



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
ESCUELA DE POSGRADO

**PROHIBICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN
DELITOS CONTRA LA VIDA EN EL MARCO CONSTITUCIONAL
PLURINACIONAL ECUATORIANO: ESTUDIO EN LA COMUNIDAD DE
QUILLOAC DEL CANTÓN CAÑAR**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Magister de Derecho
Constitucional**

Autora: Clara Daniela Romero Romero

Directora: Elsa Guerra Rodríguez

Cuenca, 2018

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a Dios creador del universo y de todo conocimiento.

AGRADECIMIENTO

Un profundo agradecimiento a Dios, por haber permitido alcanzar una meta más, regalarme la vida, la inteligencia y la sabiduría a lo largo de estos años. Y por haber puesto en mi camino gente maravillosa que compartieron sus consejos, y vivencias.

A mis padres por el apoyo incondicional que me han brindado durante estos años de estudios para alcanzar otra meta.

A mi querida directora de tesis Dra. Elsa Guerra, por su valiosa colaboración, tiempo, conocimiento y apoyo incondicional, durante el desarrollo de esta tesis.

A los dirigentes y miembros de la comunidad de Quilloac del cantón Cañar, en especial a José Acero, Magdalena Guamán, Emanuel Chimbo, José Pichisaca, María Cruz Pichisaca, Jacinto Aguaisa, y otros, por abrir las puertas de su comunidad y compartir conmigo su valioso conocimiento, experiencias y vivencias.

A todos mis amigos y amigas por sus palabras de apoyo y aliento, y formar parte de mi vida, para alcanzar esta meta.

RESUMEN

La presente investigación tiene carácter socio-jurídica pues examina el ordenamiento jurídico nacional como internacional y juntamente con la doctrina constata la vigencia y validez del derecho indígena. Por otra parte, recoge la comprensión y conocimiento de los principios de la justicia indígena que garantizan un debido proceso en todos los casos, apreciando de forma implícita la cosmovisión, tradiciones y cultura de su pueblo en los mismos.

Como resultado de aquello, se demostrará las afectaciones al modelo plurinacional de Estado ecuatoriano, como a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas cristalizados en la Constitución y a los estándares internacionales de derechos humanos, por la restricción que realizó la Corte Constitucional ecuatoriana al determinar que es facultad exclusiva y excluyente del Sistema de derecho penal ordinario conocer, resolver y sancionar casos de presuntos delitos contra la vida, aun cuando los presuntos involucrados y responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, o que los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. Para visibilizar con mayor claridad las afectaciones se ejecutó estudios cualitativos en la Comunidad de Quilloac, demostrando los efectos de dicha restricción en sus derechos y cosmovisión.

PALABRAS CLAVES: Modelo de Estado plurinacional, Interculturalidad, delitos contra la vida, mínimo irreductible de la Constitución, justicia indígena, derechos colectivos.

ABSTRACT

The present investigation is socio-legal in nature. It examines the national and international legal order and verifies the validity of the indigenous rights using the doctrine. It gathered the understanding and knowledge of the principles of indigenous justice that guarantees a due process in all cases, implicitly allowing the appreciation of the worldview, traditions and culture of these peoples. As a result, the study demonstrated the effects on the plurinational model of the Ecuadorian State, the collective rights of the peoples and the indigenous communities embodied in the Constitution and international human rights standards, caused by the restriction created by the Ecuadorian Constitutional Court. This restriction determines that the ordinary criminal law system has an exclusive power to hear, decide and punish cases of alleged crimes against life, even when the presumed suspects and prosecutors are citizens belonging to indigenous communities, peoples and nationalities or when the events occur within a community, town or indigenous nationality. Qualitative studies were carried out in the community of Quilloac to make the affectations more visible. This demonstrated the effects of this restriction on the rights and worldview of indigenous people.

Keywords: Plurinational State Model, interculturality, crimes against life, irreducible constitutional minimum, indigenous justice, collective rights.



A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops, is located in the bottom right corner.

Translated by
Ing. Paul Arpi

ÍNDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	12
La justicia indígena en el modelo plurinacional de Estado ecuatoriano	12
1.1-Estado plurinacional.....	13
1.1.1.- Concepto e importancia.....	15
1.1.2.- Características.....	21
1.1.3- Plurinacionalidad y pluralismo jurídico	25
1.1.4- Plurinacionalidad e interculturalidad	33
1.2.- El derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico	40
1.2.1- Importancia del derecho indígena como fuente del derecho ecuatoriano.....	48
1.2.2.- Su relación con el ejercicio de los derechos	53
a.) -Derecho a la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas.....	54
b).- Derecho a la identidad de los pueblos y comunidades indígenas, y su cosmovisión indígena.	59
1.2.3- Jurisdicción y competencia indígena.....	66
CAPÍTULO II.....	72
Afectaciones frente a la prohibición de la administración de justicia indígena en delitos contra la vida: una mirada a la justicia de la Comunidad de Quilloac	72
2.1.- Importancia y rol de la norma suprema en el ordenamiento jurídico frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana	73
2.2.- Restricción de la administración de justicia indígena en delitos contra la vida: análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana.	81
2.2.3.- Sentencia “La Cocha de 2014” emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana	85
2.2.4 .- Sentencia Taromenane, Waorani emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana.....	93
2.3.- Mirada intercultural de la eficacia de justicia ordinaria e indígena para valorar con claridad la incidencia de la restricción.	100
2.3.1- Frente a los principios que guían la administración de justicia ordinaria en materia penal.	101
a.- Principios sustantivos	103

b.- Principios Adjetivos.....	113
c.- Principios ejecutivos.....	117
2.3.3.- Principios de la justicia indígena	123
a.- Búsqueda de la paz y la armonía	124
b.- El perdón	126
c.- La reconciliación	127
d.- La justicia indígena busca la reflexión sobre la consecuencia de los actos	128
f.- La justicia indígena sana y sana integralmente como acto de purificación.....	128
g.- La justicia indígena es pública.....	131
h.- Es ejemplificadora	131
i.- Es colectiva	132
j.- Es reparadora	133
k.- La justicia indígena es humanitaria	134
l.- Principio de la autoridad del afectado que tiene que conocer el caso	135
2.3.4 - Sanciones de delitos contra la vida en la justicia ordinaria e indígena	135
2.3.5.- Apreciación de la eficacia de la justicia ordinaria e indígena en delitos contra la vida en Ecuador	138
2.4.- Justicia Indígena en la Comunidad de Quilloac y su perspectiva sobre las afectaciones por la restricción de resolver delitos contra la vida.....	144
2.4.1.- Características de la administración de justicia indígena	145
2.4.2.-Autoridades indígenas	146
2.4.3.- Procedimiento.....	151
2.4.4.- Demanda-denuncia	151
2.4.5.-Averiguación-investigación	152
3.4.6.-Audiencia oral	153
2.4.7.- Resolución-sanción- penas.....	155
2.5.- Breve mirada de la Comunidad Quilloac sobre las afectaciones a causa de la limitación a la administración de justicia indígena	157
ANEXOS	172
DIRIGENTES ENTREVISTADOS DE LA COMUNIDAD DE QUILLOAC	176
BIBLIOGRAFÍA.....	177

INTRODUCCIÓN

Los pueblos y las comunidades indígenas se remontan hace 12.000 años aproximadamente de haber llegado al territorio del Ecuador. Son pueblos que a lo largo de la historia construyeron su cultura y tradiciones como parte de su autodeterminación y convivencia en comunidad. A pesar de atravesar por conquistas se opusieron a perder su esencia, negándose al sometimiento de un Estado monolítico.

Fueron años de constante lucha y perseverancia para su reconocimiento, contemplando sus primeros frutos en la Constitución de 1998, plasmándose por primera vez los derechos colectivos a favor de los pueblos y comunidades indígenas y afro. En el artículo 91 de la mencionada Constitución, se confiere funciones de justicia a las autoridades de los pueblos indígenas, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de acuerdo con sus costumbres, siempre que no sean contrarias a la constitución y la ley. De la misma forma se declara al Ecuador como Estado multiétnico y pluricultural. Sin embargo, con la Constitución de 2008 se cristaliza las propuestas realizadas por estos pueblos, el Estado ecuatoriano es declarado como plurinacional, intercultural, en el cual se admite a las diversas nacionalidades y subgrupos de una sociedad. Con ello se busca construir un país desde los excluidos históricamente, para alcanzar la soberanía plurinacional y la integración de todos sus pueblos bajo un mismo Estado y Constitución, garantizando de tal manera los derechos colectivos como derechos humanos fundamentales para la continuidad histórica y desarrollo de cada colectividad.

El Ecuador al adoptar un modelo de Estado plurinacional reconoce la diversidad de nacionalidades y pueblos en igualdad de valor, oportunidades y autodeterminación, rompiendo la homogenización cultural y visibilizando la pluralidad del país, lo cual implica que cada pueblo adquiere el derecho para ejercer su derecho propio en base a los lineamientos de la Constitución. La Carta Constitucional vigente en el artículo 171, claramente reconoce a la jurisdicción indígena estableciendo como únicos límites la propia Constitución y a los derechos humanos reconocidos en convenios y tratados internacionales.

Por lo que se refiere a la Corte Constitucional del Ecuador como órgano supremo encargado de la interpretación de la Constitución y de velar por el fiel cumplimiento de la misma, este órgano emitió la Sentencia No 113-14-SEP-CC, caso 073-10-EP que

estableció la prohibición de administrar justicia indígena en casos de delitos contra la vida, aduciendo que los pueblos y comunidades indígenas no pueden resolver estos casos, pues ellos no sentencian en base a la responsabilidad subjetiva de los infractores. En este contexto, este trabajo busca determinar cuáles son las posibles afectaciones de esta decisión tanto al modelo plurinacional de Estado ecuatoriano, como al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas.

Para cumplir con tales objetivos la presente investigación se ha desarrollado en dos capítulos. El primero analiza el sitio del derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, su importancia como fuente del derecho y como garantía de cristalización del modelo de Estado plurinacional, indicando su validez y vigencia tanto en el ordenamiento jurídico nacional, como internacional, al mismo tiempo en la doctrina.

Para ello se estudia el concepto, importancia y características del Estado plurinacional, así como su relación con el pluralismo jurídico y la interculturalidad a manera de resultado de un Estado de esta magnitud, para continuar con el estudio de la importancia del derecho indígena como fuente del derecho ecuatoriano demostrando que está dentro del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

Con ello además se destaca al derecho de autodeterminación pues concede la facultad de tomar decisiones propias a los pueblos en diferentes ámbitos, como jurídico, administrativo, educativo, y otros. Con el examen de los derechos como la identidad y el de sus principios se observan que son parte fundamental para ejercer plenamente el derecho a la autodeterminación, y que les permite tener claro el norte a seguir. Por lo que la Constitución al conferir jurisdicción y competencia a los pueblos y comunidades indígenas, esta tiene una función clara tanto en las comunidades como en el ordenamiento jurídico nacional; demostrando que el derecho indígena además de ser válido tiene plena vigencia.

En el segundo acápite, se evidencia el grado de afectación a los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y autodeterminación de los pueblos a raíz de la restricción de administrar justicia indígena en los delitos contra la vida. Para lo cual se parte de un pequeño análisis de las implicaciones prácticas en ámbitos como la educación, salud, derechos de la naturaleza, etc., de este Estado llamado plurinacional. Luego se realiza una distinción entre la importancia y rol de la norma suprema en el

ordenamiento jurídico frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana, con lo cual se evidencia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional cumple un papel importante para conferirnos el discernimiento apropiado del contenido de la Constitución. A partir de esto se visualizará cómo la Sentencia No. 113-14-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana tiene varias inconsistencias, tanto con anteriores pronunciamientos sobre temas de interculturalidad, y sobre todo argumentos pocos refutados e insondables.

Finalmente, trata los principios de la justicia ordinaria e indígena logrando determinar que la jurisdicción indígena tiene un único fin, respetar al ser humano, y garantizar un debido proceso corroborado por las experiencias de los dirigentes de la comunidad de Quilloac del cantón Cañar, al ser los encargados de ayudar a su pueblo a descifrar de mejor manera sus controversias. Y sobre todo al tratar sobre los principios de justicia indígena presentes en las comunidades andinas de la sierra ecuatoriana, para administrar justicia, se evidencia que es un derecho vivo, eficaz, capaz de resolver cualquier controversia dentro de las comunidades.

Para elaborar este trabajo se realizó una investigación socio jurídica, empleando métodos cuantitativos como cualitativos que permitan visibilizar el grado de afectación que provocó la prohibición de la Corte Constitucional con la sentencia la Cocha en las comunidades indígenas. Para tal efecto se eligió como población a la comunidad indígena de Quilloac del cantón Cañar, seleccionando como muestra técnicamente planteada a 62 dirigentes de 70 que conforman dicha comunidad mediante la técnica de la encuesta y entrevista. Varios de los extractos de los diálogos y hallazgos fueron intercalados a lo largo de este texto y cotejados con lo manifestado por la doctrina, evitando descontextualizar su contenido.

Para concluir, a lo largo de este trabajo se demuestra que existe afectación a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, pues al contrastar con los estudios cuantitativos como cualitativos se puede determinar que al ser su procedimiento de conocimiento y resolución de problemas en una comunidad indígena y en especial un caso contra la vida, el propio procedimiento de juzgamiento por así llamarlo, al igual que acudir a sus autoridades, su tratamiento de sanación, y sobre todo el proceso para resarcir el daño ocasionado, recoge sus valores culturales, su identidad y el mismo simboliza el ejercicio del derecho a la autodeterminación, hecho limitado por

la Sentencia antes mencionada. Con esto se demuestra que es urgente rever esta afectación ante las conquistas alcanzadas de un Estado plurinacional y los derechos colectivos que los amparan, dejando definitivamente atrás la desigualdad estructural, y un Estado hegemónico que invisibiliza el valor y desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas, negándonos por siglos el derecho a enriquecernos como sociedad en la diversidad.

CAPÍTULO I

La justicia indígena en el modelo plurinacional de Estado ecuatoriano

Parece que la loma se ha despertado, mientras el valle y la montaña con sus mil huasipungos siguen dormidos. Despertar parcial, despertar esporádico que pone más furia desordenada y salvaje en los rebeldes.

Jorge Icaza, Huasipungo

El Ecuador se caracteriza por su riqueza cultural y su historia, compuesta por diversas sociedades, que han colaborado significativamente a su desarrollo. Los pueblos y comunidades indígenas han aportado al país, a pesar de ser muchas veces invisibilizados y hasta cierto punto olvidados, no dejaron sus raíces, identidad, pensamientos, y cosmovisión. Son pueblos que han mantenido sus convicciones a pesar de la larga lucha contra el colonialismo.

Sus sistemas legales han nacido y existido desde que surgieron como pueblos, pero con la llegada de los españoles han sobrevivido a la exclusión y clandestinidad en medio de un proceso de resistencia que a lo largo del tiempo ha obtenido reconocimiento, gracias a la lucha de las organizaciones indígenas. Bartolomé de las Casas en la época de la colonia, abogó a favor de los pueblos indígenas ante la realeza española, manifestando que los indios eran humanos, con la facultad de la razón, con leyes y gobiernos que debían ser respetados por la corona española.¹

Desde la colonia existían reglas de reconocimiento expresadas en decretos reales de los años 1530, 1542, 1556, donde se estableció un principio general, que consistía en que las buenas costumbres, o las leyes de los indios **debían ser observadas**, siempre y cuando no fueran contrarias a la religión cristiana.²

Es decir, los pueblos y comunidades indígenas siempre fueron sociedades organizadas, con sistemas jurídicos, inclusive desde antes de la conquista española. Son sociedades, con una visión, un pensamiento, una organización y una estructura social. Es importante e interesante conocer dichas particularidades, para entender de mejor manera la situación de estas colectividades y nacionalidades, sus luchas, logros y aportes, pues gracias a su iniciativa el Ecuador se configuró como un Estado plurinacional.

¹ Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 8.

² *Ibíd.*, 8.

El presente capítulo busca analizar críticamente las innovaciones constitucionales al Estado plurinacional, la interculturalidad y el pluralismo jurídico, vinculado al reconocimiento de la administración de justicia indígena como un derecho sustancial frente a la cristalización del paradigma estatal plurinacional así, como los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas. Para cumplir con esta finalidad se partirá del estudio de las características del Estado plurinacional su importancia en el marco constitucional vigente y su relación con el pluralismo jurídico y la interculturalidad.

En un segundo momento se examinará la incidencia del derecho indígena como ruptura del Estado-nación. Así como el fundamento del prototipo del Estado plurinacional y constitucional de derechos. También, se estudiará su influencia en el ordenamiento jurídico nacional e internacional y su relación en la garantía del ejercicio de los derechos colectivos con especial énfasis en los derechos de autodeterminación e identidad. Y finalmente, en un tercer momento se analizará la forma en la que se encuentra regulada la jurisdicción y competencia indígena, los espacios de coordinación otorgados, y los status conferidos a la justicia indígena como ordinaria por la Constitución.

Somos pueblos que existimos muchos años atrás, antes que el Estado y la Constitución, a nosotros nos deben respetar como pueblos y nacionalidades, deben dejar ejercer nuestro derecho. Uno de los derechos es la aplicación de la justicia indígena. A parte tenemos otros derechos, derechos a la educación, salud, es intercultural desde nuestra visión, derecho a organizarnos, derecho a pensar diferente. Todo eso al momento que limitan, nos destruyen a nosotros, nos quieren eliminar, invisibilizar, todo eso desde la lógica hispana monocultural, nos quieren someter a un mismo grupo, en un mismo saco, como se dice vulgarmente.³

1.1-Estado plurinacional

Una de las características del Ecuador es la diversidad de su población, quien habita en cuatro regiones diferentes. Cada una cuenta con paisajes favorecidos, y climas diferentes, entre otros factores. Su gente adquirió hábitos, formas de vida, costumbres, tradiciones y sobre todo construyeron cosmovisiones diferentes, conformando sin lugar a duda, una sociedad diversa, entre una de ellas tenemos al pueblo indígena.

³ Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac Licda. Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

Desde la década de los 90, el movimiento indígena como actor político y social asentó su lucha, presentando sus demandas y enfatizando su oposición.⁴ Alcanzó un alto grado de participación en los gobiernos de turno, adquirió espacios en la institucionalidad⁵ del Estado. Sin embargo, fue en el gobierno de Lucio Gutiérrez que logró mayor inclusión, aunque, después de un tiempo provocó su división.⁶

Con la Constitución ecuatoriana de 1998, se declaró al Ecuador como Estado multiétnico y pluricultural,⁷ erigiéndose como uno de los mejores éxitos alcanzados hasta la época. Significó que fueron acogidas las demandas presentadas por el movimiento indígena, lo que implicó dejar atrás al Estado-nación⁸, al otorgar 15 derechos colectivos indígenas y negros.⁹

⁴ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 4.

⁵ Indica, por ejemplo: la Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe, en el gobierno de Rodrigo Borja, o la Secretaría de Asuntos Indígenas en la presidencia de Sixto Durán. Ver Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 4.

⁶ En este gobierno se dio la llamada “Alianza indígena-militar”, la cual, consistió en el apoyo a la campaña de Lucio Gutiérrez por parte de la comunidad indígena. En el año 2003 por el período de 8 meses, sus líderes alcanzaron altos cargos en el gobierno. Al no ser respetadas sus demandas y percibir una línea neoliberal, la CONAIE rompió la coalición. Ver Philipp Atmann, “Una breve historia de las organizaciones del Movimiento Indígena del Ecuador”, recuperado de: https://downloads.arqueo-ecuadoriana.ec/ayhpwxgv/cuadernos_investigacion/Cuadernos_12_articulo_4.pdf.

⁷ Constitución Política del Ecuador de 1998, Quito, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf, Artículo 1, inciso tercero, artículo 3 (numeral 1), 8 (numeral 5), 24 (numeral 12), 66 (inciso segundo), 6, 83, 84, 191 (inciso cuarto).

⁸ Esto tiene estrecha relación, con declarar al estado como Plurinacional. El reconocimiento de la plurinacionalidad significa otro proyecto de país, otros fines de la acción estatal y otros tipos de relación entre el Estado y la sociedad. El reconocimiento de las diferencias nacionales o culturales no implica una yuxtaposición de cosmovisiones sin reglas o un hibridismo o eclecticismo sin principios. Al contrario, incluye jerarquías entre ellas: dentro de la misma cultura o nación puede preferir algunas versiones en detrimento de otras, ya que las diferentes naciones o identidades culturales en presencia están lejos de ser homogéneas. Ver Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*, (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010), 81.

⁹ Artículo 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. 2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial. 3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita. 4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen. 6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. 7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. 8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras. 9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley. 10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico. 11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe. 12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares

Fue el reflejo y resultado de las luchas del movimiento indígena.¹⁰ Pero, sin lugar a duda, sería con la Constitución de 2008 que sus demandas tendrán un mayor alcance, pues en ella, se reconocerá al Ecuador como un Estado plurinacional, los derechos colectivos serán amplios: se legitimará su justicia, sus autoridades contarán con funciones jurisdiccionales, su lenguaje será recogido como idioma oficial de relación intercultural, entre otros aspectos que serán analizados en el presente trabajo.

1.1.1.- Concepto e importancia

El Estado plurinacional está definido por la CONAIE de la siguiente manera: “es la organización política y jurídica de los Pueblos y Nacionalidades del país. El Estado plurinacional surge cuando varios pueblos y nacionalidades se unen bajo un mismo gobierno y Constitución. El Estado plurinacional es distinto del Estado uninacional¹¹ que es la representación de los sectores dominantes.”¹²

Por lo tanto, como lo señala Sousa, el Estado plurinacional:

Implica un desafío radical al concepto de Estado moderno que se asienta en la idea de nación cívica concebida como el conjunto de los habitantes (no necesariamente residentes) de un cierto espacio geopolítico a quienes el Estado reconoce el estatuto de ciudadanos y, por lo tanto, en la idea de que en cada Estado sólo hay una nación: el Estado-nación. La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión.¹³

rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella. 13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado. 14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley. 15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen. Ver Constitución Política del Ecuador de 1998, Quito, Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf,

¹⁰ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 5-6.

¹¹ Aquel Estado de naturaleza excluyente y represivo creado por los sectores dominantes que controlan el poder económico, político y militar, y que por medio de sus gobiernos de turno se han encargado de marginar e impedir la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas en la vida política nacional e internacional. Ver Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), “Conceptos Básicos de un Estado Plurinacional”, Llacta, recuperado de: <http://www.llacta.org/organiz/coms/com62.htm>

¹² *Ibíd.*

¹³ Boaventura de Sousa Santos, “Refundación del Estado en América Latina, Perspectiva desde una epistemología del Sur”, (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010), 81, recuperado de: https://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf.

Ante lo expuesto se establece que la visión de Estado-nación, es obsoleta,¹⁴ pues la realidad es completamente diferente. La CONAIE, indica claramente que, bajo el mismo territorio ecuatoriano, coexisten diferentes pueblos y nacionalidades, cobijados bajo el mismo gobierno y Constitución. En este sentido se reafirma la demanda de otro concepto de Estado, que abarque a la diversidad.

Boaventura de Sousa alega que la idea de plurinacionalidad es hoy consensual, hay varios Estados plurinacionales como Canadá, Suiza, Bélgica¹⁵ y juntamente con el concepto de nación va relacionado. Si bien, el primer concepto de nación es el liberal, el cual hace referencia a la coincidencia entre nación y Estado, es decir, la nación es el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del Estado, llamados estado-nación: una nación, un estado. También existe un concepto comunitario, no liberal de nación, que conlleva consigo necesariamente al Estado, como el caso de los alemanes en Europa central y oriental, fueron durante mucho tiempo una nación sin Estado, pues tenían una identidad cultural, mas no una identidad política.¹⁶ Este concepto implica el de autodeterminación, pero no el de independencia. Pero en sí, los pueblos han reivindicado formas más fuertes o más débiles de autodeterminación.¹⁷ Por ejemplo, han creado organizaciones jurídicas, sociales, políticas, como la CONAIE, UPCC, Tucayta, otras.

¹⁴ La teoría política fue desarrollada en países como Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y Estados Unidos. Desde mediados del siglo XIX, inventaron todo un marco teórico considerado universal que se aplicó a todas las sociedades. Ver Boaventura de Sousa Santos, "La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional", (Bolivia 2007), 12, recuperado de: https://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf.

¹⁵ *Ibíd.*, 18.

¹⁶ La identidad Cultural está dada por un conjunto de características que permiten distinguir a un grupo humano del resto de la sociedad y por la identificación de un conjunto de elementos que permiten a este grupo autodefinirse como tal. La Identidad de un pueblo se manifiesta cuando una persona se reconoce o reconoce a otra persona como miembro de ese pueblo. La identidad cultural no es otra cosa que el reconocimiento de un pueblo como "si mismo". Ver Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), Conceptos Básicos de un Estado Plurinacional, Llacta, recuperado de: <http://www.llacta.org/organiz/coms/com62.htm>. Mientras que la identidad Política es: Cada ser, cada grupo, cada comunidad, es una combinación absolutamente original, única e irreplicable de factores. Entre seres, grupos o comunidades puede haber semejanzas, pero jamás igualdad. La identidad es el reconocimiento y la conciencia de nuestra propia memoria, de nuestro propio yo, inconfundible e incambiable. Esa conciencia normalmente va acompañada de preferencias políticas y de tomas de posición frente a problemas políticos, así como de una definición de las propias metas, o sea el sentido de la propia misión. Este proceso identificatorio normalmente culmina con demandas de autogobierno, de autodeterminación política. Ver eumed. Net, Enciclopedia Virtual recuperado de: <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=327>. La identidad Cultural hace relación a que una persona por diferentes factores se auto identifique con un determinado grupo humano.

¹⁷ Boaventura de Sousa Santos, "La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional", (Bolivia 2007), 18, recuperado de: https://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf.

Es en definitiva un nuevo estado, es un estado que reconoce, primero en la esencia jurídica, política, filosófica, un estado moderno, un estado de avanzada, un estado realmente democrático, porque reconoce a los pueblos originarios dirían los bolivianos, nosotros decimos a los pueblos, a las nacionalidades, que vivieron aquí, reconoce esta diversidad.¹⁸

Por otra parte, Boaventura de Sousa Santos, también exterioriza que la nación es el conjunto de individuos que pertenecen a un mismo espacio geopolítico, esta pertenencia es la llamada ciudadanía. Es decir, habla del concepto de “nación cívica”, la cual tiene muchas exclusiones,¹⁹ por ejemplo: desconoce a grupos sociales que tienen diferentes formas de pertenencia al territorio que abarca el Estado. Se reserva el derecho de conceder la ciudadanía a determinados grupos sociales, quienes a través de reivindicaciones la adquirieron, entre ellos los pueblos indígenas. Ellos no rechazan este concepto de “nación cívica”, pero a través de sus luchas constantes han buscado el reconocimiento de la nación étnico cultural, como un modo de pertenencia colectivo, que comparte un universo cultural y simbólico, la misma ancestralidad, y relación al territorio. Por lo tanto, la diferencia de la diversidad en conceptos de nación y de su coexistencia en un mismo Estado es el fundamento del proyecto de Estado plurinacional.²⁰ Ávila en este sentido, afirma que la nacionalidad fue construida desde el desconocimiento de la diversidad, y en muchos casos se buscó hasta desaparecerla, construyendo una cultura nacional a la medida de quienes gobernaban, desconociendo otras culturas.²¹

En definitiva, la plurinacionalidad es un proyecto a largo plazo,²² pues genera algunos desafíos: replantea el recurso sobre identidad unitaria y monolítica, tanto en el plano cultural e institucional. A la vez demuestra que las amenazas a la unidad y cohesión social jamás vinieron de los pueblos indígenas, es más, ellos fueron excluidos de cualquier proyecto de unidad y cohesión nacional.²³

¹⁸ Entrevista realizada a Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

¹⁹ Enrique Ayala Mora afirma que en la realidad colonial predominaba las leyes españolas segregando a la población y creando una “República de blancos” y una “República de indios”. Los indígenas, sin embargo, aprendieron a resistir y sobreviven como pueblos hasta el presente. Conservando su cultura, lengua y organización, siendo parte fundamental de la población. Ver Enrique Ayala, La Interculturalidad: El camino para el Ecuador, 16. En Ecuador Intercultural, Revista de la Universidad del Azuay, No 65, diciembre, 2014, recuperado de: <https://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/publicaciones/UV-65.pdf>.

²⁰ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 24-25.

²¹ Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo andino*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2016), 27.

²² *Ibíd.*, 26.

²³ *Ibíd.*, 25.

En fin, el principio de la plurinacionalidad es fundamental, por al menos dos razones, primero abarca mayor armonía y cercanía con la naturaleza, con aspectos del territorio, y manejo de la riqueza natural. Y segundo, ha sido un componente fundamental en las luchas y estrategias descolonizadoras²⁴ de los pueblos indígenas en las últimas tres décadas.²⁵

En el segundo caso, la plurinacionalidad fue planteada por la CONAIE, como proyecto político en el Ecuador a mediados de los años 80.²⁶ La II Cumbre Continental de los Pueblos Indígenas de América, realizada en Quito en junio de 2004, la plurinacionalidad fue adoptada como proyecto continental.²⁷

La propuesta presentada por la CONAIE a la Asamblea Constituyente de 2007 fue un proyecto netamente indígena, que reflejaba el pensamiento comunitario de los pueblos y nacionalidades indígenas, sistematizado en innumerables talleres y debates con las comunidades.²⁸

En el proyecto político presentado por la CONAIE en su capítulo denominado: “Principios políticos e ideológicos”, define a la plurinacionalidad de la siguiente manera:

La plurinacionalidad es un sistema de gobierno y un modelo de organización política, económica y sociocultural, que propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, el respeto, la reciprocidad, la solidaridad, el desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad ecuatoriana y de todas sus regiones y culturas, en base al reconocimiento jurídico-político y cultural de todas las Nacionalidades y Pueblos Indígenas que conforman el Ecuador.²⁹

²⁴ Problema que ineludiblemente encuentra sus raíces en la dominación y exclusión histórica, económica, política y social indígena como también afroecuatoriana, y en las estructuras y las formas estructurales de esta dominación y exclusión, que, durante siglos, les han atenido en los márgenes del imaginario de la sociedad y Estado “nacionales”. La cual debe dejarse de lado. Ver Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 21.

²⁵ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 16.

²⁶ *Ibíd.*, 17.

²⁷ Floresmilo Simbaña, “La plurinacionalidad en la nueva Constitución, Instituto de investigaciones y debate sobre a gobernanza”, recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>.

²⁸ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 20

²⁹ Floresmilo Simbaña, “La plurinacionalidad en la nueva Constitución, Instituto de investigaciones y debate sobre a gobernanza”, recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>.

En el Proyecto Político presentado se manifiesta que “el pueblo es un grupo humano con el mismo origen histórico, compartiendo elementos de identidad, cultura y lingüísticos, regidos por una misma estructura organizativa, jurídica, económica y política, perteneciente a una instancia superior, como lo es la nacionalidad”³⁰. De la misma forma, dicho proyecto indica que los pueblos ocupan un territorio determinado, hablan una lengua común, comparten una cultura, una historia y aspiraciones comunes; circunstancias que los diferencian de otros pueblos y que han hecho posible que desarrollen instituciones sociales particulares y formas de organización autónomas o relativamente autónomas.³¹

Por otro lado, la ECUARUNARI-CONAIE en el documento presentado a la Constituyente de Montecristi manifiesta al respecto del Estado plurinacional:

Reconoce, respeta y promueve la unidad, igualdad y solidaridad entre todos los pueblos y nacionalidades existentes en el Ecuador, al margen de sus diferencias históricas, políticas y culturales, para garantizar una vida digna, económicamente justa y equitativa, y socialmente intercultural e incluyente.³²

En estos documentos claramente se observa que los pueblos indígenas reclaman su derecho a ser reconocidos y respetados con sus valores propios, capaces de solventar sus procesos de desarrollo económico, social, cultural y científico. A fin de cuentas, cada pueblo o comunidad indígena, afro o montubio, a lo largo de la historia fue construyendo una sociedad con instituciones, estructuras sociales, costumbres, tradiciones, formas de vida y sobrevivencia, conforme a su cosmovisión, y engranaje cultural e histórico.

La plurinacionalidad son todos estos valores que tenemos cada pueblo, ser humano hombre, mujer, niño, joven todos estos valores queremos poner en la práctica.³³

La declaratoria del Ecuador como Estado plurinacional en la Constitución de 2008, implica algunos cambios, pero sobre todo una conquista de derechos y espacios en la

³⁰ Francisco Muñoz, La plurinacionalidad en la nueva Constitución. (Quito: Institut de recherche et debat sur la gouvernance, 2008), recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-453.html#iref:12>

³¹ Ibíd.

³² Síntesis a partir del documento de ECUARUNARI-CONAIE 2007 y CONAIE, 2007. Ver Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 20.

³³ Entrevista, al Yacha Manuel Anastasio Pichisaca de la Comunidad de Quilloac, 29 de julio de 2007, Quilloac-Cañar.

institucionalidad estatal como: “[...] el reconocimiento jurídico por parte del Estado a las nacionalidades y pueblos indígenas en tanto entidades colectivas, jurídica-políticas e históricamente constituidas, y como sujetos colectivos de derechos”.³⁴

Implica también un nuevo tipo de institucionalidad, organización territorial, democracia intercultural, políticas públicas; innovadoras formas de concebir (salud, educación, seguridad social), criterios de gestión pública, participación ciudadana, servicio y de servidores públicos. Constituye un desafío a las premisas del Estado moderno.³⁵

En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas.³⁶

Lo anotado en líneas anteriores, significa cambios estructurales en la convivencia de la sociedad ecuatoriana, pues se da el respeto y reconocimiento del otro. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas se los empieza a valorar como individuos y miembros de una colectividad, así como a la comunidad en sí misma. El objeto protegido son los caracteres de la colectividad y las funciones por los cuales se identifican³⁷ y de las diferencias. Así que cualquier atentado contra la identidad de la colectividad o etnocidio es tan reprochable como el genocidio, porque tienden a eliminarlos.³⁸

La construcción de un Estado Plurinacional cuestiona el carácter del Estado uninacional vigente, representado por grupos minúsculos privilegiados de poder económico que dirigen los destinos del país. [...] Los pueblos indígenas no

³⁴ Floresmilo Simbaña, “La plurinacionalidad en la nueva Constitución, Instituto de investigaciones y debate sobre a gobernanza”, recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>.

³⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectiva desde una epistemología del Sur*, (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010), 81.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Con aquello se da la satisfacción de las necesidades que el individuo no puede satisfacerlas por sí solo, si no únicamente en asociación con otros, como la perpetuación de la especie, el conocimiento, la comunicación, entre otras. Es decir, existen derechos que son de un colectivo, pero ejercidos por un individuo, como usar su propio idioma, y otros derechos que pueden ser ejercidos con la concurrencia de varias personas como la autodeterminación. Los derechos colectivos, son derechos humanos, pues son reconocidos a las agrupaciones no en cuanto ser abstracto, sino por estar integrados por personas humanas, y sobre todo satisfacen su vocación a la vida social y son condición para que los individuos desarrollen sus capacidades y realicen su destino. Ver Julio Trujillo, *Derechos de los Pueblos Indígenas Conceptos generales*. En Angélica Bernal, *De la Exclusión a la Participación, Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, (Quito, Abya-Yala, 2000), 12-14.

³⁸ Julio Trujillo, *Derechos de los Pueblos Indígenas Conceptos generales*. En Angélica Bernal, *De la Exclusión a la Participación, Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, (Quito, Abya-Yala, 2000), 12, recuperado de: <https://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/publicaciones/UV-65.pdf>

planteamos crear otra nación o naciones [...], sino la integración, la unidad en la diversidad y la interculturalidad dentro de un sólo Estado para erradicar las propuestas regionalistas, separatistas que sueñan los partidos dictatoriales. La refundación del Estado significa descolonizar el Estado, descolonizar la democracia mediante el reconocimiento y garantía a los pueblos indígenas y a todas y todos los ecuatorianos que conformamos el país.³⁹

En definitiva, uno de los mayores logros, sin lugar a duda fue la declaratoria del Estado plurinacional, pues implica el reconocimiento de la diversidad, la solidaridad e igualdad de las sociedades, bajo un gobierno y una Constitución. Garantizando derechos a los pueblos y comunidades indígenas como a todos los ecuatorianos. Como indicó Sousa es un proyecto a largo plazo, pues debe realizarse cambios institucionales, para recoger los diferentes aspectos mencionados, como resultado el Estado-nación queda atrás, para construir un nuevo Estado desde la perspectiva de una sociedad diversa.

1.1.2.- Características

En base a lo indicado anteriormente las características más relevantes de la plurinacionalidad son:

- Es un sistema de gobierno y un modelo de organización política, económica y sociocultural, que propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, confiriendo el reconocimiento jurídico-político, cultural de todas las nacionalidades y pueblos indígenas que conforman al Ecuador, como indica la CONAIE.⁴⁰
- Además, implica que en un mismo territorio coexistan diferentes sociedades cada una con sus valores, principios, costumbres, tradiciones y sistemas jurídicos.⁴¹ El Estado plurinacional va en contra del modelo logo-céntrico

³⁹ Boletín de prensa de la CONAIE de 2 de julio de 2007: www.conaie.ogr/es/ge_comunicados/co20070207asamblea.html. Esta perspectiva muestra su diferencia con la del MAS y las organizaciones indígenas y campesinas de Bolivia, las que hablan de “naciones” y pueblos, en Catherine Walsh, Interculturalidad, Estado, Sociedad, Luchas (de) coloniales de nuestra época, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009), 107.

⁴⁰ Floresmilo Simbaña, “La plurinacionalidad en la nueva Constitución, Instituto de investigaciones y debate sobre a gobernanza”, recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>.

⁴¹ Ecuador cuenta con: 14 nacionalidades y 22 pueblos. Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac José Acero, 23 de Junio de 2017, Quilloac-Cañar.

estatal.⁴² Pues, deja de lado la idea de un Estado, una nación. Sousa manifiesta, que no se pretende negar a la nación. Sino que el reconocimiento de nación esta inconclusa.⁴³

- Ecuador⁴⁴ deja de lado la visión unitaria de Estado, y empieza a incluir a los sujetos históricamente excluidos, aceptando así a la diversidad. La pluriculturalidad representa la particularidad de la región donde pueblos indígenas y negros han convivido por siglos (conflictivamente) con blancos-mestizos. Es reconocer la existencia de estos pueblos que han resistido socioculturalmente, y que actualmente, buscan la revitalización de las diferencias. La pluriculturalidad sugiere una pluralidad histórica y actual, en la cual varias culturas conviven en un espacio territorial conformando la totalidad nacional.⁴⁵
- Las diferentes sociedades están unidas bajo un sólo Estado⁴⁶ con un gobierno de representación plurinacional. Sousa afirma que el reconocimiento del Estado plurinacional conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no el de independencia, así fue recogido en los instrumentos y tratados internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴⁷

⁴² En el Ecuador, las estructuras, leyes, instituciones políticas, formas de gobierno y maneras de construir y ejercer la autoridad corresponden a una lógica y racionalidad, a una lengua, a una cosmovisión y filosofía de la cultura dominante. Con el Estado plurinacional se pretende incorporar nuevas visiones a la institucionalidad del Estado. Ver Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009), 69.

⁴³ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectiva desde una epistemología del Sur*, (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010), 84.

⁴⁴ El Ecuador fue habitado desde hace doce mil años por pueblos indígenas procedentes, de Asia y Oceanía. Estos pueblos construyeron culturas basadas en la agricultura. En el siglo XVI, fueron conquistados por invasores europeos, se les impuso leyes, costumbres y una religión; se les sometió a la explotación y la muerte. Ver Enrique Ayala, “La Interculturalidad: El camino para el Ecuador”, 16, en *Ecuador Intercultural*, Revista de la Universidad del Azuay, No 65, Diciembre, 2014, recuperado de: <https://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/publicaciones/UV-65.pdf>, consulta realizada 29 de julio de 2017.

⁴⁵ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009), 44.

⁴⁶ Julio Trujillo afirma que al hablar del término nación, se refiere a los ecuatorianos unidos al Estado por los vínculos jurídicos y políticos, lo cual no es antitética con la diversidad. Ver Julio Trujillo, *Derechos de los Pueblos Indígenas Conceptos generales*, 10, en Angélica Bernal, *De la Exclusión a la Participación, Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, (Quito, Abya-Yala, 2000), recuperado de: <https://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/publicaciones/UV-65.pdf>.

⁴⁷ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectiva desde una epistemología del Sur*, (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010), 81.

