normativo supremo dentro del Estado, establece la organización de las funciones públicas, prevé los mecanismos de protección y tutela de la normativa constitucional, estableciendo ciertas reglas jurídicas y componentes encaminados a garantizar su eficacia dentro de todo el ordenamiento jurídico interno; como la protección y dinamización de los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

²³⁰ Trujillo V et al., *Justicia indígena en el Ecuador*. Pág. 22.

La protección y garantía de los derechos humanos es uno de los deberes primordiales del Estado, tal como señala el artículo 3, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador²³¹. De ahí que el artículo 57 numeral 10 de la Constitución²³², al referirse a los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, reconozca también como límite a la creación, desarrollo, aplicación y práctica de su derecho propio o consuetudinario, la no vulneración de los derechos constitucionales, en especial de los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes (...).²³³

Todo el ordenamiento jurídico de un Estado debe guardar relación en la protección y respeto de los derechos y garantías promulgado en la Constitución, por lo que el ejercicio delimitante establecido en la Carta Política, busca que dichas prácticas de los pueblos indígenas, no contraríen el orden público, las leyes, la misma Constitución y los tratados que versen sobre Derechos Humanos. “Esta restricción que se hace de la jurisdicción indígena, sustentándola en los derechos humanos, se denomina etnocentrista o absolutista, por reconocer supremacía absoluta a los derechos fundamentales constitucionales, como mínimos, universales y éticos, que permiten conciliar las diferencias culturales y lograr un entendimiento moderado entre las civilizaciones”²³⁴

Esta exigencia de respeto a los derechos humanos o derechos fundamentales que se impone a la jurisdicción indígena y a todos los miembros de su comunidad, se debe a las posibles actitudes que se apliquen en el ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas, que habitualmente han sido relacionadas como prácticas sancionatorias, inhumanas, como linchamientos, barbarie, primitivismo o torturas,

²³¹ “Artículo 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1.- Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales(…)” Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

²³² “Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 10.- Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales (...)” Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

²³³ Grijalva Jiménez y De Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Pág. 187.

²³⁴ Grijalva Jiménez y De Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Pág. 187.

experiencias que obviamente generan una afectación directa a los derechos humanos, como así en efecto lo han catalogado varias autoridades del Estado²³⁵.

Lo dicho se manifiesta en la contraposición de dos realidades jurídicas manejadas desde visiones antagónicas ente sí, cosmovisiones distintas en la que predomina un entender occidental; la defensa, protección y desarrollo de los derechos humanos se establecieron bajo una concepción netamente euro centrista, ya que en la antigüedad y cuando se da la declaración de los derechos humanos, no se consideró como fundamento, ni siquiera como antecedente para el establecimiento de aquellos derechos, la coexistencia o reconocimiento de las prácticas ancestrales de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas.

La base para la alineación de los derechos humanos tuvo un sustento democrático en todos los Estados romanistas. El reconocimiento positivo dentro los ordenamientos jurídicos internos e internacionales, no conciben las prácticas ancestrales, aun cuando los derechos humanos han sido considerados como verdades inherentes, únicas e inmutables sobre la naturaleza del hombre, lo primero que resalta en su pretensión de precautelar los derechos y garantías que toda persona posee, como lo señala Palacio y Candiotti, es *la violación sistemática de los derechos humanos fundamentales de las poblaciones indígenas y el resquebrajamiento de sus leyes, valores, cultura y perspectivas*²³⁶.

Quizás, como retribución a las históricas luchas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que han buscado la reivindicación de sus derechos entre ellos el respeto de su justicia, se integran tarde en el proceso de construcción del edificio internacional para el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos; considerando ciertas prácticas, costumbres ancestrales de los pueblos indígenas y su cosmovisión.

2.3.4.3. Control de Constitucionalidad.

Finalmente, como tercer señalamiento, la Carta Política prevé: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y

²³⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC. Caso Nro. 0731-10-EP.

²³⁶ Palacio y Candiotti, *Justicia, Política y Derechos en América Latina*. Pág. 88.

cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”²³⁷ Constituyendo la tercera limitación, la cual establece que las decisiones adoptadas dentro de las comunidades indígenas, estarán sujetas al control de constitucionalidad, ejercido por la Corte Constitucional, *en virtud que no puede existir un enunciado normativo que no cuente con un control constitucional.*²³⁸

En un Estado democrático es necesario un organismo máximo de interpretación y control frente a las condiciones sociales y políticas que puedan restringir derechos o desplazarlos, es así que este organismo autónomo cumple una función *tendiente a comprobar la adecuación a la Constitución, tanto del ordenamiento jurídico como del funcionamiento institucional interno del Estado.*²³⁹ Consecuentemente el actuar jurídico de la Corte Constitucional, debe ir encaminado a la defensa del orden constitucional, mediante *una interpretación y control en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, y que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en ella y que mejor respete la voluntad del constituyente*²⁴⁰.

2.3.4.4. Conflictos en el Control Constitucional de la Justicia Indígena.

En cumplimiento de su misión de garantizar la vigencia y supremacía de la Carta Política, este organismo constitucional, mediante el ejercicio de interpretación, control y administración de justicia constitucional, no puede restringir el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución.

Al estar la Justicia indígena reconocida como un ejercicio jurisdiccional dentro de la Constitución, el desarrollo de sus derechos debe ser de manera progresiva, mas no restrictiva; en efecto, la doctrina occidental introduce *aquella idea, de que mientras no ataque el núcleo esencial de los derechos consagrados en la Constitución, el significado de los preceptos constitucionales puede variarse o delimitarse, sin necesidad de modificar el texto escrito.*

No obstante, las actuaciones jurisdiccionales de la Corte Constitucional, direccionadas a limitar dicho ejercicio, fuera del marco establecido que reza la

²³⁷ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*.

²³⁸ Manuel Fernando Quinche Ramírez, *La elusión constitucional Una política de evasión del control constitucional en Colombia* (Colombia: Ed. Universidad del Rosario, 2009), http://0-vlex.com.fama.us.es/account/login_ip?fuentes_id=6369. Pág. 74.

²³⁹ Azhálea Isabel Solís Román, ed., *Tratado elemental de derecho constitucional nicaragüense*, Serie Derecho, núm. 79 (Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999). Pág. 69.

²⁴⁰ Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

Constitución, podrían llevar a una *mutación constitucional*²⁴¹, configurando una limitación regresiva dentro del ordenamiento jurídico, que afecta aquel el reconocimiento plurinacional e intercultural del Ecuador y que va mas alla de lo que la propia carta fundamental establecio como limites o fue la voluntad del constituyente en la configuración de esta potestad jurisdiccional. Como lo expone Encalada: “Este mecanismo que forma parte del accionar de los funcionarios de justicia en Ecuador desde la época colonial, constituye un obstáculo que impide el ejercicio de una interrelación horizontal entre la Justicia indígena y la Justicia ordinaria”²⁴²

2.3.5. Caso La Cocha.

La Justicia Indígena, contemplada dentro de nuestra Carta Fundamental, surge *como el reconocimiento de un derecho, mas no como el resultado de una decisión política legislativa motivada en criterios técnicos o de eficiencia*²⁴³; como así lo manifiesta Wray Espinoza.