- La declaratoria del Estado plurinacional es un componente fundamental de las luchas y estrategias descolonizadoras de las nacionalidades y pueblos indígenas, reconoce el aporte a la diversidad cultural, política y civilizatoria del Ecuador, y sobre todo busca superar el empobrecimiento y la discriminación de más de 200 años de opresión. Los pueblos y comunidades indígenas reclaman derechos específicos que conforman valores simbólicos, forman parte del ejercicio de la autoridad y sistemas de administración social de enorme mérito y valor político. Da un giro en la estructura del Estado y del modelo económico, para hacer realidad el principio de un país con unidad en la diversidad. Busca recuperar y fortalecer al Estado y a la sociedad para garantizar el ejercicio pleno de la soberanía popular, es una manera de democratizar al Estado y recuperar el control social y comunitario sobre sus instituciones y políticas.⁴⁸
- El Estado plurinacional también implica una nueva territorialidad, Sousa indica que la sociedad civil es recontextualizada por el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas. De tal manera el territorio nacional pasa “al marco geoespacial de unidad y de integridad que organiza las relaciones entre diferentes territorios geopolíticos y geoculturales, según los principios constitucionales de la unidad en la diversidad y de la integridad con reconocimiento de autonomías asimétricas”.⁴⁹ Estos territorios si bien están bajo la cobertura del Estado ecuatoriano, son territorios autónomos. Las autonomías indígenas disponen de un cuadro jurídico internacional, como en el Convenio de la OIT 169 reconocido por los Estados plurinacionales, en el cual se establece el control de los recursos naturales y el reparto de los beneficios de su explotación.⁵⁰ En la actualidad, es un tema controversial, sobre todo porque en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas se encuentran los recursos naturales más cotizados.
- Otras de las características del modelo de Estado plurinacional es permitir una organización del Estado diferente, con una nueva forma de planificación. Sousa

⁴⁸ CONAIE, Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente, Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador, Por un Estado Plurinacional, Unitario, Soberano, Incluyente, Equitativo y Laico, (Quito: CONAIE, 2007), 6-9, recuperado de: <https://www.yachana.org/earchivo/conaie/ConaiePropuestaAsamblea.pdf>.

⁴⁹ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectiva desde una epistemología del Sur*, (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010), 93.

⁵⁰ *Ibíd.*, 94.

indica que se busca una planificación⁵¹ participativa⁵². Esto permite tener una coordinación adecuada en el Estado, sin embargo, la práctica participativa, no es plasmada, lo que ocasiona tensiones en el gobierno ecuatoriano, pues, existe una contradicción, al promulgarse leyes y otros actos de poder que afectan a los pueblos indígenas sin consulta previa, violando la Constitución, como el Convenio 169 de la OIT.⁵³

- El modelo de Estado plurinacional permite el contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos, en condiciones de igualdad. Debe ser pensado desde la relación, comunicación y aprendizaje permanentes entre personas, grupos, conocimientos, valores, tradiciones, lógicas y racionalidades diferentes. Propiciando un respeto mutuo, y desarrollo pleno de las capacidades de los individuos y colectivos, dejando a lado las diferencias culturales. Busca romper con la historia hegemónica de una cultura dominante, para reforzar las identidades tradicionalmente excluidas.⁵⁴
- Finalmente, el pluralismo jurídico es una de las consecuencias inmediatas de un modelo del Estado plurinacional. Siguiendo la línea de Walsh, afirma que es la coexistencia en términos de igualdad y equidad de diversos ordenes normativos.⁵⁵ Julio Trujillo a su vez indica, que la pluriculturalidad del Estado es el respeto a las formas de organización social y de control del comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas para mantener la armonía interna de su comunidad y preservar sus formas de vida en el tiempo. En otras palabras, es la aceptación del pluralismo jurídico llamado así, por los sociólogos y antropólogos.⁵⁶

⁵¹ En la actualidad existe el Plan Nacional de Desarrollo, el artículo 280 de la Constitución de 2008 define al mismo como un instrumento que regula las políticas, programas y proyectos públicos; programa y ejecuta el presupuesto del Estado; así, como la inversión y la asignación de los recursos públicos; coordina las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Ver Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, artículo 280.

⁵² Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectiva desde una epistemología del Sur*, (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010), 97.

⁵³ *Ibid.*, 97.

⁵⁴ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009), 41.

⁵⁵ *Ibid.*, 171.

⁵⁶ Julio Trujillo, *La Administración de la Justicia Indígena*, 279. En *Ecuador Intercultural*, Revista de la Universidad del Azuay, No 65, diciembre, 2014, recuperado de: <https://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/publicaciones/UV-65.pdf>, consulta realizada 29 de julio de 2017.

Al revisar, el modelo de Estado Plurinacional encontramos algunas características y consecuencias, siendo las más relevantes el pluralismo jurídico y la interculturalidad, por sus implicaciones prácticas, a continuación, se realizará un análisis más detallado de estas dos consecuencias plausibles.

1.1.3- Plurinacionalidad y pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico está asociado con la existencia de diversos sistemas jurídicos debido a la diversidad de una sociedad. Leopold Pospisil al hablar del tema lo define como que cada sociedad se articula en subgrupos y cada uno de ellos tiene su propio sistema legal, con alguna diferencia al menos. Los subgrupos vendrían a ser unidades que pertenecen a una sociedad homogénea con características estamentarias y ciertas reglas y procedimientos similares. Por otro lado, el sistema legal incluye a los sistemas de decisiones judiciales como las ordenes normativas no legales. Por lo tanto, una sociedad tiene sistemas legales como tantos subgrupos existan. De tal manera el pluralismo jurídico ayuda a comprender a estos subsistemas para elaborar reglas de interpretación que permitan armonizar los niveles de lenguaje de las diferentes culturas como hallar sus puntos básicos y facilitar los procesos de comunicación.⁵⁷

Por otra parte, Walsh define al pluralismo jurídico:

En su conceptualización y uso “subordinado”, el pluralismo jurídico parte de una interpretación *pluricultural* de las leyes; es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas. Refleja así una aplicación de la *pluriculturalidad* oficial; añade un sistema de reconocimiento e inclusión indígena y/o afro a la estructura legal establecida. El propósito es dar atención y cabida a la particularidad étnica, no a repensar la totalidad.⁵⁸

Es decir, que el pluralismo jurídico permite un sistema de reconocimiento e inclusión a normas diferentes de la estructura legal hegemónica, dando un espacio a la diversidad normativa de cada uno de los subgrupos de la sociedad homogénea.

Al hablar del pluralismo jurídico se entiende como la coexistencia, en una misma circunscripción territorial socio político de diversos sistemas jurídicos que corresponden

⁵⁷ Pablo Iannello, “Pluralismo Jurídico”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 772-788, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/24.pdf>.

⁵⁸ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009), 175.

a prácticas y concepciones culturales diferentes.⁵⁹ Fernando García, cita a Hoekema, quien habla de un pluralismo jurídico formal unitario. El derecho oficial determina la legitimidad y el ámbito de aplicación de los otros derechos, el cual debe avanzar al pluralismo jurídico formal igualitario, es decir, el derecho oficial reconoce la validez de normas de los diversos sistemas de derecho para que sea parte integral del orden legal nacional, dando una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho.⁶⁰ Al parecer dicha afirmación no dista de lo indicado por Walsh.

El reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas, refleja una aplicación de la pluriculturalidad oficial, añadir un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, y da cabida a la particularidad étnica.⁶¹ En sí, el pluralismo jurídico se da en un contexto de diversidad, pues cada grupo social se organiza conforme a su particular cosmovisión y patrones culturales, para la consecución de fines comunes entre sus miembros. A lo cual se debe agregar aspectos como diálogo, debate, para superar intolerancias y violencias.

El Estado plurinacional como un modelo de orden jurídico plural, diverso, democrático y tolerante, que sea capaz de crear espacios de diálogo permanente donde las partes involucradas puedan comparecer en condición de igualdad de expresión, sin que sean sometidas a pseudoimperativos de valor contruidos por otra cultura, y entonces puedan efectivamente construir una agenda mundial de derechos que lleguen a ser universalizados.⁶²

Walsh afirma que el pluralismo jurídico, no es nada nuevo pues implica un reconocimiento inferior, el hecho de existir más de un sistema jurídico no asegura una justicia adecuada y apropiada, ni asegura que el derecho positivo y estatal no siga en un marco superior, además podría ejercer presión para la codificación y regularización.⁶³ De la misma manera, alude que se asegura una consideración real de la complejidad de

⁵⁹ Fernando García, "Los retos del pluralismo jurídico", 11-13. En Revista de Ciencias Sociales, ICONOS, Flacso, Quito, Vol 12, No 31, 2008.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Catherine Walsh, Interculturalidad, reformas constitucionales y Pluralismo Jurídico en Judith Salgado, Justicia Indígena. Aportes para un debate, (Quito: Editorial Abya-Yala.,2002), 31.

⁶² José Luiz Quadros de Magalhaes, El Estado Plurinacional como referente teórico para la construcción de un Estado de Derecho Internacional, (DF México: Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas de la UMAN), 196, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3070/7.pdf>.

⁶³ Assies afirma: "En otras palabras, la legalización bien puede ser un dispositivo en la tecnología del poder, dominación y domesticación". Ver Catherine Walsh, Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009), 174.

la diversidad social.⁶⁴ A partir de lo indicado, se podría manifestar que uno sería el discurso y otra la realidad vivida por los pueblos y comunidades indígenas. Pues como indica la autora, no se busca que las diferentes formas de concebir el mundo y organización sean acogidas por la totalidad de la sociedad, sino únicamente dar cabida y atención a dicha particularidad.

Sin embargo, los procesos de coexistencia de sistemas normativos son complejos, ya sea por el aumento del número de sus miembros, con ello el incremento de la diversificación de sus grupos internos y por la interacción con otros grupos, así como, porque los patrones culturales como los distintos sistemas normativos se modifican dinámicamente en el tiempo para adaptarse a nuevos contextos y necesidades o aspiraciones del grupo.⁶⁵ En sí, “el desafío del pluralismo jurídico es validar las distintas formas en que se interrelacionan los sistemas normativos para regular el comportamiento social en un mismo tiempo y lugar y, paralelamente, zanjear una dicotomía persistente entre igualdad y/o dominación”.⁶⁶

Por lo tanto, para la realización del pluralismo normativo, la sociedad debe salir del prisma monista de la regulación estatal para reconocer la policentricidad de la acción pública y del poder, logrando alcanzar la gobernanza democrática. De esta manera favorecer las dinámicas constructivas adecuadas a la unidad en la diversidad (Estado de derechos).⁶⁷

El pluralismo jurídico, es visible en países con diversidad cultural, en el caso de América del Sur, en los llamados países Andinos (Bolivia, Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú), unidos por el mismo pasado, geografía variada, y gran riqueza cultural y natural. Se plantean el reconocimiento a los pueblos indígenas como sujetos políticos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos. Se cuestionan dos herencias centrales de la juridicidad republicana: los binomios Estado-

⁶⁴ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2009), 174.

⁶⁵ Leonello Berini y Nancy Fuenzalla, Pluralismo Jurídico: derecho indígena y justicia nacional, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, No 9, 2013, 152-153, recuperado de: <https://byzantion.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/27040/28638>.

⁶⁶ *Ibid.*, 153.

⁶⁷ Melisa López, El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia; instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos, *El caso de sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, (Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, 2011), 7, recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Desktop/TESIS/metodo%20intercultural%20de%20la%20corte.pdf>.

nación y Estado-derecho. Se deja de lado que el Estado representa una nación homogénea (con una sola identidad cultural, idioma, religión), y reconoce a la diversidad cultural, lingüística y legal. Se cuestionan el monopolio de la producción jurídica por el Estado, admitiendo diversos grados de pluralismo legal, reconociendo a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia.⁶⁸

Raquel Yrigoyen indica que estos países han reformado sus Constituciones incluyendo de alguna manera la jurisdicción especial indígena: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). A su vez son firmantes del Convenio 169 de la OIT⁶⁹. En los textos constitucionales se observa el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal, en tales repúblicas, tal acontecimiento se dio por primera vez, lo que conformó el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos. Yrigoyen afirma que en el texto constitucional se utilizan el verbo “reconocer”, pues no está “creando” la situación de diversidad cultural, sino reconociendo a la misma. Un claro ejemplo de aquello se encuentra en la Constitución de Colombia de 1991, artículo. 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural”. Se asume oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas, salvando una negación histórica, reconociendo sus derechos precedentes y abriendo las posibilidades de convivencia y participación democrática.

El Convenio 169 de la OIT en su quinto considerando dice expresamente: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”.⁷⁰ Dicho sea de paso, la Convención establece una sola limitación a la jurisdicción especial indígena, los derechos humanos y fundamentales,⁷¹ y en caso de que se regulara una restricción mayor en la legislación interna de estos países, siendo menos ventajosa para

⁶⁸ Raquel Yrigoyen, Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos, 172, recuperado de: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>.

⁶⁹ *Ibíd.*, 173.

⁷⁰ *Ibíd.*, 173-174.

⁷¹ Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Cuadernos de Legislación Indígena, México, artículos 8 y 2, recuperado de: http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf.

los pueblos y comunidades indígenas que la prevista en el Convenio 169 de la OIT, regirá la norma que concede más derechos y ventajas a los dichos pueblos, como señala el artículo 35 de dicho Convenio, con fuerza legal en todos los países andinos.⁷²

Los diferentes países andinos, han reconocido la diversidad cultural lo cual ha implicado algunos cambios sustanciales en sus textos constitucionales, a favor del pluralismo jurídico, aunque en la mayoría de los casos sea meramente formal.

El caso colombiano llama la atención, pues da apertura a la jurisdicción especial indígena, la Constitución Colombia de 1991,⁷³ afirman Botero y Jaramillo, consagra el principio de diversidad étnica y cultural, que constituye una protección en el plano jurídico del carácter democrático, participativo y pluralista de la República y obedece a la “aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferente de los de la cultura occidental”.⁷⁴ Permitiendo de esta manera vivir al individuo su identidad en base a sus diferencias específicas, en lo relativo a los valores étnicos y culturales concretos.⁷⁵

Un ejemplo, al respeto de la diversidad étnica y cultural lo encontramos en la Sentencia T-921/13 de la Corte Constitucional de Colombia, Acción de Tutela del 5 de diciembre de 2013.

Se trata de una relación de un mayor con una menor de edad de la misma comunidad indígena, incluyendo el acto carnal por una supuesta violación, la Corte Constitucional de Colombia le declinó la competencia para resolver el caso a la Justicia Indígena porque “(...) la jurisdicción indígena es una figura fundamental, para un Estado pluralista que se funda en la autonomía de los pueblos indígenas, en la diversidad étnica y cultural, en el respeto al pluralismo y en la dignidad humana

⁷² Raquel Yrigoyen, Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos, 187-188, recuperado de: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>.

⁷³ Artículo 1.- Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. Ver Constitución Política de Colombia, Centro de Documentación Judicial (Cendoj), recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

⁷⁴ Esther Sánchez y Isabel Jaramillo, *La Jurisprudencia Especial Indígena*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000), 47.

⁷⁵ *Ibíd.*, 47-48.

que permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley”.⁷⁶

En cuanto al interés superior del niño con relación a lo indicado en la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió:

El juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia.⁷⁷

Al revisar estas sentencias, en suma, se ve un claro respeto a la diversidad étnica y cultural, que constituye el fundamento para el pluralismo jurídico, el reconocimiento de la diversidad que abarca diferentes formas de ver la vida, desarrollarse, manifestarse, lo cual está íntimamente relacionado con los derechos colectivos, que a su vez son derechos humanos. La Corte Colombiana como la Corte IDH reconocen en mayor medida esta diversidad de pensamiento, instituciones, estructuras sociales, y proponen un mayor acercamiento a la diversidad cultural, para que los pueblos indígenas puedan resolver sus conflictos a partir del derecho propio.

En base a la interpretación del artículo 29 del Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁷⁸ la Corte IDH reveló como un verdadero espacio de discusión y de gestión

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 921/13, Num. 4.1.5.3. En Ada Pecos Melton, *Indigenous Justice Systems and Tribal Society, Indigenous justice systems are based on a holistic philosophy. Law is a way of life, and justice is a part of the life process*, recuperado de: http://www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 921/13, Num. 8.3.2.3. En Ada Pecos Melton, *Indigenous Justice Systems and Tribal Society, Indigenous justice systems are based on a holistic philosophy. Law is a way of life, and justice is a part of the life process*, recuperado de: http://www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm.

⁷⁸ Artículo 29.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y; d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf

de la coexistencia de las diferentes realidades culturales y normativas del continente americano.⁷⁹

El juez Cançado Trindade de la Corte IDH, expresa en torno al tema, lo siguiente:

En realidad, la mayoría de las sociedades son multiculturales, y la atención que se le debe dar a la diversidad cultural es una condición esencial para garantizar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos a niveles nacional e internacional. De la misma manera, se considera que la invocación de las manifestaciones culturales no puede llevar a negar los estándares reconocidos universalmente de los derechos humanos. Al mismo tiempo que se reconoce la importancia de la diversidad cultural, no se aceptan las distorsiones del “relativismo” cultural.⁸⁰

En consecuencia, el pluralismo jurídico está vigente. La Corte IDH reconoce claramente a los derechos indígenas entre ellos su derecho propio, y de forma implícita su administración de justicia.⁸¹ En tal virtud, no se puede resolver un caso en base a los valores de una cultura hegemónica, sino, debe recurrir a la realidad cultural a la que se debe. Cada pueblo tiene claro sus fundamentos para existir, por lo tanto, es errado tratar

⁷⁹ Melisa López, El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia; instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos, El caso de sistema interamericano de protección de los derechos humanos, (Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, 2011), 7-8, recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Desktop/TESIS/metodo%20intercultural%20de%20la%20corte.pdf>.

⁸⁰ Melisa López, El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia; instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos, El caso de sistema interamericano de protección de los derechos humanos, (Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, 2011), Opinión del juez Cançado Trindade en anexo al fallo Mayagna, párrafo 14-16 recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Desktop/TESIS/metodo%20intercultural%20de%20la%20corte.pdf>.

⁸¹ Esto lo Podemos ver a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en las siguientes sentencias: **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001:** La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna AwasTingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005:** En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. **Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007:** La Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procederá a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos. Ver Pueblos Indígenas y Tribiales, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 11, recuperado de: <http://www.noticieroficial.com/Internacional/CIDH/CIDHPUEBLOSINDIGENASTRIBALES.pdf>.

de entender una cultura empleando patrones de otra cultura. La lógica de la cultura exige que se penetre en la misma aprehendiendo los elementos que la conforman.⁸²

En el caso del Ecuador el pluralismo jurídico dio paso al reconocimiento de las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas y sobre todo a que ejerzan funciones jurisdiccionales, así podrán aplicar normas y procedimientos propios para la solución de los problemas internos de la comunidad. Además, podrán practicar, aplicar, desarrollar y crear su derecho propio, y se mantendrá las organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo, a la diversidad cultural, política, respetando la diversidad de la sociedad ecuatoriana, como una nueva forma de convivencia ciudadana en armonía con la naturaleza para alcanzar el *sumak kawsay*.

La Carta Constitucional reconoce a la justicia indígena y el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en el artículo 345 habla de la declinación de competencia, cuando la autoridad indígena bajo juramento y a petición de esta quiera y deba someterse a tal su conocimiento. Así como, el artículo siguiente del mismo cuerpo legal, indica que el Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. La realidad difiere de lo prescrito en la norma. Por otro lado, los jueces constitucionales han atentado a los derechos colectivos y al modelo plurinacional como veremos más adelante.⁸³ Existe contradicciones y límites en temas de interculturalidad y pluralismo jurídico, a lo que Alejandro Moreano, afirma que es “una puerta entornada, su apertura o clausura dependerá de lo que hagan los actores sociales y políticos.”⁸⁴

Finalmente, como manifiestan autores como Walsh y Hoekema, no se busca que las diferentes formas de organización y concebir el mundo sean abrazadas por el Estado,

⁸² Etnocentrismo y relativismo cultural, recuperado de: <http://ocw.unican.es/humanidades/introduccion-a-la-etnologia-social-y-cultural/material-de-clase-1/tema-2.-la-cultura/2.8-etnocentrismo-y-relativismo-cultural>.

⁸³ En la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, caso NO. 0731-10-EP emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana, restringe a la jurisdicción de administrar justicia a los pueblos y comunidades indígenas en casos de delitos contra la vida. La Sentencia No 004-14-SCN-CC, Caso No 0072-14-CN igualmente emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana, que trata sobre una consulta de norma sobre el contenido del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, el cual sanciona al delito de genocidio, que busca ser tipificado al proceder de la comunidad huaorani, lo cual es absurdo debido a que este pueblo está alejado de la racionalidad occidental.

⁸⁴ Floresmilo Simbaña, “La plurinacionalidad en la nueva Constitución, Instituto de investigaciones y debate sobre a gobernanza”, recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>.

sino únicamente dar cabida y atención a dichas particularidades. En palabras de Hoekema se hablaría de pluralismo jurídico formal unitario, en donde el Estado ecuatoriano plantearía las reglas de juego para los demás sistemas jurídicos, manteniendo la hegemonía.

1.1.4- Plurinacionalidad e interculturalidad

En base al censo realizado en Ecuador en el año 2010, en cuanto a nacionalidad o pueblo indígena al que pertenecen, se identifica 32 pueblos. Los habitantes que se auto determinan como indígenas en cuanto a la autodeterminación de la población según cultura y costumbre son 1018.176⁸⁵ del total de habitantes del Ecuador.

POBLACION INDIGENA	PORCENTAJE
AWA	5513
ACHUAR	7865
CHACHI	10222
COFAN	1485
EPERA	546
SIONA	611
SECOYA	689
SHIWIAR	1198
SHUAR	79709
TSACHILA	2956
WAORANI	2416
ZAPARA	559
ANDOA	6416
KICHWA	328149
PASTOS	1409
NATABUELA	1862
OTAVALO	56675

⁸⁵ INEC, Censo de población y Vivienda del 2010, recuperado de: <http://redatam.inec.gob.ec/cgibin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CPV2010&MAIN=WebServerMain.inl>

KARANKI	11590
KAYAMBI	33726
KITUKARA	2399
PANZALEO	61026
CHIBUELO	5383
SALASACA	6445
KISAPINCHA	10105
TOMABELA	12044
WARANKA	16963
PURUHA	136141
KAÑARI	28645
SARAGURO	17118
PALTAS	424
PUEBLO DE MATA	311
PUEBLO HUANCAVILCA	2063
OTRAS NACIONALIDADES	20525
SE IGNORA	144988
TOTAL	1018176

Fuente: Censo de población y Vivienda del 2010, INEC
Elaboración propia

El artículo 4.1 de la Convención 169 de la OIT, define al principio de diversidad cultural, de la siguiente manera:

Se entiende por diversidad cultural la multiplicidad de medios por los que se expresan las culturas de los grupos sociales y sociedades. De las diversas formas revestidas por la cultura a lo largo del tiempo y del espacio emanan la originalidad y la multiplicidad de las identidades y expresiones culturales de los pueblos y sociedades que forman la humanidad. La diversidad cultural no sólo se manifiesta en las diversas formas en que se protege, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad a las generaciones venideras, sino también en la variedad de expresiones culturales de que son portadores los bienes y servicios culturales en todas partes del mundo, en todo momento, a través de distintos modos de producción, difusión, distribución y consumo.⁸⁶

⁸⁶ Secretaria Técnica Jurisdiccional, La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en: Umbral, Pluralismo Jurídico, Revista de Derecho Constitucional, No 4, Tomo II, jun-dic, 2014, 173.

La interculturalidad es “el contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos; en condiciones de igualdad”.⁸⁷ No hay una cultura más importante que otra. La interculturalidad es el reconocimiento de la realidad donde existen diferencias entre culturas, buscando dejar de lado la opresión que pueden ejercer unas culturas sobre otras, para que se relacionen de forma horizontal.⁸⁸

La interculturalidad para nosotros es que en el planeta existimos un sin número de personas de diferentes culturas, y de esas culturas debemos tener el marco del respeto, porque cada cultura tiene sus elementos propios, la lengua, las costumbres, las creencias, la alimentación, la vestimenta. E igual nosotros los pueblos andinos tenemos la lengua, la música, los conocimientos, y eso practicamos en la educación bilingüe. Nos basamos en el conocimiento andino en las matemáticas, en la química en la biología, ciencia social, etc., música, danza.⁸⁹

La interculturalidad busca una transformación radical de estructuras, instituciones y relaciones de la sociedad, afectando el carácter monocultural, hegemónico y colonial del Estado.⁹⁰ Al hablar de este tema, Walsh manifiesta que ha significado una lucha, en la que están presentes aspectos como: identidad cultural, el derecho a la identidad en la diferencia, autonomía y nación. La interculturalidad empieza a entenderse en América Latina desde los años 80 en relación con las políticas educativas promovidas por los pueblos indígenas, las ONG o el mismo estado.⁹¹

Las propias Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 1978, hablan de un Estado soberano, independiente, democrático y unitario. Donde, los pueblos y comunidades indígenas no tenían ni voz ni voto. Sin embargo, ellos son gestores de su propio desarrollo y existencia.⁹²

Ramiro Ávila, a su vez indica, que al hablar de un Estado intercultural implica: 1) constatación de una realidad, es decir existen culturas distintas a la hegemónica. 2) Que

⁸⁷ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 288.

⁸⁸ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 286-289.

⁸⁹ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac José Acero, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

⁹⁰ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 17.

⁹¹ Jorge Viaña, Luis Tapia y Catherine Walsh, *Construyendo Interculturalidad Crítica*, (Bolivia: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010), 79, 80, recuperado de: <http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-Cr%C3%ADtica-y-Educaci%C3%B3n-Intercultural1.pdf>.

⁹² Cada pueblo y cultura tiene un incalculable bagaje de conocimiento, y sabiduría, del cual se puede aprender, pero sobre todo compartir, que es lo que busca la interculturalidad.

todas las culturas pueden desarrollar al máximo sus potencialidades, compartir y aprender de otras. 3) se debe desterrar y superar el colonialismo de la cultura hegemónica.⁹³

El primer planteamiento de Ávila se evidencia en la Constitución ecuatoriana cuando reconoce la diversidad cultural, siendo una de las demandas históricas de las nacionalidades y pueblos la declaratoria de un Estado plurinacional, en virtud que fueron excluidos del proceso de constitución de la República ecuatoriana por casi dos siglos. Al ser una sociedad diversa cada una de ellas han desarrollado distintas formas de entender la democracia y de ejercerla. La plurinacionalidad fortalece la unidad en la heterogeneidad, superando al racismo y regionalismo. La plurinacionalidad promueve la equidad social y política, la justicia económica, la interculturalidad de toda la sociedad.⁹⁴

Al respecto del segundo planteamiento se lo evidenció en la Asamblea de Montecristi, pues fueron los pueblos y comunidades indígenas quienes a través de sus luchas y propuestas lograron el reconocimiento de la diversidad cultural. La CONAIE trabajó los fundamentos de la plurinacionalidad sobre la base de un análisis de la realidad del país, a partir de los conflictos culturales y de clases. Es por eso que, en el Proyecto Político, declara: “que en el Ecuador el llamado problema del indígena no es únicamente un problema pedagógico o administrativo como señalan los sectores dominantes, sino que es fundamentalmente un problema económico, político y cultural estructural, por lo mismo, es un problema nacional, y por lo tanto para solucionarlo se requiere el concurso de toda la sociedad”.⁹⁵ Con ello las normas infra constitucionales se reformularon: la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que garantiza el derecho a la educación, bajo los principios y fines del Buen Vivir, la interculturalidad y la plurinacionalidad. Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad que indica que los Consejos Nacionales para la Igualdad se regirán por los siguientes

⁹³ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 283.

⁹⁴ CONAIE, Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente, Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador, Por un Estado Plurinacional, Unitario, Soberano, Incluyente, Equitativo y Laico, (Quito: CONAIE, 2007), 1-16, recuperado de: <https://www.yachana.org/earchivo/conaie/ConaiePropuestaAsamblea.pdf>.

⁹⁵ Floresmilo Simbaña, “La plurinacionalidad en la nueva Constitución, Instituto de investigaciones y debate sobre la gobernanza”, recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>.

principios rectores: igualdad, alternabilidad, participación democrática, inclusión, interculturalidad y pluralismo. El Código Orgánico Integral Penal (COIP) que en las disposiciones generales segunda prevé que las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se procederán conforme a lo dispuesto en la Constitución, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el COFJ y en las leyes respectivas. Con respecto a las políticas públicas, el artículo 85 de la Carta Constitucional, indica que la prestación de bienes y servicios públicos busquen efectivizar el buen vivir, y los derechos que fortalezcan el principio de solidaridad, para la diversidad social.

Con referencia al tercer planeamiento, podemos observar, que, si bien teóricamente se acepta que no puede existir una cultura dominante o superior, que la vida del Estado debe ser regida por el eje transversal de la interculturalidad,⁹⁶ la práctica dista mucho de tal expectativa, el más grande ejemplo es permitir la actividad extractivista en la mayoría de los casos los pueblos y comunidades indígenas no intervienen en la toma de decisiones, ni son parte de las resoluciones. Aunque, el colonialismo quedó atrás, ciertos grupos están excluidos de modo persistente y sistemático de la participación de la vida política, y de los bienes materiales donde el derecho es un mecanismo en disputa entre el confort y la transformación, convirtiéndose en “la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos,”⁹⁷ persistiendo la hegemonía cultural.

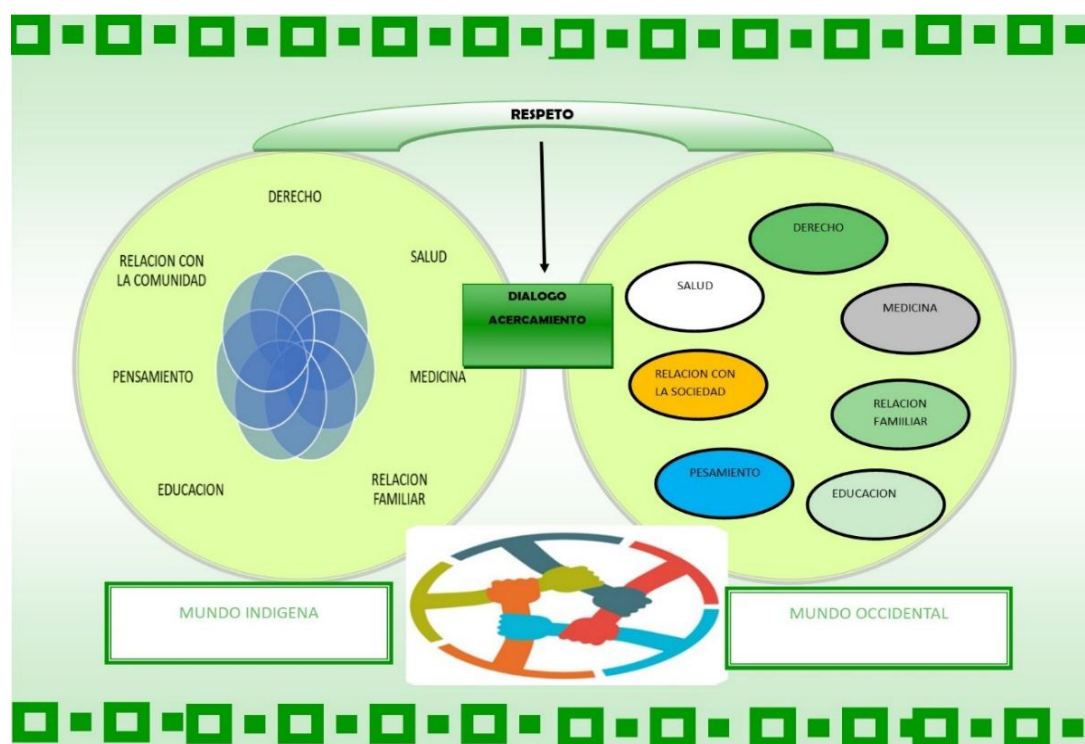
En el caso ecuatoriano, la Interculturalidad se encuentra presente en la actual Constitución en su artículo 1, como mecanismo para el reconocimiento y acercamiento a la diversidad cultural, en el Convenio 169 de OIT reconoce la autodeterminación de los pueblos y la consulta previa, pues propone un diálogo intercultural en los sistemas de gestión del Estado, para desarrollar métodos de

⁹⁶ La interculturalidad es un eje transversal presente en todos los derechos y ámbitos contemplados en la Constitución como: la justicia, educación, salud, comunicación, participación en la democracia, el buen vivir, el derecho a la propiedad, etcétera.

⁹⁷ Roberto Gargarella, El derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 40, recuperado de: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/17097/DyL-2011-25-gargarella.pdf?sequence=5>.

comunicación propendiendo a una democracia participativa para el reconocimiento de la condición de ciudadanía.⁹⁸

La interculturalidad es compartir el conocimiento, tu compartes para mí, yo comparto para usted, estamos convidando recíprocamente, eso es la interculturalidad, respetándonos mutuamente, usted me respeta yo respetaré. Si yo le respeto usted respetará, no cierto. Eso es la interculturalidad.⁹⁹



Elaboración: Clara Daniela Romero

Al respecto la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia No 0008-09-SAN-CC Caso No 0027-09-AN, manifiesta:

El Estado debe fomentar la interculturalidad, inspirar sus políticas e integrar sus instituciones, según los principios de equidad e igualdad de las culturas, así como garantizar los derechos colectivos, enmarcados en el texto constitucional y en los tratados y convenios internacionales respecto a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo, aspectos autodeterminados por nacionalidades y pueblos que tienen reconocimiento oficial del Estado ecuatoriano y que permite la visibilización y desarrollo de estos pueblos.¹⁰⁰

⁹⁸ Interculturalidad y Derecho a Consulta de los Pueblos Indígenas, 6, recuperado de: http://www.psf.org.pe/institucional/wp-content/uploads/2014/07/interculturalidad_y_derecho_a_consulta_pueblos_indigenas.pdf.

⁹⁹ Entrevista, al Yacha Manuel Anastasio Pichisaca de la Comunidad de Quilloac, 29 de julio de 2007, Quilloac-Cañar.

¹⁰⁰ Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, Sentencia No 0008-09-SAN-CC Caso No 0027-09-AN, juez ponente Dra. Nina Pacari.

En tal virtud, el Estado reconoce a la interculturalidad como el mecanismo indispensable para mirar al otro, permitiendo la visibilidad y desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas, al recoger los principios de equidad e igualdad de las culturas.

Al mismo tiempo, las sentencias de la Corte IDH, y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en temas en los cuales están involucrados los pueblos y comunidades indígenas, han utilizado el método intercultural, tomando en cuenta una diversidad de concepciones, aceptando otras prácticas sociales existentes, y reconociendo la heterogeneidad, el multiculturalismo en América latina.¹⁰¹

La Corte IDH debe resolver según las normas internacionales de los derechos humanos como “instrumentos vivientes”. Su interpretación se basa en función de la evolución de las condiciones de vida. En tal virtud, estas normas deben ajustarse e interpretarse según el contexto en el cual se aplican. La Corte IDH tiene el reto de interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), teniendo en cuenta las diversas cosmovisiones del mundo de estos pueblos. La Corte IDH, remitiéndose al principio establecido por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) según el cual las normas internacionales de los Derechos Humanos son “instrumentos vivientes”, la interpretación debe valorarse en función de la evolución de las condiciones de vida, considerando que esas normas deben adaptarse e interpretarse según el contexto en el cual se aplican. Para la Corte IDH esto implica que la CADH debe implementarse tomando en cuenta el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

La aplicación de ese principio abrió el sistema jurisdiccional interamericano a las diferentes cosmovisiones de las comunidades indígenas. Esto significa aceptar que existe otras prácticas sociales, en consecuencia, las decisiones de la Corte IDH adoptaron la comprensión intercultural de los derechos humanos permitiendo un

¹⁰¹ Entre las sentencias de la Corte IDH, estan: Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Ver Pueblos Indígenas y Tribales, Ver Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11, Pueblos Indígenas y Tribales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, recuperado de: <http://www.noticieroficial.com/Internacional/CIDH/CIDHPUEBLOSINDIGENASTRIBALES.pdf>.

entendimiento de lo que significa un perjuicio según los valores culturales para una comunidad indígena determinada, facilitando la adaptación de las decisiones en materia de violaciones de los derechos humanos a las realidades culturales de los pueblos indígenas. Esto permite una verdadera hibridación de los sistemas normativos entre la CADH y la normatividad local, debido a los actores implicados, pues las resoluciones tomadas por la Corte IDH son respetadas y acatadas al responder a la concepción y finalidad de la justicia de los actores implicados.¹⁰²

En síntesis, la Interculturalidad es fundamental para la declaración de un Estado plurinacional y la vigencia de un pluralismo jurídico, pues es la vía que permite el reconocimiento, diálogo, acercamiento, y medio de compartir el bagaje amplio de conocimiento, vivencias, experiencias; estructuras sociales, jurídicas, entre otras, de las diferentes culturas que forman parte del Estado ecuatoriano.

1.2.- El derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico

Para comprender la importancia del derecho indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesario, primero establecer su contenido, los orígenes y el contexto del pueblo indígena.¹⁰³ El Banco Mundial lo define como aquel grupo con una identidad social y cultural diferente a la sociedad dominante. Esta condición dentro de un sistema de homogeneización cultural desde una perspectiva occidental y articulado a un proceso capitalista de afectación a sus recursos los hace vulnerables, colocándolos atrás en el proceso de desarrollo.

El pueblo indígena, cuenta con rasgos comunes, que los hacen diferentes a la mayoría de la población, por esa razón son titulares de derechos especiales,¹⁰⁴ los elementos

¹⁰² Melisa López, Cosmovisión y derechos humanos: Una jurisprudencia basada en un enfoque intercultural. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. En El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza? Institut de recherche et débat sur la gouvernance Institute for Research and Debate on Governance Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza. Experiencias africanas y latinoamericanas que toman en cuenta la diversidad en la regulación del derecho oficial, recuperado de: <http://www.institut-gouvernance.org/IMG/pdf/dossier-pluralisme-es-decembre-2011.pdf>.

¹⁰³ Es un término genérico, que de aquí en adelante se lo utilizará para referirse a los pueblos y comunidades indígenas.

¹⁰⁴ Sus derechos constan en el texto de la Convención 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007, Declaración de los Derechos Humanos. En nuestro país, en la Constitución de la Republica vigente y otros.

esenciales que componen la identidad indígena según el Banco Mundial son: su nivel de desarrollo social y económico; su organización social, política, economía es diferente al del resto de la población, debido a sus costumbres y tradiciones, habitan en un área geográfica determinada de un país,¹⁰⁵ y todo aquello forma parte de su continuidad histórica.¹⁰⁶

Por otro lado, José R. Martínez Cobo en base al principio de autopercepción define a la población indígena de la siguiente manera:

Comunidad pueblos y naciones indígenas son aquellos que teniendo continuidad histórica con sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran a sí mismos como distintos o/e partes de ellos. En la actualidad son sectores no dominantes en la sociedad y se muestran determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continua como pueblos de acuerdo con sus moldes culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales propios.¹⁰⁷

Al mismo tiempo, la normativa internacional¹⁰⁸ define a la población indígena como aquella población que se encuentra en países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas mencionadas, son complejas por su historia y subdesarrollo y regidas total o parcialmente por sus costumbres y tradiciones, o por una legislación especial.

El pueblo indígena es heterogéneo, compuesto por diferentes pueblos o comunidades, y cada una de ellas cuenta con ciertas particularidades especiales, pero, a pesar de ello se establece caracteres comunes a este pueblo, siendo lo básico, formar en ellos la conciencia de la diferencia ante una sociedad dominante.

¹⁰⁵ Soledad Torre, “Identidad Indígena”, Universidad Autónoma de Madrid, recuperado de: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/SoledadTorrecuadrada.pdf>

¹⁰⁶ Continuidad histórica según J.R. Martínez Cobo en su estudio (*vid. supra* nota núm. 10) indica lo siguiente: «This historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present, of one or more of the following factors: (a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them; (b) Common ancestry with the original occupants of these lands; (c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood, lifestyle, etc.) (d) Language (whether used as the only language, as mother-tongue, as the habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language); (e) Residence in certain parts of the country, or in certain regions of the world; (f) Other relevant factors. Ver Soledad Torre, Identidad Indígena, Universidad Autónoma de Madrid, recuperado de: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/SoledadTorrecuadrada.pdf>.

¹⁰⁷ Natan Lerner, “Población indígena: El convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1989”, Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad de Venezuela, No 81, recuperado de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/81/rucv_1991_81_213-233.pdf

¹⁰⁸ Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Cuadernos de Legislación Indígena, México, artículo 1, recuperado de: http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf.