En efecto, el reconocimiento de la Justicia Indígena dentro de la Constitución del 2008, contrarresta la postura jurídica hegemónica occidental dentro de nuestro territorio, mostrando una realidad jurídica diversa. La inclusión de la jurisdicción indígena, permite determinar nuevas concepciones y visiones propias de esta justicia, que se exterioriza en la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, Núm. 004-14-SCN-CC, dentro de la causa No. 0072-14-AN, cuando se expone que “*va mucho más allá de un simple enunciado y se convierte en una verdadera forma de vida de las comunidades indígenas, frente a lo cual el Estado asume obligaciones de protección y garantía a favor de la diversidad cultural*”²⁴⁴.

Esta visión de *sociedad moderna, como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento, sino una confluencia de fragmentos socio culturales que se aleja de la concepción unitaria de naturaleza humana*, ha dado lugar a que, en el

²⁴¹ Interpretación diferente a la inicialmente concebida en un precepto constitucional, en la cual no existen vías jurídicas para corregir esa interpretación. Antonio M. García Cuadrado, *Ordenamiento constitucional: (un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del derecho)* (Alicante, España.: Club Universitario, 2003), www.gamma.fm. Pág. 75.

²⁴² Grijalva Jiménez y De Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Pág. 187.

²⁴³ Alberto Wray Espinoza, *Justicia indígena: Sus límites constitucionales.*, *IurisDictio. Revista de Derecho*, 2002, [revistas.usfq.edu.ec,http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/579/893](http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/579/893). Párr. 7

²⁴⁴ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 004-14-SCN-CC, dentro de la causa No. 0072-14-AN. Pág. 14

ordenamiento jurídico interno se consagre el principio constitucional del respeto a la diversidad cultural, siendo éste uno de los objetivos que ostenta la actual Constitución, principio que se traduce en la recuperación y fortalecimiento cultural, social y tradicional. No obstante y de forma paralela, se ha dado lugar a que germine una limitación regresiva por parte del órgano de control constitucional, que no contempla un reconocimiento efectivo a la jurisdicción indígena, dándose un evidente antagonismo, debido a una real carente existencia de suposiciones.

Esta contraposición se constata en el caso emblemático denominado *La Cocha*, en el que, con fecha 12 de agosto del año 2010, la Corte Constitucional luego de sustanciar una acción extraordinaria de protección propuesta por Víctor Manuel Olivo Palio, por la inconformidad sobre decisiones adoptadas por autoridades indígenas de nacionalidad Kichwa, el 16 y 23 de mayo, en la comunidad de Panzaleo, provincia de Cotopaxi; se expide la sentencia de la corte constitucional, N°113-14-SEP-CC, el 30 de julio del año 2014, en la que los juzgadores instauran precedentes jurisprudenciales que han sido sometidos a continuos análisis doctrinales.

En aquella se establece como norma de observancia general, que todos los casos relativos a delitos que atenten contra el bien jurídico, *vida*, será de conocimiento exclusivo de la Justicia ordinaria.

Constituyendo este pronunciamiento, en un retroceso doctrinal significativo respecto del ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas, con una evidente interferencia en la potestad resolutoria que toda jurisdicción, cualquiera ésta sea. Al respecto, es necesario exponer el análisis de Encalada quien explica que:

Los funcionarios de justicia están atravesados por una *cultura jurídica*, un hábitus que hace parte de las representaciones, acciones y decisiones de los jueces, así como del resto de administradores de justicia ordinaria en este caso, frente a los sujetos racializados. Cabría preguntarse ¿qué ocurre entonces con los avances, en términos de derechos establecidos en la Constitución del 2008, en favor de los pueblos indígenas a partir del análisis etnográfico de las prácticas cotidianas de los administradores de justicia con estos sujetos? (...) ¿Cómo interpretan las leyes en los procesos que vinculan a estos sujetos?; y finalmente ¿cuáles son las consecuencias – en términos negativos– de estas prácticas en la generación de una pluralidad jurídica, dialógica y horizontal?²⁴⁵

Como síntesis del caso referido, se expone que con fecha 09 de mayo del 2010 en el cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, se produjo la muerte de Marco

²⁴⁵ Grijalva Jiménez y De Sousa Santos, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Pág. 187.

Antonio Olivo Palio, miembro de la comunidad denominada *La Cocha*. Los padres de la víctima, miembros también de dicha comunidad, acuden a las autoridades indígenas para que asuman el juzgamiento por la muerte de su hijo, dando aviso a las autoridades, lo que se denomina *Willachina*, se instala la Asamblea General de las comunidades indígenas para averiguar lo acontecido, dándose una etapa de investigación denominada *Tapuykuna*; luego de la referida etapa, se da una confrontación entre el acusado y el acusador lo que se denomina *Chimbapurana*, para luego proceder a la imposición de la sanción por la muerte de Marco Antonio Olivo Palio, al autor Orlando Quishpe y a los coautores Flavio e Iván Candalejo Quishpe, Wilson y Kléver Chaluisa como coautores de dicho delito, lo que se designa como *Killpichirina*.

La sanción fue al autor y coautores, a quienes les colgaron desnudos de las manos, se les bañó en agua helada, se les obligó a cargar sacos con piedra, se les ortigó, latigueó, se les expulsó de la comunidad por cinco años y se les condenó a cada uno de los acusados, a pagar a los padres de la víctima la cantidad de cinco mil dólares como resarcimiento. Dicha decisión fue adoptada en dos sesiones de la Asamblea General de la Comunidad, llevadas a cabo el 16 y 23 de mayo de 2010.

Ante estos hechos e inconforme con la sanción aplicada al autor y coautores del delito, el hermano de la víctima, Víctor Olivo Palio presenta ante la Corte Constitucional, una acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones adoptadas dentro de la Justicia indígena, en las fechas indicadas. Esto generó *la detención de los dirigentes de la comunidad indígena, por solicitud del Ministro de Justicia, para que iniciaran las acciones legales contra éstos*.²⁴⁶

Avocando conocimiento de la causa, la Corte Constitucional invoca lo dispuesto en los artículos 11 núm. 8 y 436 núm. 1 de la Constitución de la República del 2008²⁴⁷, y lo dispuesto en el artículo 62 núm. 8 de la Ley Orgánica de Garantías

²⁴⁶ Análisis “Caso La Cocha”, Sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador – Comentarios -Universidad Andina Simón Bolívar, accedido 24 de abril de 2019, https://observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec/comentarios//asset_publisher/vnOpSdFKZZcK/content/analisis-caso-la-cocha-sentencia-no-113-14-sep-cc-de-la-corte-constitucional-del-ecuador?inheritRedirect=false. Párr 10-16.

²⁴⁷ Artículo 11.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva, a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.” Además lo establecido en el artículo 436.- “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones

Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁴⁸ en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estableciendo el primer precedente jurisprudencial sobre la materia, que tiene como origen la Acción extraordinaria de Protección.

Este precedente, mediante un ejercicio interpretativo del órgano de control, limitará la potestad jurisdiccional de la Justicia indígena, respecto de bienes jurídicos relevantes, como en el caso de análisis, la vida. En la parte motiva de la sentencia en referencia, se señala, “(...) los efectos del presente fallo serán para el caso concreto, pero los criterios interpretativos y reglas también se extienden a casos que presenten hechos similares. Finalmente, los criterios señalados cubren a las personas integrantes del pueblo Kichwa Panzaleo de la Provincia de Cotopaxi, individual o colectivamente considerados en sus territorios”²⁴⁹.