Diferencia(s) es término descriptivo: quiere decir que, de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad.¹⁰⁹

Es decir, la diferencia son rasgos específicos que los distingue y al mismo tiempo individualiza a las personas. El Estado debe observar las particularidades para de esa manera hacer efectivo los derechos. En definitiva, las distintas identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en las diversas relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, por eso, Ferrajoli indica que la igualdad es considerada una norma y la diferencia un hecho¹¹⁰. La igualdad es el deber ser, un principio, para proteger a la diferencia o diferencias, pero estas últimas son una realidad, que encuentran algún respaldo o protección en los derechos fundamentales.

Lorenz Funk en cuanto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007, pues aporta interesantes aspectos a la comprensión de estos pueblos.¹¹¹

El artículo 5 de la mencionada declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas. El artículo 27 de la mencionada declaración, indica que el Estado, juntamente con los pueblos indígenas interesados establecerán un proceso equitativo independiente, imparcial, abierto y transparente, para el reconocimiento de las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de tierra de aquellos. A su vez, el artículo 34 manifiesta que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, en relación con las costumbres o sistemas jurídicos, estos deben ser de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. Al revisar estos artículos, nos damos cuenta de que, si bien se reconoce algunos derechos al pueblo indígena, por su vulnerabilidad y desventajada situación, el ejercicio y aplicación de sus

¹⁰⁹ Luigi Ferrajoli, Igualdad y diferencia. En Danilo Caicedo y Angélica Porras ed., Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad, (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos), 2010, 164, recuperado de: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 159.

¹¹¹ Lorenz Funk, "Legitimidad Jurisdiccional de la Justicia Indígena", Programa de pasantías INREDH, recuperado de: https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_justicia_indigena_lorenz.pdf.

derechos, no son ilimitados, pues están bajo las normas nacionales donde habitan y los derechos humanos.

Sin lugar a duda, la ley internacional más importante que los respalda es el Convenio de la OIT de 1989 pues, garantiza los derechos indígenas, sobresaliendo, su derecho propio. Los artículos 8 y 12 de dicho Convenio, reconocen al pueblo indígena su derecho y justicia propia, en el cual reconoce que su soberanía jurídica tendrá como límites el respeto a los derechos humanos y el ordenamiento jurídico nacional. Sobre todo, el artículo 9 numeral 1 establece claramente el reconocimiento a los métodos de los pueblos tradicionalmente utilizados, para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

El Convenio 169 de la OIT, además, reconoce las aspiraciones de los pueblos para asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida, su desarrollo económico, mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que habitan. Se admite sus particularidades, su diversidad cultural y, sobre todo, su derecho propio, sus autoridades y procedimientos.¹¹² Esto a nivel internacional esta aceptado, cuando la Corte IDH utiliza el método intercultural de elaboración de la jurisprudencia, busca una mejor aprehensión del significado de un daño en base a los valores culturales de una comunidad indígena determinada. Las decisiones de la Corte IDH, responden tanto al principio de respeto de los derechos humanos inscritos en el CADH, como al sentimiento de justicia de cada comunidad.

El método desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esencialmente en torno al tema de la violación de los derechos de las comunidades indígenas, permitió mejorar la comprensión intercultural de los derechos humanos. Este método implica primero una mejor aprehensión de la significación de un perjuicio según los valores culturales de una comunidad indígena determinada. Induce luego una adaptación de las decisiones de la Corte para que la reparación del perjuicio responda a la vez al principio de respeto de los derechos humanos inscrito en la CADH y al

¹¹² Artículo 8. 1 Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Artículo 9. 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Artículo 10. 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Ver Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Cuadernos de Legislación Indígena, México, recuperado de: http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf.

sentimiento de justicia concebido según las realidades culturales de los pueblos indígenas. Este tipo de método refuerza la legitimidad de esta normatividad internacional y la efectividad de las decisiones tomadas por la CIDH en la medida en que estas se insertan en una concepción y una finalidad de la justicia aceptadas y reconocidas por los actores implicados.¹¹³

El Caso "Fernández Ortega y otros Vs México, 30 de agosto de 2010, Serie N°215 resuelto por la Corte IDH, nos ayuda entender tanto el método intercultural para la elaboración de jurisprudencia, analizando el perjuicio inmaterial moral y espiritual desde la cosmovisión del pueblo indígena, así como la obligación de los Estados a garantizar el acceso a la justicia a los miembros de los pueblos autóctonos.¹¹⁴

En marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su hogar con cuatro de sus hijos, sin su consentimiento tres miembros del ejército mexicano entraron a su casa y le hicieron preguntas apuntándole con su arma. Obligada a acostarse en el suelo, fue violada por uno de los militares bajo la mirada de los otros hombres. La señora Fernández pertenece a la comunidad autóctona Me'phaa de México. Al momento de los hechos tenía 25 años y estaba casada con otro miembro de la comunidad con quien tenía cinco hijos. Era ama de casa, trabajaba también con la comunidad en la crianza de animales y la cosecha de alimentos. Era también una de las líderes de los Me'phaas: creó un espacio de reflexión sobre el papel de la mujer en la comunidad y sobre la situación de marginalización de los indígenas Me'phaa por el Estado. Unos días después de la agresión sexual de la cual fue víctima, interpuso una queja ante las autoridades estatales. Pero su testimonio fue recibido con indiferencia, sobre todo porque ella no hablaba español y los funcionarios no hablaban la lengua Me'phaa. Llevó entonces su caso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹¹⁵

La antropóloga que intervino en la Audiencia para solucionar el caso indicó, que los indígenas desconfiaban del sistema de justicia, los funcionarios del Estado no conocían la cultura Me'phaa, ni su idioma, ni contaban con los traductores del caso, además su comunidad está lejos de las oficinas del Estado, por lo cual sufrió mucho para denunciar su agresión. Y su comunidad no podía resolver el caso, porque los casos graves le corresponden al Estado.

La Corte Interamericana en la argumentación establece que Estados deben garantizar el acceso a la justicia a los miembros de los pueblos autóctonos. Para ello, este Estado

¹¹³ Melisa López, El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia; instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos, El caso de sistema interamericano de protección de los derechos humanos, (Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, 2011), 33, recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Desktop/TESIS/metodo%20intercultural%20de%20la%20corte.pdf>.

¹¹⁴ Melisa López, El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia; instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos, El caso de sistema interamericano de protección de los derechos humanos, (Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, 2011), 28-32, recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Desktop/TESIS/metodo%20intercultural%20de%20la%20corte.pdf>.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 28-29.

debe brindar una protección efectiva a sus derechos tomando en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, el derecho consuetudinario y las costumbres en general. Sobre todo, las medidas de reparación deben ser adaptadas a los sufrimientos físicos y psicológicos de las víctimas, tomando en cuenta las especificidades étnicas y el tipo de personas implicadas.¹¹⁶

La Corte ordenó de esta manera al Estado mexicano llevar a cabo un acto público de reconocimiento de esa responsabilidad internacional en los daños cometidos contra Inés Fernández y su comunidad, tanto en español como en su lengua Me'phaa. Las reparaciones debían tener una dimensión comunitaria, porque tenían la vocación de reintegrar a la víctima en su espacio vital y cultural, contribuyendo de esta manera a restablecer el tejido comunitario. En el caso de Fernández Ortega el Estado mexicano fue obligado a brindar todas las facilidades económicas para que la comunidad Me'phaa pueda abrir un centro “comunitario de la mujer” que será administrado por las mujeres Me'phaa. En un ámbito más general, se le exigió al Estado apoyar a las instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en los derechos humanos y encargadas de actividades de empoderamiento comunitario, respetando la cosmovisión de la comunidad.¹¹⁷

En definitiva, los Estados tienen la obligación de brindar la protección adecuada y crear mecanismos para el efectivo goce del ejercicio de derechos a los pueblos y comunidades indígenas. Sin olvidar el artículo 8 de la Convención de la OIT 169, en el cual los Estados al aplicar la legislación nacional a dichos pueblos deberán considerar sus costumbres y derecho consuetudinario.

En el caso de los países andinos, el derecho indígena o consuetudinario y la jurisdicción especial, muestran algunos rasgos comunes. Por ejemplo, los países andinos que han reformado la Constitución para tal reconocimiento son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y Ecuador (1998)¹¹⁸, además las Constituciones: ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 30-31.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 31.

¹¹⁸ Raquel Yrigoyen, Reconocimiento Constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial. En los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), Revista Pena y Estado # 4. Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 2000.

El derecho indígena contiene los mismos elementos y alcances. El texto constitucional reconoce, es decir asume oficialmente su preexistencia, abriendo las posibilidades de su articulación y coordinación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Reconocen funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo con su derecho consuetudinario. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos dentro del ámbito territorial del pueblo. El límite del reconocimiento es no vulnerar los derechos fundamentales de las personas, como señala la Constitución peruana, o no violar la Constitución y las leyes, como indican las demás Constituciones. Los sujetos de derecho son los pueblos indígenas y las comunidades indígenas y campesinas. Las diferentes Cartas usan las palabras pueblos indígenas (Colombia, Ecuador), o comunidades indígenas y campesinas (Bolivia) y comunidades campesinas y nativas, así como rondas campesinas (Perú), de acuerdo con las formas de organización social indígena que han reconocido en las propias Constituciones y leyes.¹¹⁹

Las Constituciones de Colombia y Perú proponen una ley para coordinar la regulación de la jurisdicción especial y la jurisdicción ordinaria estatal. En el caso ecuatoriano, se inscribe bajo un modelo de Estado plurinacional, en el cual las decisiones de la jurisdicción indígena deben ser acatadas por todas las instituciones y autoridades públicas, las mismas que son susceptibles de ser impugnadas mediante acciones de control de constitucionalidad. En la realidad boliviana, se dispone que todas las autoridades públicas, y las personas deben respetar las decisiones de esta nueva jurisdicción, y las autoridades indígenas pueden solicitar el apoyo del Estado para hacer cumplir sus fallos.¹²⁰

De lo indicado anteriormente, sabemos que el derecho indígena es reconocido por los países andinos, siendo la Corte Constitucional colombiana la que realiza algunos

¹¹⁹ Raquel Yrigoyen, Reconocimiento Constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador), Revista Pena y Estado # 4, Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 2000, recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_43.pdf.

¹²⁰ Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, (Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009), 14, recuperado de: https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/98CAJ_Estadodelarelacion.pdf.

aportes importantes en torno al tema. En su jurisprudencia reconoce a los pueblos y comunidades indígenas el derecho a administrar justicia en sus territorios y a regirse por sus propias normas y procedimientos (autonomía jurídica). Fue reconocida por primera vez en la Sentencia T-254 de 1994, en la cual declara que es un derecho de aplicación inmediata. Este derecho también fue reconocido y protegido en las siguientes Sentencias: C-139 de 1996, T-496 de 1996, y T-23 de 1997. A su vez, este órgano jurisdiccional, manifiesta que tiene algunas limitaciones al presentarse los casos, como: la especificidad cultural de cada pueblo, las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de la circunscripción territorial ocupado por la comunidad, así como el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales, finalmente intervienen otros factores como la pertenencia o conciencia étnica de los involucrados.¹²¹

Ahora bien, respecto a la realidad ecuatoriana, el artículo 57 numeral 10 de la Constitución ecuatoriana, manifiesta que los pueblos y comunidades indígenas pueden crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario. El artículo 171 en su inciso primero de la Carta Constitucional, indica que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, en base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. Sus autoridades podrán aplicar normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, siempre y cuando no contradigan los derechos humanos ni a la Constitución. Además, está contemplado en el artículo 343 del COFJ, que las autoridades indígenas aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Lo cual, será analizado más adelante.

En resumen, el pueblo indígena, vivió muchos años antes de la conquista, con una forma de vida, cosmovisión, una visión, un pensamiento, lenguaje, vestimenta, alimentación, costumbres, tradiciones, religión, estructuras sociales, instituciones, y derecho. Al momento de la conquista, es impuesto el régimen colonialista,

¹²¹ Esther Sánchez e Isabel Jaramillo, *La Jurisprudencia Especial Indígena*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000), 118-137.

sometiéndolos a un sistema de homogeneización cultural, colocándolos atrás en el proceso de desarrollo.

De ahí la razón de tal reconocimiento de una sociedad diferente a la hegemónica con sus particularidades propias. Su derecho es adoptado en el ámbito nacional, como internacional, formando parte sin duda alguna, del ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconociendo al derecho indígena su jurisdicción, normatividad e institucionalidad, que, en definitiva, ayudan a los pueblos y comunidades indígenas a desarrollarse y desenvolverse plenamente.

1.2.1- Importancia del derecho indígena como fuente del derecho ecuatoriano

Raúl ILaquiche Licta manifiesta que los pueblos y comunidades indígenas tienen un derecho llamado costumbre jurídica o derecho consuetudinario, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes,¹²² y es aprendida por las enseñanzas orales de las personas mayores.

La justicia indígena para mí es un derecho milenario, de todas las comunidades muy antiguas, realizaban o ejercían la justicia. No es simplemente con declaratoria de las Naciones Unidas o con la Constitución o la Corte Constitucional. Es más bien un derecho, un ejercicio milenario, que las comunidades deben seguir ejerciendo.¹²³

La costumbre en este sentido significa que a través de una constante práctica ha adquirido fuerza de ley, mediante la adopción común o el consentimiento. La costumbre jurídica se basa en valores. Las normas de la comunidad están expresadas en sus costumbres, tradiciones y prácticas. El concepto de ley está relacionado con la manera de llevar la vida, es un concepto vivo, donde su comprensión y entendimiento se da mediante la experiencia.¹²⁴

¹²² Raul ILaquiche Licta, Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un Caso, Revista Yachaikuma, 1, marzo 2001, recuperado de <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>, consulta realizada 3 de agosto de 2017.

¹²³ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Santiago Pichisaca, 30 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

¹²⁴ Ada Pecos Melton, Indigenous Justice Systems and Tribal Society, *Indigenous justice systems are based on a holistic philosophy. Law is a way of life, and justice is a part of the life process*, recuperado de: http://www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm.

Lorenz Funk indica que la costumbre como fuente del derecho constitucional en países de un sistema jurídico de normas escritas,¹²⁵ se da con una cierta desconfianza, sin que prevalezca el caso de contradicción con la norma jurídica escrita. Mientras en los países de sistemas de derecho consuetudinario, la costumbre y la ley escrita son fuentes de derecho de peso casi idéntico.¹²⁶ En nuestro caso podríamos hablar de tal peso jurídico con la costumbre mercantil, a falta de ley escrita, esta le suple, cuando los hechos que las constituyen sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años.

Raúl Llásag indica que las sociedades indígenas tienen un derecho consuetudinario o ancestral de transmisión oral, que responde a un código moral basado en la costumbre¹²⁷ y la tradición. A su vez, manifiesta el autor que los hábitos, valores, ideas, palabras, gestos, visión y trabajos se transmiten desde la gestación, el nacimiento, es decir durante todo el proceso de desarrollo y crecimiento de una persona, empezando con los padres, la familia, el trabajo, la vecindad, y la comunidad, van adquiriendo conocimiento de lo permitido, lo prohibido, la forma de relacionarse entre sus miembros y parientes, así como la manera que se configura la filiación, la utilización de los bienes

¹²⁵ A body of rules that delineate private rights and remedies, and govern disputes between individuals in such areas as contracts, property, and Family Law; distinct from criminal or public law. Civil law systems, which trace their roots to ancient Rome, are governed by doctrines developed and compiled by legal scholars. Legislators and administrators in civil law countries use these doctrines to fashion a code by which all legal controversies are decided. The civil law system is derived from the Roman Corpus Juris Civilis of Emperor Justinian I; it differs from a common-law system, which relies on prior decisions to determine the outcome of a lawsuit. Most European and South American countries have a civil law system, recuperado de: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/civil+law>.

¹²⁶ Lorenz Funk, “Legitimidad Jurisdiccional de la Justicia Indígena”, Programa de pasantías INREDH, recuperado de: https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_justicia_indigena_lorenz.pdf.

¹²⁷ La Real Academia de la Lengua Española la define como: “Manera habitual de actuar o comportarse. O práctica tradicional de una colectividad o de un lugar”. Por otra parte, la Enciclopedia Jurídica la define: “Norma creada o impuesta por el uso social (Federico de Castro). Sus requisitos son el uso reiterado y uniforme en el tiempo, la convicción jurídica (opinio iuris, aunque muy criticado), no ser contraria a la moral y al orden público, y ser probada. Se clasifica en tres tipos básicos: *secundum legem*, *extra legem* o *praeter legem*. Como podemos apreciar la costumbre no son simples hábitos de una comunidad, esta debe ser reiterada, uniforme en el tiempo, no contraria a la moral, ni al orden público. Ver Enciclopedia Jurídica, recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/costumbre/costumbre.htm>.

Secundum legem. Existe cuando el legislador remite la solución a la costumbre. Así la costumbre deja de ser una fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal. Recuperado de: <http://todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/LACOSTUMBRE.htm>

Extra Legem: Regula cuestiones sobre las que la ley no dice nada. Recuperado de: http://html.rincondelvago.com/derecho-civil-espanol_33.html

Praeter legem Recibe también el nombre de «costumbre extra legem» o «supletoria» y desarrolla y regula situaciones o supuestos que no se encuentran expresamente previstos en las leyes. Ver Enciclopedia Jurídica, recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/costumbre-praeter-legem/costumbre-praeter-legem.htm>.

comunitarios y familiares, sus roles, etc. El derecho, dice Llásag es parte de la vida misma de la convivencia comunitaria y familiar.¹²⁸ La justicia indígena es un sistema de Derecho, es plenamente válido y eficaz para su pueblo, donde prácticamente sus costumbres tienen fuerza de ley.¹²⁹ .

El principio es que, si un miembro tiene algún tipo de inconvenientes o tipo de problemas, eso nos afecta a todo el colectivo, entonces es el principio y de ahí surge el tema de justicia indígena. Porque sabiendo que un miembro tiene inconvenientes y problemas, eso afecta a los moradores, afecte a la comunidad, a los valores, obviamente la comunidad tiene que intervenir.¹³⁰

Como vemos, claramente la costumbre, cumple con las condiciones para categorizarse como jurídica, si bien no es escrita, existe la convicción de que es jurídicamente obligatoria y continua en el tiempo.

El concepto de derecho indígena establecido por la propia CONAIE, nos ayuda a clarificar mejor el tema:

El derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conducta del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garantizan el convivir armónico.¹³¹

A partir de lo conceptualizado por la CONAIE, se establece que el derecho de los pueblos indígenas es una costumbre conocida por todos sus miembros.

Así pues, el modelo plurinacional que asume el Estado ecuatoriano adquiere algunos compromisos. Entre ellos, el reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de los pueblos indígenas, para

¹²⁸ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 328-330.

¹²⁹ Lorenz Funk, “Legitimidad Jurisdiccional de la Justicia Indígena”, Programa de pasantías INREDH, recuperado de: https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_justicia_indigena_lorenz.pdf.

¹³⁰ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Anastacio Pichisaca, 29 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

¹³¹ CONAIE 1992. Ver Susanne Käss y Claudia Heins, *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*, (La paz: Impresores & Editores “Garza Azul”, 2011), 91, recuperado de: <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54335.pdf>.

alcanzar la igualdad real entre personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.¹³² Como vimos en el caso "Fernández Ortega y otros Vs México, 30 de agosto de 2010, Serie N°215 resuelto por la Corte IDH, los Estados tienen la obligación de proteger los derechos de los pueblos indígenas, desde la perspectiva de su derecho propio. Por consiguiente, se da el reconociendo de la diversidad de su sociedad, con sus principios, valores y sobre todo sistemas jurídicos, en consecuencia, asume al derecho consuetudinario indígena como fuente del derecho ecuatoriano.

Además, en el ámbito internacional cuentan con el derecho a la auto disposición, así el pueblo indígena puede organizarse y gobernarse con su visión del mundo, sus deseos y tradiciones. En tal virtud, el pueblo se regirá con sus propias normas, que conlleva a ser el encargado de crearlas y por ende aplicarlas.¹³³

Por otro lado, no podemos olvidar que la Constitución es la fuente de fuentes, cualquier otra norma debe remitirse a ella, por lo expuesto queda manifiesto que el derecho consuetudinario es una fuente del derecho ecuatoriano, en virtud que está recogida en su texto, pero ¿cuál es su jerarquía?

Juan Pérez manifiesta que existe indeterminación en el sistema de fuentes. Esta circunstancia se origina primero por la regulación incompleta por parte del legislador en el sistema de fuentes del derecho, en la que se analizan tres cuestiones: a).- respecto a su contenido, según Luis Legaz al hablar de fuentes del derecho es una expresión multívoca capaz de asumir una variedad de significados dependiendo como estos sean analizados o estudiados. b).- en cuanto a su aspecto subjetivo que hace alusión a la autoridad que genera la fuente y al procedimiento de su competencia. Josep Aguiló manifiesta al respecto que existe fuente acto y fuente hecho, la primera sería la legislación y normas provenientes de autoridad pública y la segunda la costumbre y las que provengan de la práctica social, pero esta clasificación tiene utilidad si se la utiliza como contraposición de los dos modelos. Y finalmente, a mi criterio la más importante, c).- el carácter constitucionalizado, la Constitución asume un carácter jurídico, es quien ordena la génesis del derecho, por un lado, regula ciertas materias de forma directa y

¹³² Juan Montaña, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: Perspectiva comparada*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2012.), 66.

¹³³ Carlos Espinoza y Danilo Caicedo, *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 151.

por otro, determina que órgano y con qué procedimiento o norma registrará aquella materia. Y dos la naturaleza de textura abierta del derecho, por con siguiente la delimitación legislativa del sistema de fuentes.¹³⁴ Hart claramente manifiesta que por más perfecta que sea la regulación del sistema de fuentes en un determinado ordenamiento jurídico siempre existirá alguna incompletitud a causa de la naturaleza abierta del derecho.¹³⁵

En el caso colombiano en el ámbito jurisprudencial, Jorge González explica que la fuente del derecho es todo aquello que tenga posibilidad para determinar una decisión judicial.¹³⁶ El juez en última instancia al encontrarse con un sin número de fuentes lo que realmente hace es realizar una decisión hermenéuticamente sustentable y legítima, es decir, la que ayude a una mejor interpretación y se acerque más al caso, de tal forma que asista al fallador y minimice las pérdidas. Por otro lado, como manifiesta Duncan Kenedy, el juez será quien busca la fuente necesaria para validar su decisión y que apoye a elaborar un argumento para convencer al auditorio.

Lo que se puede afirmar en el caso ecuatoriano es que la Constitución es fuente de fuentes, y todos los argumentos y resoluciones siempre se remitirán a ella, además se debe respetar los derechos humanos contemplados en la misma como en los instrumentos internacionales. Pues son vínculos y límites para el ejercicio del poder, la administración de justicia, y la constitucionalización del sistema normativo.

En este sentido la Constitución reconoce al derecho indígena como fuente, con dos dimensiones: la primera al interior de sus comunidades totalmente eficaz y directa. Segunda que implica respeto al derecho indígena por el propio Estado y autoridades públicas¹³⁷ ante sus resoluciones, recordando que su derecho es complejo y abarca diversos ámbitos, no se lo puede ni unificar ni codificar, garantizando así el principio de interculturalidad. Tanto el derecho ordinario como el derecho de los pueblos y comunidades indígenas son diferentes y merecen ser observados.

¹³⁴ Juan Pérez, Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940002010>> ISSN 2007-4387.

¹³⁵ Hart, H.L.A, The Concept of law, Oxford University Pres, Oxford 1961. Ver Juan Pérez, Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 315, recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940002010>> ISSN 2007-4387.

¹³⁶ Jorge González, “El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica”. (Colombia: Universitas, julio-diciembre, núm. 112), 268-269.

¹³⁷ Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf, Artículo 171.

En tal virtud, por lo indicado anteriormente, sé concluye que el derecho consuetudinario indígena es de gran importancia, pues es un componente para la cristalización de derechos de los pueblos y comunidades indígenas, reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados y convenios internacionales, logrando alcanzar un modelo de Estado plurinacional. Y finalmente como señala Vicente Cabedo, el derecho indígena es un “sistema jurídico, con el único fin de reivindicar el reconocimiento de la pluralidad jurídica, de situar al derecho de los pueblos indígenas al mismo nivel que el derecho estatal.”¹³⁸

1.2.2.- Su relación con el ejercicio de los derechos

Los pueblos y comunidades indígenas tienen su propia forma de ver la vida, de crecer y avanzar. El derecho al ser consuetudinario su conocimiento se lo va adquiriendo a lo largo de la vida de cada miembro de dicho pueblo o comunidad, sabe lo permitido, lo prohibido, conoce las consecuencias de su proceder. Si bien, cuentan con un sin número de derechos, existen derechos directamente vinculados con la cristalización de la administración de la justicia indígena. Los cuales nos permitirá comprender de mejor manera a dichas sociedades y sobre todo a no imponer nuestra cosmovisión a su forma de vida. Si bien el reconocimiento de su status como sujeto de derechos, poseedores de un bagaje amplio de conocimiento y la ampliación del contenido de estos ha sido paulatino, sólo formaliza prácticas y normas que de manera milenaria han determinado su forma de organización y autodeterminación en el campo político, administrativo, económico y jurídico.

Esther Sánchez e Isabel Jaramillo afirman que a partir de la construcción de la diferencia se definen como principal el derecho de los pueblos indígenas a: la autonomía o libertad, que conlleva a su vez a la convicción de su diferencia con la sociedad hegemónica.¹³⁹ El sentido de ser indígena, por ejemplo, se configura en sociedad, en invención permanente de su identidad en relación con su mundo y el de los demás. Es por eso, que los grupos sociales incorporan a través de los años, conocimiento, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo, producto de

¹³⁸ Vicente Cabedo, “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”, recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n21/n21a06.pdf>.

¹³⁹ Esther Sánchez y Isabel Jaramillo, *La Jurisprudencia Especial Indígena*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000), 104-105.

las relaciones sociales.¹⁴⁰ Es decir, el pueblo indígena toma decisiones vitales para su permanencia como grupo, para ejercer y aplicar sus derechos y entre ellos para administrar justicia. Por lo tanto, en el contexto internacional se reconocen derechos a los pueblos indígenas,¹⁴¹ que permitan su perpetuidad en el tiempo y con ello el goce de todos sus derechos.

a.) -Derecho a la autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas

La autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas, está definida de la siguiente manera:

De acuerdo con el art. 1 de los dos Pactos Internacionales de Derechos de 1966, en virtud del derecho de libre determinación todos los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”, y los Estados Partes en alguno de dichos Pactos tienen la obligación de promover el ejercicio del derecho de libre determinación y de respetar ese derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.¹⁴²

En el siglo XX, se habló por primera vez sobre el derecho de autodeterminación con Vladimir Lenin y Woodrow Wilson. La idea de autodeterminación predicada por Lenin era dar autonomía política a las diferentes naciones que conformaban Rusia, las cuales estarían unidas por el partido. Mientras, que Wilson pensaba desde una perspectiva democrática-liberal y para él, era el derecho que tienen todos los pueblos a determinar bajo que gobierno desean ser gobernados. A partir de dichas declaraciones surgieron sentimientos nacionalistas en distintos grupos al interior de los Estados, y la interrogante sobre cuáles eran las comunidades o sujetos que debían ejercer dicho principio a la autodeterminación, y con ello se profundizó la preocupación sobre la estabilidad territorial de los estados frente a una posible situación emancipadora. En torno a dicha situación, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 cristalizó el principio de forma enunciativa y general en sus artículos 1 y 55.¹⁴³

Con el proceso de descolonización, dicho principio asume un contenido particular, a través de la resolución 1514 de 1960 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

¹⁴⁰ Ibid., 53.

¹⁴¹ Ibid., 105.

¹⁴² Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales, Universidad de Alcalá, recuperado de: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/38.

¹⁴³ Diana Machuca, “El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas: límites y alcances de la declaración de Naciones Unidas 2007”, UAEM, Redalyc.org, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/110/11046399014/>.

en su artículo 2 especifica: “[...]todos los pueblos tienen el derecho a la autodeterminación, y por virtud de dicho derecho pueden determinar libremente su régimen político, económico, social y cultural.”, en tal virtud, los pueblos indígenas bajo dominio colonial o que fueran invadidos militarmente por una potencia podían elegir: “1.- ser parte de un estado independiente y soberano. 2.-unirse libremente a un estado establecido, 3.- ser parte de un estado establecido”.¹⁴⁴

Así el derecho a la autodeterminación de los pueblos se presentó como derecho a la secesión, independencia y autogobierno de los pueblos coloniales. La resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU de 1970 referente a los principios de derecho internacional sobre las relaciones de amistad y cooperación entre Estados, cuenta con una cláusula, en la que estipula que no se autoriza o fomenta ninguna acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes con gobiernos que representan a la totalidad del pueblo perteneciente a cada territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color.¹⁴⁵

La expresión de la Resolución de 1514, el derecho a la autodeterminación, de todos los pueblos es retomada en el artículo 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, (PIDCP). Asimismo, hace una referencia a la diferencia ética y cultural dentro de un país, indicando la igualdad de derechos para dichas comunidades. Este Pacto juntamente con el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, (PIDESC)¹⁴⁶, contienen generalidades sobre la autodeterminación, sin especificar su implementación.

Por otra parte, el Convenio de la OIT de 1989, en su preámbulo establece el reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas; considera el poder de decisión sobre el control de sus propias instituciones, formas de vida, de su desarrollo económico que mantiene para el fortalecimiento de sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

¹⁴⁴ Ibid.,

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Artículo 1.- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas de Derechos Humanos, recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

En este mismo sentido, la declaración de los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2007, se dio por la lucha de diversas comunidades indígenas, desde los años ochenta, con el fin de esclarecer el panorama respecto a sus derechos, dado el vacío y la vaguedad sobre el tema. Fue un proceso largo, que duró casi treinta años.¹⁴⁷

El año 2002 un gran número de países afirmó estar de acuerdo con el contenido del documento siempre y cuando se respetara la integridad territorial de los Estados. El asunto se resuelve finalmente en 2005 cuando se precisa que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas debe reconocerse sin violar ningún otro principio o norma del derecho internacional (incluida la cuestión sobre la integridad territorial). Ante este panorama favorable, la Cumbre Mundial de 2005 y el quinto período de sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas celebrado en 2006 instaron a que se aprobara la Declaración cuanto antes. Finalmente, en junio de 2006, la Comisión de Derechos Humanos aprobó la Declaración y, en septiembre de 2007, lo hizo la Asamblea General de la ONU,¹⁴⁸ señalando lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la autodeterminación. Por virtud de dicho derecho ellos pueden libremente determinar su estatus político y perseguir su desarrollo económico, social y cultural.¹⁴⁹

Igualmente, a partir de dicha Declaración se establece que otros derechos estarían en relación con el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas. Entre los que se destacan: derecho a establecer y controlar su propio sistema educativo, el derecho a participar en las decisiones políticas que los afectan y desarrollar sus propias instituciones, el derecho de controlar sus tierras, territorios y recursos, y la obligación del Estado de reconocer las leyes indígenas, tradiciones, costumbres y sistema de tenencia de la tierra. A todo esto, no se puede olvidar la cláusula en la que se indica enfáticamente que el derecho a la autodeterminación no puede violar los principios

¹⁴⁷ Diana Machuca, “El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas: límites y alcances de la declaración de Naciones Unidas 2007”, UAEM, Redalyc.org, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/110/11046399014>.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Naciones Unidas, recuperado de: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf, artículo 3.

de integridad territorial y política unitaria del Estado, con el cual se comprueba la centralidad que sigue teniendo el estado-nación, en el derecho internacional.¹⁵⁰

En síntesis, el derecho a la autodeterminación sería:

[...] el derecho a) cambiar sus formas de gobierno por ellos mismos; el derecho a determinar la relación con el gobierno del Estado (con ciertos límites); el derecho a hacer y garantizar las leyes que los gobiernan; el derecho a existir y actuar como una colectividad política dentro del Estado y a participar en la comunidad internacional.¹⁵¹

El Tribunal Supremo canadiense manifiesta sobre el derecho de autodeterminación de los pueblos lo siguiente:

Reafirma el derecho de autodeterminación de los pueblos, pero también precisan que el mismo no puede ser entendido como legitimador de interferencias externas. O como promotor de ninguna acción que pueda desmembrar o debilitar la integridad territorial o la unidad política de los estados soberanos e independientes que posean un Gobierno representativo que, sin distinciones de ningún tipo, sea expresión democrática de todo el pueblo perteneciente a su territorio.¹⁵²

Es decir, el Tribunal Supremo canadiense sigue la línea de la ONU, si bien reconoce a tal derecho, lo limita a la potestad del Estado y la unidad política.

La Corte Colombiana, por su lado indica que el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas está compuesto de tres ámbitos de protección: se reconoce el derecho a participar en las decisiones que les afecten, entre esos derechos se encuentra la consulta previa que asegura sus aspiraciones culturales, espirituales y políticas. El derecho a la participación política en la esfera de la representación nacional en el Congreso. Y se reconoce su autogobierno y autodeterminación de las reglas jurídicas, sus formas de gobierno, sus funciones jurisdiccionales en su territorio y el pleno ejercicio del derecho a la propiedad colectiva.

A su vez la Corte Colombiana en la sentencia T-871/13, determina al derecho de la autodeterminación de la siguiente forma:

¹⁵⁰ Diana Machuca, “El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas: límites y alcances de la declaración de Naciones Unidas 2007”, UAEM, Redalyc.org, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/110/11046399014>.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² Jorge Zapata, “Sobre el derecho de autodeterminación y su compatibilidad con la Constitución”, recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/3/est/est7.pdf>.

Esta Corporación ha señalado que el derecho a la libre autodeterminación de las comunidades indígenas se compone de tres ámbitos de protección: (a) el reconocimiento a las comunidades indígenas del derecho a participar en las decisiones que las afectan. En este ámbito cobra especial importancia la consulta previa, como procedimiento especial para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la administración, (b) el reconocimiento del derecho a la participación política en la esfera de la representación nacional en el Congreso y (c) el reconocimiento a la autonomía política y jurídica de orden interno de los pueblos indígenas, es decir, a las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas de la comunidad indígena. Supone ello, el derecho a decidir las formas de gobierno, el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y el pleno ejercicio del derecho a la propiedad colectiva, sobre sus resguardos y territorios.¹⁵³

En el caso ecuatoriano el derecho de la autodeterminación está relacionado básicamente con el derecho de autogobierno en sus territorios así lo consagra la Carta Constitucional en el artículo 57 numeral 9: “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.”

Al mismo tiempo la CONAIE indica, que el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas es un derecho fundamental e inviolable. Se identifica a los derechos de autogobierno y autodeterminación de las reglas jurídicas, se reconoce sus formas de gobierno, sus funciones jurisdiccionales en su territorio y el pleno ejercicio del derecho a la propiedad colectiva, como parte de la autodeterminación. Criterios que lo encontramos recogidos en el artículo 57 de la Constitución vigente:

[...] todos los pueblos y nacionalidades tienen derecho a su territorio, a su cultura y a su autodeterminación, como derechos fundamentales e inviolables, de manera independiente de que sean concebidos al interior del particularismo concreto. Además del derecho a su territorio, los pueblos y nacionalidades tienen el derecho sobre los recursos naturales, las fuentes de agua, la biodiversidad, tienen el derecho a mantener su cultura, su idioma, sus costumbres ancestrales, sus instituciones, sus sistemas de administración de justicia, su sistema educativo y de salud, entre otros derechos colectivos.¹⁵⁴

Finalmente, se puede determinar que el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas es importante y fundamental, para que en libertad puedan tomar decisiones necesarias para sus comunidades, logren su desarrollo, ejerzan sus derechos desde su cosmovisión, como educación, salud, administración de justicia, etc., y que dichas

¹⁵³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-871/13, Juez Ponente: Jorge Pretelt.

¹⁵⁴ CONAIE, Derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades Evolución de una década 1998-2008, (Quito: IWGIA, 2010), 46.

decisiones sean respetadas por el Estado, sin olvidar los principios de integridad territorial, política unitaria del Estado y supremacía constitucional.

b).- Derecho a la identidad de los pueblos y comunidades indígenas, y su cosmovisión indígena.

La Corte colombiana en su sentencia C-882/11 manifiesta que el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad, a partir del principio de diversidad étnica y cultural, el cual es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, y es un principio definitorio del Estado social y democrático de derecho. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, pues todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad.¹⁵⁵

Como vemos, la Corte colombiana manifiesta que el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas puede ser ejercida en los territorios indígenas, como en todo el territorio nacional,¹⁵⁶ incluyendo las siguientes prerrogativas en el contenido de este derecho:¹⁵⁷

- Conservar, profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural.
- Preservar, ejercer, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc.
- Preservar su idioma.
- Conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc., para la comunidad.
- Revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales;
- Emplear y elaborar medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales;
- Participar en la vida cultural del Estado.
- Seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales;

¹⁵⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-882/11, Juez Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Esther Sánchez y Isabel Jaramillo, *La Jurisprudencia Especial Indígena*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000), 115-134.

- Preservar y desarrollar sus modos de producción y formas económicas tradicionales;
- Exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.

El derecho a la identidad cultural también está contemplado en la Constitución ecuatoriana en el artículo 57 numeral 1, la cual garantiza y reconoce a los pueblos y comunidades indígenas mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

Al hablar de la identidad de los pueblos y comunidades indígenas, debemos analizar su cosmovisión, pues ella nos permitirá entender la esencia de ser de estos pueblos. Mario Mejía por otra parte alude, que cada pueblo y época tiene su propia concepción del mundo, lo cual no implica caer en un escepticismo y relativismo, sino, dar significativamente la visión del mundo para la validez universal de tales concepciones. Siendo así, la perspectiva del mundo andino es naturalista, a partir de una mirada al culto de pacha (espacio, tiempo, naturaleza), es colectivista ya que concibe lo comunal y luego lo individual, utilitarista porque el término *quechua allin* significa bien, bueno, recto y correcto y, es estético en virtud del término *munay* expresa lo hermoso, lo bello, lo libre, lo deseable, y no existe lo malo como concepto.¹⁵⁸

Para comprender mejor el tema es necesario analizar la ética andina, para Estermann, tiene como fundamento axiológico el orden cósmico, la relacionalidad universal de todo lo que existe, que obedece a los principios de correspondencia, complementariedad y reciprocidad. El esquema básico es espacial. El ser humano es “parte” esencial del cosmos (*pacha*); estableciendo su dignidad y posición excepcional. Su ética entonces “juzga” cada elemento de acuerdo con su conformidad al orden cósmico. Si el ser humano no asume su “responsabilidad” complementaria y recíproca, esto lleva a un trastorno severo del orden cósmico. El principio ético andino principal se podría formular de la siguiente manera, indica el autor: “[...] **actúa de tal manera que contribuyas a la conservación y perpetuación del orden cósmico de las relaciones**

¹⁵⁸ Mario Mejía, Hacia una Filosofía Andina, Doce ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento, 76, recuperado de: http://lengamer.org/admin/language_folders/quechuadecusco/user_uploaded_files/links/File/Qhapaqkuna/

vitales, evitando trastornos del mismo".¹⁵⁹ Para la cosmovisión andina la naturaleza tiene vida. Los dioses son seres reales. La naturaleza demanda reconocimiento y respeto; exigen ofrendas antes, en, y después de cualquier actividad humana; la ofrenda debe ser fruto del trabajo del runa. El destino depende de la relación armoniosa entre el ser humano, la naturaleza y los dioses.¹⁶⁰

Por otro lado, tenemos el obrar ético, según Estermann, tiene una finalidad “salvífica”, no en sentido individualista, sino cósmico. Lo describe al ser humano como “co-redentor” de todo el universo, pues, cumple una función específica, asignada por su lugar en la red de relaciones. Habla de una ética teleológica y deontológica: la finalidad del obrar ético (*telos*) es la conservación del orden pachasófico, qué es el “cumplimiento” de una normatividad sentida como “deber” (*ruwana/luraña*). El sujeto ético es el “nosotros” (*noqayku/nanaka*) colectivo y comunitario, y no el “yo” soberano y autónomo. Por tal motivo, cada infracción contra la normatividad cósmica por un miembro de la comunidad tiene implicaciones cósmicas; éstas no se limitan por el radio de la libertad del infractor individual.¹⁶¹ Es decir, que cada actuación del runa, afectaría al cosmos, a diferencia de la filosofía occidental donde predomina el individualismo.¹⁶²

Juvental Pacheco, en cambio, manifiesta que toda la organización socioeconómica, política y cultural está sustentada en la materialización del ideal de bienestar general. Esto se debe a que la persona runa tiene una visión colectivista porque primero concibe lo colectivo y luego lo individual. El runa cuenta con un espíritu colectivo, de reciprocidad, fraternidad, hermandad o el ayni. Al mismo tiempo, Miró Quezada afirma que sus miembros son portadores de una concepción ancestral del mundo en que la naturaleza es transformada con sabiduría en beneficio colectivo, hecho que los eleva a la más alta condición a la que puede trascender un ser humano.¹⁶³

¹⁵⁹ Josef Estermann, “Ruwanasofia o lurañsofia: ética andina, En Josef, Estermann, Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo”, (La Paz: ISEAT, 2006), recuperado de http://casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Josef_Estermann.php, consulta realizada 8 de agosto de 2017.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ Josef Estermann, “Ruwanasofia o lurañsofia: ética andina, En Josef, Estermann, Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo”, (La Paz: ISEAT, 2006), recuperado de http://casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Josef_Estermann.php, consulta realizada 8 de agosto de 2017.