Y se emiten las siguientes consideraciones: Como primer punto “Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en ejercicio de la administración de Justicia indígena por parte de la Asamblea Comunitaria de la Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.”²⁵⁰ Al respecto es necesario señalar, que según lo dispuesto en el artículo 171 inc. 2, no se agravió norma constitucional, por el contrario en su función interpretativa, dictamina que, de igual forma, la Justicia indígena no ha vulnerado derechos constitucionales.

Como segundo punto de la sentencia, señala “Que la Asamblea General Comunitaria del Pueblo Kichwa Panzaleo es la autoridad de Justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.”²⁵¹.

Como tercer punto “Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo Kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la

tendrán carácter vinculante”. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador 2008*.

²⁴⁸ Artículo 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; éste ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. La sala de admisión en el término de diez días, deberá verificar lo siguiente: 8. (...) establecer precedentes judiciales (...).”. Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

²⁴⁹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0731-10-EP. <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacochoa.pdf>.

²⁵⁰ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0731-10-EP. Pág. 35.

<http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacochoa.pdf>.

²⁵¹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0731-10-EP. Pág. 35

[.http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacochoa.pdf](http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacochoa.pdf).

protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esta muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el Ministerio Público y la Justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación Constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in ídem o doble juzgamiento.”²⁵²

Al respecto es necesario analizar, que a pesar de los cambios constitucionales que se han dado con respecto a los ámbitos tanto jurídicos, culturales, sociales, etc., no se asume la naturaleza política, jurídica y social que abarca la connotación de un Estado Plurinacional e intercultural; además; más aún cuando el artículo 436 de la Constitución de la República señala específicamente, cuáles son las atribuciones de la Corte Constitucional.

Este análisis es trascendental ya que, en la interposición de una acción Extraordinaria de Protección, respecto de dictámenes adoptados en la Justicia indígena, el artículo 63 de la LOGJyCC prevé que, la Corte Constitucional *determinará si se han violado derechos o garantías constitucionales y en caso de serlo, ordenará la reparación integral*²⁵³.

La Corte Constitucional, en ejercicio de su potestad interpretativa como órgano de control, determina en el primer punto de las consideraciones, que no se han violado derechos, por lo que consecuentemente brota la potestad de administración de justicia en materia constitucional, para expedir una sentencia en la que los criterios interpretativos y reglados son de observancia general. No obstante, como así lo señala Salgado, respecto de la facultad de interpretar:

Esta atribución está reservada a la Corte Constitucional (...) Y esta atribución deberá ser utilizada en caso de dudas, ambigüedades u oscuridades que hayan en el texto constitucional, no puede utilizarse la interpretación para agregar cuestiones o decir cosas que la Constitución no lo hizo u omitió hacerlo. (...) Frente a este hecho (...) una mera interpretación no es posible porque no se trata de aclarar contenidos, es una real carencia de disposiciones.

²⁵² Análisis “Caso La Cocha”, Sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador - Comentarios - Universidad Andina Simón Bolívar.

²⁵³ “Art. 63.- Sentencia.- La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, ordenará la reparación integral al afectado.”. Asamblea Nacional del Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

Respecto de la segunda consideración, reconoce el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas, como en efecto así lo establece la Constitución de la República del 2008, como habilitantes y competentes para resolver los conflictos internos en sus territorios.

Y, respecto de la tercera consideración, desconoce el enfoque integral de conocimientos y saberes ancestrales como un principio que desarrolla la vida en armonía en las comunidades indígenas, y con ello posiciona el proceso de construcción de Estado, bajo un ideal occidental, rompiendo la premisa que establece nuestra Carta Política de construcción y respeto de interculturalidad; es decir, quebranta categóricamente la voluntad del constituyente en la promulgación de la Constitución del 2008, imponiendo el ejercicio exclusivo y excluyente del sistema ordinario.

Además de ser una muestra clara de la interferencia política, se definen de manera subjetiva algunas formas de saberes y conocimientos ancestrales, empleados por comunidades indígenas dentro de nuestra sociedad, como precarios, ineptos o ignorantes para poder conocer y sancionar, conforme al derecho indígena, cuando la materia verse sobre la protección de bienes jurídicos relevantes.

“El hecho de que en todas las sociedades no existan necesariamente leyes escritas o tribunales formales, o una organización legal de tipo coercitivo, que obligue mediante la fuerza, al cumplimiento de la ley como en el sistema de derecho estatal, no significa desde luego que no existan en todas las sociedades, normas que regulen las diferentes actividades sociales.”²⁵⁴

La sentencia con la que la Corte Constitucional resuelve la acción extraordinaria de protección propuesta por el hermano de la víctima, en la parte resolutive expone:

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atentan contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de Justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios (...) b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. (...). De igual forma se

²⁵⁴ Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico: justicia en clave cultural* (Bogotá: GTZ, 2010). Pág. 25-26.

aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos.²⁵⁵

Al respecto es importante analizar que la Corte Constitucional impone un límite a la Justicia indígena, restringiendo el derecho que poseen los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados conforme a su derecho consuetudinario, y por una autoridad indígena; desconociendo las competencias constitucionales que posee la jurisdicción especial, y violentando lo dispuesto en los artículos 57. 8 y 57.9 de la Constitución de la República²⁵⁶; y, el artículo 76 del mismo cuerpo legal²⁵⁷; normas que versan sobre las garantías de competencia, autonomía jurisdiccional y debido proceso; englobando un pensamiento que dista abismalmente del fundamento de la Constitución y desplazando la capacidad jurisdiccional en su totalidad.

2.3.6. Limitación regresiva en la Justicia indígena.

La Constitución de la República promulgada del 2008, bajo el principio de la pluriculturalidad, *faculta a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, para que ejerzan funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio*²⁵⁸, no obstante, *su ejercicio jurisdiccional no puede ser contrario a lo dispuesto por la Constitución y a los derechos humanos, reconocidos en instrumentos internacionales*²⁵⁹; consecuentemente la Carta Política, si bien prevé el ejercicio jurisdiccional a las comunidades, pueblos y nacionalidades, de igual forma prevé que las decisiones adoptadas dentro de las comunidades indígenas, en el desarrollo de su ejercicio jurisdiccional, se encuentran sometidas a este control de

²⁵⁵ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0731-10-EP. Pág. 36.

<http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacochoa.pdf>.

²⁵⁶ “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 8. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 9. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”. Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008*.

²⁵⁷ “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...).”. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República del Ecuador.

²⁵⁸ Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador 2008* (Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008), Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.

²⁵⁹ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008

constitucionalidad tutelado por la Corte Constitucional; sin que ello implique violación a los derechos consagrados en nuestra Carta Política.

La voluntad del constituyente fue clara al establecer, como un sistema de justicia interno del Estado, a la Justicia indígena reconociéndola como un derecho jurisdiccional de los pueblos y nacionalidades indígenas; otorgándole la facultad de que las autoridades de las comunidades indígenas conozcan, desarrollen, sancionen y ejecuten la sanción; constituyéndose en un sistema jurisdiccional particular, ejercido en base a tradiciones y costumbres ancestrales, destacándose aspectos que delimitan su ejercicio que constituyen mínimos de respeto en el tratamiento y resolución de conflictos.

Estos límites fueron también establecidos en la misma Constitución de la República, en Tratados internacionales y en Leyes Orgánicas, a los que la Justicia indígena obligatoriamente debe respeto, para la debida armonía dentro del sistema de justicia interno del Estado.