¹⁶² *Ibíd.*

¹⁶³ Mario Mejía, Hacia una Filosofía Andina, Doce ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento, recuperado de: http://lengamer.org/admin/language_folders/quechuadecusco/user_uploaded_files/links/File/Qhapaqkuna/Filosofia_Andina.pdf

La filosofía andina según Esternann tiene los siguientes principios:¹⁶⁴

La reciprocidad: las relaciones humanas se rigen por la reciprocidad, es decir la correspondencia complementaria de actos y consecuencias. A cada acto corresponde, como contribución complementaria, un acto recíproco, rige interrelaciones humanas, infrahumanas, entre el ser humana y la naturaleza, o el hombre y lo divino. Se configura un deber cósmico que refleja un orden universal del que el ser humano forma parte.

Principio de ciclicidad: el hombre andino concibe tiempo y espacio como algo repetitivo. La infinitud es entendida como movimiento circular o espiral interminable. Cada acontecimiento tiene un orden cualitativo, según la densidad, el peso y la importancia, cada tiempo tiene un propósito específico.

Principio de complementariedad: Cada ente y acontecimiento tienen como contraparte un complemento como condición necesaria para ser completos y capaces de existir y actuar. Es decir, la relación es un equilibrio dialógico., como: cielo y tierra, varón y mujer, día y noche, bondad y maldad coexisten, para el pensamiento andino de manera inseparable.

Principio de correspondencia: El principio básico de relacionalidad se manifiesta a nivel cósmico como correspondencia entre micro y macrocosmos, entre lo grande y lo pequeño. El orden cósmico de los cuerpos celestes, las estaciones, la circulación del agua, los fenómenos climáticos y hasta de lo divino tiene su correspondencia (es decir: encuentra respuesta correlativa) en el ser humano y sus relaciones económicas, sociales y culturales.

Principio de la relacionalidad: el universo es ante todo un sistema de entes interrelacionados, dependientes uno de otro. El principio de relacionalidad se puede formular de manera negativa y positiva. Negativamente en el caso de no haber ningún ente completamente carente de relaciones, y cuando se dice relaciones, hay que pensar

¹⁶⁴ Josef Esternann, “La Filosofía Quechua, ¿Pensamiento Quechua o Incaico?”, recuperado de: <https://epistemologiasdesdeelsur.files.wordpress.com/2014/04/12-quechua-esternann.pdf>, consulta realizada 9 de agosto de 2017.

en relaciones trascendentes. Positivamente, el principio de relacionalidad dice que cada ente, acontecimiento, estado de conciencia, sentimiento, hecho y posibilidad se halla inmerso en múltiples relaciones con otros "entes", acontecimientos, estados de conciencia, sentimientos, hechos y posibilidades. La realidad reside como conjunto de seres y acontecimientos interrelacionados.

El hombre occidental a partir del renacimiento considera que el centro del universo es él. A partir de esta reflexión se va construyendo un pensamiento individual. La construcción de Estado y sociedad occidental responde a una cosmovisión diferente al del mundo andino, pues este concibe al mundo como una unidad, en donde todos somos parte de él, y si algo es afectado, daña de alguna manera a todo ese conjunto. Por ejemplo, el gobierno inca era paternalista y su poder residía, sobre todo, en la capacidad de organización y dirección. Por lo general, el Estado occidental se caracteriza porque el poder está en una determinada clase dominante y responderá a determinados intereses,¹⁶⁵ alejado por completo de los principios y visión de un mundo colectivo.

Volviendo al derecho, y a lo que compromete este trabajo tenemos que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estipula que, en base a un espíritu constructivo de relación entre los Estados y los pueblos indígenas, considera al derecho como diferente, reafirmando la diversidad cultural, reconoce el aporte de cada pueblo, rechaza el racismo, acepta las injusticias históricas y sus consecuencias. La Declaración admite la relación entre las culturas y las prácticas indígenas y el desarrollo sostenible, el respeto al medio ambiente. Su identidad se forma dentro de sus familias y su pueblo, pues es ahí donde adquiere sus conocimientos espirituales, sociales y culturales, lo que garantiza la continuidad de su pueblo y cultura.¹⁶⁶

La cultura es un parámetro que nos ayuda a entender de mejor manera a estos pueblos. El preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural del 2001 ha definido a la cultura como:

¹⁶⁵ Roberto Gargarella, "La sala de las constituciones latinoamericanas, entre lo viejo y lo nuevo", Revista Nueva Sociedad No 257, julio-agosto de 2015, recuperado de: http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf, consulta realizada 9 de agosto de 2017.

¹⁶⁶ Unicef, Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos, 30-31, recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf.

[...]el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.¹⁶⁷

El artículo 9 de la Declaración de las Naciones Unidas afirma que las personas indígenas tienen derecho a integrar una comunidad o nación indígena de conformidad con las tradiciones y costumbres, y sobre todo enfatiza, que el ejercicio de este derecho no puede ser causa de discriminación alguna. Además, en el artículo 33 de dicha Declaración, establece que tienen derecho a edificar su propia identidad o sentido de pertenencia conforme a sus hábitos y tradiciones, a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad a sus procedimientos.¹⁶⁸ Es decir, existe un criterio uniforme de las características o circunstancias que deben reunir las comunidades, principalmente basadas en sus costumbres y tradiciones, para ser denominadas indígenas, sin olvidar que ellas también se desenvuelven bajo el marco de respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Para definir a un determinado pueblo o individuo como indígena se encuentra primero la autoidentificación, a más de ello el miembro o persona debe cumplir con ciertos criterios que lo hacen parte de ese pueblo, por ejemplo, comparte su historia, su lengua, su cultura, su organización social y su cosmovisión.¹⁶⁹

Un caso emblemático, con relación al tema, es el proceso Sandra Lovelace contra Canadá.¹⁷⁰ Sandra Lovelace, mujer indígena de la tribu maliseet, vivió con sus padres en la reserva Tobique hasta que se casó con un hombre que no era indígena, en tal virtud dejaba sus derechos y estatus como indígena, conforme *Canadian Indian Act*¹⁷¹ (Ley de Indígenas Canadiense) sección 12 (1) (b), por tal motivo

¹⁶⁷ Oswaldo Ruiz, El derecho a la Identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano, 44, recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>.

¹⁶⁸ Lo indicado, está en relación con el artículo 1 de la de la Convención de 169 de la OIT, y con el artículo 57 numeral 1, y 10 de nuestra Constitución.

¹⁶⁹ Unicef, Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos, 50, recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf

¹⁷⁰ Red-DESC, recuperado de: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2010/sandra-lovelace-c-canada-communication-no-241977-canada-300781-un-doc-ccprc13d241977>, consulta realizada el 10 de agosto de 2017.

¹⁷¹ La ley *Canadian Indian Act* fue modificada en 1985 para eliminar la discriminación de género en la determinación de la condición de indígena.

reclamó ante el Comité de Derechos Humanos aduciendo que esto se configuraba como una discriminación, por su condición de género, contrario a los artículos 2(1), 3, 23(1) y (4), 26 y 27 del PIDCP, pues sólo si una mujer indígena se casaba con alguien que no lo era, abandonaba su condición de indígena, lo que también significaba la pérdida de acceso a programas federales de educación, vivienda y asistencia social para indígenas, así como: 1.- dejar el derecho a ser dueña de una vivienda y vivir en la reserva, 2.- obtener dinero en préstamo del Banco del Consejo para fines habitacionales, a la caza y la pesca tradicional, y 3.- dejar los beneficios culturales que implica vivir entre la familia y los amigos dentro de la reserva.

El artículo 27 del PIDCP establece que los Estados no pueden negar a los grupos minoritarios el goce de su cultura. El Comité determinó que las personas que nacen y crecen dentro de una reserva, mantienen vínculos y desean seguir manteniendo vínculos con esa comunidad indígena, se consideran parte del grupo minoritario conforme al significado del artículo 27. Por ello, bajo esa definición, la Sra. Lovelace era miembro de la tribu maliseet, dado que había crecido en la reserva y la había abandonado solamente durante los pocos años que duró su matrimonio. El Comité también resolvió que el derecho de la Sra. Lovelace a disfrutar de su cultura se veía interferido, porque no existen comunidades fuera de la reserva que compartan su idioma y su cultura. Finalmente, el Comité decidió que denegarle a la Sra. Lovelace el acceso a vivir en la reserva no era ni razonable, ni necesario para preservar la identidad del grupo.¹⁷²

En consecuencia, los factores determinantes de la identidad cultural son: la auto identificación y sentido de pertenencia a una comunidad determinada, estos son intrínsecos a la persona, pues hay cuestiones como las tradiciones, costumbres, etc., que son parte de la vida, de un individuo y no se pierden con el tiempo. Igualmente, no se puede imponer condiciones para catalogar a una persona como indígena, no olvidemos que dichos derechos forman parte fundamental de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas.

¹⁷² Unicef, Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos, 50, recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf.

En definitiva, la identidad¹⁷³ y la autodeterminación van de la mano, pues la identidad es la facultad de identificarse con determinado grupo social, compartir un pensamiento, cultura, tradición, entre otras, y la autodeterminación para los pueblos es la facultad de tomar decisiones en ámbitos trascendentes de la vida, para el libre desenvolvimiento en la sociedad, los cuales están relacionados con derechos, como: la educación, protección de los recursos naturales, el derecho propio, y su autogobierno, entre otros. Es decir, cada miembro de un pueblo o comunidad indígena comparte una determinada cosmovisión, pues siente afinidad, apego, y por este sentido de pertenencia al mismo, se siente parte del grupo, y necesita del mismo para crecer y avanzar como persona, y a su vez el grupo lo necesita para su continuidad histórica. Este grupo a su vez, comparten fines y metas comunes, poseen un proyecto de vida comunitario, que genera su propio proyecto de desarrollo.

1.2.3- Jurisdicción y competencia indígena

Una vez realizada una aproximación sobre la importancia del derecho propio para los pueblos y comunidades indígenas, es necesario comprender que se entiende por jurisdicción y competencia indígena y como está regulada.

Francesco Carnelutti define a la jurisdicción como "la actividad destinada a obtener el arreglo de un conflicto de intereses mediante la justa composición de la litis, contenida en una sentencia".¹⁷⁴

Asimismo, Eduardo Couture especifica a la jurisdicción como "la función pública realizada por órganos competentes del Estado con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto

¹⁷³ Es un "cultivo" y desarrollo de facultades y otra con componentes no transmitidos genéticamente que dan a un conglomerado humano una característica que la distingue de otras similares y que se denomina identidad. Ver Claudio Malo, Derechos colectivos y Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/531/1/RAA-02-Malo-Cultura%20e%20interculturalidad.pdf>.

¹⁷⁴ Concepto de jurisdicción, La Jurisdicción en el Derecho chileno, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, recuperado de: http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_simple/0,1362,SCID%253D2557%2526ISID%253D210%2526PRT%253D2554,00.html.

de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".¹⁷⁵

Es decir, la jurisdicción es una potestad que emana del Estado, para juzgar y hacer cumplir lo juzgado. La Universidad de Chile, a partir de la definición de Couture¹⁷⁶ desprende los siguientes elementos:

El acto jurisdiccional contiene: forma, contenido y función. La forma o elementos externos del acto jurisdiccional lo constituyen: las partes, los jueces y el procedimiento establecido en la ley. El contenido estima la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción mediante una decisión basada en autoridad de cosa juzgada. La función es asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho. La competencia en cambio está definida como:

[...] la medida de dicha jurisdicción; esto es, el marco reducido, específico y concreto dentro del cual actúa cada juez. La competencia se determina por elementos como: (i) el territorio, generalmente el lugar del domicilio del demandado; (ii) las personas, como determinados funcionarios se los debe demandar ante las Cortes Provinciales o la Corte Nacional de Justicia; (iii) las materias, por ejemplo, civiles, penales, administrativas; y, (iv) los grados, que se refiere al lugar que ocupa el juzgador dentro del organigrama de la Función Judicial, por ejemplo, jueces de primera y segunda instancia.¹⁷⁷

En cuanto a la jurisdicción y competencia indígena podemos decir que se refiere aquella que ejecutaran las respectivas autoridades de los pueblos y comunidades indígenas.

La jurisdicción indígena está reconocida en el artículo 171 de la Constitución vigente que indica:

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

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

¹⁷⁵Ibíd.

¹⁷⁶Ibíd.

¹⁷⁷ Pérez, Bustamante & Ponce, "Jurisdicción y competencia en el Código Orgánico General de Procesos", recuperado de: <http://www.pbplaw.com/jurisdiccion-competencia-cogep/>.

coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.
(la negrita me corresponde)

El artículo 343 del COFJ al tratar el ámbito de la Jurisdicción indígena, contiene las mismas particularidades que el artículo 171 de la Constitución, pero resalta que el derecho consuetudinario tendrá como límite a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El artículo 345 del COFJ, trata sobre la declinación de competencia, cuando un juez remita un proceso a las autoridades de justicia indígena. En tal virtud, la autoridad indígena bajo juramento y a petición de esta pide conocer el caso, y debe someterse a esta autoridad. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días para demostrar sumariamente la pertinencia de tal invocación y aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

Por otro lado, el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), habla que para impugnar las decisiones de las autoridades indígenas en ejercicio de su jurisdicción cuando afecten los derechos constitucionales garantizados o por discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, pueden hacerlo ante la Corte Constitucional en el término de 20 días desde su conocimiento. Se observarán los principios determinados en esta materia, contemplados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, el COFJ y la ley.

En cuanto a estos artículos, podemos indicar que existen ciertos vacíos, que la Corte Constitucional ecuatoriana o la Asamblea Nacional deben precisar. Por ejemplo, el artículo 171 de la Constitución establece de forma imperativa que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, pero que pasaría en el caso que un indígena cometiera un delito fuera del territorio ancestral, o si en los territorios ancestrales se cometieran delitos por parte de mestizos o de otro origen cultural, en los cuales no fuera afectados los pueblos indígenas, o cuando realmente lo fueran. Otro caso, si los jueces ordinarios no declinan la competencia cuando realmente lo deberían de hacer ¿cuál sería su sanción?

Por otra parte, la Corte Constitucional ecuatoriana para el periodo de transición en su Sentencia N°.0008-09-SAN-CC especifica parámetros para identificar a los pueblos

indígenas, conforme consta de la letra b) del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, que señala como pueblos indígenas a aquéllos que desciendan de “poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecían el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

En contraste con la realidad ecuatoriana, en Colombia, las autoridades indígenas, también cuentan con potestades de administrar justicia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, y del análisis del artículo 246 de su Constitución, se determina que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas es únicamente un derecho, radicado en la autonomía de los pueblos indígenas que les permite decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones. En el caso que no decidan conocer una causa, no están incurriendo en la denegación de justicia, simplemente están ejerciendo su derecho. De la misma forma, en el caso que decidan asumir tal conocimiento sus decisiones tendrán igual valor a las decisiones de los jueces ordinarios, basada en la especificidad cultural de cada pueblo, dentro del territorio a personas de pertenencia étnica.¹⁷⁸

En la jurisprudencia colombiana emitida por la Corte Constitucional, encontramos algunos parámetros interesantes. Nos habla acerca del fuero indígena que sería el derecho de los pueblos indígenas a ser juzgados por sus propias autoridades, sus normas y procedimientos de la comunidad a la cual pertenecen. Debe existir una comunidad indígena que realmente reúna las características para ser considerada como tal. Por lo tanto, se da su reconocimiento gubernamental o material. Además, la persona debe tener el sentido de pertenencia a una comunidad indígena, vivir según sus costumbres y usos. Para tal comprobación también se revisa el registro de comuneros, pruebas testimoniales, e incluso se acude a peritajes antropológicos sobre la relación de pertenencia del sujeto a la comunidad. El acto debe cometerse en el territorio de la comunidad y en caso de no estar en dicha circunscripción se debe analizar “la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece”.

¹⁷⁸ Esther Sánchez y Isabel Jaramillo, *La Jurisprudencia Especial Indígena*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000), 47-48.

Si el sujeto pasivo no es miembro de la comunidad indígena, se prioriza que sea juzgado por la justicia ordinaria, sin olvidar las medidas que podría tomar la comunidad.¹⁷⁹

Actualmente, la Corte colombiana ha manifestado que para que exista una verdadera jurisdicción indígena:

Se requiere que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia del caso y, la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley.¹⁸⁰

En conclusión, en Ecuador podemos decir que la jurisdicción indígena es un derecho y una función,¹⁸¹ por lo tanto, las autoridades indígenas tienen la obligación de conocer y resolver los casos en cuanto a personas indígenas se trate. Por otro lado, los jueces ordinarios estarían en la obligación de declinar competencia cuando se reúna las condiciones. Las autoridades indígenas deberían resolver los casos que les correspondan de conformidad con las particularidades de cada pueblo, costumbres y tradiciones, sin violar la Constitución, ni los derechos humanos. Comprendiendo que mediante la ejecución de dicha función constituye otros de sus derechos fundamentales.

Al concluir este capítulo se puede evidenciar que el derecho indígena tiene plena validez y vigencia, el Ecuador con la Constitución del 2008 confirió algunos derechos a los pueblos y comunidades indígenas, siendo los más trascendentes el reconocimiento a su derecho propio, identidad y de autodeterminación, garantizando la diversidad cultural, permitiendo la práctica de sus costumbres, tradiciones y sobre todo se los reconoce como parte del Estado ecuatoriano con sus disimilitudes. Por consiguiente, se reconoce los sistemas jurídicos de cada comunidad y pueblo indígena con sus particularidades, derechos, instituciones que responden a determinados principios aceptados tanto por la legislación nacional como internacional, otorgándoles jurisdicción y competencia por ente status en el

¹⁷⁹ Laura Giraudo, *Derechos, costumbre y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 167-169.

¹⁸⁰ Sentencia T-009/07, 19.01.07, y Sentencia T-778/05, 27.07.05. Ver Laura Giraudo, *Derechos, costumbre y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 168-169.

¹⁸¹ Se puede manifestar aquello como conclusión de lo indicado anteriormente.

ordenamiento jurídico nacional, configurando al llamado pluralismo jurídico, confirmando de esta manera la interculturalidad pilares fundamentales del Estado plurinacional.

CAPÍTULO II

Afectaciones frente a la prohibición de la administración de justicia indígena en delitos contra la vida: una mirada a la justicia de la Comunidad de Quilloac

La Constitución del Ecuador reconoció en su artículo 171 la jurisdicción a la administración indígena, sin embargo, en la Sentencia No. 113-14-SEP-CC caso “La Cocha”, emitida por la Corte Constitucional, limitó dicha potestad, en los casos relacionados con delitos contra la vida.

El presente capítulo pretende dar un acercamiento a las consecuencias que trae consigo esta limitación para la justicia indígena. Se busca demostrar que la pérdida de tal potestad afecta a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas, atentando así, a los principios de interculturalidad y plurinacionalidad del Estado, pues, al limitar el derecho propio de las comunidades, se perjudica a todos los derechos que los amparan, como lo veremos a continuación.

Para cumplir esta finalidad, se dará a conocer la importancia de la Corte Constitucional, así como su papel en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se analizará las consecuencias de la sentencia La Cocha para los derechos de los pueblos y comunidades indígenas como al modelo de Estado plurinacional.

Finalmente, se examinará aspectos importantes como procedimiento, principios y autoridades indígenas para establecer que la administración de su justicia cuenta con principios ancestrales transmitidos por generaciones, demostrando su institucionalización, al igual que la aplicación de su justicia no es al azar, sino que sigue un orden y cuenta con actos que guardan relación con sus costumbres, tradiciones, hábitos y cosmovisión, revelando que desde su visión cumplen con los parámetros de un debido proceso y los derechos humanos.

Sobre todo, se analizará los principios de la justicia indígena los cuales serán contrastados con los que rigen a la justicia ordinaria para un proceso debido, demostrando que ambos buscan resguardar un debido proceso como los derechos que asisten a las personas, pero en la práctica la justicia indígena tiene un mayor nivel de eficacia para sus miembros y resuelve los problemas que en ella se presentan. Cabe destacar que esta última parte de la investigación pretende dibujar con mayor claridad las implicaciones de dicha restricción por parte de la Corte Constitucional. Además,

dichos argumentos se apoyan en una indagación cuantitativa y cualitativa en la comunidad de Quilloac del cantón Cañar, confirmando que la justicia indígena satisface las expectativas sociales de su población, pues es parte integral de la vida comunitaria.

2.1.- Importancia y rol de la norma suprema en el ordenamiento jurídico frente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana

La Constitución es considerada como la máxima expresión de la soberanía popular, la norma que ordena y delimita los poderes del Estado y de la sociedad, la fuente primaria de las libertades y derechos de las personas.¹⁸² Como sabemos es la máxima norma, a la cual todo el ordenamiento jurídico se debe.

El artículo 424 de la Carta Constitucional estipula que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. En sí, es la premisa mayor sobre la cual se derivan todas las decisiones jurídicas. Sin lugar a duda, es la fuente de validez de cualquier acto realizado por el Estado. En concordancia con lo manifestado, Javier Pérez Rollo manifiesta:

[...]por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que, directa o indirectamente, todas las fuentes del derecho pueden ser referidas a una norma única.¹⁸³

En síntesis, la Constitución de 2008 es la encargada de establecer los parámetros o reglas de juego para cualquier acto de poder público y privado de la sociedad. Los jueces no cuentan con un cronograma, que establezca los pasos exactos para resolver un caso, únicamente cuenta con una guía de ruta, en la cual su norte es la Constitución y los derechos humanos.

Por otro lado, Marcos del Rosario manifiesta que la Constitución es suprema según la forma y la materia. La primera ordena la validez de todo un sistema jurídico establece un procedimiento dificultoso para su reforma, así como los criterios para la creación de

¹⁸² Gustavo Medinaceli, *La aplicación directa de la Constitución*, (Quito: Corporación Editorial Nacional, 2013), 13, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3836/1/SM134-Medinaceli-La%20aplicacion.pdf>.

¹⁸³ Javier Pérez, *Curso de Derecho Constitucional*, (Madrid: Marcial Pons, 2010), 39.

otra norma. En sentido material¹⁸⁴ en ella están los valores y principios fundamentales que rigen a una organización político social y universales e inherentes a la persona o a sujetos de derecho que en ella se reconocen.¹⁸⁵ El carácter material de la Constitución también permite observarla como norma de directa aplicación, de eficacia inmediata, y obliga a la constitucionalización del ordenamiento jurídico y de los actos públicos y privados.

Al surgir la Constitución, como norma suprema los actos del poder político dentro del Estado se deben sujetar a los contenidos y límites previstos por ella y su fin último es garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales y humanos de los individuos.¹⁸⁶

Además, la consolidación de la Constitución como factor supremo se dio con el sistema jurídico emergido y se adecuó a ella, y el proceso culminó con la legitimación de la Carta Constitucionalidad como asimiladora de valores y principios fundamentales de la sociedad. La Constitución es contenedora de principios y valores a favor de los derechos fundamentales. La Constitución funda a todo el sistema jurídico. Es por ello, al ser la fuente de toda la estructura normativa, surgió la visión jerárquica del derecho. Toda norma jurídica se encuentra inmersa en una relación jerárquica donde cada regla guarda un orden de prelación tanto de forma ascendente como descendente.¹⁸⁷

El reconocimiento de los derechos fundamentales y la división de poderes¹⁸⁸ han sido rasgos esenciales del constitucionalismo moderno. El Estado de derecho constitucional se desarrolló sobre la base de soberanía. Los principios y valores supremos de una sociedad determinada son recogidos por el constituyente. El consentimiento popular y la forma que el pueblo ha decidido organizarse está plasmada en la Constitución como un documento de naturaleza contractual¹⁸⁹

Al mismo tiempo, Marcos del Rosario declara, que los principios y valores contenidos en una Constitución son factores de índole axiológico y material, consecuencia de un

¹⁸⁴ El carácter material de la Constitución también permite observarla como norma de directa aplicación, de eficacia inmediata, y obliga a la constitucionalización del ordenamiento jurídico y de los actos públicos y privados.

¹⁸⁵ Marcos del Rosario, “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”. (Colombia: Díkaion, 2011), recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v20n1/v20n1a06.pdf>.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ No se debe olvidar que la actual Constitución ecuatoriana reconoce, por lo menos en abstracto, a todos los derechos como fundamentales o de igual jerarquía lo que obliga al Estado a generar acciones positivas para su cristalización.

¹⁸⁹ Marcos del Rosario, “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”. (Colombia: Díkaion, 2011), recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v20n1/v20n1a06.pdf>.

ejercicio soberano legitimador que forjó una estructura normativa solvente y superior. En este sentido, estos factores constituyen la razón de ser de la Constitución, pues son aspectos adheridos e inherentes a la voluntad popular. En otras palabras “Los derechos humanos de algún modo restituyeron el valor material de la Constitución, fortaleciendo su fuerza normativa y fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados”.¹⁹⁰

Para precautelar el carácter formal y material de la Constitución, esta reconoce a la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución. Al vivir en un Estado constitucional de derechos y justicia social, las leyes deben desarrollar los derechos constitucionales y garantizarlos, podrá ser una concreción o regulación de estos, los limitan, pero nunca los violan.

La Corte Constitucional en base a la interpretación jurídica y a la libertad de configuración legislativa,¹⁹¹ debe plantear parámetros normativos, concretar, desarrollar y regular.¹⁹² Tales artículos básicamente indican que los derechos son progresivos, que el Estado tendrá la responsabilidad de generar y garantizar condiciones para su reconocimiento y ejercicio. Sin embargo, esta actividad es escasa, a lo que Agustín Grijalva indica que una tarea urgente de la Corte Constitucional es contribuir al desarrollo jurisprudencial del contenido esencial de los derechos constitucionales. Además de la importante tarea de la aplicación directa como garantía del Derecho internacional sobre derechos humanos.¹⁹³

Agustín Grijalva, define al contenido esencial de los derechos como los elementos constitutivos de un derecho que lo hace jurídicamente existencial y reconocible, ya que sin este, perdería entidad o se trasformaría en otro derecho.¹⁹⁴ Sin embargo, al ver la relevancia del tema, el mismo autor nos indica que las resoluciones de la Corte Constitucional ecuatoriana, casi no abordan la tarea analítica de precisar o conocer

¹⁹⁰ Marcos del Rosario, “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”. (Colombia: Díkaion, 2011), recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v20n1/v20n1a06.pdf>.

¹⁹¹ Recordado que la Constitución también establece límites a la configuración legislativa.

¹⁹² En base al Artículo 11 numerales 8 manifiesta: el contenido de los derechos se desarrolle de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará condiciones necesarias para su reconocimiento y ejercicio. Y el numeral 4 indica: ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos, ni de las garantías constitucionales. Ver Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.PDF.

¹⁹³ Agustín Grijalva, *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, (Quito: Corporación Editorial Nacional, 2009), 279.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

jurídicamente los contenidos esenciales de los derechos que la Constitución establece. Tampoco se halla en la jurisprudencia el uso de métodos modernos de interpretación constitucional como la ponderación o los tests de razonabilidad y proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de las regulaciones a los derechos constitucionales creados mediante ley por el legislativo y el ejecutivo.¹⁹⁵

El artículo 436 numeral 6 de la Constitución vigente, claramente estipula que la Corte está en la obligación de emitir jurisprudencia vinculante en materia de garantías constitucionales. El desarrollo jurisprudencial de los derechos tiene como ventaja su nivel de concreción, respeta la dimensión comparativamente más abstracta y general en que opera el legislador.¹⁹⁶ Por tal razón, Grijalva indica que la Corte Constitucional debe respetar el contenido esencial de los derechos establecidos por el constituyente de Montecristi en su tarea de creación del derecho. La Corte es un órgano constituido por lo cual no debe ni puede sustituir las funciones del constituyente. Su rol es proteger esos contenidos esenciales frente al legislador y ejecutivo.

Así, las potestades instituidas por la Constitución política obtienen su validez y legitimidad del poder constituyente que crea la Carta Fundamental, y deben actuar dentro del marco jurídico político que fija la Constitución política, la que determina sus funciones y atribuciones, mismas que no pueden ser vulneradas por los órganos constituidos. Esta perspectiva fundamenta la supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos o instituidos por la Carta Fundamental.¹⁹⁷

A pesar de esta afirmación, Christian Masapanta, nos habla que, si bien la Constitución nace con la premisa “su permanencia en el tiempo”, al ser la norma constitucional la máxima expresión de la soberanía popular pues representa al poder constituyente originario, no pueden ser permanente en virtud que es el reflejo de una sociedad en evolución. Masapanta cita a Javier Pérez Royo para quien “el concepto de Constitución encuentra asidero en el proceso de modificación o reforma del texto constitucional, de tal forma que si una Constitución no permite su modificación o reforma no puede entenderse como tal.”¹⁹⁸ Pero, para que tal modificación se realice debe ser de la misma

¹⁹⁵ Ibíd.

¹⁹⁶ Ibíd., 280.

¹⁹⁷ Humberto Nogueira, Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la Teoría y la Práctica Constitucional, Revista Ius et Praxis, 2009, recuperado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100007

¹⁹⁸ Christian Masapanta, “Mutación de la Constitución en Ecuador: La Corte Constitucional como Constituyente Permanente”, 4, recuperado de: <http://observatoriojusticiaconstitucional.uasb.edu.ec/documents/62017/1734782/02-08->

forma como fue creada la norma inicial, a lo que Masapanta indica que en doctrina se llama “paralelismo de las formas”. Los órganos que realicen tal modificación al texto jurídico deben respetar el mismo procedimiento que se empleó para su producción originaria, parte del axioma jurídico de que en derecho “las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen”.¹⁹⁹

En tal virtud, afirma el autor que en la actualidad a las Cortes y Tribunales Constitucionales ya no solo se desenvuelven como legisladores negativos, “sino en aras de garantizar los derechos de las personas y en el caso ecuatoriano de la naturaleza, aquella tarea puede ir más allá y ejercitar verdaderos cambios al sentido material del derecho”,²⁰⁰ lo cual se ve expresado en la interpretación conforme a la Constitución, reflejadas en reglas jurisprudenciales, modificaciones no formales a su contenido, o mutaciones constitucionales.

En base al modelo estatal de “derechos” como de “justicia”, la Corte Constitucional es el principal guardián del texto constitucional, por tal motivo debe emprender un proceso de adaptación pragmática del contenido de la Constitución a las necesidades sociales preponderantes, y algunas veces este órgano será quien complemente el trabajo que pudo haber dejado pendiente el constituyente originario, “o a su vez modifica su contenido con el objeto de satisfacer de mejor forma el objetivo principal de este modelo de Estado como es la tutela y protección de los derechos constitucionales”.²⁰¹

Christian Masapanta citando a Karl Loewenstein, indica que las Constitucionales tienen un contenido irreductible que debe estar dentro de una democracia y que los elementos son: “a) división de poderes, b) cooperación de los diversos detentadores del poder “checks and balances”, c) principio democrático (electorado soberano), d) método racional de reforma constitucional, y, e) derechos y libertades fundamentales.”²⁰² Masapanta indica que si bien las mutaciones son un mecanismo necesario dentro de la

2017+Christian+Masapanta+-
+Mutaci%C3%B3n+de+la+Constituci%C3%B3n+del+Ecuador.+La+Corte+Constitucional+como+consti
tuyente+permanente/041666a9-8ddb-4fce-a12b-164d6bf17248?version=1.1&previewFileIndex=
¹⁹⁹ Christian Masapanta, “Mutación de la Constitución en Ecuador: La Corte Constitucional como
Constituyente Permanente”, 4-5, recuperado de:
<http://observatoriojusticiainstitucional.uasb.edu.ec/documents/62017/1734782/02-08-2017+Christian+Masapanta+-+Mutaci%C3%B3n+de+la+Constituci%C3%B3n+del+Ecuador.+La+Corte+Constitucional+como+consti+uyente+permanente/041666a9-8ddb-4fce-a12b-164d6bf17248?version=1.1&previewFileIndex=>

²⁰⁰ Ibíd.

²⁰¹ Ibíd.

²⁰² Ibíd.

dinámica social, las mismas deben tener limitaciones y acatar el núcleo duro de las Constituciones, que sería el respeto de los derechos y garantías reconocidas constitucionalmente (mínimo irreductible de una Constitución) y la estructura fundamental del ente estatal. Si se atenta a estos elementos centrales, no tendrá cabida una mutación constitucional vía hermenéutica, los cambios serían inconstitucionales, y por lo tanto, inválidos.²⁰³

En tal virtud, Pulido manifiesta que la decisión de la Corte es una lectura del texto de la constitución, efectuada a la luz de las circunstancias del caso concreto, con limitaciones de tiempo y de conocimientos por jueces inmersos en la sociedad poseedores de una visión política de la misma. Además, Pulido nos dice, que no olvidemos que el valor de cosa juzgada de las sentencias no implica un tributo a la verdad o a la plausibilidad. Pero en sí, todos los pronunciamientos de la Corte deben ser aceptados racionalmente, para el conjunto de sus interlocutores.

Los jueces tienen un rol activo de precisar e interpretar las disposiciones legislativas y constitucionales, los vacíos de las normas son llenados por reglas y principios desarrollados por la jurisprudencia.²⁰⁴

[...] el juez ha abandonado su tarea de aplicar la ley, sino el modo de hacerlo, de simple aplicador mecánico pasa a ser un operador crítico de la misma; es decir, al encontrarse sujeto a los derechos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales se encuentra facultado de suplir los vacíos legales y solucionar las contradicciones entre las normas legales mediante la interpretación orientada por los principios constitucionales para proteger el derecho, siempre y cuando no incurra en arbitrariedad.²⁰⁵

Natalia Bernal manifiesta que la creación de la jurisprudencia esta creada dentro del margen de la Constitución, los derechos fundamentales, la ley y la propia jurisprudencia. Al ser que la ley se perfecciona con la jurisprudencia y esta a su vez se limita por la Constitución, la dependencia recíproca garantiza que las fuentes del derecho sean complementarias y equivalentes, pues se necesitan.

²⁰³ Ibíd., 9-10.

²⁰⁴ Natalia Bernal, Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho Cuestiones Constitucionales, recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88527465012>.

²⁰⁵ Patricio Herrera, Jurisprudencia y precedente constitucional, Umbral, Debate y Reflexión, Teoría y práctica de interpretación constitucional, Revista de Derecho Constitucional, No 1, ene-jun, 2011, 74.

La Corte Constitucional puede tomar decisiones en base a criterios jurídicos. Pero ¿cuándo saber que una decisión está sustentada en una argumentación según el derecho?, Bernal Pulido, manifiesta que primero todas las decisiones deben ser fundamentadas en el orden jurídico, en tal virtud deben acudir a la metodología jurídica general, en especial a las teorías de la argumentación jurídica, para el diseño de criterios y estrategias para el control de la corrección de las sentencias judiciales y de las normas en general.

Bernal Pulido claramente indica que las decisiones deben ajustarse a las reglas de la argumentación jurídica, para que sean consideradas como racionalmente aceptadas por los auditorios de la Corte Constitucional. Pulido, cita a Atienza, quien indica:

Una decisión es racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, así como los principios de la racionalidad práctica: consistencia, eficacia, coherencia, generalización y sinceridad, si se utiliza sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante, y si no se adopta sobre la base de criterio éticos políticos, no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico.²⁰⁶

Pulido nos indica que no dejaría de lado a la construcción de las reglas de argumentación, ni al examen de la jurisprudencia constitucional bajo su óptica, pues se trata de fundamentar, justificar, y limitar los cauces por los cuales discurre la praxis de la jurisdicción constitucional, para construir perspectivas de análisis y de crítica de esta. La teoría de la argumentación en el control de constitucionalidad de las leyes, la teoría de las disposiciones constitucionales y la teoría de los argumentos de interpretación constitucional deben cumplir este cometido.²⁰⁷

Sin olvidar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano considera no eludir las fuentes del derecho vinculante, implica observar tanto el bloque de constitucionalidad, como los principios de interpretación de los derechos: la prohibición de regresividad, el mandato de progresividad, igual jerarquía, el principio pro persona y la dignidad humana, entre otros. En Ecuador los tratados de derechos humanos ocupan un lugar destacado, que debe acatar el Estado.²⁰⁸

²⁰⁶ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales, (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005), 50.

²⁰⁷ Carlos Bernal Pulido, 51.

²⁰⁸ Danilo Caicedo, *El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución*, en Universidad Andina Simón Bolívar, *FORO Revista de Derecho* No. 12. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2009.), 15, recuperado de:

En el caso de los estándares del derecho internacional, la Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, ha determinado que si un estado al ratificar o adherirse al Convenio, no cumple con el mismo esto genera responsabilidad del Estado:

[...] la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto a individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.²⁰⁹

La jurisprudencia realizada por el ex Tribunal Constitucional ecuatoriana determinó, que, si se suscribía un tratado sobre derechos humanos, el Estado tenía la obligación de cumplirlo en todas sus disposiciones y que los jueces en un caso concreto deben interpretarlo obligatoriamente y dichas normas darles eficacia vinculante, y no pueden alegar que tal derecho no está reconocido expresamente en su ordenamiento jurídico.

[...] Al suscribir un país un tratado sobre derechos humanos se compromete a respetar y a garantizar su ejercicio. Esta obligación supone que, en primer término, las disposiciones del derecho interno de un país no pueden contrariar a lo dispuesto en los tratados y, además, que los Estados no pueden argumentar que ese derecho no está reconocido expresamente en sus ordenamientos jurídicos; [...]. La suscripción implica el compromiso de los Estados de cumplir con todas estas disposiciones y que los jueces, en un caso concreto, deban fallar interpretando obligatoriamente estas normas y dándolas además una eficacia vinculante.²¹⁰

De la misma manera, indica que el derecho internacional crea una relación dialéctica con el derecho interno, este último debe garantizar el cumplimiento a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, que sean necesarias y eficaces, mientras que el derecho internacional a través de distintas técnicas, fiscaliza el accionar

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>, consulta realizada 18 de agosto de 2017.

²⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 14 (OC-14/94). En: Danilo Caicedo, El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución, en Universidad Andina Simón Bolívar, FORO Revista de Derecho No. 12. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2009.), 15, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>, consulta realizada 19 de agosto de 2017.

²¹⁰ Resolución 0035-2006-TC, Tribunal Constitucional, R.O. 114-S, 27-VI-2007 En: Danilo Caicedo, El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución, en Universidad Andina Simón Bolívar, FORO Revista de Derecho No. 12. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2009.), 16, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>, consulta realizada 19 de agosto de 2017.

estatal en relación con las obligaciones internacionales, como informes periódicos, procedimientos confidenciales, entre otros.²¹¹

En cuanto al principio pro persona se determina una búsqueda de la interpretación y aplicación de normas que lleve a la protección eficaz de las personas, atendiendo al mismo tiempo a la naturaleza específica de los derechos humanos, optando por la construcción e interpretación más extensivas de los derechos y más reducida de sus limitaciones.²¹²

En consecuencia, los jueces tienen una actividad creativa y dinámica, para proteger la Constitución,²¹³ por ende, la jurisprudencia siempre tendrá como principal limitante la Constitución, convenios y tratados internacionales y la protección de derechos fundamentales y humanos.

2.2.- Restricción de la administración de justicia indígena en delitos contra la vida: análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana.

La Constitución es un texto vivo, y dinámico que representa las realidades sociales estableciendo al juez como su guardián, el cual es un sujeto fiable en su posición institucional.²¹⁴ Por otro lado, “el desarrollo jurisprudencial se rige como una función creativa que perfecciona el sistema jurídico y da vida a algunas instituciones y derechos que en su gran mayoría son preceptos normativos”.²¹⁵ La Corte Constitucional tiene como misión ejecutar o viabilizar los valores, principios y normas constitucionales mediante las distintas atribuciones establecidas en la Constitución.

²¹¹ Ariel Dulitzky, La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, recuperado de: http://www.robertexto.com/archivo15/aplic_der_humanos.htm.

²¹² Ximena Medellín, Principio Pro Persona, (México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación - Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013), 25-27, recuperado de: http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/1-Principio_pro-persona.pdf.

²¹³ Un caso que nos ayuda a fundamentar a que la jurisprudencia es fuente directa del derecho es lo sucedido en Alemania. En un análisis profundo realizado por el profesor Fromont, las sentencias proferidas por la Corte Constitucional Alemana cambian según las circunstancias y el tiempo. Donde se modifica y evoluciona la jurisprudencia en materia de protección de derechos fundamentales teniendo en cuenta circunstancias del hecho, pues estaría cambiando la legislación que viola la Constitución en un plazo determinado.

²¹⁴ Gargarella, Roberto, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, en Perspectivas constitucionales (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 33, en Alfredo Ruiz, Pamela Aguirre, Dayana, Ed, Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional, noviembre 2012- Noviembre 2015, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016).

²¹⁵ Ibid.,21.

El artículo 436 número 6 de la Carta Constitucional indica que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es fuente generadora de derecho objetivo, por lo que sus resoluciones están dotadas de fuerza vinculante más allá del caso concreto. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se ha delineado parámetros interculturales de necesaria aplicación en casos que involucren a personas o colectivos indígenas, goza de fuerza inercial vertical mediante la cual todas las juezas y jueces están obligados a respetar el precedente emitido por la Corte, así como de fuerza inercial horizontal en tanto la propia Corte queda sujeta a sus resoluciones.²¹⁶

Ahora bien, la Corte Constitucional para el período de transición en su Sentencia N° 0027-09-AN, emitida el 9 de diciembre de 2009 sustenta los principios contenidos en el Convenio N° 169, estableciendo que, en todos los casos que involucren a individuos o colectividades indígenas se aplicarán los siguientes parámetros:²¹⁷

Continuidad histórica: consta en el pronunciamiento de la Corte Constitucional para el período de transición, en la Sentencia N°.0008-09-SAN-CC, este parámetro es fundamental para analizar casos que involucren a pueblos originarios a partir del principio de continuidad histórica, según el cual dichos pueblos a pesar del proceso de colonización conservan su identidad cultural propia como una estructura perfectamente diferenciada de la matriz cultural mayoritaria. En tal razón, los pueblos y nacionalidades indígenas en el transcurso del tiempo y dentro de su territorio ancestral, han practicado y practican aún sus costumbres, tradiciones, normas, organizaciones socio-políticas, nociones filosóficas, lengua y autogobierno comunitario.

Diversidad cultural: la Corte Constitucional para el período de transición, señaló en la Sentencia N°. 008-09- SAN-CC la importancia del principio de diversidad cultural cuyo objeto es esencialmente el respeto y el reconocimiento de las distintas identidades culturales que coexisten dentro del Estado-nación, es decir, este principio constituye la base fundamental de los atributos de plurinacionalidad e interculturalidad. Tiene este

²¹⁶ Secretaría Técnica Jurisdiccional, La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en: Umbral, Pluralismo Jurídico, Revista de Derecho Constitucional, No 4, Tomo II, jun-dic, 2014, 170.

²¹⁷ *Ibíd.*, 176-178.

principio en consideración la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional, procurando alcanzar el auténtico sentido de la interculturalidad que refiere las relaciones armónicas entre los distintos grupos étnico-culturales que coexisten en un mismo espacio territorial.

Lo cual estaría relacionado con el principio de diversidad del artículo 344 del COFJ literal a) toma en cuenta al derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, para garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural.

Interculturalidad: la Sentencia N° 008-09-SAN-CC, señala la necesidad de establecer dentro de todo el proceso que involucre a personas o colectividades indígenas, un diálogo epistémico entre las diversas culturas a partir de una situación de igualdad. Desde este punto de vista, dicho diálogo debe procurar la conciliación de los principios fundamentales propios de los sistemas de valores de cada cultura, es decir, este principio comporta una relación de correspondencia entre las diferentes posiciones culturales evitando que la perspectiva hegemónica transgreda la necesaria situación de igualdad. Como corolario de lo anotado, debe mencionarse que el principio de interculturalidad comprende el reconocimiento de que todas las civilizaciones o culturas poseen principios básicos que deben ser respetados por parte de los otros grupos étnicos culturales y que en tanto coexisten dentro de un mismo Estado deben procurar una interrelación armónica que permita a los unos aprender de los otros.

En concordancia con lo manifestado el artículo 344 literal b) del COFJ manifiesta: “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, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena”.

Interpretación intercultural: el pronunciamiento de la Corte Constitucional para el período de transición hace mención la obligatoriedad de poner en marcha una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas. Una de

las cuestiones que plantea la interpretación intercultural comporta la interpretación de las normas jurídicas en el marco de un Estado con pluralismo jurídico sobre la base del reconocimiento de diferentes funciones y fines sociales de las distintas normas jurídicas en cada contexto socio-cultural. Así, el principio de interpretación intercultural sugiere la posibilidad de utilizar de manera estratégica los recursos del derecho consuetudinario para asegurar la función de justicia para el sujeto o colectivo indígena, considerando las diferencias culturales y buscando conciliar estas con la cultura hegemónica a la que responde el derecho estatal, lo mencionado está relacionado con el artículo 344 del COFJ literal e).

Interpretación intercultural. - En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Y el mismo cuerpo normativo en el artículo 24 al tratar del principio de Interculturalidad manifiesta enfáticamente que los servidores y servidoras de justicia busquen el verdadero sentido de la norma para aplicar de conformidad a la cultura propia del participante.

A esto cabe añadir los principios del COFJ artículo 344 del literal c) Non bis in ídem trata sobre las decisiones de las autoridades indígenas no podrán ser revisadas por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa, sin perjuicio del control constitucional. Y el literal d) Pro jurisdicción indígena. En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última.

Además, el artículo 346 del mismo cuerpo normativo, habla sobre la promoción de la justicia intercultural. El cual manifiesta que el Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Es decir, se buscará trabajar y coordinar respetando el derecho de los pueblos y comunidades indígenas.

2.2.3.- Sentencia “La Cocha de 2014” emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana

La Corte Constitucional ecuatoriana como máximo órgano de interpretación de la Constitución y su fiel guardián emitió la siguiente sentencia que va a ser analizada desde la perspectiva de dicha Corte, así como desde los principios de interculturalidad, diversidad cultural y el propio criterio de los pueblos y comunidades indígenas.

La presente sentencia sentó precedente indicando que la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del Sistema de Derecho Penal Ordinario. En los casos penales que estén involucrados ciudadanos indígenas se aplicará lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. Y la administración de justicia indígena conservará su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se produzcan entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

El presente caso se desarrolló en la Parroquia Zumbahua, Cantón Pujulí, Provincia de Cotopaxi al acontecer la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, miembro de la Comunidad Indígena de La Cocha. Las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha, por petición de los familiares de la víctima y de las autoridades de Guantopolo, asumen el juzgamiento del caso y se instalan en Asamblea General. En la etapa de investigación se determinó que Iván Candaleja Quishpe, Wilson Ramiro Chaluiza Umajinjinga, Klever Fernando Chaluiza Umajinga, Flavio Hernán Candaleja Quishpe (en adelante Iván Candaleja Quishpe y otros) son identificados como “coautores” de la muerte de Maraco Antonio Olivo Pallo, se identificó a Manuel Orlando Quishpe como “autor material”, recibiendo su respectiva sanción por parte de la comunidad, al igual que los demás implicados. La decisión generó reacciones por parte de los medios de comunicación y la sociedad ecuatoriana, por lo que el Fiscal General del Estado, el Ministro de Gobierno y Policial pretendieron ingresar arbitrariamente a la comunidad, para interferir con la justicia indígena, y el Ministro de Justicia solicitó que se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas, quienes fueron apresados y posteriormente liberados.

De ahí que, Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del Sr. Marco Olivo Pallo, presentó una acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de justicia indígena

que se tomaron dentro de las comunidades de La Cocha y Guantopolo, para reafirmar la actuación legal y legítima de los jueces comunitarios en este caso. La Corte acepta tal petición y “emite una sentencia con criterio sesgado y racista, pero, sobre todo, le otorga carácter vinculante y de norma general”.²¹⁸

La Corte básicamente planteó dos problemas jurídicos: 1.- si las autoridades indígenas resolvieron el caso bajo los parámetros de la Constitución y la protección de los derechos humanos. Y 2.- Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la Comunidad Indígena implicada en el proceso de juzgamiento.

Respecto al primer cuestionamiento, la Corte indica que las características de la plurinacionalidad e interculturalidad no contradicen el concepto de Estado unitario, sino el concepto de Estado homogéneo; esto es, reconoce una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la aceptación de minorías históricamente discriminadas. Concluye que la autoridad competente en el presente caso es la Asamblea General y/o Comunal, que ostenta una naturaleza colectiva. En base, a los peritajes realizados en la sustanciación de la causa, quedó materialmente demostrado que la Comunidad donde se ejecutó el proceso de juzgamiento indígena cuenta con un procedimiento preestablecido, con normas previas, claras y públicas conocidas y respetadas por la Comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas.²¹⁹

Como resultado, la propia Corte indicó que la Asamblea General Comunitaria de La Cocha no ha vulnerado derechos constitucionales, en el ejercicio de la administración de justicia indígena ya que era competente para aclarar problemas internos, por lo tanto, resolvió la muerte de Olivo 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.”²²⁰

²¹⁸ Petición caso La Cocha ante la Comisión Interamericana de derechos humanos Organización de Estados Americanos, OEA, Washington, D.C., 20.006, USA, Quito 30 de enero de 2014, por parte La Confederación de Nacionalidades indígenas del Ecuador, representada por su presidente Jorge Herrera Morocho en calidad de víctima directa y la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH representada por su presidenta Lcda. Beatriz Villarreal Tobar.

²¹⁹ Daniel Dorado, Ficha de Análisis de la Sentencia, Caso La Cocha, Observatorio Justicia Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, recuperado de: <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/973742/Caso+La+Cocho+%28An%C3%A1lisis+1%29/ebaa46c7-9834-40cb-bf7f-e18ec1afa054>

²²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, caso NO. 0731-10-EP, Juez Ponente Patricio Pazmiño.

Con referencia al segundo problema jurídico: Las autoridades públicas ecuatorianas acataron el proceso de juzgamiento en examen de la Comunidad Indígena implicada, a lo cual se puede decir, que no.

La Corte indicó que la Asamblea General era la competente para conocer un problema interno, sus autoridades tenían funciones jurisdiccionales, y resolvieron conforme a la Constitución y los Convenios sobre derechos humanos. Sobre todo, los familiares del fallecido acudieron a sus autoridades para que resolvieran el caso. Así pues, en la propia resolución encontramos que el padre de Quishpe solicitó a la Comunidad que este caso resuelva sus autoridades.²²¹ Entonces la pregunta es ¿por qué intervino la justicia ordinaria?

Según la Corte indicó, actuó el Ministerio Público y la justicia penal ordinaria bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que la Corte declaró que no se ha configurado el *non bis in ídem*.

La Corte Constitucional ecuatoriana en base al artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida. Constitucionalmente la vida se encuentra protegida en un ámbito positivo como derecho inherente de toda persona y a su vez como una obligación de la sociedad y en particular del Estado, que es el encargado de garantizarla y protegerla frente a cualquier posible amenaza. El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que todo “individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” La doctrina y la jurisprudencia internacional indica que la protección jurídica de la vida implica dos dimensiones: la primera, una dimensión negativa mediante la cual el Estado tiene la prohibición de atentar contra la vida de las personas; y la segunda, una dimensión positiva que obliga a los poderes públicos a establecer un sistema de protección que sancione cualquier agresión a la vida con independencia de su origen público o privado y sin distinción respecto de los involucrados. El respeto de la vida se deriva de la obligación más general de reconocer a todo ser humano un valor

²²¹ Caso Muerte del joven Marco Antonio Olivo Pallo, Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 174.

intrínseco y el derecho a la vida se desprende del derecho/deber más general de la persona de realizar un proyecto vital de libertad.²²² Lo que está íntimamente relacionado con la facultad de los miembros indígenas a ejercer todos sus derechos colectivos, entre ellos su derecho propio.

En cuanto al principio non bis in ídem que también está relacionado en el presente caso, establece el derecho a los poderes públicos de no poder castigar dos veces las infracciones en las que se aprecie identidad de sujeto, hecho y protejan un mismo bien jurídico. Lo que se busca es evitar una doble sanción, proceso y sanción desproporcionada a un mismo sujeto por un mismo hecho.²²³

El artículo 76, numeral 7, literal i, al hablar de los derechos de protección se señala que “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”. Lo cual complementa lo establecido por el segundo párrafo del artículo 171 que reza así: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”.²²⁴

En este caso, la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo de la comunidad La Cocha, fue resuelto en base a su cosmovisión plenamente reconocida, pues él era un miembro de una comunidad indígena. La Asamblea General de la comunidad La Cocha, después de debates ante lo ocurrido, adoptó lo siguiente: aplicar la justicia indígena al sr. Orlado Quishpe como actor principal de la muerte de Olivo, de conformidad con el artículo 171 de la Constitución y el artículo 343 del COFJ, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios determinan: que debe dar una vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra desnudo, pedir perdón a los familiares y a la Asamblea, baño de agua fría con ortiga en un lapso de 40 minutos, en presencia de toda la comunidad, seguido de consejos por parte de los dirigentes, cumpliendo a cabalidad su sanación. Además, se lo designó a trabajar en la Comunidad por 5 años, y a indemnizar a la madre con la cantidad de \$1750.²²⁵

²²² Omar Huertas y otros, *El Derecho a la Vida en la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (Colombia: Editorial: IBAÑEZ, 2007), 61-89.

²²³ Paula Ramírez, El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del Estado de derecho. Aspectos esenciales de su configuración, Universidad Católica de Colombia, 108-109, recuperado de: http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyweb/files/105_16227_el-principio-del-non-bis-in-adem.pdf

²²⁴ Fernando García, La Justicia Indígena como espacio de Protección de los Derechos Individuales y los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas. En Eddie Condor, Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina, (Bolivia: Garza Azul, 2011, 47, recuperado de: <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54332.pdf>

²²⁵ Caso Muerte del joven Marco Antonio Olivo Pallo, Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 174-175.

Sin embargo, la justicia ordinaria intervino, porque a su consideración tal acontecimiento (muerte de Olivo) no se decidió de la manera adecuada. Pues, la comunidad indígena lo resolvió en base al grado de afectación a su comunidad y la justicia ordinaria manifiesta que se lo debe sentenciar respecto de la afectación al bien jurídica vida, como fin en sí mismo. Pero, sin lugar a duda, son personas de nacionalidad indígena sancionadas desde la cosmovisión o perspectiva de su pueblo y desde la visión de la justicia ordinaria. Es decir, fueron sancionadas dos veces, desde dos perspectivas diferentes. A la vez se daría una sanción desproporcional, primero por recibir doble sanción y segundo porque su forma de vida, su pensamiento y cultura son diferente a la occidental, quedando de lado los artículos 76, numeral 7, literal i, y 171 segundo párrafo de la Constitución vigente.²²⁶

Los problemas en sí de esta Sentencia son: **1** el derecho legítimo de resguardar la vida por parte del estado, y **2** los derechos de los pueblos indígenas a resolver jurídicamente sus delitos. Si bien el Estado es el encargado de garantizar el derecho a la vida, también lo es de garantizar el pleno goce de todos los demás derechos, pero en sí, el problema de fondo es que el derecho penal no es eficaz, solo sanciona, y muchas veces no logra ni siquiera reparar de forma integral el daño. Su fin último es sancionar la responsabilidad del individuo en el cometimiento de determinados actos, y que sea sancionado por tal proceder.

La interpretación de la Corte Constitucional ecuatoriana en cuanto a la vida es muy simple, pues en la actualidad se la relaciona con la dignidad humana y el ejercicio de otros derechos. El derecho a la vida no puede ser considerado como la sola existencia de la persona, pues coexiste con otros derechos fundamentales, sin ellos como diría la propia Corte Interamericana no se podría hablar de vida²²⁷. Por lo

²²⁶ Artículo 76, numeral 7 literal i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. Artículo 171 segundo párrafo. - 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. Ver Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.PDF.

²²⁷ La CIDH define a la vida: “El derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de los demás derechos.”. Ver Omar Huertas y otros, El Derecho a la Vida en la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Colombia: Editorial: IBAÑEZ, 2007), 68.

tanto, la Corte Constitucional ecuatoriana, debía precautelar la vida como *conditio sine qua non* para el goce de los demás derechos, y no como simple existencia de la persona.

[...]la justicia ordinaria no ha solucionado, y hay casos que están pendientes, 10, 15, 20 años, sin solución, han mandado a la cárcel desde la otra lógica es que todos cometen errores, todos tienen que estar en la cárcel, y la cárcel no sirve de nada, salen perfeccionados en el robo, salen más delincuentes, no contribuyen en nada a la familia, la familia tiene que soportar por ejemplo que su hijo su esposo o alguien que ha cometido un delito, algo este 15, 20 años en la cárcel, ellos constituyen una carga que deben ir a buscar abogados, tienen que ir estar visitando, tienen que estar preocupados. En vez que ese señor este en la comunidad trabajando, viendo a sus hijos, cuidando y que también este haciendo algo beneficios para la otra familia que afectó.²²⁸

Es decir, la Corte tomó una decisión desacertar afectando tanto a principios como derechos esenciales e impuso su perspectiva.

Los señores jueces y juezas de la Corte limitan, en el sentido que las autoridades de la justicia indígena o de la jurisdicción indígena, solo pueden conocer, casos, pero otros casos no, dice la sentencia que todos los delitos que tenga que ver contra la vida, es decir muertes, queda de exclusiva facultad para los jueces y juezas de jurisdicción ordinaria. Es decir, ellos nos están limitando las facultades y las potestades que tienen las autoridades indígenas, es decir, no podrán conocer casos de muertes. Eso es violatorio a lo Constitución, yo he dicho a los jueces que es una violación a la Constitución, que ellos no están facultados para reformar, porque a medida que limitan las facultades, potestades de la jurisdicción indígena están reformando la Constitución.²²⁹

Es así, que la CONAIE y la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), solicitaron a la Honorable Comisión Interamericana: que declare que el Estado de la República del Ecuador violó los derechos humanos de la CONAIE y sus miembros, reconocidos en los artículos 1.1. 4, 25 y 26 de la CADH²³⁰, y la reparación

²²⁸ Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac Licda. Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar-

²²⁹ Entrevista realizada a Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

²³⁰ Artículo 1.1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 4. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del

en forma integral a las víctimas. En el presente caso, la muerte de Olivo ya estaba resuelta e impuesta la sanción a los culpables por su comunidad en base a las tradiciones ancestrales. Sin embargo, el Estado a través de Fiscalía emprendió acciones negativas al iniciar una nueva investigación en vez de aplicar medidas afirmativas y reconocer la jurisdicción indígena, afectó derechos vigentes (25.2 literal a) como el cumplimiento de la decisión (25.2 literal c).²³¹

Por otro lado, indican que tal sentencia dinamita los derechos reconocidos a las autoridades indígenas pues la someten a la voluntad de la Justicia ordinaria, al manifestar que el Estado es el único encargado de conocer y resolver casos de muerte y sobre todo al declarar que los derechos de los pueblos indígenas como de las personas no son ilimitados. Además, desconoce a las autoridades indígenas pues declara que al ser un ente colectivo las decisiones no pueden ser atribuidas a persona o autoridad en particular, y como veremos más adelante esto afectaría a los principios de la justicia indígena. En consecuencia, en la práctica los jueces de la justicia ordinaria en base a esta sentencia niegan el recurso de declinación de competencia establecido en la COFJ, lo cual también fue corroborado por los jueces comunitarios de la comunidad de Quilloac. En tal virtud “afecta derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado”.²³² y con esto se

delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. Artículo 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Artículo 26.- Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf.

²³¹ Petición caso La Cocha ante la Comisión Interamericana de derechos humanos Organización de Estados Americanos, OEA, Washington, D.C., 20.006, USA, Quito 30 de enero de 2014, por parte La Confederación de Nacionalidades indígenas del Ecuador, representada por su presidente Jorge Herrera Morocho en calidad de víctima directa y la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH representada por su presidenta Lcda. Beatriz Villarreal Tobar.

²³² *Ibíd.*

vería afectado la coordinación entre las dos jurisdicciones que tanto proclama la Constitución como la COFJ, y la propia sentencia.

Las resoluciones de las autoridades indígenas son en base a sus costumbres y tradiciones ancestrales, por lo tanto, su procedimiento de purificación, sanación y sanción son ajenas a la visión occidental, al no entenderlas las “descalifica” tachándolas como “inhumanas”, “salvajes”, entre otros. Así también en el artículo 26 de CADH, y el artículo 14.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.” Con tal pronunciamiento la Corte Constitucional limita la competencia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en ejercer su jurisdicción en los casos que afecte a la vida, por lo que al someterse a la jurisdicción ordinaria y recibir una sanción distinta a las de sus costumbres y tradiciones ancestrales se vulnera el derecho a la cultura consagrado en los artículos 8 y 9 de del Convenio 169 de la OIT, y así el derecho a la vida se quebranta de las organizaciones indígenas y sus autoridades debido a que no reconoce su existencia, vulnerando el artículo 4 de la CADH. “La normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros”,²³³ por lo tanto sus derechos deben entenderse desde la perspectiva colectiva. Por consiguiente, al no respetarse el derecho a la vida todos los demás derechos se envanecen, al extinguirse su titular, pues tal derecho no solo consiste en ser privado arbitrariamente de la vida, sino también al no tener condiciones que permitan el acceso a una existencia digna.²³⁴

La Corte Constitucional ecuatoriana al emitir esta sentencia está olvidando derechos fundamentales del colectivo indígena provocando su desvanecimiento lento en el tiempo, pues al no poner en práctica su cultura , pensamiento, cosmovisión, su continuidad en el tiempo se interrumpe, y principios como la interculturalidad y el pluralismo jurídico no tienen cabida, pues no existe el intercambio de conocimiento ni la retroalimentación entre culturas, predominando sólo la sociedad hegemónica con sus

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid.

principios, valores, y normas como únicas y eficaces para todos, por lo tanto los pilares del Estado plurinacional, fueron derivados.

Finalmente, la Corte Constitucional ecuatoriana realiza su interpretación en base al artículo 11 numeral 8, y su potestad de interpretar y crear jurisprudencia. La actividad de la Corte es creativa, y como se vio anteriormente puede modificar el contenido de la Constitución, siempre y cuando no afecte: el mínimo irreductible (derechos y garantías constitucionalizadas), así como la voluntad del constituyente. Por ende, los derechos deben desarrollarse de manera progresiva y no regresiva como en el presente caso. Si ya se reconoció, los derechos de los pueblos y comunidades indígena y se estableció en la Constitución que se establecerá mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, y sobre todo con la Constitución de 2008, se legitimó la justicia indígena ¿cómo se puede limitar a la jurisdicción indígena en estos casos? La voluntad del constituyente de Montecristi fue crear un Estado plurinacional, reconociendo la diversidad, la unidad, la solidaridad e igualdad bajo un gobierno y una Constitución, tal pronunciamiento provoca un etnocidio cultural.

2.2.4 .- Sentencia Taromenane, Waorani emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana

A partir del caso La Cocha, la Corte Constitucional ecuatoriana sentenció otro acontecimiento controversial, el caso Taromenane, Waorani, desarrollado en Orellana. En esta provincia habitan dos nacionalidades indígenas: los waoranis y los taromenanes, En marzo de 2013, 17 waoranis, se internaron en la selva para vengar la muerte de la pareja de ancianos Ompure y Baganey, ocurrida días antes. Tras siete días de caminata los waoranis dieron venganza a la muerte de la pareja de ancianos y provocaron la pérdida de la vida de 20 a 30 taromenanes aproximadamente. En tal virtud, los waoranis fueron investigados por genocidio. Sus conflictos, sin embargo, tuvieron origen en 1993, por una mujer, que sirvió para determinar la existencia de los taromenanes, grupo con características distintas a los waoranis y los tagaeris (waorani que se negaron a ser evangelizados). Pues uno de los líderes tomó como mujer a una de las taromenanes, y por presión de su familia la devolvió para evitar problemas, sin embargo, los taromenanes mataron a su hijo y a otros miembros.²³⁵

²³⁵ José Olmos, Los waorani y taromenanes están en conflicto desde hace dos décadas, El Universo, lunes 8 de abril de 2013, recuperado de: <http://www.eluniverso.com/2013/04/08/1/1447/waorani-taromenanes-estan-conflicto-desde-hace-dos-decadas.html>, consulta realizada 25 de agosto de 2017

Fuimos a cumplir una promesa: a vengar por nuestros familiares muertos... No siento pena porque eran nuestros enemigos. A mi primo lo mataron, a un amigo le mataron a su papá, a otro waorani le asesinaron a su mamá. Es primera vez que nos vengamos...”, relató en junio del 2003 Tiri Omaca, uno de los guerreros.²³⁶

A partir de este contexto, la Corte Constitucional ecuatoriana emite la Sentencia No 004-14-SCN-CC, Caso No 0072-14-CN, tratándose de una consulta de norma sobre el contenido del artículo innumerado inserto antes del Artículo 441 del Código Penal, que prevé:

Artículo. - Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado:

1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinte años.

La Corte indica, que el factor que genera la consulta de norma por parte del juez consultante no es la constitucionalidad de la norma en sentido abstracto, sino los efectos de su aplicación dentro del caso concreto: ya que se analizará si se afecta o no derechos colectivos del pueblo waorani. Se insiste, en que no se trata de una interpretación legal de una norma penal, pues el juez consultante alega directamente una posible afectación a los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos de los investigados de la nacionalidad waorani, ya que los implicados son de nacionalidad indígena, por lo tanto, la interrogante implica dilucidar si es o no aplicable dicha norma del Código Penal.

En definitiva, la Corte Constitucional analiza si la norma penal vulnera derechos consagrados en el artículo 57 de la Constitución, o normas del Convenio 169 de la OIT, de la misma manera, si se afecta al principio de igualdad material y su relación con las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas como de los pueblos indígenas de reciente contacto.

A la primera conclusión que llegó la Corte, en cuanto a la aplicación de la norma penal, frente a un análisis de criterios de interculturalidad que recoge el presente caso, es la posible afectación al principio de diversidad étnica y cultural, por lo tanto a los

²³⁶Ibíd.

derechos colectivos reconocidos en la Constitución a los pueblos y nacionalidades indígenas, pues se estaría perjudicando a su identidad como pueblo originario, aislando a los miembros de la comunidad de su entorno social tradicional y generando una desvinculación con sus valores históricos y culturales propios.

La Corte consideró que la sanción de privación de libertad debe ser de *ultima ratio* dentro de la configuración del derecho penal hacia personas de pueblos y/o nacionalidades indígenas, pues no es el mecanismo idóneo para solucionar conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas o de reciente contacto. La Corte Constitucional determinó que los derechos de los pueblos indígenas no contactados o de reciente contacto, en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas, especialmente en materia penal, deben ser examinadas a partir de una interpretación intercultural.²³⁷

Por lo tanto, la norma sustantiva penal debe realizarse en atención a las circunstancias sociológicas de los pueblos que se encuentran en el conflicto penal y las circunstancias del hecho que se investiga. El juzgador debe tomar especial atención a las consideraciones jurídicas y socioculturales, para que la decisión sea respetuosa de los derechos constitucionales.²³⁸

En las etapas pre procesal, y procesal penal y de juzgamiento, se debe atender al enfoque plurinacional, teniendo en cuenta la cosmovisión de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas de conformidad con el artículo 171 de la Constitución. En mi opinión esto no es posible, ya que el derecho propio indígena es diferente al derecho occidental y como se analizará tiene otras instancias y parámetros para sancionar un delito, por así llamarlo. Es decir, no se trata de aplicar un enfoque intercultural, sino de la eficacia misma del derecho penal indígena frente a un grupo de reciente contacto. Como sabemos, el derecho penal ordinario se guía por principios ajenos a los de la justicia indígena, por lo cual no es factible, Curicama afirma que el derecho ordinario al tener códigos y normas escritas, los parámetros para resolver los diferentes casos son muy cerradas, pues las conductas indebidas se las encasilla en los distintos tipos

²³⁷ Secretaría Técnica Jurisdiccional, La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en: Umbral, Pluralismo Jurídico, Revista de Derecho Constitucional, No 4, Tomo II, jun-dic, 2014, 178-179.

²³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 004-14-SCN-CC, Caso No 0072-14-CN, Juez Ponente, Patricio Pazmiño.

penales, caso contrario pasa con la justicia indígena, pues ella analiza todo un contexto, y por lo tanto no hay dos casos semejantes.²³⁹

Al mismo tiempo, las normas del bloque de constitucionalidad establecen que los Estados deben buscar articular, coordinar y cooperar con la justicia indígena para emplear mecanismos disciplinarios acordes con la cosmovisión de estos pueblos. Pero, al realizar un análisis crítico de la Sentencia lo que se observa es la imposición de un derecho, y de la cosmovisión occidental. Un ejemplo de ello es la forma en que fueron elaboradas y ejecutados los peritajes sociológicos y antropológicos, pues la Corte busca aplicar sus mecanismos para demostrar en qué medida la aplicación de una norma general puede atentar a los derechos colectivos y culturales de un pueblo ancestral, mas no determina qué mecanismos disciplinarios se puede aplicar y desde que cosmovisión, afectando al modelo plurinacional de Estado e instrumentalizando al principio de interculturalidad para imponer la administración de justicia ordinaria como prototipo hegemónico, desterrando el carácter principal de la administración de justicia indígena, y restringiendo los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

En cuanto al principio de igualdad material²⁴⁰ con relación a las comunidades indígenas, la Corte determinó que existe una supuesta desigualdad en cuanto a la aplicación de la

²³⁹ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

²⁴⁰ El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador. Ver Bernal Pulido, El principio de Igualdad, en Danilo Caicedo y Angélica Porras ed., Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad, (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos) 2010, 157, recuperado de: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf.

Los derechos sociales pueden derivarse del principio de igualdad material (que no implica negación de la igualdad formal o ante la ley), y de las obligaciones que imponen al Estado para hacerla realidad, como ocurre en Alemania y lo hace el artículo. 9.2 de la Constitución española, cuyo Tribunal Constitucional consagra la tesis de que esta norma permite establecer mediante normas desigualdades, a las que el autor llama “desigualdades normativas” para lograr, como resultado, igualdades materiales o de hecho. Este principio genérico deja amplia libertad al legislador para concretar los derechos sociales que, a su juicio, son necesarios para corregir las desigualdades de hecho que merecen ser eliminadas o moderadas en términos tolerables, aunque hay algunos que son exigibles a partir del principio genérico, como los

ley penal, considerando que los destinatarios de la disposición normativa en el caso concreto no se encuentran en una situación paritaria culturalmente con referencia a la población hegemónica, por lo cual se atendería al principio de igualdad en el ámbito material. La Constitución establece que el Ecuador es un Estado unitario, intercultural y plurinacional, se da un reconocimiento de la existencia de otras nacionalidades dentro de su territorio, en tal virtud la igualdad material en cuando a la aplicación de la ley exige esta necesidad de respeto de las diferencias existentes entre los diversos grupos sociales. De tal manera, se debe realizar un trato diferenciado por parte de los distintos agentes en cuanto a la aplicación de la norma penal.²⁴¹

En el caso de la tipificación del delito la Sentencia No 004-14-SCN-CC, Caso No 0072-14-CN, manifiesta que para la configuración del delito genocidio debe concurrir: la intención y el conocimiento de los elementos materiales del crimen, el elemento mental del crimen exige igualmente que sus perpetradores hayan actuado con la específica intención de destruir un grupo protegido como tal. En este sentido el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal, define al genocidio en los siguientes términos:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "genocidio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo²⁴².

derechos conexos con derechos exigibles, como el de contar con un defensor público para gozar del derecho de defensa o cuando el Estado establece beneficios para unos y se olvida o niega a otros que son iguales y, con mayor razón, cuando algunos derechos sociales están constitucionalmente enunciados de manera explícita, como es nuestro caso en que este principio genérico está complementado, con la enunciación explícita de los derechos a la educación, a salud, etc. Son exigencias de la igualdad, una vez que no hay seres humanos idénticos, que los iguales han de ser tratados como iguales en lo que sean iguales y desigualmente en lo que sean desiguales, siempre que ellas se sustenten en criterios objetivos y razonables. Ver Prieto Sanchís, Presentación, en Danilo Caicedo y Angélica Porras ed., Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad, (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos) 2010, XV, recuperado de: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/5_Igualdad.pdf.

²⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 004-14-SCN-CC, Caso No 0072-14-CN, Juez Ponente, Patricio Pazmiño.

²⁴² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, recuperado de: <http://www.preventgenocide.org/es/derecho/estatuto/>

Al eliminar un grupo es penalizado la tentativa como el resultado. En el presente caso, los waoranis no tienen esa intención, ni realizan dicha matanza por esos factores, si investigamos ellos reaccionan de esa manera para vengar la muerte de sus miembros, así como para proteger y defender sus tierras, como a la comunidad. Su proceder²⁴³ responde a razones culturales y a su cosmovisión, alejadas de la racionalidad occidental, su pensamiento parte de lo colectivo, y de un conjunto de normas que aseguran su subsistencia, desarrollo y se fundan en la lógica tradicional del derecho penal colectivo.

La Corte únicamente, analiza la muerte de los taromenanes desde un punto de vista occidental, pero olvida su contexto histórico, cultural, económico, social, y la interculturalidad, olvida un modelo de Estado plurinacional. Dejando de lado principios como la diversidad, la igualdad, pro jurisdicción indígena, y sobre todo la interpretación intercultural, reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Los pueblos indígenas tienen características especiales que permiten identificarlos como tales, por ende, sus valores y principios son diferentes, sin embargo, al restringirlos por cualquier motivo, simplemente se afecta a su identidad, y por lo tanto no se está reconociendo la diversidad cultural. La interculturalidad sería la forma o el medio de tratar de comunicarse y compartir con todas las sociedades, sus diferentes conocimientos, pensamientos, aprendizajes, etc., dejando atrás los prejuicios y sobre todo la noción de superioridad. Pero, si se quiere aplicar una norma de la sociedad hegemónica a las otras sociedades, se está violando dicho principio, pues una norma tiene su razón de ser, su función y fin en la sociedad donde fue creada, pero si esa misma norma se quiere acomodar a otra visión, simplemente se desconceptualiza, No se

²⁴³ Pero el problema de fondo de venganza entre taromenanes y waoranis, se da por la presencia de las petroleras que invaden los territorios de ambas nacionalidades. Los taromenanes defienden su mundo, de cualquier factor externo que afecte a la selva, como la tala de árboles, o muerte de animales sagrados. Las petroleras son quienes dañan y afectan, invaden sus tierras. Y ellos piensan que son los waoranis, y por eso son los que asumen y enfrentan las consecuencias. De esta forma, los waoranis a su vez ejercen la venganza por la muerte de sus miembros, y defienden a los suyos, es parte del código de vida de ellos. Además, los waoranis no es que secuestraron a las dos niñas, si no que las adoptaron tras matar a sus progenitores. Por tal motivo, el genocidio lo está realizando las petroleras por todas las actividades que están realizando, pues son ellas, las que llevan a que estos pueblos estén en constantes confrontaciones, por afectar a sus territorios. No se puede olvidar todos los intereses que están en juego alrededor de la actividad extractivista, en la que el propio Estado ecuatoriano está involucrado. Por otro lado, cabe mencionar que no se reconoce explícitamente la existencia de los taromenanes, pues con tal declaración se dejaría de explotar petróleo, manifiesta Milagros Aguirre de la Fundación Alejandro Labaka. Ver La Historia, tal como es, recuperado de: <http://lahistoria.ec/2014/07/14/este-huaorani-confiesa-que-mato-a-cuatro-taromenanes/>, consulta realizada 28 de agosto de 2017.

puede olvidar que fue la propia Corte Constitucional ecuatoriana que al definir la interpretación intercultural alegó que se debe garantizar la función de justicia para el sujeto o colectivo indígena.

Como se demostró anteriormente, la justicia indígena está reconocida por nuestra Constitución, además es adoptada como sistema jurídico y fuente del derecho. Es recogida por los tratados y convenios internacionales, la jurisprudencia y la doctrina, con todas sus características y particularidades, sin embargo, en los presentes casos estarían limitando, pues afectan a los valores comunitarios, quebrantan la armonía, paz de estas y sobre todo perjudican al ejercicio de los derechos de autodeterminación, identidad cultural y continuidad histórica.

Nuestra Constitución es un catálogo abierto, sobresaliendo aquellos que favorezcan a los derechos humanos, en el artículo 11 numeral 7 estipula que, si bien se reconoce los derechos y garantías contempladas tanto en la Constitución, así como en los tratados y convenios internacionales, no se dejará de lado a los derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios, para su pleno desenvolvimiento. Sobre todo, el numeral 8 de dicho artículo, indica que los **derechos se desarrollarán de manera progresiva.**

[...]la nueva Constitución no es la introducción de nuevos elementos, sino su intento de construir una nueva lógica y forma de pensar, bajo otros parámetros. Una lógica y forma que no pretende reemplazar o imponer, sino construir enlaces entre los conceptos y prácticas de vida de los pueblos indígenas y afroecuatoriano y los conceptos y prácticas que nos han regido desde la formación de la República con su perspectiva monocultural, uninacional y de monismo jurídico.²⁴⁴

Lo que la Constitución de 2008 propone es una construcción de enlaces, de comunicación, respeto con las diferentes sociedades que existe en nuestro país, de diálogo o interculturalidad, donde cada individuo o colectivo pueda desarrollarse plenamente, dentro de un contexto de diversidad. Esta Sentencia denominada La Cocha, se observa claramente la inobservancia del mandato constitucional a la interculturalidad que busca el acercamiento y conocimiento al otro.²⁴⁵

²⁴⁴ Fernando García, La Justicia Indígena como espacio de Protección de los Derechos Individuales y los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas, en Eddie Córdor, Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina, (Bolivia: Garza Azul, 2011), 48, recuperado de: <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54332.pdf>.

²⁴⁵ El derecho oficial se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas jurídicos reconocidos. Y normalmente se hace como consecuencia de

Porque somos una cultura que tenemos nuestra forma de pensar, de sentir, de organizarnos, de resolver los problemas, desde nuestra visión, desde nuestra lógica, y eso nos deben respetar, porque sobre todo somos considerado un Estado plurinacional. Y en un Estado plurinacional no existe únicamente, una ley, no existe únicamente una justicia, sino hay una diversidad de justicia. En nuestro caso 14 nacionalidades, y 14 nacionalidades deben tener su propia forma de ser, de hacer justicia de acuerdo a su pensamiento, de acuerdo a su lógica, normas, y además de 14 nacionalidades hay 21 pueblos, yo pertenezco a la nacionalidad quichua pero yo soy del pueblo cañarí. A mí no me pueden aplicar justicia del pueblo waorani, somos diferentes. Aunque somos pueblos indígenas, somos pueblos diferentes.²⁴⁶

Finalmente, este caso como en la Sentencia La Cocha de 2014, la Corte Constitucional ecuatoriana afectó a los derechos de estos pueblos, al querer resolver acontecimientos fuera de su cosmovisión, lógica y racionalidad. Olvidando lo reconocido en la propia Constitución, el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y sus tradiciones; a no ser desplazados de sus tierras; a sus ecosistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional; a la protección de los lugares sagrados, rituales, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital. Derecho a mantener sus formas de organización social, conservar y desarrollar sus propias formas de generación y ejercicio de la autoridad, y practicar su derecho consuetudinario. Deja de lado el método intercultural planteado por la Corte IDH y la responsabilidad de los Estados a velar a que los pueblos y comunidades indígenas puedan ejercer sus derechos como su justicia.

2.3.- Mirada intercultural de la eficacia de justicia ordinaria e indígena para valorar con claridad la incidencia de la restricción.

Con relación, a la declaratoria del Ecuador como Estado plurinacional, implica el reconocimiento en su territorio de diferentes pueblos y nacionalidades cohabitando juntas. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, por sus singularidades implica conferirles derechos con ciertas particularidades, como individuos y como pueblos. Dichos derechos, están plenamente reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, como por los convenios y tratados internacionales. La

una política de discriminación positiva a favor de comunidades culturales o étnicas marginadas. Bajo esta categoría se agrupan todas aquellas situaciones en donde se reconoce un papel complementario a los sistemas jurídicos no oficiales. Ver Juan Montaña, Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: Perspectiva comparada, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2012.), 37.

²⁴⁶ Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac Licda. Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

aceptación del Ecuador como Estado plurinacional implica que cada pueblo, comunidad o nacionalidad indígena contará con un sistema propio de derecho y por ende con principios que rigen su proceder, con el objetivo de demostrar que los principios indígenas en base a su propia lógica, logrando alcanzar igualmente la tutela efectiva de los derechos, la reparación integral y sobre todo el ejercicio de los derechos humanos.