La instauración de una jurisdicción diversa a la hegemónica, nos ha obligado a discurrir conceptos que han sido considerados como estáticos y que han generado un desplazamiento, que en la actualidad representa un reto monumental en las relaciones que buscan la participación y democracia inclusiva de estos pueblos y comunidades indígenas. *Este proceso en los últimos años han dado cambios significativos que alcanzan el campo cognitivo, incorporando de esta manera un fructífero diálogo de saberes, que permita superar aquellos paradigmas monoculturales propios del mundo occidental*²⁶⁰.

Sin embargo, el ejercicio característico y excluyente del sistema de Justicia ordinario, alcanzado mediante fallos de observancia obligatoria para todo el ordenamiento jurídico interno, se ha generalizado y extendido fatídicamente limitaciones que van más allá de lo establecido en la Carta Política, muestra clara de un abuso del ejercicio de la autoridad máxima de interpretación y control, que atenta contra los elementos constitutivos del Estado, restringiendo derechos y garantías jurisdiccionales de los pueblos indígenas.

El reconocimiento del ejercicio jurisdiccional de las comunidades indígenas, define la existencia y respeto de un núcleo absoluto de derechos fundamentales, con

²⁶⁰Fernando García, *Retos de la diversidad: el reconocimiento y aplicación de los sistemas de derecho indígenas ecuatorianos. The Challenges of Diversity: Recognition and Application of the Legal Systems of Indigenous Ecuadorians*. (Quito, Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador., 2010). Pág. 10.

una fuerte carga de reconocimiento internacional; es por ello que dentro de la Justicia indígena observamos principios, que tutelan la comunidad indígena, como *el no matar, no robar y no ser ocioso*; sin embargo, al hablar de bienes jurídicos relevantes, se hace referencia a *un núcleo irreductible de normas humanitarias y de derechos humanos que deberían respetarse en todas las situaciones y en todo momento*²⁶¹, sin importar la ideología o pensamiento, por lo que su transgresión tiene como consecuencia irrestricta, la aplicación de una sanción.

Aprovechando la lógica, razonamos que al existir dos sistemas jurisdiccionales al interior de un Estado, la Justicia ordinaria y la Justicia indígena, el ejercicio jurisdiccional de estos sistemas de justicia dependerá de dónde se suscite la transgresión de este bien jurídico. Consecuentemente, si ocurre en territorio indígena, la jurisdicción llamada a resolver el caso, será la indígena; caso contrario será la Justicia ordinaria, quien conocerá dicho conflicto.

Esta situación ha incomodado el actuar de los organismos de control, originándose una limitación regresiva, en virtud de que la interpretación realizada por la Corte Constitucional no considera las garantías y derechos establecidos en la Constitución que posee la Justicia indígena, de resolver sobre cualquier aspecto que se presente dentro de la comunidad indígena, como así está previsto en nuestra Carta Política, aquello también incluye los bienes jurídicos relevantes.

Como en efecto se ha pronunciado La Corte Constitucional, órgano máximo de interpretación y control, mediante sentencia, Nro. 113-14-SEP-CC.

La vida como bien jurídico protegido por la Constitución y por ende por el Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos (...). En definitiva, le corresponde al Estado y a sus instituciones, de manera prioritaria, evitar que los delitos que atenten contra la vida queden en la impunidad²⁶².

Este ejercicio hermenéutico de la Corte Constitucional trae como consecuencia el pronunciamiento, bajo el mismo patrón fáctico referente a bienes jurídicos relevantes en todos los casos, sin que se dé oportunidad para una nueva consulta al órgano de interpretación y control, ya que las decisiones emitidas por

²⁶¹ Juan Antonio Carrillo Salcedo et al., eds., *Soberanía del estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Serie Derecho (Universidad de Sevilla), no. 105 (Córdoba : Sevilla : Málaga: Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba ; Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones ; Servicio de Publicaciones, Universidad de Málaga, 2005).pág. 1109.

²⁶²Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0731-10-EP. <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacocha.pdf>.

aquella, tienen carácter vinculante y por tanto son de observancia general. Por lo que estamos frente a una real carencia de disposiciones y de contenidos para solventar estos conflictos.

Por tanto, se advierte una alteridad cultural influenciada directamente por la cosmovisión occidental, ejercida por el mismo órgano de control, que contrarresta el surgimiento de nuevas concepciones del derecho, que busquen la coexistencia efectiva de diversos sistemas jurídicos, en virtud del reconocimiento de un Estado intercultural y plurinacional, evidenciando que, el mismo, órgano máximo de control en materia constitucional, no acoge criterios de interculturalidad en el sistema de Justicia ordinario, inobservando los derechos de los pueblos indígenas.

Resulta necesario e indispensable considerar aquellas circunstancias fácticas en el ejercicio de control, *debido a que podría tener como consecuencia la vulneración y afectación a derechos constitucionales*²⁶³, como en efecto se estaría generando cuando se inobserva el núcleo de los derechos jurisdiccionales de los pueblos indígenas; o, en su defecto, un quebrantamiento constitucional.

*Ramiro Ávila desafía la lógica colonial, al plantear que es la justicia penal ordinaria es la que debe y puede aprender mucho de la justicia indígena. El autor reflexiona sobre las nociones de interculturalidad y colonialidad (...) con el sentido reparador y reintegrador de la justicia indígena. Queda claro que la justicia penal ordinaria registra un rotundo fracaso por sí mismo y comparado con la justicia indígena, de la cual debería asimilar varios principios y procedimientos*²⁶⁴.

Esta limitación genera un problema de interacción y entendimiento del significado de la *justicia*, un desacierto racional y una incompatibilidad de los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Como señala Vera Santos, *ésta es una figura relacionada principalmente con preceptos relativos a derechos y libertades en los estados de anormalidad constitucional, en donde se permite la suspensión de determinados derechos*²⁶⁵.

La interpretación que realiza la Corte Constitucional, delimita el ejercicio de los derechos y menoscaba las garantías establecidas en la Constitución, faltando al espíritu de Estado regido bajo un pluralismo jurídico, resaltando la interpretación

²⁶³ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 004-14-SCN-CC, dentro del caso Nro. 0072-14-CN. Pág. 11.

²⁶⁴ Agustín Grijalva Jiménez y Boaventura De Sousa Santos, eds., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, 1a ed (Quito, Ecuador: Abya Yala : Fundación Rosa Luxemburg, 2012), http://www.rosalux.org.ec/pdfs/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf. Pág. 182.

²⁶⁵ José Manuel Vera Santos, *La Reforma Constitucional en España*, 1a. ed, Actualidad La Ley (Las Rozas, Madrid: La Ley, 2007). Pág. 35.

constitucional, tutelada bajo una visión occidental, que altera el carácter y los elementos constitutivos del Estado, dándose un evidente quebrantamiento constitucional, con una práctica contraria, en virtud de que establecen límites que van más allá de los determinados en la Carta Política, afectando la esencia de los derechos en ella reconocidos.

Nos referimos a un quebrantamiento constitucional, *cuando nos encontramos ante una violación ocasional de la Constitución, que no altera formalmente su vigencia para otros supuestos o para situaciones futuras*²⁶⁶. En este caso referido *la Cocha*, el órgano de control *quebranta* una norma establecida en la Constitución, que mantiene su validez y por tanto la potestad jurisdiccional de los pueblos indígenas, sin embargo, en este caso concreto se da una excepción en la que la potestad resolutoria de la jurisdicción indígena es excluida cuando el conflicto versa sobre los bienes jurídicos relevantes, como la vida.

Pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, ésta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida. Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia, ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte, siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria, indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas correspondientes en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida.²⁶⁷

Consecuentemente, se da un aparente reconocimiento de la potestad jurisdiccional de los pueblos indígenas, ya que los mismos no pueden establecer criterios que determinen la tutela judicial efectiva del objeto jurídico relevante, no porque no se perciba la importancia de la protección de estos bienes jurídicos, sino porque se da la insatisfacción del pensamiento occidental, en las sanciones restaurativas de la Justicia indígena.

²⁶⁶ Vera Santos. Pág. 35.

²⁶⁷ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0731-10-EP. <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacocha.pdf>.

El derecho indígena lo que busca (...) es la protección de la comunidad o el ayllkuna allí kausay, el buen vivir entre familias y el estar “integrado” a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea (...). Y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido, hay que convocar a la comunidad porque es la vida de la comunidad, la que está amenazada y se debe buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera (...). Por supuesto que aunque son los bienes “particulares” o personales los que muchas veces están en juego, (...) lo que busca es proteger o amparar en cuanto son “bienes comunales” (...). Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual, sino porque es partícipe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad, y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida, en cuanto un valor de convivencia común, de entendimiento social y de armonía con los que le rodean.²⁶⁸

Entonces se plantea la interrogante, ¿acaso no constituye un retroceso y por lo tanto vulneración a los derechos humanos, al implementar una limitación regresiva, respecto de las resoluciones en la jurisdicción indígenas sobre bienes jurídicos relevantes?, o el mantenimiento o legitimación de la jurisdicción indígena, dentro de la Constitución, norma suprema del Estado, configura solamente el reconocimiento inviabilizador, fanático, en la que *cualquier alternativa distinta a la hegemónica*, no puede instaurarse debido a su falta de comprensión y de estos bienes relevantes. ¿Tolerar el indebido, regresivo e inefectivo ejercicio de la Corte Constitucional, respecto de la Justicia indígena frente a los bienes jurídicos relevantes, da validez a la postergación de normativa dentro de un Estado constitucional?

²⁶⁸ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, dentro del caso Nro. 0731-10-EP. Pág. 35.
<http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/485/1/sentencia%20lacochoa.pdf>.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La delineación del ordenamiento jurídico interno, se dio bajo la influencia de corrientes de pensamiento jurídico del mundo occidental, revestido de principios rectores y mecanismos idóneos para la realización de la justicia ordinaria. Este pensamiento considera a un Estado como un solo aparato, de allí la característica de un sistema jurídico uniforme aplicado a un solo régimen político, económico, jurídico, cultural y social; generalizándose un solo sistema para todos los que conforman un Estado.

Esta influencia originada a través de una evolución histórica, tuvo su origen en Europa, y fue reconocido en todo el territorio nacional, evidenciándose como válido únicamente el derecho que nacía desde el Estado a través de la función legislativa y no concebía, ni admitía, la presencia y validez de diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio.

Con la promulgación de la Constitución de 1998, se inicia una nueva etapa en el Estado ecuatoriano, la carta política llevaba inmersa el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos fundamentales, consagrados en tratados y convenios internacionales y entre ellos el reconocimiento constitucional de la diversidad de culturas. La afirmación de un Estado Pluricultural y Multiétnico, y el reconocimiento de la existencia de más de un sistema jurídico en un mismo ámbito territorial, es decir un pluralismo jurídico, da surgimiento del reconocimiento al Derecho indígena, que tiene como fuente el derecho ancestral, costumbres y tradiciones.

En la Constitución de la República del Ecuador del 2008, se reconoce el ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas, para la solución de conflictos que se generen dentro de sus territorios, con fundamento en sus tradiciones, su derecho y con la participación de sus miembros. De esta forma, se instituye un Estado desarrollado en base a los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, que dinamiza y robustece la concepción del pluralismo jurídico al interior del Estado; y reconoce el derecho indígena que forma parte de una cosmovisión y práctica social, que se ha mantenido y desarrollado durante siglos.

La facultad concedida en la norma suprema a las autoridades de las comunidades indígenas, para que conozcan, desarrollen, sancionen y ejecuten la sanción, se constituye en un sistema jurisdiccional particular, que por mandato se ejercerá en base a tradiciones y costumbres ancestrales. En la misma norma, esta

potestad concedida por el constituyente, encuentra limitaciones en su ejercicio, que constituyen mínimos de respeto a los derechos humanos y ordenamiento jurídico, en el tratamiento y resolución de conflictos sometidos a su conocimiento en el que, la jurisdicción indígena, tiene que ajustarse a los procedimientos institucionalizados, y su ejercicio no puede estar en contra de lo dispuesto en la Constitución y lo establecido en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

De la misma manera, las decisiones adoptadas dentro de las comunidades indígenas, en la aplicación de su ejercicio jurisdiccional, están sometidas a un control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional; no obstante de aquello, en la norma en mención, no se han establecido límites para que la jurisdicción indígena pueda conocer, resolver y sancionar sobre bienes jurídicos relevantes como la vida.

Las limitaciones establecidas para la Justicia Indígena en la Constitución de la República del Ecuador y en los Convenios internacionales, no son las únicas impuestas al ejercicio jurisdiccional de los pueblos indígenas; esto se evidencia cuando en la aplicación de la jurisdicción indígena, sus resoluciones han sido sometidas a un control de constitucionalidad, ante el máximo órgano de control constitucional.

Las sentencias emitidas por los jueces de la Corte Constitucional, quienes han conocido las resoluciones de la justicia indígena, han delimitado regresivamente el ejercicio jurisdiccional de los pueblos y nacionalidades indígenas, dándose una aparente transgresión a la estructura democrática del Estado y destruyendo el balance de una política inclusiva. Estos pronunciamientos son de observancia general y obligatoria dentro del ordenamiento jurídico interno y por tanto, considerados como criterio general en la administración de justicia y han conceptualizado a la jurisdicción indígena, como precaria que no entiende los bienes jurídicos, ni su defensa y que por lo tanto no puede resolver sobre aspectos que atenten contra estos bienes protegidos por el ordenamiento jurídico.

Dada la vital e importante posición que ostenta la Corte Constitucional dentro del sistema jurídico ecuatoriano, sus resoluciones determinan el alcance de los preceptos constitucionales, bajo ciertas reglas y mecanismos que buscan garantizar su eficacia, sin discriminación alguna, para el efectivo ejercicio y goce de los derechos establecidos en la Constitución; por lo que garantizando el adecuado cumplimiento de lo preceptuado en la Carta Política, ejerce el denominado control de constitucionalidad.

No obstante, en las resoluciones de la Corte Constitucional, no se evidencian la observancia de principios igualitarios de interculturalidad, dándose un tratamiento desigual con respecto a los criterios considerados por el organismo de control, cuando se tratan aspectos que versan sobre los derechos de los pueblos indígenas, debido a la posición acentuada de una cosmovisión hegemónica y mayoritaria, dentro del razonamiento de los jueces constitucionales, apartada por completo de una teoría conceptual basada en principios de equidad. Esto es un claro ejemplo, de cómo el desconocimiento hacia un saber determinado, muchas veces nos lleva a no entender una cultura o ignorarla, desembocando en rechazarla, satanizarla o limitar su aplicación.