A continuación, se tratará de explicar los diferentes principios que rigen tanto a la justicia ordinaria como indígena para poder determinar sus objetivos y alcances. Además, de contrastarlos para determinar sus diferencias y verificar la eficacia dentro de la sociedad a la que se deben. Se busca demostrar que la justicia indígena a lo largo de su actuación jurídica y cada acto para encontrar la verdad y restituir la armonía de la comunidad se identifica y es guiada por principios sólidos contruidos a lo largo de su historia, que representan a sus costumbres y tradiciones como formas de vida, que garantizan su continuidad histórica. Además, al identificar con claridad los principios que rigen a las dos jurisdicciones y observar cada uno de ellos se verificará su fin, alcance, procedimiento y relación con la cristalización de los derechos colectivos, la justicia indígena sobre todo buscará preservar su cultura y cosmovisión. Por lo tanto, esta mirada intercultural nos permite comprender las implicancias de la limitación al administrar justicia en delitos contra la vida, pues sus principios recogen los valores culturales afectando a su permanencia en el tiempo y progreso.

2.3.1- Frente a los principios que guían la administración de justicia ordinaria en materia penal.

Mariano H. Silvestroni manifiesta que la teoría del Estado se relaciona estrechamente con la teoría de la pena y del delito, la pena es la expresión más enérgica del poder, la cual depende de la legitimidad depositada en este para su aplicación.²⁴⁷

Zaffaroni muestra la coexistencia de dos fuerzas opuestas en el Estado contemporáneo: la del poder punitivo y la de la democracia constitucional. La primera tiende a eliminar los límites, los derechos y las garantías; la segunda a poner límites, a establecer derechos, a fortalecer y multiplicar las garantías. El poder punitivo fortalece al poder de vigilancia y represión del Estado, considera a los ciudadanos como peligrosos, la

²⁴⁷ Mariano H. Silvestroi, *Teoría Constitucional del Delito*, (Buenos Aires: ArtesGraficas Candil, 2007), 9.

democracia constitucional fortalece a la potestad del Estado para expandir al máximo las libertades de las personas. El primero utiliza la fuerza y el segundo está conformado por personas que tienen derechos a vivir dignamente.²⁴⁸

El Derecho penal regula el ejercicio punitivo y preventivo del Estado, tipifica las conductas que lesionan bienes jurídicos, en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia.²⁴⁹

Al mismo tiempo, se manifiesta que el Derecho penal tiene como función definir los delitos, las penas, y medidas de seguridad al ser humano que rompe el contrato social, y daña a la misma. Pues, el poder punitivo del Estado surge de la necesidad de ordenar y organizar conductas, en la vida gregaria del ser humano en sociedad. Samantha López, cita a Mezger, tomando las ideas de Von Liszt, lo define a esta rama del derecho como el “conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica”.²⁵⁰

Foucault basándose en la teoría general del contrato, manifiesta que el ciudadano ha aceptado para siempre, junto con las leyes de la sociedad aquellas que puedan castigarlo. El criminal es quien ha roto el pacto, con lo que se vuelve enemigo de la sociedad entera, y participará en el castigo que se ejercerá sobre él.²⁵¹ El hecho de vivir en una sociedad significa implícitamente que estamos aceptando que nos vamos a someter a ella, al irse contra lo establecido, esta tendrá la facultad de sancionar o castigar, sin olvidar, que deben ser sanciones “humanas”²⁵²

Los fines del derecho penal son regular y minimizar la violencia punitiva, las garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal, busca reducir o

²⁴⁸ Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo Andino*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 60.

²⁴⁹ Ecuador, Código Integral Penal, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014, recuperado de: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf

²⁵⁰ Samantha López, “Derecho Penal I”, (México: Tercer Mundo, 2012), 12, recuperado de: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_penal_I.pdf.

²⁵¹ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar* nacimiento de la prisión, (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2003), 83, recuperado de: <https://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>.

²⁵² En cuestión de pena, el mínimo está ordenado por la humanidad y aconsejado por la política, *Ibid.*, 85.

minimizar la cantidad y calidad de violencia en la sociedad, y de los delitos, así como, la violencia de las reacciones frente a los delitos, al igual que prevenirlos.²⁵³

En definitiva, podemos decir que la acción punitiva del Estado, su facultad de establecer sanciones, tipificar conductas, proteger a las víctimas, y todo su engranaje estatal debe cumplir con los derechos y garantías establecidos en la Constitución y los convenios como tratados internacionales sobre derechos humanos.

De ahí que, el Estado se guiará por diferentes principios que responderán a los fines y funciones que debe cumplir el derecho en dicha sociedad. Los principios del derecho penal proporcionan criterios para tomar una posición definida, y solo en casos concretos se puede entender su significado, en virtud, de la carencia de un supuesto de hecho.²⁵⁴ En consecuencia, se los analizará desde los siguientes aspectos: sustantivo, adjetivo y ejecutivo.²⁵⁵

a.- Principios sustantivos

a). Carácter estatal del orden penal

El Estado posee la facultad genérica o abstracta de incriminar y sancionar, por cuanto posee la titularidad de la pretensión punitiva. La relación material se plantea entre el Estado, que representa la sociedad y al presunto autor o partícipe del delito. El poder abstracto o atribución pública a incriminar la conducta, (tipificar para fines punitivos), se encomienda al Poder Legislativo, y la función de sancionar corresponde al Poder Judicial.²⁵⁶

b). Legalidad

La legalidad penal se recibe en el dogma *nullum crimen, nulla poena, sine lege*: no hay delito ni pena sin ley que los prevea. La Constitución ecuatoriana al respecto manifiesta

²⁵³ Garantías y Derecho Penal, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Garantismo_y_derecho_penal.pdf.

²⁵⁴ Escuela de la Función Judicial, Consejo de la Judicatura recuperado de: http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/materialdeapoyo/PENAL_Dr_Jorge_Blum.pdf

²⁵⁵ Derecho Penal, II Los Principios Penales Fundamentales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/3.pdf>.

²⁵⁶ *Ibíd.*

en su artículo 76 numeral 3 “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 [...] en tal virtud la ley penal es previa, estricta y formal.”²⁵⁷ Por otro lado, el artículo 5 numeral 1 del COIP: “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remite a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

Gabriel García afirma que “en un Estado constitucional todas las leyes y el ejercicio de su aplicación por el poder judicial deben subordinarse al espíritu y letra de la Constitución como exponente máximo de la voluntad popular.”²⁵⁸ Esto quiere decir que toda acción u omisión como la norma que lo sanciona, al igual que la sanción debe seguir los parámetros de la propia Constitución del Estado a la que se debe.

El carácter estrictamente del delito está basado en la norma constitucional a lo que se llama “continuidad” del derecho penal y la proscripción de la integración judicial. Por otro lado, la ley penal no debe sancionar conductas que por el desarrollo cultural, y la transformación de valores o como resultado de la modificación de las relaciones sociales, no constituyen delito,²⁵⁹ como por ejemplo la infidelidad. Es decir, únicamente se sanciona lo que está tipificado como conducta antijurídica.

Santa Cruz de la Sierra, al hablar de las características del derecho indígena, manifiesta, que es oral, se transmite verbalmente, este derecho está en la sabiduría popular, en los mitos, los dichos, se transmiten en los actos de la vida diaria de la familia y de las comunidades, reuniones familiares y colectivas.²⁶⁰ Es decir, cada miembro conoce a cabalidad las acciones permitidas, las que serán sancionadas, sus efectos y sobre todo, consecuencias.

c). Prohibición de la irretroactividad desfavorable y ámbito de validez temporal

En base a la seguridad jurídica se prohíbe aplicar una ley en forma retroactiva. Esta prohibición es el reverso de un principio general con formulación positiva: para ser

²⁵⁷ Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.PDF.

²⁵⁸ Gabriel García, Nociones sobre el concepto de Derecho Penal, 68, recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/viewFile/174934/254624>.

²⁵⁹ Derecho Penal, II Los Principios Penales Fundamentales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 24-25 recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/3.pdf>.

²⁶⁰ *Ibíd.*, 24

punible, una conducta debe hallarse previamente proscrita, en forma tal que el individuo está enterado de la ley preexistente.

Este principio debe funcionar en coordinación con el principio de vigencia temporal, debe existir una plena correspondencia, lo cual es privativo de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de los derechos individuales, es decir la ley debe aplicarse en aquellos hechos cometidos bajo la vigencia temporal de la norma penal. La prohibición de retroactividad es la imposibilidad de aplicar una ley desfavorable, o alcance no sólo a los hechos que han tenido lugar con anterioridad a su entrada en vigor, sino también a las consecuencias que tiene lugar bajo su vigencia, pero han sido creadas o generadas previamente por la ley anterior más benigna. Dicho de otra manera, se debe aplicar la ley más favorable como consecuencia directa de la prohibición de retroactividad, aunque los hechos se cometieron bajo su imperio, ciertas consecuencias ocurren bajo la vigencia de la más severa²⁶¹. Es decir, se aplica el principio *in dubio pro reo*, lo más favorable al delincuente, lo cual está garantizado en la Constitución vigente en el artículo 76 numeral 5, como en el artículo 5 numeral 2 del COIP.

d). Igualdad ante la ley

Está reconocido en el texto del CADH, en su artículo 24, el cual expresa: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Y en el artículo 1 inciso 1 del CADH sostiene: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Por otro lado, el artículo 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador indica: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. En su segundo inciso también indica que las personas no podrán ser discriminadas por ningún motivo.

En el ámbito penal se puede decir que no se da ninguna clase de distinción a las personas para fines de incriminación y pena. Sin embargo, esto es impracticable cuando

²⁶¹ Luis Ruiz, El principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la doctrina y la Jurisprudencia, 153-154, recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeIrretroactividadDeLaLeyPenalEnLaDoctr-819650.pdf>.

se supone que ciertas personas se hallan investidas, por mandatos supremos de calidades que los demás no comparten, los llamados fueros, inmunidades y también los menores de edad están excluidos del ámbito de aplicación del derecho penal. Es decir, que al reunir ciertas condiciones ciertos segmentos de la población son tratados de diferente manera, pero esto sería una excepción.²⁶²

En general el Dr. Francisco Robles indica que se ejecuta tratos diferentes razonables a ciertos grupos,²⁶³ considerados como vulnerables porque tienen extremas dificultades para acceder a un derecho, han sido históricamente rezagados y sus derechos se han vulnerado, como es el caso de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas como se refirió con anterioridad. Lo anotado tiene relación con el artículo 5 numeral 5 del COIP.

e). Territorialidad

El sistema penal es una protección de la soberanía, con excepción de actos de colaboración internacional.²⁶⁴

Esto quiere decir que todos los delitos cometidos en una determinada circunscripción territorial serán sancionados con las disposiciones penales de ese Estado, independientemente de la nacionalidad del sujeto activo de la infracción o del bien jurídico lesionado.²⁶⁵

El carácter de territorialidad también se aplica en la jurisdicción indígena, por parte de sus autoridades de la justicia indígena podrán aplicar sus costumbres y sanciones únicamente en sus territorios comunitarios y a las personas de su comunidad con las particularidades antes indicadas, al existir algunas tensiones.

²⁶² Derecho Penal, Los Principios Penales Fundamentales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 30-31, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/3.pdf>.

²⁶³ Francisco Robles, La igualdad ante la ley, derechoecuador.com, recuperado de: <http://www.derechoecuator.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/la-igualdad-ante-la-ley>.

²⁶⁴ Derecho Penal, Los Principios Penales Fundamentales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 31, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/3.pdf>.

²⁶⁵ Luis Garrido, “El principio de la territorialidad del derecho penal”, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/693/20.pdf>

f). Personalidad de la responsabilidad y la pena

Se acepta que la pena sea concreta y es intransferible la responsabilidad penal.

El concepto más claro está dado por el Tribunal Constitucional Español, en su STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6:

El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, incluido en el art. 25.1 CE, implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [...], pero la existencia de responsabilidades penales de terceros no excluye necesariamente la responsabilidad del recurrente por sus propios actos [...]

Es decir, impide un indebido traslado de la responsabilidad personal (no responsabilidad civil subsidiaria), a una persona ajena al hecho del infractor, al modo de una exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa. Pues la norma exige que se castigue al que cometió la infracción.²⁶⁶

Se puede decir, que este principio también está implícito en la justicia indígena pues, se sanciona a aquella persona que cometió el llaki, una vez realizada la investigación y establecido la responsabilidad de una persona, es ella quien a más de recibir la sanación deberá responder por sus actos.

g). Humanización de la pena

Se prohíbe las penas crueles y degradantes. María Falcón afirma que el derecho penal es una rama jurídica en las que más se hace sentir la influencia del principio de equidad, entendido como humanidad y benignidad, así como la individualización de las sanciones penales para que se acoplen al sujeto concreto que las debe sobrellevar. Así el derecho penal es cercano al delincuente como a su realidad donde toma valor el dicho: “no hay enfermedades sino enfermos,” “no hay delitos, sino delincuentes”.²⁶⁷

²⁶⁶ Antonio Cuerda, “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, 178-179, recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2009-10015700209_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_El_principio_constitucional_de_responsabilidad_personal_por_el_hecho_propio:_manifestaciones_cualitativas.

²⁶⁷ María Falcon, Hacia un Derecho Penal más Humano, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol.6. 2005, 247 recuperado de:

Esta evolución se ha plasmado en una serie de figuras: el tránsito de la falta de tipificación al principio de legalidad penal; de la finalidad retributiva, propia de las penas, como tipo tradicional de sanción, a la finalidad preventiva, más acorde con el moderno concepto de medidas de seguridad; de la pena capital, que era la pena estelar hasta el movimiento abolicionista, a la pena privativa de libertad, su sustituto actual, en una tendencia hacia la humanización y la individualización del tratamiento penal;²⁶⁸

Es decir, se realiza una analogía antropológica, que considera a cada sujeto de diferente manera, prestando atención a aspectos subjetivos, al delincuente. El derecho penal dio una interpretación benigna, movida por principios como el “in dubio pro reo” o el principio tan decisivo de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos; la presunción de inocencia, la limitación de la detención preventiva o las medidas reparatorias y compensatorias en los casos de error judicial, entre otras.²⁶⁹

Se recordará, sin embargo, que la justicia ordinaria cuenta con una de las contradicciones más desmesuradas, la privación de la libertad, la libertad constituye un derecho humano que debe ser salvaguardado en la medida de lo posible, evitando una restricción irrazonable. La pena de prisión es el último medio.

El informe del Consejo de Europa de Strasburgo de 1976, manifiesta que los medios utilizados para alcanzar los objetivos, como las sanciones penales, son aquellas que no interfieran con la libertad del individuo, sino en la medida necesaria para proteger el interés público, constituyendo una menor carga para la comunidad. Además, al tratar la eficacia de las sanciones penales, indica que estas presentan dificultades de orden práctico y metodológico considerables. Afirma además dicho informe que las penas privativas de libertad son eficaces para la protección de la sociedad, más de lo que puede ser cualquier otra, en virtud que el delincuente está encarcelado, pero, a pesar de aquello, estas no son particularmente eficaces para evitar la reincidencia después de la liberación del infractor, especialmente, cuando son aplicadas a criminales que tienen detrás de ellos un pasado de infracciones y de penas privativas de libertad.²⁷⁰

<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0505110247A/20853>, consulta realizada 1 de septiembre de 2017.

²⁶⁸ *Ibíd.*, 248.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Año XIX, No 54, Mayo 1991, Quito Ecuador, recuperado de: http://www.puce.edu.ec/publicaciones/Centro_de_Publicaciones/Revistas/Publicaciones/Revista%2054.pdf, consulta realizada 1 de septiembre de 2017.

Mathiesen declara que una persona que está en la cárcel sufre padecimientos tan diferentes a los de la víctima que no pueden ser comparados de manera precisa para servir de sustento a los valores, escalas y proporcionalidad o equilibrio del castigo.²⁷¹

Por otro lado, Álvaro Román afirma que la prisión es la exclusión de la persona por provocar la alteración social, dando como resultado su incomunicación con dicha sociedad. La prisión se justifica para el delincuente en virtud que este interrumpe la comunicación social. Además, no se puede tolerar la coexistencia en la sociedad de una persona-delincuente, pues eso sería una aceptación social del hecho, que provocaría ser parte de una complicidad social con los hechos del autor. Pero además se evidencia que la humanidad siempre ha buscado a quien culpar y se lo excluya para no sentirse cómplices de sus hechos, debido a la concepción individualista de la sociedad.²⁷²

La cárcel cuenta con las siguientes funciones: A) función purgatoria: es una institución en la cual aloja, controla un porcentaje de población improductiva de las sociedades capitalistas y lo olvida convenientemente. B) Función consuntiva de poder: los purgados son ubicados en una situación estructural, son personas improductivas, no contribuyen al sistema que los contiene. C) Función distractora: habitualmente las personas que son privadas de la libertad son delincuentes tradicionales de las clases trabajadoras más bajas, se aplica todo el peso de la ley, desviando la atención de los peligrosos a quienes detentan el poder, y D) Función simbólica: está ligada a la función distractora, los capturados por la máquina de castigar se los impone el sambenito²⁷³, y al resto de personas desde afuera estaban exentos de tales culpas.²⁷⁴

²⁷¹ Thomas Mathiesen, Juicio a la Prisión, (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2003), 219, recuperado de: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/juicio-a-la-prisic3b3n-thomas-mathiesen.pdf>.

²⁷² Álvaro Ramon, Interculturalidad, Libertad y Pena, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2015), 33-34, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4689/1/SM175-Roman-Interculturalidad.pdf>

²⁷³ En nuestros días es común escuchar la expresión “**colgar un sambenito**” o “**cargar con un sambenito**” para hacer referencia a cómo se culpa a alguien por algo inmerecido. Es una expresión que tiene su origen en la **Inquisición española**. El **Tribunal de la Inquisición** imponía como castigo en algunos delitos el que condenado llevase durante un tiempo, que podía ir de varios meses a toda la vida, un saco bendito, término que terminará degenerando en lo que se conoció como sambenito. Era un traje penitencial de lana y normalmente de color amarillo que se acompañaba de un sombrero alto de papel prensado en forma de mitra o cónica y que se denominaba **coroza**. Sin duda una eficaz manera de humillar públicamente al condenado y que no acababa con la finalización de la condena. Una vez cumplido el plazo, el sambenito debía colgarse en la iglesia a la que pertenecía el hereje para que nadie olvidara nunca su culpa indicándose a su lado el nombre de la familia, el crimen cometido y el castigo

Finalmente, Ávila de acuerdo con Sykes²⁷⁵ sostiene que el encierro causa los siguientes padecimientos:

1. La privación de libertad en sentido amplio y profundo es el olvido. Se restringe severamente la libertad de movimiento, los metros cuadrados donde se moviliza una persona son limitados, la regla es la prohibición, los contactos sociales y las relaciones familiares son limitadas, pierden vínculos afectivos, sienten soledad, el aburrimiento y el rechazo de la comunidad “libre”. No pueden escoger que hacer o no hacer, con quien vivir, con quien socializar, entre otras actividades cotidianas.
2. La privación de bienes y servicios que obliga a las PPL (personas privadas de la libertad) a vivir en una degradante pobreza, y dicha limitación es una grave amenaza a la dignidad humana. Actividades como leer, comer, curarse, evacuar, o jugar depende de servicios públicos.
3. Provoca la pérdida de la autonomía individual, pues las personas en las cárceles ya no tienen control ni de sus cuerpos o vidas. Todo está regulado. Perdiendo derechos sexuales. Estudios demuestran que se produce un incremento en el abuso sexual. Perdiendo, en definitiva, seguridad, y protección de la intimidad e integridad personal pues el ser humano al estar encerrado vive un ambiente intensamente violento. Sykes sostiene que el encierro produce graves efectos físicos, mentales y psicológicos para PPL como los familiares.

En el caso ecuatoriano con el COIP, el cual, a la mayoría de los problemas sociales, impone como pena la cárcel. Jorge Zabala Egas manifiesta que en cuanto a su contenido es muy grave pues establece por principio que los delitos puedan ser configurados por decretos o reglamentos del Ejecutivo, violando principios y todos los convenios internacionales. Ramiro Román por su lado opina que este código al expandir al derecho

sufrido. Si la lana se deterioraba se reemplazaba por otros paños que siguieran reflejando el delito. Recuperado de: <http://quhist.com/origen-expresion-colgar-sambenito-inquisicion-espanola/>.

²⁷⁴ Thomas Mathiesen, Juicio a la Prisión, (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2003), 225, recuperado de: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/juicio-a-la-prisic3b3n-thomas-mathiesen.pdf>.

²⁷⁵ Ramiro Ávila, La prisión como problema Global y la Justicia Indígena como Alternativa local. Estudio de Caso. (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2013), 9-10, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3826/1/PI-2013-04-%C3%81vila-La%20prisi%C3%B3n.pdf>

penal lo que provoca es que los problemas de la sociedad se solucionen simplificando en dos términos: seguridad-inseguridad. “Es decir todos somos tan inseguros que se justifica que todo el mundo vaya a la cárcel.”²⁷⁶ Además, se reproduce la concepción de criminología de la inquisición y criminología fascista. A la par Ramiro García por su lado comenta que este Código es una impronta “punitivista” que apuesta al incremento de los delitos penales y de penas ya existentes.²⁷⁷

Ramiro Ávila, afirma que la justicia penal ordinaria invisibiliza a la víctima, degrada al victimario y garantiza la reincidencia y la exclusión social del ofensor. Este sistema permite multiplicar las conductas criminales, y aumentar las penas.

Por ejemplo, Ecuador actualmente cuenta con la política denominada “denuncia del más buscado”. El enemigo: el delincuente común feo y atroz; la emergencia es la inseguridad ciudadana; y el mecanismo es la intervención intensiva del sistema penal. El uso es perverso, involucra a la sociedad en las actividades policiales de captura, estigmatiza a los buscados, aumenta el sentido de inseguridad, promueve la delación y el lucro mediante la recompensa.²⁷⁸

Lourdes Tibán Guala, quien al respecto sobre la cárcel afirma “Desde la cosmovisión indígena la cárcel no está aceptada dentro de su cultura porque viola su principio de ama killa (no ser ocioso)”²⁷⁹, y en cierta manera una persona que no trabaja no produce, no es útil. Por otro lado, Roman indica que al momento que una persona es privada de su libertad en el mundo andino se rompería con la armonía comunitaria, afectando a principios como la reciprocidad, complementariedad, además de que cada miembro es importante para la toma de decisiones de la comunidad. Es decir, en el espacio comunitario, toda la comunidad es partícipe en el conocimiento, sustanciación y resolución del llaki, la persona es libre para que realice las actividades de reparación, pues si un miembro de la comunidad cometió un delito la comunidad tiene el

²⁷⁶ La Hora, Tres críticas y reflexiones sobre el nuevo Código Penal, 20 de diciembre de 2013, recuperado de: <https://lahora.com.ec/noticia/1101608713/tres-crc3adticas-y-reflexiones--sobre-el-nuevo-cc3b3digo-penal>, consulta realizada el 3 de septiembre de 2017.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo Andino*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 84-86.

²⁷⁹ Álvaro Ramon, *Interculturalidad, Libertad y Pena*, (Quito: Universidad Simón Bolívar, 2015), 45, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4689/1/SM175-Roman-Interculturalidad.pdf>

compromiso de restablecer su armonía. Para fortalecer su identidad, solidaridad y sus principios éticos, sociales y comunitarios,²⁸⁰ como se analizó en líneas anteriores.

La justicia indígena observa el carácter humano de la sanción al establecer la responsabilidad de una persona al cometer el llaki, se estudia cuáles fueron las circunstancias que lo llevaron a cometer tal delito, y en ese caso se analizará la sanción a recibir. Recordando que la función de esta es de sanación, pues lo que se busca es que la persona tome conciencia de sus actos, y rectifique su conducta. Y como veremos a continuación esta justicia cumple con un protocolo muy prolijo.

Si comparamos las visiones de los dos mundos, el hombre *occidental* piensa en él, y el hombre *runa* piensa que sus actos buenos o malos como influyen al medio, a la comunidad, es decir piensa en las consecuencias a su entorno, como a sí mismo que traerá consigo su proceder. Gina Chávez y Fernando García al respecto indican que el sistema formal de justicia afecta únicamente a la parte material del individuo, mientras que el sistema indígena llega al fondo de la persona, pues hay un resarcimiento de un hecho material, y sobre todo una “*cura espiritual*”, permitiendo reconciliarse con el colectivo.

La justicia indígena busca solucionar, armonizar en poco tiempo, para que la persona que cometió algún error reflexione y pueda contribuir, a la otra persona que afectó, en la justicia indígena no hay ese concepto de excluir, en la otra cultura lo que hacen es excluir, le separan, le llevan a la cárcel y no está en contacto con la familia y eso es otro maltrato.²⁸¹

Al analizar los diferentes casos indígenas encontramos que una de las sanciones a los miembros, que de alguna manera provocaron la muerte de un miembro de la comunidad, es el trabajo y no la cárcel. Por ejemplo, los dirigentes de la comunidad de Quilloac opinaron que el encierro de una persona no ayuda en nada, por el contrario, manifestaron que suma problemas, y una de las medidas de reparar el daño ocasionado en estos casos era el trabajo, sea para la familia del difunto, como para la comunidad. Esto lo podemos apreciar tanto en la comunidad de Quilloac como en otras comunidades quechuas del Ecuador.

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac Licda. Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

Cómo pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador nosotros tenemos nuestra propia justicia indígena, eso es nuestro derecho, nuestra responsabilidad de cómo arreglar y hacer justicia. Nosotros no llevamos preso, sino que en la misma comunidad se prueba el incidente. Ellos tienen que hacer trabajos para el bienestar de la comuna, de la sociedad, esos trabajos tienen que cumplir. Esa es nuestra labor y justicia que hacemos. Nuestra justicia es velar por todas las personas.²⁸²

Juan van Kessel y Dionisio Condorio indican que al considerar al mundo como un todo vivo, un mundo-animal, le exige respeto y afecto, se cultiva la vida del mundo en la chacra, el ganado, la casa gracias al trabajo. La Pachamama es la madre universal de la vida, ella es su madre, de tal forma indican los autores que la chacra es manantial de vida divina y sus frutos son vivos, el trabajo en sí es un culto religioso a la vida.²⁸³

El mundo es divino, es vida y fuente de vida. Los elementos de la naturaleza, sea animal, sea árbol, sea piedra, ríos o cerros, casas o chacras, todos tienen su lado interior, su vida secreta, su propia personalidad, capaz de comunicarse con el hombre a condición de que sepa abrirse a ellos y tratarles con sensibilidad. El trato de las cosas, el trabajo productivo, es un verdadero diálogo y una “crianza”. En este diálogo cariñoso y respetuoso, las cosas y el hombre mismo se llenan de vida y florecen. Esta crianza es simbiótica: a la vez de criar la chacra, el ganado, el agua, éstas crían al hombre dándole vida y haciéndolo florecer.²⁸⁴

En definitiva, sería la mejor rehabilitación para aquella persona que cometió dicha acción u omisión, pues con el trabajo no sólo de alguna manera ayuda a la familia del fallecido, sino que se va curando, se va sanando, reparando la falta de aquel que se fue, restaurando las relaciones cósmicas, y sobre todo generando vida.

b.- Principios Adjetivos

a). Necesidad del proceso

Del poder-deber sancionador del Estado, surge el proceso público como único método para discernir la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas del ilícito, en tal virtud el proceso penal es necesario. Nuestra Constitución al respecto indica en su artículo 75 al hablar de los derechos de protección, garantiza a todas las personas el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e

²⁸² Entrevista al Dirigente de la comunidad de Quilloac, Manuel Acero Aguisa, 5 de agosto de 2017, Quilloac-Cañar.

²⁸³ Juan van Kessel y Dionisio Condorio, *Criar la Vida: trabajo y tecnología en el mundo andino*, recuperado de: http://www.iecta.cl/biblioteca/libros/pdf/criar_la_vida.pdf.

²⁸⁴ *Ibíd.*

intereses. El artículo 76 de la Carta Constitucional asegura el debido proceso y las condiciones que debe cumplirse. Desde el artículo 4 del COIP en adelante, establece todas las garantías y principios rectores del proceso penal como: titularidad de derechos, duda a favor del reo, Inocencia, prohibición de doble juzgamiento, entre otras.

b). Principios judiciales: nulla poena y nemo judex

Esto tiene que ver con el carácter necesario del proceso penal, donde solo procede la privación de bienes o derechos mediante juicio, ante tribunales previamente establecidos en que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento y la imposición de penas propias y exclusivas de la autoridad judicial. El artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República establece que se juzgará a una persona ante un juez o autoridad competente, con observancia al trámite propio de cada procedimiento.

En cambio, 1.- la justicia indígena es altamente aceptada por sus usuarios los cuales manifiestan que es eficiente y justa, es rápida,²⁸⁵ es transparente, todos ven como se soluciona el problema, 2.- no es a puerta cerrada, las autoridades son elegidas democráticamente por la población, al darle su confianza las expectativas son mayores, esperan que actúe justamente, 3.- trae mayores niveles de exigencia y fiscalización de su actuación. 4.- Las normas aplicadas tienen base en el derecho consuetudinario, estatutos, reglamentos, no en abstracciones legales. 5.- Por la cercanía pueden juzgar las autoridades con evidencias claras y concretas. 6.- Litigan dentro de los valores culturales del lugar, y sobre todo solucionan el problema²⁸⁶. 7.- No existe la privación de libertad.

²⁸⁵ Muerte por atropellamiento del señor Oswaldo Guamangate Cuchiparte, con vehículo conducido por Hugo Cuchiparte Umajinga. Esto aconteció en la comunidad de la Cocha, parroquia de Cotopaxi el 7 de noviembre de 2009 de 7 y media a 8 de la noche. El día 15 de noviembre de 2009 a las diez de la mañana con la presencia de sus autoridades y más de dos mil comuneros se instala la Asamblea con el objeto de resolverla muerte del señor Guamangate. Ver Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 67-68.

²⁸⁶ *Ibíd.*, 147-148.

c). Proscripción de tribunales especiales

Se prohíbe los tribunales ad hoc, como los policiales, creados en la historia como instrumentos del despotismo. Pedro Granja sostiene, que estos tribunales son contrarios a la Constitución, entes no previstos por la Ley Suprema, son creados con particularidad, de forma ad hoc, ad casum o ad personam. Y sobre todo responden a una estructura jerárquica o militarizada que no garantiza un proceso justo ni transparente. Es decir, es un órgano que no ha sido instaurado por ley, o que instaurada por ley sea contraria a la Constitución.²⁸⁷

d) Formalidades esenciales del procedimiento

En el proceso se debe cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, o debido proceso específico, implica la suma de actos consecutivos previstos en la ley para asegurar al justiciable el pleno ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa, como se verá más adelante.

e) Independencia judicial

Los principios judiciales mencionados tienen la observancia de la ley y el juicio imparcial. La independencia judicial es consecuencia de la división de poderes. Consiste en la plena soberanía y libertad de los jueces y magistrados, para ejercer sus funciones de tutela y realización del Derecho objetivo, sin subordinación ni sumisión a otra cosa que la ley, el Derecho, sobre todo la Constitución y los derechos humanos. Cada juez y Sala de Justicia, a la hora de fallar no recibe ni está sujeto a instrucciones de terceros. La ley es la garantía de la independencia para los jueces, como para la sociedad frente a los jueces, pues sus decisiones están sujetas al ordenamiento jurídico, garantizando de tal manera a la seguridad jurídica.²⁸⁸ Esto concuerda con el Artículo 8 del COFJ al tratar el principio de independencia.

²⁸⁷ Pedro Granja, Los tribunales de Excepción, derechoecuador.com, recuperado de: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2011/11/21/los-tribunales-de-excepcion>

²⁸⁸ Independencia Judicial, Wolters Kluwer, recuperado de: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJxMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkVHy_zUAAAA=WKE.

Sin embargo, manifiesta Mathiesen “*mientras nuestra sociedad sea una sociedad de clases, la ley tendrá también esa característica.*”²⁸⁹ El autor afirma que cuando una persona de estatus social económico superior realiza conductas indebidas es fácil ocultarlas, pues sus acciones son menos visibles, al ampararlo métodos muy difíciles para descubrirlos,²⁹⁰ por ende las autoridades no actuaran plenamente en base a la ley, sino en base a las circunstancias que rodean al caso.

f) Ne bis in Idem

Es la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La seguridad jurídica es afectada, cuando existe un número ilimitado o excesivo de instancias para juzgar la controversia, o el juzgador se abstiene de emitir sentencias, o cuando solo absuelve de la instancia, no de la causa. Esto mantiene abierta la posibilidad de nuevas persecuciones, porque no existe pronunciamiento de fondo. Se menoscaba la seguridad jurídica, pues cabe un nuevo enjuiciamiento en contra de una persona y por los mismos hechos que fueron sujetos y materia de previa resolución firme. Así, la cláusula 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala: “El inculcado absuelto por una sentencia firme, no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.²⁹¹ La Carta Constitucional también contempla este principio en su artículo 76 numeral 7 literal i, en el cual no se puede dejar de lado los casos resueltos por la jurisdicción indígena para tal efecto.

g) Presunción de inocencia

Los diversos instrumentos internacionales o nacionales recogen el principio liberal que presume la inocencia de todas las personas hasta que se demuestre y declare su culpabilidad, hasta que exista sentencia condenatoria firme, no se podrá asegurar la responsabilidad penal. Nuestra Constitución en el artículo 76 numeral 2 manifiesta que se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, hasta que se declare su responsabilidad mediante resolución firme o en sentencia ejecutoriada.

²⁸⁹ Thomas Mathiesen, Juicio a la Prisión, (Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2003), 133, recuperado de: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/juicio-a-la-prisic3b3n-thomas-mathiesen.pdf>

²⁹⁰ Ibid., 133.

²⁹¹ Derecho Penal, Los Principios Penales Fundamentales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 43-44, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/3.pdf>.

Este principio junto con el debido proceso es importante, porque son los ejes rectores de todo el proceso penal, ambos se complementan, traducen la concepción básica del reconocimiento de culpabilidad, no solo bajo la existencia de un proceso, sino, sobre todo, de un proceso “justo”, en el cual la confrontación entre el poder punitivo estatal y el derecho a la libertad del imputado se efectúe en términos de equilibrio.²⁹²

c.- Principios ejecutivos

a) Legalidad

La legalidad ejecutiva, constituye un natural desenvolvimiento del apotegma *nulla poena sine lege*, no solo fija la pena sino además su ejecución. El acierto o el desacierto en la etapa ejecutiva, califica el éxito de la función punitiva en su conjunto. La falta de norma adecuada y suficiente en el terreno administrativo-ejecutivo, hizo del penado, como se ha dicho, “cosa de la administración”. Las constituciones, primero y las declaraciones y los pactos internacionales, más tarde recibieron normas de ejecución penal, sobre todo en el capítulo penitenciario, luego fue desarrollado un verdadero derecho penitenciario, con diversos peldaños de regulación: leyes de ejecución, reglamentos instituciones y actos administrativos. En el ámbito internacional tenemos las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por las Naciones Unidas en 1955.²⁹³ Ecuador cuenta con el COIP que abarca temas de Ejecución de penas, Rehabilitación Social, entre otros.

b) Readaptación social

La pena impuesta es siempre retribución o correspondencia: reparación ideal del orden quebrantado por el delito. Considerada psicológica y sociológicamente, puede tener la finalidad de expiación y la prevención general, como el carácter disuasivo de la punición.

²⁹² Miguel Aguilar, Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio, (México D.F.: Instituto de la Judicatura Federal, 2015), 98-99, recuperado de: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicrecientes/2015/Presuncion%20web.pdf>

²⁹³ Derecho Penal, Los Principios Penales Fundamentales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 44, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/3.pdf>.

La readaptación social implica, por definición, un cambio, una nueva adaptación. Se convierte en una “medicina del espíritu”, y factor de conciliación entre la sociedad y el infractor.

2.3.2.- Estándares y recomendaciones desde el derecho internacional

Los Estados trabajan para poder conocer y resolver los delitos de la forma más apegada al derecho, a las Constituciones y sobre todo a los derechos humanos, para así garantizar el verdadero ejercicio de estos, sin que sus libertades sean cuartadas de forma inadecuada, por lo que en el ámbito internacional cuentan con principios básicos para un proceso penal justo.

La Corte Interamericana sostiene que:

Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8²⁹⁴ de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas.²⁹⁵

²⁹⁴ Artículo 8.- Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf.

²⁹⁵ Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, n.º 72, párr. 106, y Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, n.º 218, párr. 170. Ver Carlos Gómez, Interpretación y Aplicación de Normas Internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria, recuperado de: <http://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/3646/3738>

Este artículo 8 de CADH, consagra las garantías judiciales como uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye todo el sistema de protección de los derechos humanos, que busca limitar al abuso del poder estatal.²⁹⁶

El artículo 1, numeral 1 de la CADH, preceptúa que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su pleno y libre ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, sin discriminación alguna.

A partir de lo manifestado, el debido proceso legal es una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, y representa una protección fundamental para el respeto de sus derechos. El proceso que observa las garantías genera un procedimiento eficaz que otorga a los sujetos de derechos la oportunidad de participar en el mismo, asegurando la tutela judicial efectiva. La utilidad requerida al proceso no implica que las pretensiones de las partes procesales, cuyos derechos u obligaciones están sujetos a la determinación de una autoridad pública, conduzcan a una decisión favorable, se busca que las decisiones estén debidamente fundamentadas y ajustadas a parámetros de razonabilidad. Es decir, es un instrumento fundamental para garantizar los derechos connaturales y humanos para la existencia de un verdadero Estado de derecho.²⁹⁷

Las Naciones Unidas al respecto manifiesta algunos criterios:²⁹⁸

1.- El imperio de la ley constituye el pilar sobre el que descansa la sociedad civilizada.²⁹⁹ El sistema de justicia penal debe ser más humano y eficaz para “constituir

²⁹⁶ Federico G. Thea, Artículo 8. Garantías Judiciales, 130 recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

²⁹⁷ Federico G. Thea, Artículo 8. Garantías Judiciales, 130-132, recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

²⁹⁸ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf.

²⁹⁹ Se habla de una sociedad civilizada es una sociedad superior integral e integrada, sin males sociales, fronteras, divisiones, límites, ni categorías, formada por seres inteligentes y conscientes conviviendo en democracia, justicia y libertad. Civilización es una estructura urbana resultante de una actividad de vida avanzada, una urbanización planeada, evolutiva, consciente, balanceada en tiempo y forma con la naturaleza, flora y fauna y medio ambiente, donde todo su sistema de vida y economía sea planeado, proyectado en tiempo, forma, fondo, sustentable social e individualmente. Ver Archivo de la etiqueta: Sociedad Civilización Democracia Concepto Definición Universal, recuperado de: <https://avanzadas.wordpress.com/tag/sociedad-civilizacion-democracia-concepto-definicion-universal/>

un instrumento de equidad, cambio social constructivo y justicia social que proteja los valores fundamentales y los derechos inalienables de los pueblos. Cada uno de los derechos de la persona debe estar protegido por la ley contra su violación, proceso en el cual el sistema de justicia penal tendrá que desempeñar un papel decisivo”.³⁰⁰

2. Se propende mejorar las condiciones sociales de los pueblos para la disminución del índice de delincuencia a escala mundial. Tanto de los países desarrollados como de los países en desarrollo que padecen situaciones difíciles a este proceso, deteniendo el desarrollo.

3. Se busca la asistencia mutua y la cooperación para tomar medidas eficaces en la lucha contra la delincuencia y contribuir a prevenir los conflictos de competencia.

4. La prevención del delito y la justicia penal, con el debido respeto de los derechos humanos, son, una contribución directa al mantenimiento de la paz y la seguridad.

5. Para mejorar la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia en los países en desarrollo, cuya situación económica y social crítica acentúa las dificultades. Se reconoce la necesidad de mejorar y reforzar los medios para poner a disposición de las autoridades encargadas.

6. Se busca ampliar y fortalecer las infraestructuras que se requieren para una prevención eficaz de la delincuencia y para establecer sistemas viables, equitativos y humanos de justicia penal.

Al realizar una lectura simple se puede indicar que la Organización de las Naciones Unidas manifiesta que los derechos son el fundamento para la aplicación del derecho penal, cumpliendo con el debido proceso, al igual que el imperio de la ley es básico para la sociedad. Se busca la colaboración entre Estados para erradicar la delincuencia, el cual es un mal que aqueja a la humanidad, se plantea la necesidad de mejorar los medios para la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia, logrando su eficacia. Sin

³⁰⁰ Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf.

embargo, es una lectura desde el pensamiento hegemónico, pues deja de lado la diversidad y riqueza cultural, e impone una perspectiva del derecho dominante, la cual debería incorporar principios de interculturalidad, y un análisis desde la diversidad.