La conceptualización a la justicia indígena como una justicia precarizada, ha sido adoptada por los organismos públicos; esto pone en evidencia la existencia de una carencia total de normativa, para tratar el tema de la aplicación de la justicia indígena y una inconformidad respecto de la finalidad de la sanción en la jurisdicción especial. Esto se advierte en la finalidad de la sanción. En la justicia ordinaria, la finalidad de la sanción tiene un enfoque netamente occidental con una visión retributiva, preventiva entre otras; en cambio en el sistema indígena la finalidad de la sanción es absolutamente restaurativa, por una afección a la sociedad y a la vida comunitaria, marcando una notable diferencia entre los dos sistemas, el indígena y el ordinario.

Entonces la aplicación de la justicia indígena, tiene como objetivo la restauración de una armonía colectiva, perdida temporalmente cuando se da una transgresión a las normas establecidas dentro de sus comunidades, siendo la finalidad última, el restablecimiento de la vida comunitaria, la protección de su justicia indígena y derecho comunal. En cambio, la justicia ordinaria frente a una transgresión, impone una pena establecida para una sociedad con una sola cultura, lengua y sistema jurídico, con la finalidad última de sancionar con una connotación retributiva.

Las resoluciones adoptadas por la justicia indígena y sometidas a un control constitucional, no pueden ser analizadas basándose en un enfoque meramente occidental, ya que esto estaría confirmando que continuamos concibiendo al Estado como una sociedad que posee una sola cultura, lengua y un solo sistema jurídico; dejando de lado la concepción de un estado pluricultural, plurinacional y multiétnico.

Por ello, es necesario que en la tarea de interpretar y aplicar lo promulgado por la Constitución, se adopten mecanismos de control, tanto para la justicia ordinaria como para la justicia indígena, respetando el pluralismo jurídico, étnico y cultural que subsisten en nuestra sociedad. De la misma manera, es ineludible la obligación que tiene el Estado de que los miembros que conformen el máximo órgano de control constitucional, tengan conocimientos sobre la justicia indígena, para sólo así poder aplicarla con absoluta igualdad, y cumplir con la tarea de aportar un mecanismo de control igualitario, frente a estos dos sistemas de justicia y evitar, como en efecto lo ha hecho la Corte Constitucional en un ejercicio indebido de interpretación, quebrantar lo dispuesto por la Carta Política, generando una afectación restrictiva apartada de toda lógica jurídica. La mejor opción, como lo establece Ayala Mora, es llegar a un dialogo de interculturalidades y así permitir el desarrollo de una adecuada interculturalidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vásquez, Manuel. *Revista Penal acerca de la Teoría de los Bienes Jurídicos*, 2006.
- Aguas, Javier, y Hector Nahuelpan. *Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. The limits of indigenous recognition in neoliberal Chile: The implementation of ILO Convention 169 from the perspective of Mapuche Williche leaders*. Universidad de los Lagos. Vol. Artículo de investigación. Chile.: Universidad Católica de Temúco, 2018. cuhso.uct.cl.
- Aguilar, J. P, y Santiago Andrade Ubidia. *La nueva constitución del Ecuador: estado, derechos e instituciones*. Editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva, y Claudia Storini. Vol. 30. ESTUDIOS JURÍDICOS. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2009.
- Albán Gómez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. *Fiel Web*, 2016.
- Alberto Jose Campillo Pardo, y Jaime Restrepo. *El Corpus Iuris Civilis: la recopilación más importante del derecho romano*. Universidad del Rosario, abril de 2016. <http://www.urosario.edu.co/Blog-Archivo-Historico/Lenguas-clasicas/Abril-2016/El-Corpus-Iuris-Civilis-La-recopilacion-mas-import/>.
- Andrade Guzman, Jairo Renan. *Garantías y Principios Fundamentales del Debido Proceso y su Aplicación Efectiva en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Tesis de Maestría y Especialización en Derecho Penal, Universidad del Azuay, 2013. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3316/1/10086.pdf>.
- Andrade Ubidia, Santiago, y Luis Fernando Ávila Linzán, eds. *La transformación de la justicia*. 1ra ed. Serie Justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad 7. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ariza, Rosembert. *El derecho profano: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. 1. ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Ariza Santamaría, Rosembert. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. San José, C.R: IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.
- Atienza de Frutos, David. *Viaje e identidad: la génesis de la élite kichwa-otavaleña en Madrid-España*. 1ra. ed. Quito, Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2009.
- Ávila Ordóñez, María Paz, y María Belén Corredores Ledesma, eds. *Los derechos colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *En Defensa del Neoconstitucionalismo Transformador. Los debates y los argumentos*. Universidad Andina Simón Bolívar., 2012. Boletín Informativo Spondylus.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo penal*. Ediciones legales Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2013. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-Ávila%2C%20R-La%20in-justicia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf>.

- Ávila Santamaría, Ramiro, Boaventura de Sousa Santos, Roberto Gargarella, Gerardo Pisarello, Agustín Grijalva, y Ecuador, eds. *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Bailón Corres, Moises Jaime. *Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014.
- Bailón Valdovinos, Rosalío. *Teoría general del proceso y derecho proceso civil*. México, D.F.: Limusa/Noriega Editores, 2004.
- Berraondo, Mikel. *Pueblos indígenas y derechos humanos. Volumen 14 Volumen 14*. Publicaciones de la universidad de Deusto. Vol. 14. Series de Derechos Humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
<http://site.ebrary.com/lib/interpuertoricosp/Doc?id=10804089>.
- Bon, Pierre. *La Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales: Aspectos de Derecho Comparado Europeo*. Traducido por María Cueto Aparicio. Universidad de Pau, 1992.
- Braña Pino, Francisco Javier, Rafael Domínguez Martín, Mauricio León, y Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, eds. *Buen vivir y cambio de la matriz productiva: reflexiones desde el Ecuador*. Primera edición. Quito, Ecuador: Friedrich Ebert Stiftung Ecuador, ILDIS, 2016.
- Bunn-Livingstone, Sandra L., y Robert Y. Jennings. *Juricultural Pluralism Vis-à-Vis Treaty Law: State Practice and Attitudes*. Developments in International Law 42. The Hague: Nijhoff, 2002.
- Carbonell, Miguel. *La Importancia del Debido Proceso Legal*, 2016. Miguel Carbonell. miguelcarbonell.com.
- Cardenas, Cesar. *La Justicia Indígena según la Constitución del Ecuador del año 2.008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi, del cantón Cañar*. Universidad de Cuenca, 2010.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, Elisa Pérez Vera, Alejandro J. Rodríguez Carrión, Ana Salinas de Frías, Marina Vargas Gómez-Urrutia, y Ana Paloma Abarca Junco, eds. *Soberanía del estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Serie Derecho (Universidad de Sevilla), no. 105. Córdoba: Sevilla: Málaga: Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba; Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones; Servicio de Publicaciones, Universidad de Málaga, 2005.
- Casañas, Joan, y François Houtart, eds. *La autodeterminación de los pueblos*. 1. ed. Vol. 1. Akadēmeia; Política 93. Barcelona: Icaria, 2008.
- Castelli, Nora. *La ley de Talión. ¿Crueldad o Justicia?* Crítica Literaria, 2015. www.gbasesores.com/refelxiones/biblia/ley_talion.htm.
- Chalco Salgado, José Francisco. *La integración supranacional y su afectación a la reserva de los Estados miembro de la Comunidad Andina. Un análisis desde la jerarquía normativa de sus Constituciones*. En *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, junio 2017, 77-107. Ediciones Universidad de Salamanca – cc by-nc-nd, 2017. <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/16882>.
- Charters, Claire, Rodolfo Stavenhagen, y Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. *El Desafío de la declaración: historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010.
- Conforti, Franco. *El hecho jurídico restaurable: nuevo enfoque en Derecho Penal*.

- Madrid: Dykinson, 2019.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ta. ed., reimpresión. Maestros del derecho procesal 1. Montevideo: Editorial B de F: J.C. Faira, Editor, 2004.
- Devis Echendía, Hernando. *Compendio de derecho procesal: el proceso civil*. Octava. Bogotá, Colombia: Editorial DIKE, 1994.
- Díez-picazo, Luz María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2da Edición. Madrid, España.: Thomson-Civitas, 2005.
- Dorado Torres, Daniel Felipe. *Análisis “Caso La Cocha”, Sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador - Comentarios - Universidad Andina Simón Bolívar*. Accedido 24 de abril de 2019.
https://observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec/comentarios/-/asset_publisher/vn0pSdFKZZcK/content/analisis-caso-la-cocha-sentencia-no-113-14-sep-cc-de-la-corte-constitucional-del-ecuador?inheritRedirect=false.
- Dumas, D. P., S. R. Caldwell, J. R. Wild, y F. M. Raushel. *Purification and Properties of the Phosphotriesterase from Pseudomonas Diminuta*. *The Journal of Biological Chemistry* 264, n.º 33 (25 de noviembre de 1989): 19659-65.
- El código de Hammurabi*. Accedido 29 de abril de 2019.
<http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>.
- Etzebarria, Álvaro, y Iván Ureta. *La Defensa de los Derechos del Indígena en la Conquista de América: S. XVI*. Departamento de Historia de América de la Universidad de Deusto (Bilbao), 13 de marzo de 2019.
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7Bfe7dLSziMJ:www.oc.lm.ehu.es/cupv/univ98/Comunicaciones/Comun12.html&hl=es&gl=ec&strip=1&vwsr=0>.
- Ferrini, Contardo. *Derecho Penal Romano*. Marcial Pons. Madrid, España; Barcelona. España; Buenos Aires, Argentina; Sao Paulo, Brasil, 2017.
- Freidenberg, Flavia, y Simón Pachano. *El sistema político ecuatoriano*. Serie Atrio. Quito, Ecuador: FLACSO Ecuador, 2016.
- García Cuadrado, Antonio M. *Ordenamiento constitucional: un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del derecho*. Alicante, España: Club Universitario, 2003. www.gamma.fm.
- García, Fernando. *Retos de la diversidad: el reconocimiento y aplicación de los sistemas de derecho indígenas ecuatorianos*. *The Challenges of Diversity: Recognition and Application of the Legal Systems of Indigenous Ecuadorians*. Quito, Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Sede Académica de Ecuador, 2010.
- García, Mabel, y Sonia Betancourt. *El Pueblo Mapuche y su Sistema de Comunicación Intercultural*. Osorno - Chile: Alpha, 2014.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-22012014000100008>.
- García-Pablos de Molina, Antonio. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, Fundamentos y Tendencias*. Quinta Edición. Vol. 1. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces S.A., 2012.
- Garrote de Marcos, María, y Beatriz Vila Ramos. *Jurisdicción constitucional y el procedimiento de defensa de los derechos*, 2015.
<http://site.ebrary.com/lib/interpuertoricosp/Doc?id=11361834>.
- Gonzáini, Alfredo. *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Universidad de Buenos Aires, 2018. Buenos Aires, Argentina. gonzaini.com/wp-

- content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf.
- Grijalva Jiménez, Agustín, y Boaventura De Sousa Santos, eds. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. 1a ed. Quito, Ecuador: Abya Yala : Fundación Rosa Luxemburg, 2012.
http://www.rosalux.org.ec/pdfs/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf.
- Grunauer Reinoso, Estefanía Cristina. *El cumplimiento de los parámetros del debido proceso en el procedimiento directo del Código Orgánico Integral Penal*. Programa de Maestría en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ec/deed.es>.
- Herrera Flores, Joaquín. *Los Derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005.
- Hinestrüsa, Fernando. *El derecho romano y la formación del jurista*. En *Revista de Derecho Privado*, Nro. 29: pg. 5-12. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.01>.
- Hoffmann Elizalde, Roberto. *Introducción al estudio del derecho*. 1. ed. México, D.F: Univ. Iberoamericana, 1994.
- Insignares Cera, Silvana. *Construcción constitucional del proceso de integración suramericano*. Colección Jurídica. Barranquilla (Colombia) : Bogotá (Colombia): Universidad del Norte, Editorial ; Grupo Editorial Ibañez, 2015.
- Intriago Ceballos, Ana Teresa. *El control constitucional en Ecuador*. Tesis de Maestría y Especialización en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016. UASB-Digital.
- Pellini, Claudio. *La Sociedad Colonial: Características La Familia y Grupos Sociales*. Historias y Biografías, s. f.
<https://historiasybiografias.com/sociedad-colonial-familia/>.
- León Bastos, Carolina. *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos: un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*. 1a. ed. Colección de derecho constitucional. Madrid, España: Reus, 2010.
- López Betancourt, Eduardo. *Introducción al derecho penal*. México: Porrúa, 2008.
- López Hidalgo, Sebastián. *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Editado por Claudia Storini. Primera edición. Derecho y Sociedad 4. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2018.
- Lyotard, Jean-François, y Mariano Antolín Rato. *La condición postmoderna: informe sobre el saber*. 4. ed. Colección Teorema Serie mayor. Madrid, España: Ed. Cátedra, 1989.
- Mariscal Ureta, Karla Elizabeth, Juan Manuel Bautista Jimenez, Gonzálo Hernández, y Mercedes Iglesias, eds. *Derechos Humanos y Nuevo Orden Mundial*. Ediciones Universidad de Salamanca y los autores. España: AQUILAFUENTE, 260, 2019. <http://edicionesusal.com/obra/978-84-1311-003-5>.
- Medinaceli Rojas, Gustavo. *La aplicación directa de la Constitución*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador : Corporación Editora Nacional, 2013.
- Mejía Salazar, Álvaro. *Evolución histórica de la oralidad y la escritura en el proceso civil español y ecuatoriano*. *Ius Humani*. *Revista de Derecho*, 2017.
- Montagut, Eduardo. *La división de poderes de Locke y Montesquieu*, 2017.
<https://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/division-poderes-locke-montesquieu/20170806191458142412.html>.