Por otro lado, es importante indicar que los derechos humanos son derechos intrínsecos a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano y están fundados en el respeto a la dignidad y el valor de todo individuo. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.³⁰¹ Cuando un Estado es parte de los tratados internacionales, asumen las obligaciones y los deberes, de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos, adoptando medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos,³⁰² sin discriminación de ningún tipo.

En tal virtud, como se dijo anteriormente, el Estado debe garantizar el debido proceso, la tutela efectiva de derechos, que incluye:³⁰³

- Toda persona debe ser oída con las debidas garantías, en un plazo adecuado.
- Las personas deben ser escuchadas por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley.
- El inculpado debe ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, en caso de no comprende o no hablar el idioma del juzgado o tribunal.
- El infractor debe tener pleno conocimiento de la acusación formulada en forma previa y detallada.
- Se le confiere al inculpado el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa.
- Podrá ser asistido por un defensor a su elección con el cual se comunicará libre y privadamente, o si así lo desea, se defenderá personalmente.
- Contará además con el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

³⁰¹ Declaración de Universal sobre Derechos Humanos, Naciones Unidas, recuperado de: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf, artículo 1.

³⁰² Naciones Unidas, Derechos Humanos, recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

³⁰³ Federico G. Thea, Artículo 8. Garantías Judiciales, 148-166, recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

- Toda persona tiene derecho a la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia de testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.
- Ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable.
- Las resoluciones de los jueces o tribunales podrán ser impugnadas.
- La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
- El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
- El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sean necesario para preservar los intereses de la justicia.

Cuando el procedimiento cumple con cada uno de estos requerimientos es apegado a la ley, a los derechos humanos, el proceso es justo, pues cabalmente se cumple con la tutela efectiva de derechos,³⁰⁴ dando como resultado una sentencia conforme a derecho. Las resoluciones de la justicia indígena no distan de lo planteado por la justicia ordinaria, y desde su perspectiva también alcanzan un debido proceso, Ada Pecos Melton,³⁰⁵ indica que el proceso indígena cuenta con los siguientes parámetros:

- La justicia indígena es integral, pues analiza todo el contexto, y las consecuencias a los directa e indirectamente afectados
- El proceso indígena se desarrollará en su propio lenguaje.
- Su derecho y justicia son parte de toda la cosmovisión de la comunidad, transmitido por generaciones, es no escrita.
- El ámbito espiritual es parte importante de la solución, pues conforma su cosmovisión.
- La resolución y sanación se basa en relaciones de confianza.
- Para conocer y resolver los problemas se basa en la conversación y discusión.
- La indagación y solución es de carácter comprensiva, a cargo de sus miembros de familia extendida, los cuales se preocupan por asegurar los derechos de la víctima como de la comunidad.
- Es correctiva, los ofensores son responsables de sus actos y son los encargados de la reparación.

³⁰⁴ Es un derecho fundamental, no requiere únicamente el deber de abstención, la tutela judicial efectiva requiere del Estado hacer lo necesario para garantizar su ejercicio e instituir los procedimientos que se requieran para tal ejercicio. Sea desde el ámbito normativo o en el establecimiento de órganos y procedimientos adecuados, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva comprende varios derechos de prestación. Villaverde Menéndez, por ejemplo, mantiene que, en el objeto de la tutela judicial efectiva recae sobre los distintos derechos que una persona puede hacer valer en el proceso judicial, debiéndose reclamar la prestación de la tutela únicamente de los tribunales de justicia. Ver Vanesa Aguirre, El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, Revista de Derecho, No. 14, UASB-Ecuador / CEN Quito, 2010, 20, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf>, consulta realizada 5 de septiembre de 2017.

³⁰⁵ Ada Pecos Melton, Indigenous Justice Systems and Tribal Society, *Indigenous justice systems are based on a holistic philosophy. Law is a way of life, and justice is a part of the life process*, recuperado de: http://www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm.

- Las sanciones se basan en la costumbre para restaurar la relación entre víctima y ofensor, al igual que las relaciones cósmicas.
- El acusado debe reconocer su error, verbalizar su responsabilidad y pedir disculpas a las víctimas y a la comunidad.

2.3.3.- Principios de la justicia indígena

Los pueblos y comunidades indígenas del Ecuador cuentan con principios que guían sus procesos para resolver los problemas o llaki, y de alguna manera siguen la lógica de los principios de la justicia ordinaria, sin olvidar que estos están basados en su cosmovisión y pensamiento milenario, mostrando así, claras diferencias.

Quando hay algún problema dentro de la comunidad y cualquier de las dos partes hace conocer a las autoridades o jueces comunitarios, ese problema no es problema de dos personas solamente, nosotros lo consideramos como jatun llaki, significa problema grande, es comunitario, es familiar, si una persona está en ese problema, el padre, la madre, los hijos, la familia, la comunidad, todos estamos en dificultades, por lo tanto, hay que tratar de solucionar este problema comunitario.³⁰⁶

Esta afirmación, la observamos en la comunidad de La Cocha en la muerte de Olivo. Los familiares del fallecido ante tal acontecimiento acudieron a sus autoridades, al considerar que era un problema colectivo y no únicamente familiar. De tal manera, era la comunidad encargada de restaurar la paz y la armonía quebrantada.³⁰⁷

Api Curikama Yupanqui sostiene que las comunidades indígenas pueden resolver cualquier problema, desde el robo de vacas, hasta violaciones y asesinatos, por ser un derecho legítimamente reconocido y garantizado en la Constitución como en los convenios y tratados internacionales.

La justicia penal indígena busca aplicar una medida de acuerdo con la infracción a la persona que cometió dicho acto, logrando la reflexión sobre su proceder, y al pasar por este proceso el individuo puede reincorporarse a la comunidad, sin olvidar que debe compensar por el mal cometido. Ramiro Ávila al respecto de este tema, indica que el Estado no debe intervenir ya que las víctimas y la comunidad tienen la capacidad de resolver sus conflictos. El método y el procedimiento de solucionar sus dilemas es la

³⁰⁶ Entrevista al presidente de la Comunidad Indígena de Quilloac, Pedro Solano, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁰⁷ Caso Muerte del joven Marco Antonio Olivo Pallo, Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 173.

conciliación, el encierro no es considerado una pena útil, la mejor reacción ante las infracciones más graves, es la reparación,³⁰⁸ lográndolo gracias al trabajo.

Al darse el llaki la comunidad se desarmoniza, pues es un ente asociado que vive como tal, es un ser orgánico, y está organizado colectivamente. Por eso, cuenta con los siguientes principios para su procedimiento y restauración:

a.- Búsqueda de la paz y la armonía

El primer principio Curicama nos indica que es buscar la paz y la armonía, para las partes y la comunidad, y así alcanzar el *sumak kawsay*. Esta búsqueda empieza cuando se rompe las relaciones cósmicas por cualquier circunstancia, entre ellas la muerte de un miembro de la colectividad. En casos de muerte el mundo occidental es muy duro y severo, desde tiempos memorables los únicos que tenían la facultad de quitar la vida a las personas eran los reyes, monarcas o quiénes eran los representantes de los dioses en la tierra, es decir, tal acto es considerado como algo terrible e imperdonable. En los pueblos indígenas tal acontecimiento ha sido tratado de diferente manera.³⁰⁹

Curicama para hablar de la muerte se asiste del concepto asignado por los aimaras puesto que pertenecían a un pueblo filosófico. Desde su cosmovisión para ellos el muerto, estaba en quinto lugar. Los aimaras al enfrentar la muerte de una persona primero analizaban la vida de la Pachamama, pues pensaban que la vida estaba en el seno de ella. Si la Pachamama está bien, todos viven bien, caso contrario es afectada la supervivencia.

En segundo lugar, pensaban en la vida de los seres vivos, de los cerros, las piedras, las plantas que dan oxígeno, los árboles, que son los que permiten la vida humana.

En tercero lugar, se encuentra la vida del maíz, los animales, las plantas, pues ellos son necesarios para la existencia de las personas. En este sentido, como indicaba Estermann, cada persona cumplía una función específica asignada en base a la red de relaciones, por tal motivo se ve alterada. En este caso en particular, por ejemplo, si un

³⁰⁸ Ramiro Ávila, *El neoconstitucionalismo Andino*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016),163.

³⁰⁹ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

campesino fallece ¿quién se va a encargar del cuidado de la tierra y de todo lo que ella produce?

En cuarto lugar, se ubica la vida de las personas que tienen el llaki, es ahí donde las autoridades y la comunidad analizan todo el contexto, con la finalidad de brindar soluciones al problema de las familias afectadas, tanto de la familia del fallecido como del ofensor.

Y finalmente, en quinto lugar, se encuentra el muerto, las personas mayores comentan “ya murió, igual hubiera muerto mismo”,³¹⁰ pero en sí, el problema es de los vivos. En el pensamiento indígena, Curicama resalta que pensar sobre la situación del que murió se lo debe analizar al final.

Al acontecer una muerte, la comunidad primero resuelve la situación de los niños, ¿cuántos niños quedaron huérfanos?, ¿de qué edades?, la familia, situación económica, social, etc. Curicama cuenta el siguiente caso:

Que hacemos, comenzamos con los niños. Y la resolución es que el asesino se quedó como papa putativo. Hasta que los tres niños cumplan la mayoría de edad. Tiene que dar todo como papa, educación, salud, vivienda, como papa propio. Y un tío dice yo tengo tierras para que ahí trabaje, para que siembren papas y mantenga a mis sobrinos. Es toda una discusión hermosa. ¿Y a la viuda? Ayuda económica nada más. Fuimos resolviendo el caso de los vivos desde los niños, ahí es donde yo digo sabemos pensar en el interés superior del niño. Antes que este en la Constitución, se resuelve el caso de los vivos, y el asesino puso \$6000 pidiendo a los familiares, buscando hasta que empiece a producir la tierra. Entonces que inteligentes que somos, después si vemos cuánto cuesta el entierro y a la final todos contentos. Nosotros miramos distinto el problema. Nosotros mandamos hasta con comidita, no ven en dos de noviembre en Otavalo. Damos comida somos distintos a lo que piensa la justicia mestiza.³¹¹

Cada persona de la comunidad desde que nace o es pequeño ya se lo perfila con un determinado rol en la colectividad, si llegare a faltar por cualquier motivo, esto va a alterar a las relaciones que se dan en ella, por ende, es la comunidad quien debe restaurar la armonía rota. En el caso de fallecer un miembro, afecta a la vida en todos los aspectos que se ha mencionado, desde la vida a la Pachamama hasta preocuparse por el entierro. Estos asuntos son trascendentes para el desarrollo y normal desenvolvimiento de la comuna. El problema de fondo al dejar de aplicar su derecho

³¹⁰ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³¹¹ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

propio radica en que se provocaría la violación a sus principios y por ende a la pérdida de su pensamiento colectivo, afectando la supervivencia misma de estos pueblos.

b.- El perdón

El perdón es un acto que cambia las “conductas destructivas voluntarias, contra el que ha hecho el daño, por otras constructivas, logrando modificar los sentimientos hacia el ofensor”.³¹²

Este principio en la justicia indígena es importante porque gracias al perdón se alcanza la armonía en la comunidad. Api Curicama sostiene que lo más difícil que puede hacer una persona es perdonar, pues es dejar a lado su dolor y venganza para conferir el perdón, lo cual es de almas grandes, de verdaderos seres humanos.

Yo digo cierto es. En nuestra casa, ¿es fácil perdonar a nuestra pareja? no, No es fácil perdonar compañeros, ni en la casa. En casa peleamos hasta porque quemó el arroz, y dice vos tienes la culpa y el otro no vos tienes la culpa y peleamos porque quemó la olla de arroz. Y no podemos perdonar. No es fácil perdonar. Y perdonar cuando una hija ha sido violada. O cuando a mi esposo o esposa mataron, no es nada fácil. Pero la justicia indígena es el perdón. Si no hay perdón no hay paz ni armonía.³¹³

Para lograr esta finalidad se necesita de expertos o expertas capaces de llegar a la conciencia de la comunidad para que se consolide dicho principio. Api Curicama en lo personal conoce a Manuel Morocho, consejero de su comunidad, el cual dado a su experiencia es capaz de persuadir a la colectividad para que reflexionen sobre el valor de la armonía y la paz consigo mismos, así como con los demás y por supuesto con toda la comunidad.

Porque el perdón y la reconciliación prácticamente son unidos. Primerito vamos por perdón, pero cuando ya estamos abrazándonos, a veces hasta de rodillas pidiendo perdón nos estamos reconciliando, estos dos principios prácticamente están unidos. La reconciliación no es más que decir ya pasó, te perdono, ya murió mi marido, busco otro, pero ya. Son dos principios juntos, pero es tan importante entender que el perdón y la reconciliación, solo así se vuelve a tener la armonía.³¹⁴

³¹² José García, “Perdonar y pedir perdón”, Psicoterapias.com, recuperado de: <http://www.psicoterapeutas.com/Tratamientos/perdon.html>.

³¹³ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³¹⁴ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

c.- La reconciliación

La reconciliación hace alusión a dejar atrás una pelea o un enfrentamiento, es unir a las personas para que retomen la amistad.³¹⁵ Por lo que la justicia es percibida como un proceso orientador a la solución de un conflicto, el objetivo principal es lograr mediante la conciliación o reconciliación, y la reflexión, el entendimiento de las partes.³¹⁶ A la vez, Emiliano Borja indica que la justicia indígena tiene un carácter de mediación, por cuanto la decisión de la pena a imponerse es un proceso de negociación. “Las comunidades indígenas buscan reconciliar y llegar a acuerdos entre las partes, con el fin de conservar la armonía interna del grupo.”³¹⁷

Para ello, la asamblea reúne a toda la comunidad con el fin de determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto e impone la pena del caso. Las diferentes familias tratan de llegar a un acuerdo sobre el tipo de sanción, su duración, forma y valor económico para su cumplimiento, evitando guerras ancestrales y para mantener el orden en la comunidad.

Fernando García y Vanessa Saltos afirman que en este tratamiento juega un papel importante la familia, pues ellos son los encargados de transmitir consejos de vida. Los padres o abuelos son los encargados de concientizar a sus hijos para que tomen las mejores decisiones, logrando el arreglo, y con el fin de que el culpable reflexione del daño causado y no reincida en la falta.³¹⁸ Los autores afirman que el propósito de la sanción es cambiar la actitud de los infractores y dar ejemplo a todos los miembros de la comunidad. Esto implica un proceso de purificación por la sanción recibida, pero al final se busca corregir el comportamiento equivocado, para retomar la armonía.³¹⁹

³¹⁵ Definición de, recuperado de: <https://definicion.de/reconciliacion/>

³¹⁶ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 299.

³¹⁷ Corte Colombiana, Sentencia C-463/14, Juez Ponente Luis Vargas, recuperado de: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>

³¹⁸ Angélica Bernal, *De la exclusión a la participación. Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, (Quito: Abya-Yala, 2000), 79-80, recuperado de: http://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=abya_yala

³¹⁹ *Ibíd.*, 89-90.

También se da la transacción en el marco de la imposición de la sanción, se busca que las partes queden conformes con la resolución de la asamblea, para de esta forma alcanzar el orden, el equilibrio y respecto de todos los miembros de esta.³²⁰

La Corte Constitucional colombiana reconoce que el procedimiento utilizado por las comunidades indígenas se basa en el diálogo, el consenso, donde una vez que el ofensor aceptó su error y la consecuencia de este, se hace responsable de sus actos, y el afectado una vez que confiere el perdón acepta la solución juntamente con el agresor, logrando la armonía interna, a lo que la esta Corte indica que todo este proceso es parte sustancial de la autodeterminación de estos pueblos.³²¹

d.- La justicia indígena busca la reflexión sobre la consecuencia de los actos

En la justicia indígena no hay la cárcel,³²² la comunidad busca que la persona que cometió la infracción se reintegre a la colectividad. Para eso aquel individuo debe cumplir con todo un proceso desde reconocer su error, hasta pedir disculpas públicas a la comunidad como al afectado, logrando rectificar su conducta para ser nuevamente útil a su agrupación.

Se busca que la persona se reintegre a la comunidad, este con su familia, hijos padres, y sobre todo trabaje, para que tome conciencia de su proceder, vea los efectos que provocó sus actos a la otra persona, y en sí a todo su medio, y mediante sus acciones pueda restablecer las relaciones con la persona a quien perjudicó y con la comunidad en sí. La persona no es privada de su libertad, más bien está en la sociedad para que enmiende las consecuencias de sus actos.

f.- La justicia indígena sana y sana integralmente como acto de purificación

En los pueblos y comunidades indígenas no se habla de delitos, sino de hacer el mal, el daño. El individuo que lo realiza está lleno de energías negativas, espíritus malignos,

³²⁰ Laura Guraudo, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 189-191.

³²¹ El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la Coordinación, Estudio Socio-Jurídico vol.10 no 1 Bogotá junio 2008. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792008000100012.

³²² Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Cuadernos de Legislación Indígena, México, recuperado de: http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf, artículo 10 numeral 2.

algunos dicen “le ha entrado el diablo” por eso maltrata a la mujer o el yacha lo ha brujado para que este mal.

En el mundo mestizo se comete acciones indebidas, mucha de ellas de forma premeditada, por eso se habla de la delincuencia organizada, se disponen para asaltar, para matar. En las comunidades indígenas eso pasará tal vez 1 en cien mil, pero en general en los pueblos indígenas no se organizan para ejecutar actos que afecten a los demás. La administración de justicia indígena está sujeta a procedimientos sociales y culturalmente establecidos compartidos con toda la comunidad.³²³

Los habitantes de los pueblos y comunidades indígenas provocan daño porque están poseídos de malas energías o de malos espíritus, y por eso es necesario la sanación. En la etapa de sanación esta aceptado bañar, ortigar, etc., no en ninguna otra etapa, porque se estaría violando los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Evitando así que se genere un atropello físico, psicológico o de cualquier otra índole.

Cada uno de los pasos de la sanación tienen una doctrina un orden y argumento, afirma Curicama. La azotada tiene conexión con tayta Pachacamac, él está mandando rayos de sanación, para que la persona se sane. Luego hay que ortigales, puesto que la ortiga sería como unas inyecciones para ayudar a cicatrizar las heridas y finalmente se realiza el baño, pues este purifica, limpia y se lleva todo mal. Al culminar este proceso, el individuo es recibido nuevamente en el seno de su comunidad.

Los pueblos eperas por ejemplo daban 150 azotazos, en Saraguro 24 máximo y mínimo 12, es decir, ese proceso se desarrolla de acuerdo con las costumbres y procedimientos de sus propios saberes ancestrales.

La finalidad de la pena es la purificación o limpia del individuo, el proceso es un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y restablecer la armonía, manifiesta Ávila.³²⁴ Por otra parte, Borja afirma que las sanciones buscan la cura del

³²³ Angélica Bernal, De la exclusión a la participación. Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador, (Quito: Abya-Yala, 2000), 79, recuperado de: http://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=abya_yala.

³²⁴ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 299.

procesado, con el objeto de que se sienta libre de las malas influencias que lo llevaron a cometer dicha acción.

Se hace una limpia, muchas veces eso ha sido satanizado a las comunidades, dicen le dan garrote, agua, ortiga, para nosotros eso es sanación, en el espíritu nuestro no existe el castigo, tortura. Es sanación, porque pensamos que la persona que cometió el delito esta con energías negativas, con pensamientos negativos.³²⁵

Por ejemplo, la Tucayta al imponer sus sanciones lo realiza de la siguiente manera, que más o menos recogería la finalidad de todas las comunidades indígenas ecuatorianas.

[...]la imposición de sanciones es justa, no punitivas sino de corrección, de inserción social, y la reparación de la acción sea compartida o personal. Este ejercicio de la justicia es solidario, efectivo, eficiente, directa, sin costo, acorde al tiempo y espacio de los hechos y actores y sobre todo es una acción comunitaria de tradición milenaria.³²⁶

Lo que se busca en definitiva es la rehabilitación del individuo. Por ejemplo, con cada latigazo, en algunas comunidades indígenas, se añade un consejo para que entienda que la sanción está orientada a mejorar a la persona.³²⁷

Se puede hacer baños con ortiga, también en todas las casas tienen una especie de chicote, y le dan, quien hace es el mismo papá, o la misma mamá, las personas mayores de esa familia. Es como decir, en el caso: yo hijo si te estaba diciendo, te dije que vas a estar en este problema, que vas a entrar en este inconveniente, no me escuchaste, no me oíste, no me hiciste caso, ahora has entrado hasta esta realidad, ahora es por eso que hago esto. Le hablan, le reprimen, le dan estrategias para que se reincorpore nuevamente.³²⁸

El procedimiento y la sanción tienen significados profundos en la comunidad, encaminados a encontrar el equilibrio y la cohesión social, mantienen o restablecen la paz comunal, garantizan la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad, los infractores rectifican su conducta, previenen y resuelven efectivamente los conflictos.³²⁹

³²⁵ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac José Acero, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

³²⁶ Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 185.

³²⁷ Laura Guraudo, *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 193-194.

³²⁸ Entrevista al presidente de la Comunidad Indígena de Quilloac, Pedro Solano, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

³²⁹ Agustín Grijalva y Sousa Boaventura, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 300.

g.- La justicia indígena es pública

Esta regla implica que los miembros se reúnen en espacios amplios donde pueden participar con transparencia en el procedimiento y en la resolución. Curicama indica que cuando la justicia es pública todos conocen los hechos del proceso a resolver, donde se encuentran las autoridades y todos los miembros de una comunidad. En este ambiente se solucionan al alrededor del 95% de los problemas³³⁰. Ahí están los niños, los mayores, aprendiendo como hacer justicia, es como una universidad, pues aprenden las pautas y conocimiento sobre sus procedimientos. En lo público se adquiere saberes, pues al resolver un caso colectivamente se va asimilando los criterios y consejos de las personas.

Curicama cuenta que en la actualidad dentro de las comunidades los conflictos son cada vez más complejos, por ejemplo, en Otavalo hay más traficantes de armas, para lo cual las autoridades y la comunidad en sí deben ir preparándose.

Es tan interesante la justicia pública, porque ahí aprendemos, ahí es nuestra escuela de aprendizaje, ahí aprendemos todos y seguimos avanzando, mientras mejor hagamos justicia en la comunidad mejor será nuestro futuro.³³¹

Mientras que en la justicia indígena hay un espacio público, que todos están enterados, en que todos contribuyen, es un espacio de control social que hace la gente, dicen eso está pasando yo no debo hacer eso, debo evitar dice la gente, los jóvenes, es una forma de ir controlado.³³²

h.- Es ejemplificadora

Todo lo que sucede en la comunidad, cada actuar de los dirigentes, los consejos dados por los ancianos son asimilados por sus miembros como modelo a seguir y aplicar en el hogar como en la vida cotidiana.

Es ejemplificadora, porque todos conocemos y vamos aprendiendo, cuando las autoridades saben dar consejos eso es un ejemplo, “ve esta bonito dar consejos, yo también quiero”, aprendemos a dar consejos. La justicia indígena es ejemplificadora, porque da ejemplo, cuando buscamos la paz y armonía estamos dando un ejemplo de

³³⁰ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³³¹ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³³² Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017. Quilloac-Cañar.

cómo encontramos la paz. Y así, por abundar hay muchos ejemplos, pero la justicia indígena es ejemplificadora. Da ejemplo, no es que simplemente se sanciona y chao. No, no, hay ejemplo para nuestra sociedad para que nuestros jóvenes vayan aprendiendo.³³³

En un lugar abierto como la casa comunal o la iglesia, las familias de la comunidad acuden a tal lugar, con la expectativa de aprender y es un ambiente para observar como es el proceso indígena, pero sobre todo para reflexionar sobre el proceder y actuar, pues a través del consejo y las amonestaciones se evidencia las causas y efecto de las conductas y el resultado de estas. Las madres de familia acuden con sus niños, quienes mediante la observación van adquiriendo conocimiento y sobre todo aprenden las consecuencias de los actos, las conductas indebidas, las sanciones, el significado de la sanación, la importancia del perdón, reconciliación, consejos, entre otros, es decir se va asimilando la esencia del proceso.

i.- Es colectiva

Este principio implica que las resoluciones indígenas son trabajadas en conjunto en la comunidad, por ejemplo, hay 200 cabezas pensando para encontrar la paz y la armonía, no uno, ni dos jueces, como sucede en la justicia ordinaria.

La justicia indígena es colectiva, las autoridades pueden orientar, pueden facilitar, y obviamente hacer justicia, pero no son los únicos que deciden sobre el conflicto. Es decir, la Asamblea se reúne por iniciativa de los dirigentes quienes son los encargados de convocar a todos sus miembros y en conjunto toman la mejor decisión.

Hay elementos importantes cuando es colectivo, alguna vez decían cuando yo estaba en Naciones Unidas y hablaban solo de justicia comunitaria y decía ustedes lo que están haciendo es poniendo a la monarquía. Decían, nosotros tenemos a la Corte Provincial, a la Corte Suprema. Y decían, están volviendo a la monarquía, solo en la comunidad todo. Y eso no es así. Lo que quiero decir es que a la justicia indígena nos han acusado de que no hay defensa que es una montonera, mentira. En la justicia indígena hay sabios y sabias que dirigen y ahí mismo hay acusadores y defensores. Este grupo dice así hagamos, el otro dice no, no, mejor así hagamos. Cada grupo dice, no estamos de acuerdo con ellos, ni con ellos. Tenemos una tercera alteración pongamos, hagamos esto, y vamos acordando, conversando. Hay defensores y defensoras en la Asamblea Comunitaria, ahí discuten en grupo analizan en grupo.³³⁴

³³³ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³³⁴ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

Es decir, existe un procedimiento preestablecido por la comunidad donde participan libremente varios actores que pretenden velar por las necesidades y responsabilidades de los involucrados, así como de la comunidad. Tratan de resolver el problema de la mejor manera, todos brindan su mejor criterio para encontrar la paz y armonía.

Pero dicen no, si ayer ha ido a hablar con tayta Caritos y ha ido llevando un pollito. Tal vez, pero la justicia indígena es cero corrupciones, tal vez me equivoque como alguna vez. Diríamos en la Universidad Valencia con los profesores, cuando explicaba que somos una maravilla y explicaba que colectivamente somos una maravilla, y decía que Pijal tiene como 1000 habitantes, y ellos están divididos en el Alto Pijal en el Medio Pijal y el Bajo Pijal. Y cada uno de esos cuando hacen Asamblea se reúnen como 1000 personas. Yo un poco dramatizando digo: “hay mil cabezas haciendo justicia”. ¡Y son mil cabezas que se equivoquen! No son como ustedes, nosotros no nos equivocamos, y un profesor dice, pero ustedes también pueden equivocarse, porque la equivocación es propia de los seres humanos, y como los indígenas son seres humanos, porque no pueden equivocarse. Pero en justicia indígena por la colectividad que se da, es bastante difícil que nos equivoquemos, por lo que casi hacemos bien. Casi siempre hacemos bien. Algo por ahí sí, pasa.³³⁵

j.- Es reparadora

La justicia indígena busca restaurar las relaciones entre ofensor y ofendido, al igual que con toda la comunidad al reconocer el error, pedir las respectivas disculpas y sobre todo resarcir de la mejor manera el daño ocasionado, pues para determinar la forma y cantidad de restaurar lo afectado, se analiza todo el contexto en el cual se dieron las circunstancias. Es decir, se realiza un estudio integral del caso en concreto para brindar la mejor solución y restaurar el equilibrio de las relaciones rotas y así retomar la paz y la armonía de los involucrados como del colectivo. Al morir una persona por ejemplo no es que ya murió y no pasa nada.

En el caso de muerte de uno de sus miembros, siendo el acontecimiento más severo dentro de la cosmovisión indígena, restablecer las relaciones quebrantadas es muy complejo, sin embargo, la persona trabaja para reparar el daño que ocasionó, al meditar sobre su proceder se va rectificando, y de a poco reconstruyendo las relaciones rotas, de la misma manera asume las consecuencias de sus actos, compensando el daño ocasionado.

³³⁵ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

En la medida que estamos diciendo, hasta que tiempo va a dejar a sus hijos, hasta como tienen que ayudar a dar la manutención, como tiene que ayudar en el entierro. Estamos reparando el daño hecho. Y más facilito es la reparación. En un caso de una compañera decía que quería la vaquita que robaron mismo, “esa vaquita quiero”, pero digo “mamita por dios su vaquita ya no está aquí”. Ya llevaron ya hicieron caldo, no mi vaquita. Tuvimos que con el dinero compran una vaquita y como estaba preñada, se quedó contenta. Miren es la reparación, en nuestra cabecita esta si no me devuelve lo que me hicieron, sigo mal.³³⁶

k.- La justicia indígena es humanitaria

La justicia indígena al contar con los principios antes mencionados y sobre todo con un pensamiento colectivo, cavila en el bienestar de todos los que conforman la comunidad. Los problemas que en ella ocurran no son de dos personas o tres, son de todos sus miembros, pues la persona cumplía una función determinada en su medio que debe ejecutarla, y por su ausencia no la realizará. Por lo tanto, la sanción a recibir es en base al grado de afectación a la comunidad, y no por el mero hecho de sancionar los actos del infractor.

James Anaya relator sobre derechos indígenas de Naciones Unidas, le preguntaron si el baño con agua fría, azotada y la ortigada, no era violación a los derechos humanos, y él siempre responde este tipo de preguntas y dice, la bañada con agua fría, la ortigada y la azotada, ¿es más inhumano que tener a una persona 20, 25 o 30 años en la cárcel, en lugares infrahumanos? ¿Cuál es más grave? Les pregunta y se quedan callados.³³⁷

Es humanitaria pues analiza el problema desde el contexto, piensa en la familia, niños, la esposa, esposo, padres, deudas, terrenos, etc., es decir en los diversos aspectos de la vida. Además, recordemos que los que participan en el proceso son personas de su confianza, que parten de su cosmovisión, y del reconocimiento como miembro de una comunidad, y no únicamente como una persona. No trata con personas sino, con miembros de su comunidad, es decir los considera como parte esencial en las relaciones cósmicas necesarios para el mantenimiento de la paz y armonía.

En la justicia indígena buscamos incluir al sujeto que ha maltratado, que ha vulnerado derechos, que ha cometido algún error. Le incluimos en la comunidad y ahí con la

³³⁶ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³³⁷ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

protección de la comunidad, con el seguimiento, él poco a poco va cambiando de actitud y deja de actuar en sentido negativo.³³⁸

En el caso La Cocha podemos encontrar algunos de los principios explicados, revelando que el proceso para resolver un caso de muerte, como el de Marco Olivo se aplican los principios de justicia indígena presentes en las comunidades indígenas.

Estamos dolidos porque se ha difundido y han sacado solo lo negativo de justicia indígena y porque no se han dicho la verdad, y sobre todo porque a los dirigentes han dicho que somos asesinos, que hemos flagelado, que el pueblo indígena somos salvajes, y dicen que más de 500 años mantenemos la justicia indígena. La vida debe importar a todos ya que hay un joven muerto y nadie ha dicho nada al respecto. Solo han reflejado sobre el detenido Orlando Quishpe, y él está aquí vivo, sin maltrato físico ni psicológico, se le ha respetado sus derechos y sobre todo actuamos respetando lo manifestado en la Constitución. [...] los castigos y el juzgamiento serán públicos y el detenido está en buenas manos. [...] estamos dando un ejemplo al pueblo, la ortiga es un remedio para evitar las enfermedades, el consejo es muy importante para el respeto de nuestra Pachamama.³³⁹

1.- Principio de la autoridad del afectado que tiene que conocer el caso

Esto quiere decir que en aquellos casos en los cuales está involucrado un indígena o es sobre todo el afectado, las autoridades encargadas de conocer y resolver su caso son sus autoridades propias.

Además, se confiere la declinación de competencia a las autoridades indígenas, cuando los delitos son cometidos por miembros de su comunidad en su territorio.

2.3.4 - Sanciones de delitos contra la vida en la justicia ordinaria e indígena

Una vez analizado los principios tanto de la justicia ordinaria como indígena que rigen los procesos penales, se tratará sobre las sanciones impuestas por la justicia ordinaria a los delitos contra la vida por el Derecho Penal en el cual se fundamenta la actividad punitiva del Estado y las sanciones de la justicia indígena.

³³⁸ Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017. Quilloac-Cañar.

³³⁹ Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 169-170.

El bien jurídico protegido es la vida, el cual es fundamental para la coexistencia e interrelación con los demás derechos humanos. La vida se termina con la muerte, es la forma natural de su culminación, pero también existen formas de interrumpirla, como es el asesinato, homicidio, para la vida independiente y el aborto para la vida dependiente, como bien es conocido.

El COIP al hablar sobre la inviolabilidad de la vida nos muestra los siguientes delitos:

Asesinato: La persona que ejecute a su semejante será sancionada con pena privativa de libertad de 22 a 26 años y concurra las circunstancias del artículo 140 del COIP.

Femicidio.- La persona que por relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, ejecute a una mujer por el hecho de su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de 22 a 26 años.

Sicariato.- La persona que mate a otra por precio, pago, recompensa, promesa remuneratoria u otra forma de beneficio, para sí o un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de 22 a 26 años.

Homicidio.- La persona que termine con su semejante será condenada con pena privativa de libertad de 10 a 13 años.

Homicidio culposo.- La persona que por culpa acabe con su semejante, será condenado con pena privativa de libertad de 3 a 5 años.

Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que, al omitir el deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de 1 a 3 años.

Aborto con muerte. - Con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta por medios de los medios empleados, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será condenada con pena privativa de libertad de 7 a 10 años, si la mujer ha aceptado en el aborto; pena privativa de libertad de 13 a 16 años, si ella no lo ha aprobado.

Aborto no consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de 5 a 7 años.

Aborto consentido. - La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de 1 a 3 años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años.

Como vemos todos los delitos contra la vida, se los sanciona con la privación de la libertad. La pena se aplica al autor o al cómplice, por un cierto número de años, según sea la intención o el grado de culpabilidad como de participación con que se cometió el delito.

La justicia ordinaria por ejemplo sentencia, llega hasta la sentencia y ahí queda. A veces por errores que cometen, es la cárcel lo último, hasta ahí llegan. Nosotros no llegamos hasta eso, la cárcel nada más, nosotros llegamos hasta volver a insertar al individuo o la persona que comete los errores a la armonía de la comunidad. Eso es lo difícil. Eso es un reto que tal vez muchas instituciones tendrían que tomarlo así, porque llevando a la cárcel no sacamos casi nada, porque en la cárcel vuelven a aprender otro tipo de conocimientos, a lo mejor no hay una regeneración total, entonces en ese sentido nosotros, para nuestra justicia no tendría que haber cárcel, tendría que haber un centro, un espacio, una instancia donde se vuelva, reaccione del error que cometió, pero tiene que volverse a insertarse en la sociedad.³⁴⁰

Rosa Baltazar, indica que la vida es un derecho elemental que no puede ser vulnerado por argumentos políticos, sociales, culturales o jurídico, en la justicia indígena no existe sanciones que transgredan la vida del culpable o priven su libertad de movimiento. Sobre todo, los pueblos indígenas saben que la vida es un derecho esencial y no pueden ser limitado por nadie de esta.³⁴¹

Como regla general, independientemente de la jurisdicción aplicable, los miembros de comunidades indígenas no deben cumplir penas en establecimientos ordinarios de reclusión, ya que la mayoría de las costumbres indígenas no conciben la pena de encarcelamiento como una forma de sanción a un comportamiento reprochable. Además, dicha represión estatal desconoce abiertamente la libre determinación de los pueblos indígenas, el pluralismo jurisdiccional del Estado colombiano y con ello, el Convenio 169 de la OIT que admite la existencia de instituciones especiales de las comunidades indígenas, así como la autonomía e independencia de dicha jurisdicción.³⁴²

Los pueblos indígenas tienen sus propias medidas en contra de acciones reprochables. La pena, en cuanto consecuencia jurídica del delito, tiene dos objetivos. Preventivo especial positivo, cuya meta es que el sujeto se reintegre a la comunidad, las penas se eligen en función de la acción cometida y la personalidad del infractor, luego, la pena para cada infracción puede no ser siempre la misma, pero la finalidad será que el infractor sea consiente sobre la afectación que causó a la comunidad su proceder, como lo indica la Dra. Myrna Villegas.³⁴³

³⁴⁰ Entrevista al presidente de la Comunidad Indígena de Quilloac, Pedro Solano, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar

³⁴¹ Carlos Espinoza y Danilo Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, (Quito: Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 462.

³⁴² Corte colombiana, Jurisdicción Indígena. Competencia. Sentencia T-642/14, Juez Ponente Martha Sachica, recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>.

³⁴³ Myrna Villegas, *Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal.*, Polit. Crim. Vol. 9, No 17 Julio 2014, recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v9n17/art07.pdf>.

2.3.5.- Apreciación de la eficacia de la justicia ordinaria e indígena en delitos contra la vida en Ecuador

En este sentido, la valoración de la eficacia de la justicia ordinaria e indígena, parte de la afirmación de que el fin a alcanzar es diferente, ya que la justicia ordinaria a todas luces busca que el sistema normativo prevalezca,³⁴⁴ y en el caso del derecho penal opta habitualmente por la cárcel como mecanismo de sanción y rehabilitación. Mientras que la justicia indígena tiene como fin último mantener la armonía de la comunidad. Con estas consideraciones en el presente apartado, se analizará el concepto de la vida de estos dos mundos, y algunos aspectos de estos dos derechos para visibilizar que cada uno a su manera cumple con un objetivo y un fin.

David, René y Camilla Jauffrer-Spinosi definen al derecho:

Cada derecho constituye de hecho un sistema: emplea un cierto vocabulario correspondiente a ciertos conceptos; agrupa las reglas en ciertas categorías; comporta el empleo de ciertas técnicas para formular las reglas y ciertos métodos para interpretarlas; está ligado a una cierta concepción del orden social, que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho.³⁴⁵

A partir de este concepto se comprende que el derecho se crea desde la cosmovisión de una sociedad, recoge la forma de vida y su visión. En consecuencia, el derecho indígena, está basado en las costumbres y prácticas del pueblo al que se debe, recordando que el derecho es una construcción social.

El tiempo reveló las imperfecciones del derecho “moderno”; mostró en qué medida el universalismo era un señuelo y que el reino supremo de la ley no lo regulaba todo. La observación de la realidad jurídica cotidiana llevó a un gran número de juristas que se interesaban en el problema de los fundamentos del derecho, a reconocer que todo derecho es relativo, que existe un pluralismo de fuentes del derecho, y que se impone un retorno al pragmatismo.³⁴⁶

³⁴⁴ Bernardo Feijoo, Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena Günther Jakobs, 114, recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10011100134_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Preveni%F3n_general_positiva._Una_reflexi%F3n_en_torno_a_la_teor%EDa_de_la_pena_de_G%FCnther_Jakobs

³⁴⁵ Santa Cruz de la Sierra, Sistema Jurídico Indígena, (Bolivia: Editorial EL PAIS, 2003), 19, recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.bivica.org/upload/sistemas-juridicos.pdf>.

³⁴⁶ André-Jean Arnaud (1990). “Repenser un droit pour l’époque post-moderne”, Le Courrier du CNRS, n° 75, Paris, p. 82., en Juan Martínez, Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena. (Bogotá: Editorial Antropos Ltda., 2008), 87, recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_14932-1522-1-30.pdf?100308200048

Un ejemplo que indica esta afirmación es la conciliación de las comunidades tzotziles de los Altos de Chiapas, en el cual se realiza un ejercicio de perspectiva con diferentes concepciones de la justicia: una idea propia del derecho de Estado, y una diferente de las comunidades tzotziles de los Altos de Chiapas de México, donde la concepción de justicia es diferente, pero no quiere decir, que sus ámbitos se excluyan; por el contrario, convergen en la instancia del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena, pero los aspectos tomados son diferentes cada uno con diversos universos de significados.³⁴⁷

Al mismo tiempo, Manuel Moreira, declara que la pluriculturalidad, la diversidad y los derechos lingüísticos, “bajo el paraguas de la igualdad son derechos que modifica el imaginario legal, rompen el molde colonial y sacuden la idea rígida del evolucionismo enquistado en el derecho”³⁴⁸ por lo tanto, los desafíos del Derecho son grandes, pues se debe aceptar y entender la existencia de una nueva axiología jurídica, se trata de una cuestión de interpretación, de apertura a nuevos valores y renovación paradigmática, dejando atrás la ideología liberal que considera a la individualidad como único sujeto de derechos, se podrá entender de mejor manera a los llamados “derechos colectivos”, pues, está implícita la idea de cultura, que trae consigo un problema de no permitir divisar con familiaridad al “titular del derecho”. Al mismo tiempo, las categorías prestadas como “cultura indígena”, “derechos indígenas”, “pueblos indígenas”, deberían ser analizadas desde las pautas científicas desde donde fueron construidas, por lo cual, el trabajo con otras disciplinas es imperante. En tal virtud, el cambio de paradigma en el pensamiento jurídico preconcebido es necesario.³⁴⁹

En cuanto al reconocimiento de su derecho, Oscar Correas, manifiesta que el pluralismo jurídico, choca con la ideología de la soberanía, y por ende se desprende que las normas solo pueden ser producidas por el poder o el Estado. Lo cual sería una estrategia clave, para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar, así su hegemonía. Además, rompe con la visión monista del derecho.³⁵⁰ Pero, como también sabemos, el derecho bajo los procesos de resistencia va modificándose para acoplarse a los cambios y

³⁴⁷ Ibíd., 87-88.