- Morales, Jorge. *Derecho romano: apuntes*. Cuenca, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, s. f.
http://biblioteca.uazuay.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=17287#.XI_MGy3SHow.
- Morales Tobar, Marco. *Derechos Humanos y Tratados que los Contienen en el Derecho Constitucional y la Jurisprudencia de Ecuador*. Vol. 9. 1. Revista Jurídica Ius et Praxis, 2003. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100007>.
- Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Maestros del derecho penal 3. Montevideo: B de F, 2001.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Vol. 5. 5 vols. San José, C.R: Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Defensa Legal de los Pueblos Indígenas en América Central, 2002. <http://bolivia-rusia.ru/assets/convenio-169-oit.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas: La Declaración Universal de Derechos Humanos. La Organización de las Naciones Unidas, 2019.
<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- Organización de las Naciones Unidas. Pueblos Indígenas. Asuntos Económicos y Sociales. Organización de las Naciones Unidas, 20 de marzo de 2019.
<https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/historia.html>.
- Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO, eds. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Lima: OIT, 2009.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, s. f., 1007.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional: Segunda Edición*. Departamento Jurídico Editorial-CEP. Vol. Segunda Edición. 2 vols. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2016.
- Palacio, Juan Manuel, y Magdalena Candiotti. *Justicia, Política y Derechos en América Latina*. Prometeo. Prometeo Libros Editorial, 2007.
<Http://www.prometeoeditorial.com>.
- Pastor de Arozana, Bárbara. *Breve historia de Roma: monarquía y república*. Madrid, España: Ediciones Nowtilus, 2008.
- Peña Juma, Antonio, Vicente José Cabedo Mallol, y Francisco López Bárcenas, eds. *Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina: análisis constitucional ; justicia y derecho oaxaqueño (México) ; justicia y derecho aymara (Perú)*. 1. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Ed, 2002.
- Pérez Guartambel, Carlos. *Justicia indígena*. 2a ed. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca: Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE: ECUARUNARI, 2010.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 7ma Edición. Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos. Madrid, España: Tecnos, 1984.
- Ponce Gordón, Anshelo. *Derecho Penal*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2013.
- Porto-Goncalves, Carlos. *Enciclopedia Latinoamericana*. Portal Web. Enciclopedia Latinoamericana, s. f. <http://latinoamericana.wiki.br/es/entradas/a/abya-yala>.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. *La elusión constitucional Una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Colombia: Ediciones

- Universidad del Rosario, 2009. http://0-vlex.com.fama.us.es/account/login_ip?fuentes_id=6369.
- Rohr, Elisabeth. *La destrucción de los símbolos culturales indígenas: sectas fundamentalistas, sincretismo e identidad indígena en el Ecuador*. 1. ed. en castellano (rev.). Colección Biblioteca Abya-Yala, Nr. 48. Quito, Ecuador: Ed. Abya-Yala, 1997.
- Salgado, Judith, y Universidad Andina Simón Bolívar, eds. *Justicia indígena: aportes para un debate*. 1. ed. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar : Abya-Yala, 2002.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de derecho constitucional*. Segunda Edición. Vol. 1. Quito, Ecuador: Ed. Abya-Yala, 2003.
- Salgado Pesantes, Hernán. *Lecciones de derecho constitucional*. 4. ed. actualizada. Colección profesional ecuatoriano. Quito, Ecuador: Ediciones Legales, 2012.
- Sánchez Botero, Esther. *El peritaje antropológico: justicia en clave cultural*. Bogotá, Colombia: GTZ, 2010.
- Sánchez, Víctor M, y Susana Beltrán. *Derecho internacional publico*. Colección Lex (Huygens). Barcelona: Huygens, 2010.
- Silva Monterrey, Nalúa Rosa. *Introducción a la etnografía de los pueblos indígenas de la Guayana Venezolana*. 1. ed. Ciudad Guayana, Venezuela: Universidad Nacional Experimental de Guayana, Fondo Editorial UNEG : Fundacite Bolívar, 2006.
- Solís García, Bertha. *Evolución de los Derechos Humanos*. Instituto Investigaciones Jurídicas de la UNAM. MEXICO: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. www.juridicas.unam.mx.
- Solís Román, Azháleá Isabel, ed. *Tratado elemental de derecho constitucional nicaragüense*. Serie Derecho, núm. 79. Sevilla, España: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999.
- Spina, Encarnación la, y Corp E-libro. *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*. Institut de Drets Humans, Universidad de Valencia. España: Dykinson, 2010.
- Tibán, Lourdes. *El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria*, 2008. <https://www.alainet.org/es/active/26016>.
- Tibán, Lourdes, y Raúl Illaquiche. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Hanns Seidel, 2008.
- Tomaselli, Alexandra, Silvia Ordoñez, Claire Wright, y Encuentros Multidisciplinarios sobre Pueblos Indígenas (Organisation), eds. *Justicia y formas de participación indígena*. DeustoDigital . Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe. Cuadernos Deusto de derechos humanos, núm. 74. Bilbao: Universidad de Deusto, 2014.
- Trujillo V., Julio C. *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de Derecho Constitucional*. 2. ed. Serie Estudios jurídicos, v. 8. Quito: Corporación Editora Nacional : Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.
- Trujillo V, Julio C, Agustín Grijalva, y Ximena Endara Osejo. *Justicia indígena en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar : Abya-Yala Editing, 2001.
- Vera Santos, José Manuel. *La reforma constitucional en España*. 1a. ed. Actualidad La Ley. Las Rozas, Madrid, España: La Ley, 2007.
- Viaña Uzieda, Jorge. *La interculturalidad como herramienta de emancipación: hacia una redefinición de la interculturalidad y de sus usos estatales*. 1. ed.

- La Paz, Bolivia: Instituto Internacional de Integración, Convenio Andrés Bello, 2009.
- Villalobos R, y Sergio. *Chile y su historia*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Universitaria, 2002.
- Villanueva, Luis Enrique. *La División de Poderes: Teoría y Realidad*. Instituto de Investigación Jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México., 2014. <http://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Wolters, Kluwer. *Guías Jurídicas*. Académico-informativo. *Guías Jurídicas* (blog), s. f.
http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjAzMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAXzignzUAAAA=WKE.
- Wray Espinoza, Alberto. *Justicia indígena: Sus límites constitucionales*. *IurisDictio. Revista de Derecho*, 2002. [Revistas.usfq.edu.ec](http://revistas.usfq.edu.ec).
<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/article/view/579/893>.
- Zabaleta, Rubiel. *Justicia Propia entre los Huarcos*. Valledupar: USAID-CIT, 2008.
<http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/files/justiciapropia.pdf>.

JURISPRUDENCIA

- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia número 113-14-SEP-CC. Dentro del caso número 0731-10-EP.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia número 004-14-SCN-CC. Dentro del caso Nro. 0072-14-CN.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia número 008-15-SCN-CC. Dentro de los casos números 0005-11-CN, 0058-11-CN, 0021-12-CN y 003-3-CN.
- Sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia en la causa número C-039/97.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia número 001-13-SCN-CC. Dentro del caso número 0535-12-CN.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia número 008-09-SAN-CC. Dentro del caso número 0027-09-AN.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia número 161-18-SEP-CC. Dentro del caso número 1061-12-EP.

NORMATIVA

- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*, 1998. Ecuador: Asamblea Constituyente, 1998. Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1 de 11 de agosto de 1998.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente, 2008. Registro Oficial Nro. 449 de 20 oct 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional, 2009. Ecuador: Asamblea Nacional. Registro Oficial suplemento

544, 09 de mar. 2009.

Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Asamblea Nacional. Quito, Ecuador: Asamblea Nacional, 2014. Registro Oficial Nro. 180 de 10 de Feb 2014.

Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Asamblea Nacional. Quito, Ecuador: Asamblea Nacional, 2009. Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct.-2009.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. New York: Organización de las Naciones Unidas, 2007.