³⁴⁸ Manuel Moreira, “El concepto de cultura en el derecho”, 11, recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Downloads/4870-35479-1-PB.pdf>.

³⁴⁹ Manuel Moreira, “El concepto de cultura en el derecho”, 11-13, recuperado de: <file:///C:/Users/Compustore/Downloads/4870-35479-1-PB.pdf>.

³⁵⁰ Vicente Cabedo, “De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena”, recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n21/n21a06.pdf>

demandas sociales. El pueblo indígena luchó por sus derechos, por demostrar que cuentan con una identidad propia, que son actores, constructores de su historia y desarrollo.

Sin embargo, en la práctica el derecho indígena se encuentra con algunos limitantes, pues la racionalidad occidental, individual, no comprende la cosmovisión indígena. La modernidad da primacía a la racionalidad instrumental, donde cada hombre decide racionalmente su futuro, y las diferentes culturas, tradiciones, son un obstáculo para el progreso y su libertad. En el plano jurídico se traduce en un derecho nacional.³⁵¹ A lo que Barbara Freitag explica:

Ya no es una facultad abstracta, inherente al individuo aislado, sino un procedimiento argumentativo por el cual dos o más sujetos se ponen de acuerdo sobre las cuestiones relacionadas con la verdad, la justicia y la autenticidad. El concepto de razón únicamente tiene sentido en cuanto razón dialogada³⁵².

Es posible, que el derecho al ser una construcción social de las élites se fue realizando desde la hegemonía de la sociedad liberal, dejando de lado las percepciones y valores de las demás sociedades, circunstancia que provoca en la actualidad dificultad para comprender al sujeto de derechos, no solo desde el individuo, sino desde los colectivos.

Por otro lado, para el Comité de los Derechos Humanos, en el caso *Kindler v. Canadá*, manifiesta que el Estado garantiza los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, entendiéndose que el derecho a la vida es el más esencial de todos.³⁵³

A partir de esta declaración, la vida es el derecho básico para la coexistencia de los demás derechos, no se puede hablar de la vida, como existencia biológica únicamente, va más allá. Por ejemplo, para el runa³⁵⁴, la vida cumple con un ciclo en el cual se debe mantener adecuadamente las relaciones cósmicas.³⁵⁵

³⁵¹ *Ibíd.*, 79.

³⁵² *Ibíd.*., 80.

³⁵³ Omar Huertas y otros, *El Derecho a la Vida en la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (Colombia: Editorial: IBANEZ, 2007), 67.

³⁵⁴ El artículo 7 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007, claramente estipula que las personas indígenas como pueblo, tienen derechos a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos. Igualmente, el artículo 1 de la misma Declaración indica que los indígenas tienen derecho, como pueblos y como

El derecho a la vida para el mundo occidental se lo relaciona:

[...] no solo a la existencia biológica, sino también y sobre todo a la existencia socioeconómica, cultural, política y moral en condiciones decorosas y productivas, de tal manera que cada miembro de la humanidad sea reconocido en su dignidad y respetado en su libertad, y disponga de todos los bienes, servicios y recursos necesarios y suficientes para vivir tan bien como la mayoría de sus ciudadanos y contemporáneos.³⁵⁶

La Corte IDH define a la vida como un derecho [...] ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y condición *sine qua non* para el goce de los demás derechos.³⁵⁷ A partir de ello, podemos decir que es un derecho fundamental para el ejercicio de los demás derechos, es más que la simple existencia biológica.

Los derechos están interrelacionados unos con otros,³⁵⁸ los cuales depende de la cosmovisión de cada pueblo, en el caso particular de las comunidades indígenas, se funda en el respeto a la naturaleza, flora, fauna, y los habitantes invisibles, hallados en la memoria colectiva. Su legitimidad la encontramos en los sistemas de parentesco, en las concepciones religiosas y en el vínculo social de la comunidad con la tierra y sus recursos,³⁵⁹ es así como dichos conceptos deben ser incorporados.

El derecho a la vida incluye la existencia cultural, moral, respeto a la libertad, y a autogobernarse. Los miembros de las comunidades y pueblos indígenas tienen su propia forma de ver la vida y de interactuar, visión que responde a su cultura y cosmovisión. Por ejemplo: cualquier “infracción” con respecto al orden ético por parte de una persona, una pareja, un grupo o una comunidad, tiene efectos y

personas al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por los tratados y convenios internacionales de derechos humanos. Como hemos visto a lo largo del desarrollo de este trabajo, los pueblos y comunidades indígenas poseen derechos tanto individuales como colectivos reconocidos por la Constitución de 2008 y en las diferentes normas internacionales sobre derechos humanos aceptadas y reconocidas por el Ecuador. Son los mismos derechos que tiene cualquier persona, pero teniendo en cuenta sus particularidades.

³⁵⁵ Josef Estermann, “Ruwanasofia o lurañsofia: ética andina, En Josef, Estermann, Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo”, (La Paz: ISEAT, 2006), recuperado de http://casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Josef_Estermann.php, consulta realizada 8 de agosto de 2017.

³⁵⁶ Omar Huertas y otros, *El Derecho a la Vida en la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (Colombia: Editorial: IBÁÑEZ, 2007), 61.

³⁵⁷ *Ibíd.*, 68.

³⁵⁸ Artículo 11 numeral 6.- Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Ver Constitución del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008, recuperado de: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.PDF.

³⁵⁹ Santa Cruz de la Sierra, Sistema Jurídico Indígena, (La Paz: Editorial EL PAIS, 2003), 22, recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.bivica.org/upload/sistemas-juridicos.pdf>.

consecuencias mucho más allá del radio de “responsabilidad” del autor en sentido occidental. Esta responsabilidad (deber-responder-por) no se mide por la medida de la libertad individual y personal, sino por el impacto en términos cósmicos y sociales que tiene la infracción respectiva. Además, los efectos no se limitan a la realidad actual y regional, sino que se extienden a otras regiones de *pacha* (*hanaq/alax* y *uray/manqha pacha*), y a lo largo de las generaciones.

El ser humano es, en el fondo, cuidante del orden cósmico; y la ética consiste en el cumplimiento adecuado de esta función.³⁶⁰ El mundo occidental e indígena distan mucho en su concepción sobre la vida, Estermann manifiesta que la ética occidental es antropocéntrica y sobre todo antropomórfica: un bien jurídico protegido es un bien de acuerdo con la bondad que contiene para el ser humano, todo gira alrededor de él. Mientras que para el ser andino es parte de las relaciones cósmicas, el principio fundamental lo define: "Actúa de tal manera que contribuyas a la conservación y perpetuación del orden cósmico de las relaciones vitales, evitando trastornos del mismo."³⁶¹

Comprendida la base del pensamiento occidental como del andino sobre la vida, se puede entender la visión de justicia de cada una de ellas, sobre todo, del porqué de sus medidas, para alcanzar el ideal de justicia y proteger lo que cada uno considera como bien jurídico protegido.

De la misma forma Bolívar Beltrán, indica que los sistemas legales de los pueblos y comunidades indígenas³⁶² son verdaderos procedimientos que buscan la rectificación de

³⁶⁰ Josef Estermann, “Ruwanasofia o lurañsofia: ética andina, En Josef, Estermann, Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo”, (La Paz: ISEAT, 2006), recuperado de http://casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Josef_Estermann.php, consulta realizada 8 de agosto de 2017.

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² Lo dicho en el presente párrafo lo podemos evidenciar en el caso: Muerte por atropellamiento del señor Oswaldo Guamangate Cuchiparte, por vehículo conducido por el señor Hugo Cuchiparte Umajinga. Esto aconteció en la comunidad de la Cocha, parroquia de Cotopaxi el 7 de noviembre de 2009 a las 7 y media a 8 de la noche, por tal motivo el día 15 de noviembre de 2009 a las diez de la mañana con la presencia de las autoridades y más de dos mil comuneros se instala la Asamblea con el objeto de resolverla muerte del señor Guamangate. Una vez instala la Asamblea el presidente de la organización “UNOCIC”, indica que lo sucedido ha conmocionado y ha roto la paz, la tranquilidad en la comunidad de la Cocha, y solicita que todos ayuden a resolver el caso de forma serena. Los familiares y la viuda han solicitado a sus autoridades que resuelvan el caso, en virtud de los artículos 57 numerales 9 y 10 y 171 de la Constitución. Las autoridades asumen la jurisdicción y competencia para resolver lo que aqueja a la comunidad. En virtud que el muerto como los involucrados son indígenas kichwas hablantes y de la comunidad La Cocha y que una vez averiguado todos los hechos y realizado varias reuniones tanto en la comunidad como en la parroquia de Zumbahua, determinaron que el hecho se dio por el estado de

las conductas de los actores, desde un espacio de reflexión y aprendizaje, para alcanzar la armonía de la comunidad, recogiendo la sabiduría del encuentro. Cuenta con autoridades, normas, procedimientos, mecanismos, sanciones y seguimientos para la solución de todos los asuntos de estas colectividades.³⁶³

Ante lo expuesto en líneas anteriores, la justicia indígena cumple un rol importante en la vida comunitaria de sus pueblos, así como lo hace el derecho occidental en la sociedad, cada uno de ellos cumple una función y responde a sus visiones y construcciones sociales, sin embargo el derecho indígena al ser más cercano a la realidad de los que lo aplican y guardar relación con su cosmovisión, cultura, pensamiento lo hace eficaz pues resuelve los problemas de la comunidad e instaura nuevamente la paz y armonía en la misma.

embriaguez por salir de una pelea, el señor Olmedo Guamangate, en compañía de Hugo Guamangate y Nelson Guamangate por realizar una mala maniobra atropellan al señor Oswaldo Guamangate provocando su muerte. En tal virtud los involucrados son sancionados en base a sus procedimientos propios recibiendo 10 fuetes, baño de ortiga por 30 minutos, y que den una vuelta por la plaza cargando un costal de tierra, al igual que una indemnización a la viuda e hijos por \$10.000. Las sanciones fueron aceptadas por los involucrados y sus familias y ejecutadas por las mujeres de la comunidad y cada dirigente de cada comunidad dio un fuate con un consejo. De esta forma se resolvió el caso, y la fiscalía al conocer el caso declinó competencia en virtud que las autoridades indígenas lo solicitaron, la cual accedió, por respeto a los derechos de las comunidades indígenas, archivando la causa, sin nada más que reclamar por las partes a posterior. Ver Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 67-68.

³⁶³ Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 201-202.

2.4.- Justicia Indígena en la Comunidad de Quilloac y su perspectiva sobre las afectaciones por la restricción de resolver delitos contra la vida.



Fuente: Comunidad de Quilloac-Cañar
Foto tomada por: Clara Daniela Romero R.

A continuación, se tratará de explicar la organización e institucionalización de la justicia indígena de los pueblos quichuas del Ecuador, tomando como referencia la comunidad de Quilloac, en la cual se evidenciará que cuenta con un procedimiento sólido basado en sus costumbres y tradiciones. Dicho de otra manera, cada acto que compone el procedimiento de conocimiento y resolución de conflictos guarda relación con sus valores culturales y su identidad. Así pues, mediante estudios cualitativos en la comunidad del cantón Cañar, se explicará de mejor manera la afectación que provoca la restricción a la administración de justicia en delitos contra la vida por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana.

La Comunidad de Quilloac está ubicada en el cantón Cañar, detrás de la montaña Nario. Quilloac según Jacinto Aguaisa significa tierra amarilla,³⁶⁴ mientras que para José Pichisaca Guamán, afirma que el término tiene dos orígenes, el cañarí que tendría relación con la madre luna, las estrellas por lo tanto se entendería como el

³⁶⁴ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac Jacinto Aguaisa, 23 de Julio de 2017, Cañar.

Centro de adoración a la madre luna, y la versión quichua que sería tierra amarilla. Es decir, es un centro cosmogónico con varias mitologías conocidas por su colectividad. En efecto, Quilloac es una comunidad ancestral que tiene sus orígenes antes de la conquista española e inca.³⁶⁵

La comunidad está conformada por 6 sectores: Nario, Solitario, Pungoloma, Jundocucho, Yerba Buena y Quilloac Central. Cuenta con un Cabildo Central conformado por un presidente y seis vicepresidentes, un secretario, tesorero, y diferentes vocales, además a cada sector lo representa un presidente que son los vicepresidentes del cabildo central, al igual que un vicepresidente, secretario, tesorero, y vocales.

2.4.1.- Características de la administración de justicia indígena

Raúl ILaquiche Licta afirma que los pueblos y comunidades indígenas cuentan con un derecho oral, sin codificación, y autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las jurisdicciones y territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes, sustentados y fundamentados en la preexistencia de costumbres jurídicas ancestrales.³⁶⁶

Los hechos en disputa provocan el llaki, tristeza, desgracia o enfermedad³⁶⁷, y para restituir la armonía del ser humano con la familia, comunidad y naturaleza son arreglados en base a los principios generales o a normas de control social de conformidad con procedimientos peculiares establecidos, dentro de un contexto de una sociedad particular que implica pruebas y argumentos orientados en un marco institucional para conseguir un resultado razonable y definido.³⁶⁸

La comunidad de Quilloac cuenta con un sistema de pensamiento comunitario basado en la solidaridad y reciprocidad, para mantener su identidad cultural. Tiene

³⁶⁵ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, José Pichisaca Guamán, 23 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁶⁶ Raúl ILaquiche Licta, Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un Caso, (Revista Yachaikuma, 1, marzo 2001), recuperado de: <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>

³⁶⁷ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 328-330.

³⁶⁸ Esther Sánchez y Isabel Jaramillo, *La Jurisprudencia Especial Indígena*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000), 68-69.

una organización administrativa y política autónoma.³⁶⁹ En sí, la justicia indígena se ha desarrollado de generación en generación donde los taytas son los encargados de transmitirla y propender su preservación.³⁷⁰

La justicia indígena del pueblo cañarí para Manuel Anastasio Pichisaca empieza por el respeto a los valores culturales, como: el idioma, vestimenta, tradiciones, costumbres, pensamiento, “pues nuestros antepasados vivían en una vida maravillosa, vivían en una vida sana, vida organizada, una vida administrada de la mejor manera”.³⁷¹ De la misma forma, indica que cada uno de estos aspectos forman parte de su derecho a la identidad y a la autodeterminación, reflejados en el procedimiento para resolver sus conflictos.

La justicia indígena es uno de los derechos establecidos en la Constitución para los pueblos y nacionalidades. A nivel del país existen varias nacionalidades y pueblos por lo tanto somos un Estado plurinacional e intercultural y en ese contexto cada nacionalidad y cada pueblo tiene unas formas de vida, cultura, lengua, cosmovisión. Y en ese contexto la justicia indígena constituye con los derechos un espacio, que tenemos que ejercer y solucionar cualquier tipo de problemas, inconvenientes, que suscite en la familia en la comunidad, relacionado a los pueblos y nacionalidades.³⁷²

Si analizamos con cuidado, el procedimiento empieza con la decisión de una de las partes de acudir a sus dirigentes en busca de ayuda, esto es una práctica ancestral, desde el surgimiento de las sociedades indígenas, existía la costumbre de concurrir ante las autoridades más representativas para encontrar soluciones a los conflictos. Además, cada paso del procedimiento indígena guarda relación con hábitos heredados por generaciones, por ejemplo, el chicote fue utilizado desde tiempo memorables para que las personas tomen conciencia de sus actos, así como, el ejercicio emblemático de los ancianos de dar consejos a los jóvenes para que enmienden su proceder.

2.4.2.-Autoridades indígenas

La autoridad indígena es aquella persona, grupo de personas o colectivos a quienes la comunidad, pueblo o nacionalidad reconoce como tal, y las designa, para que actúe

³⁶⁹ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Jacinto Aguaiza, 23 de julio de 2017. Cañar

³⁷⁰ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Francisco Quinde Buscan, 23 de julio de 2017. Quilloac-Cañar.

³⁷¹ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Manuel Anastasio Pichisaca, 29 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁷² Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

conforme a las tradiciones ancestrales.³⁷³ La autoridad es un tercero que busca restablecer la armonía en la colectividad perturbada por el conflicto. Existe diferentes jerarquías de autoridades, las mismas actuarán según el ámbito de afectación.

Las autoridades de la Comunidad de Quilloac son elegidas por la asamblea comunitaria, para un periodo de 2 años. Se nombra un comité electoral, que sugiere candidatos, quienes deben reunir determinadas condiciones: cumplir con sus obligaciones, personas que no hayan tenido inconvenientes con la comunidad, ni cuestiones judiciales, extrajudiciales con la misma, ni terceros, entre otros.³⁷⁴

La asamblea comunitaria los elige, ven que sea una persona seria, responsable, que tenga algún tipo de liderazgo.³⁷⁵

Los dirigentes actuamos de manera imparcial, por un lado, y por otro lado por ayudar.³⁷⁶

Uno hay que saber trabajar, como actuar, uno hay que sentirse capaz para actuar en ese trabajo. Hay que dar la cara para el uno y para el otro, como Cristo tengo que estar en el medio para poder solucionar, puede ser mi familia, puede ser mi hijo, puede ser lo que sea, pero hay que hacer la legalidad, la justicia aquí. Sentirse capaces para poder solucionar las cosas.³⁷⁷

Las mencionadas autoridades resuelven los conflictos según los modos particulares de vivencia en su sociedad, procuran buscar una salida entre las reglas ya establecidas que definan lo sustantivo general, o deducirlas fielmente de los hechos y sus fines y propósitos sociales, es decir el derecho propio implica imparcialidad³⁷⁸, coherencia³⁷⁹ y estabilidad.³⁸⁰

³⁷³ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 309-311.

³⁷⁴ Entrevista realizada al Dirigente Anastasio Pichisaca, 29 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁷⁵ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac José Acero, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar

³⁷⁶ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, José Duchi, 19 de agosto de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁷⁷ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Gabriel Guamán, 5 de agosto de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁷⁸ Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de lo que resulta la posibilidad de juzgar o proceder con rectitud. Enciclopedia Jurídica, recuperado de: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/imparcialidad/imparcialidad.htm>

³⁷⁹ Lógico y consecuente respecto a un antecedente. Mantiene una misma línea con una posición previa, recuperado de: <http://definicion.coheerencia/>.

³⁸⁰ Es la cualidad de estable (que mantiene el equilibrio no cambia, o permanece en el mismo lugar durante mucho tiempo), recuperado de: <http://definicion.estabilidad/>.

La costumbre jurídica es una importante fuente del derecho, así, como los precedentes realizados por las autoridades basadas en la experiencia acumulada de generaciones. Además, las personas encargadas de tal misión deben ser libres de perjuicios, imparciales y no ser corruptos.³⁸¹

Hombres y mujeres pueden ser dirigentes, en este tiempo tranquilamente, van asumiendo las compañeras de ser dirigentes como presidenta, como gerente, como secretario, así dentro el servicio de la comuna. También del servicio de instituciones públicas y privadas. Es una gran responsabilidad, el dirigente debe ser bien experto como dirigente, muy duro, ser responsable, que actúan, dan beneficio a todos, que busquen que trabaje, que hagan algunas cosas para el sector, o la comunidad. Van a cursos de capacitación y van trabajando por nuestra salud, educación, todo, todo lo que es necesidad.³⁸²

El artículo 171 de la Constitución ecuatoriana, establece que serán respetadas todas las decisiones de las autoridades indígenas siempre y cuando estén en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, además, estas decisiones serán definitivas y no podrán ser incumplidas por las autoridades estatales. El inciso dos de tal artículo, también indica que el Estado tiene la responsabilidad de colaborar para que las decisiones indígenas se cumplan. Sin embargo, no olvidemos que dichas resoluciones podrán ser impugnadas ante la Corte Constitucional del Ecuador en base al artículo 65 de la LOGJCC.

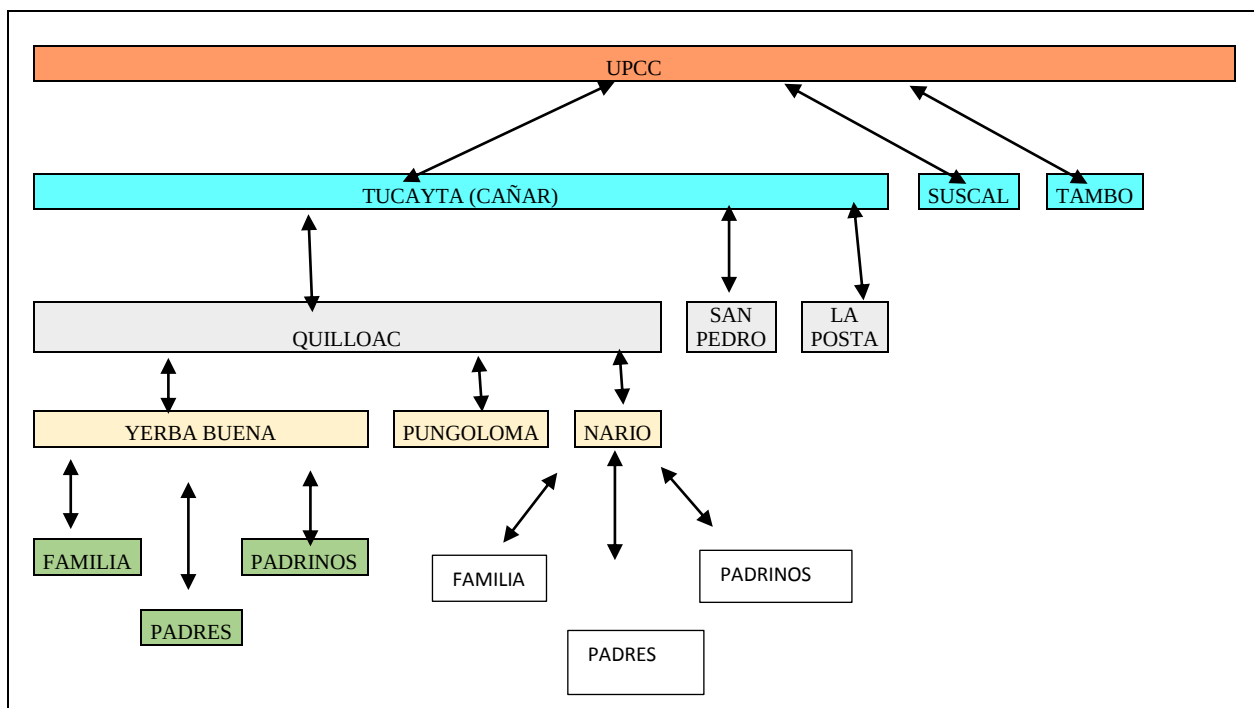
La justicia indígena cuenta con una estructura definida y clara para sus miembros, la cual se ha venido desarrollando a lo largo de su historia. Api Curicama Yupanqui, explica la institucionalidad de la justicia indígena de los pueblos quichuas del Ecuador,³⁸³ para ejemplificar se basa en la organización de los pueblos cañarís de la provincia de Cañar:

Curicama, habla que la justicia indígena cuenta con 5 instancias, empieza en el ámbito familiar, luego lo comunitario, después las parroquiales, cantonales y finalmente sería el tribunal del pueblo que en este caso sería UPCC.

³⁸¹ Esther Sánchez y Isabel Jaramillo, *La Jurisprudencia Especial Indígena*, (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000), 68-69.

³⁸² Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac, María Isabel Camas, 27 de julio de 2017, Quilloac.

³⁸³ La cual indica, es como una espiral, pero, para nuestra comprensión se la interpreta acorde a las instancias existentes en la justicia ordinaria.



Fuente: Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal
Elaboración: Clara Daniela Romero

Las autoridades comunitarias son importantes en la vida de la comunidad, pues resuelven más del 95% de los conflictos que se dan en sus localidades.³⁸⁴ Curicama lo ejemplifica de la siguiente manera:

El problema del matrimonio resuelve los padrinos. Los padrinos en primera instancia, luego se reúnen si no es posible los papás de la chica y por ahí un tío, un hermano, los mayores, es como un tribunal de matrimonio y en el pueblo de Saraguro rarísimas veces creo que uno en cien mil saca a la comunidad, todo se resuelve no en la asamblea comunitaria, sino con este tribunal especial de los padrinos. Y así hay autoridades cuando se reúnen. Aquí no hay un juez más jerárquico. Ahí todos son jueces, claro que ahí hay alguien que más sabe, o alguien más sabio, por supuesto, pero esos son jueces de la comunidad que la Constitución reconoce.³⁸⁵

Luego se encuentran las autoridades del sector y de la Comunidad, cuando un problema no puede ser resuelto ahí, pasaría a la organización, para ejemplo sería la Tucayta,³⁸⁶ o

³⁸⁴ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³⁸⁵ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³⁸⁶ Es una organización de segundo grado que aglutina a 15 comunidades, y 4 cooperativas agrícolas y varias instituciones funcionales, representando a más de 1600 familias, es una organización indígena y campesina, filial de la Unión de Pueblos y Comunas Campesinas UPCC). Posee personería jurídica legal concedido por el CODENPE, con el Acuerdo Ministerial No 684. Ha venido ejerciendo por derecho propio y la tradición cultural de miles de años el conocimiento, procesamiento y resolución de conflictos sociales, familiares y comunitarios de toda índole. Tiene un proceso de juzgamiento preestablecido con plenas oportunidades y espacios para la defensa de los involucrados, la posición neutral e imparcial de los dirigentes y la imposición de sanciones justas no punitivas sino de corrección, de inserción social, y la

autoridades del pueblo cañarí del cantón Cañar. Curicama, afirma que en esta instancia se resuelven 3% de los conflictos. Las razones para acudir a ella son por la existencia de casos complicados, como: violación a una persona menor de edad, conflictos entre comunidades, como por el agua, el camino, enfrentamiento entre miembros de diversas comunidades, entre otros.³⁸⁷

Y finalmente, estaría la última instancia que en este caso sería la UPCC³⁸⁸, la cual, el expositor comenta que se resuelve el 2% o el 1% de los problemas, y al igual que la anterior es una instancia de consulta y apoyo.³⁸⁹

El expositor comenta que donde se puede constatar el duro trabajo para mejorar y avanzar en temas de justicia es “en Zamora Chinchipe está más claro la institucionalidad de la justicia indígena y en el Chimborazo. En el Chimborazo, hay la Corte Provincial de Justicia indígena, lo llamamos consejo”.³⁹⁰

Además, el expositor plantea la siguiente propuesta de unificación en cuanto a la estructura de las diferentes instancias, tomando como ejemplo el Cañar:

- Consejo de justicia indígena del pueblo cañarí de la parroquia
- Consejo de justicia indígena del pueblo cañarí del cantón
- Consejo de justicia indígena del pueblo cañarí

Del mismo modo manifiesta Curicama, que se debe crear una pequeña institución de coordinación, que sería un órgano administrativo encargado de fortalecer, capacitar y formar a los jueces comunitarios. Así como de asesorar a los jueces de la justicia ordinaria en los casos que amerite, como en la declinación de competencia. Estos nombres pueden variar en los diferente pueblos y comunidades, pero la estructura y

reparación de la acción sea compartida o personal. Este ejercicio de la justicia es solidario, efectivo, eficiente, directa, sin costo, acorde al tiempo y espacio de los hechos y actores y sobre todo es una acción comunitaria de tradición milenaria. Significa Tukuy Cañaris Ayllukunapa Tantanakuy. Es la reunión de la familia de las comunidades cañarís. Ver Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 185.

³⁸⁷ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³⁸⁸ Pertenecen todas las comunidades del cantón Cañar y la Unión Provincial de Comunas y Cooperativas Cañarís, (UPCC) las cuales ayudan a las comunidades con proyectos, resuelven conflictos, tienen programas de riego, etcétera.

³⁸⁹ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³⁹⁰ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

función es la misma,³⁹¹ un ejemplo claro de lo escrito en líneas anteriores nos indica Curicama sucede en Saraguro.

En Saraguro por ejemplo se han dado en nombrar coordinador, hay coordinador de Justicia, pero ¿qué hace él?, no resuelve los conflictos, él es el que recibe las denuncias inmediatamente que recibe las denuncias comunica al consejo de gobierno de la comunidad y estos ven como resuelven.³⁹²

2.4.3.- Procedimiento

El procedimiento se inicia con la iniciativa y libre voluntad de sus miembros, o familiares involucrados en el llaki, para que sean sus autoridades quienes solucionen el problema. Al mismo tiempo, si los miembros de la comunidad han empezado el proceso en la justicia ordinaria, y a su parecer deciden que lo adecuado es que el conflicto se resuelva en base a sus costumbres y tradiciones, sus autoridades solicitan la declinación de competencia a la justicia ordinaria en base a la Constitución y COFJ. Esto quiere decir, que, al existir una prohibición de administrar justicia indígena en delitos contra la vida, se afectaría al derecho de acudir a su procedimiento ancestral basado en sus costumbres y tradiciones, así como a la libertad de sus miembros de ejercer sus derechos colectivos como por ejemplo a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social y ejercicio de la autoridad. Este último está íntimamente relacionado con el derecho a la autodeterminación de los pueblos, pues ya no serán ellos quienes tomen decisiones en aspectos de vital trascendencia para su sociedad.

2.4.4.- Demanda-denuncia

Raúl Llasag manifiesta que esta especie de demanda es como ruego que realiza la víctima hacia las autoridades de la comunidad, para que resuelvan los conflictos.³⁹³ Los involucrados ponen en conocimiento de los dirigentes el problema suscitado, así como los hechos. En ese momento, las autoridades indígenas, sin formalismo alguno proceden

³⁹¹ Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³⁹² Conversatorio para preparar jueces comunitarios en el cantón Suscal, expositor Api Curicama Yupanqui, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

³⁹³ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 338.

a citar a los implicados mediante un oficio. En la comunidad de Quilloac lo realiza las personas más representativas de las familias.³⁹⁴

Esta petición es realizada de forma oral o escrita en su idioma ancestral, con las particularidades de este, narrando los hechos en base a su perspectiva del problema, dentro de su contexto, que muy difícilmente será entendida por personas ajenas a su cultura, afectando su derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad y sentido de pertenencia, y sobre todo a ser plenamente comprendidos.

2.4.5.-Averiguación-investigación

Esta etapa implica un estudio sobre los hechos que generaron el conflicto para ello se practican diligencias como: la inspección ocular en el caso de robos, peleas, para determinar a los verdaderos responsables; recibir testimonios de las partes involucradas en el problema; si es el caso se práctica el allanamiento, se consiguen elementos e instrumentos que permitan probar la autoría de los hechos. Las autoridades indígenas son las responsables de efectuar estas diligencias, quienes al finalizar las investigaciones presentan un informe en la audiencia oral.³⁹⁵

En la investigación las autoridades dialogan desde la vida, el estado emocional, los problemas de la persona acusada, familiares, testigos, y se busca un acuerdo. Se escudriña los elementos que demuestren que efectivamente se cometió dicha acción.³⁹⁶

En algunas comunidades, en casos graves como la muerte, se forman brigadas comunitarias, quienes realizan las averiguaciones e informan a las autoridades y ellas serán las encargadas de verificarla, o contrastar la información.³⁹⁷ Esta circunstancia se puede evidenciar en el caso de la comunidad de la Cocha en la muerte de Marco Olivo.

Dependiendo del caso se tomarán las medidas adecuadas. La comunidad de Quilloac, por ejemplo, trabaja juntamente con diferentes profesionales, como médicos forenses,

³⁹⁴ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Emanuel Chimbo, 8 de agosto de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁹⁵ Raúl ILaquiche Licta, Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un Caso, (Revista Yachaikuma, 1, marzo 2001), recuperado de: <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>.

³⁹⁶ Emanuel Chimbo también indica que cuando las personas involucradas no quieren asistir, las autoridades mandan a personas de respeto a llamarles, por ejemplo, al padrino del matrimonio, al compadre, es decir a una persona influyente para el citado, es decir se ejerce una fuerza moral, y también las personas pueden acudir con abogados si así lo creen conveniente.

³⁹⁷ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 338-340.

psicólogos, psiquiatras, etc., es decir se apoya en medios científicos para tener mayor conocimiento de causa. Además, se ocupa en articularse con la justicia ordinaria, previo a administrar justicia.³⁹⁸

Aquí, se puede evidenciar que se cumple con los principios de la justicia indígena, en este caso es pública y colectiva. Al restringir la administración de justicia indígena afecta a la forma de organización social como a su continuidad histórica, plasmada en su justicia. Además, tal limitación perjudicaría a un hábito milenario de las comunidades de crear especie de brigadas o comisiones para investigar y contrastar la verdad sobre los hechos desde su cosmovisión.

3.4.6.-Audiencia oral

Este procedimiento tiene una secuencia lógica; en primera instancia el presidente del cabildo o de la organización instala la Asamblea. Acto seguido informan detalladamente el contenido de la demanda y los resultados de la investigación, con el propósito de que los asistentes tengan conocimiento de la identidad de los infractores y del problema a resolverse³⁹⁹. En esta audiencia se efectúan los careos, las confrontaciones de palabras entre los involucrados, intervienen los miembros de la comunidad, como sus dirigentes con fórmulas de conciliación.⁴⁰⁰

En el primer momento, es el actor o el demandante, quien de manera oral y sucinta relata los acontecimientos y los hechos que han motivado iniciar la acción comunitaria; luego el acusado ejerce su derecho a la defensa al igual que el actor. Este, en su intervención, contesta la demanda aceptando el contenido de la acusación, o negando los fundamentos de ella, pudiendo arrepentirse de la acción cometida y lograr que la Asamblea se conmueva y rebaje parcial o totalmente las sanciones a imponerse.

El siguiente paso es la intervención de los dirigentes de la comunidad, así como de los familiares de los involucrados con reflexiones acerca del problema, y consejos para que

³⁹⁸ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac José Acero, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

³⁹⁹ Esta secuencia la encontramos en la sentencia indígena Maca Acchi Vaqueria, Cotopaxi, muerte de un miembro de la comunidad. Ver Bolívar Beltrán. *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 104-105.

⁴⁰⁰ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Pedro Solano, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

los involucrados no vuelvan a infringir las costumbres y las reglas sociales existentes. Finalmente, el cabildo según el caso hace una evaluación de lo acontecido, medita acerca de todos los elementos vertidos, sea de la responsabilidad o imputación del acusado; inmediatamente proceden a determinar las sanciones que se impondrán previa la aceptación de la Asamblea, ya que estos pueden modificar ampliándolas o reduciéndolas, dando un carácter obligatorio y legítimo. Es así, como se imponen las resoluciones que emanan de un consenso que deben ser cumplidas de manera obligatoria por las partes, so pena de iniciar nuevas acciones más fuertes.⁴⁰¹

El dirigente Pedro Solano presidente de la comunidad de Quilloac manifiesta que se da un diálogo entre todos.

[...]ahora ahí no puede haber la mentira, no pueden mentir de ninguna manera, aquí no es la persona que más habla, no es la persona quien más sabe, o la persona quien más conoce, quien gana, sino aquí lo que gana es la verdad, solamente la verdad. ¿Por qué no pueden mentir?, porque no pueden comprar a alguien que de hablando o alguien que de defendiendo, no hay como hacer eso, porque la comunidad se reúne toda la comunidad, y la comunidad sabe, y conoce a cada uno de los miembros quien es, como es. Entonces si una persona comete ese error, todas las informaciones que sabe la comunidad, y dice si en verdad esto paso, yo también conozco, nosotros también sabemos, conmigo también paso esto, se llega a saber toda la verdad, se reúne toda la comunidad.⁴⁰²

Luego del diálogo con las partes, las comisiones y los miembros de la Asamblea realizan la conclusión del problema.

Ahora empieza a la situación de recomendaciones o búsqueda de estrategias, como podemos solucionar el problema, ahí mismo, ahí vienen los mayores, los que han vivido mucho tiempo más y dicen esto se arregla de esta manera, de esta manera, de esta manera. Y más que dar directrices a los jueces comunitarios, le dicen directamente a los involucrados que tendrían que actuar de esa manera, que tenían que cumplir de esta manera, todas las situaciones que tienen que hacer, para volverse a reinsertarse en la comunidad.⁴⁰³

Es decir, se establecen los parámetros adecuados para la resolución del conflicto. Al revisar el procedimiento indígena se encontró presente los principios de su justicia indicados en líneas anteriores. En casos de muerte, toda la comunidad se reúne

⁴⁰¹ Raúl ILaquiche Licta, Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un Caso, (Revista Yachaikuma, 1, marzo 2001), recuperado de: <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>.

⁴⁰² Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Pedro Solano, 23de junio de 2017. Quilloac-Cañar.

⁴⁰³ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Pedro Solano, 23de junio de 2017. Quilloac-Cañar.

ejerciendo su derecho colectivo de organización social, manifestando su interés por la comunidad y su afinidad por ella. Y en este ambiente los mayores transmiten el conocimiento de generaciones, así como el sentido de estas, prolongando su cultura.

2.4.7.- Resolución-sanción- penas

Estas sentencias solucionan el problema, buscan devolver el equilibrio y la armonía de la colectividad indígena; así como guían la purificación del infractor, integrando así ámbitos espirituales, como cósmicos. Por otro lado, manifiesta que las sentencias indígenas o resoluciones cuentan con las siguientes partes:⁴⁰⁴

- Antecedentes;
- Consideraciones;
- Resolución;
- Acuerdos o compromisos; y,
- Seguimiento para el cumplimiento de las sentencias.

En cuanto a las sanciones de la administración de justicia indígena, existen un sin número de ellas como: las multas, la devolución de los objetos robados más las indemnizaciones, el baño con agua fría, con ortiga, el fuste o látigo, trabajos en las comunidades, en sí, pérdida de derechos civiles y políticos. Estas sanciones son tangibles, es decir, tienen una representación material y dependen de cada comunidad indígena.⁴⁰⁵ Las multas son establecidas de acuerdo con la cuantía de la causa, como de la gravedad del caso, tomando en cuenta la posibilidad económica de los accionantes. Los frutos de las multas son destinados a los fondos de las comunidades y/o organizaciones.

El consenso puede terminar con la curación o sanación del infractor o infractores, o con la conciliación de las partes, la resolución puede ejecutarse de inmediato o con el transcurso del tiempo. Pero en sí, el problema concluye con la solicitud de perdón a los afectados y a toda la comunidad y estos a su vez aceptan el perdón. Para así, recuperar

⁴⁰⁴ Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 6.

⁴⁰⁵ Hans-Jürgen y Roció Franco, *Normas, valores y procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades Indígenas y Campesinas del Ecuador y Perú*, (Lima: Instituto de la defensa legal, IDL, 2007), 91-142.

la armonía con el ser humano, la familia, la comunidad y la naturaleza.⁴⁰⁶ Esto es una práctica milenaria y muy representativa para la cultura indígena, que es entendida y comprendida desde su cosmovisión.

Y cuando está ahí se da cuenta que se ha cometido un error, ve cuál es la verdadera dimensión del problema que ha cometido, ahí es el momento que se da cuenta. Y además toda la gente de la comunidad está diciendo, pero vea esto, no debías haber hecho, debías haber hecho de esta manera, de esta manera. Entonces hay una especie de críticas constructivas por supuesto, acompañado de estrategias de como volver. Le dan ánimo, coraje, le da moral, ya has caído has hecho esta situación, pero ahora debes levantarte y volver a trabajar.⁴⁰⁷

La persona debe reconocer sus acciones, para que la comunidad pueda ayudarle,⁴⁰⁸ esto se da gracias a los consejos recibidos. Es decir, acepta la responsabilidad de sus actos y el daño cometido, por ende, recibe la sanación.

La persona involucrada tiene que entender, aprender a aceptar lo que hizo, si no acepta no podemos ayudar, debe aceptar, aunque llore, pero tiene que aceptar. Esa es la valentía de cada ser humano, en todo aspecto, toda forma, si yo no acepto, desniego, tapo. Pero si nosotros no aceptamos, envolvemos, pero arriba está el registro de la vida, desde que nacemos esta anotado, esta archivado, todo mundo, nadie podemos salvar de eso.⁴⁰⁹

En este sentido, José Antonio Quinde, comenta que lo más difícil no es recibir los latigazos, o la ortigada o el baño de agua fría, lo más complejo es reconocer los errores delante de la familia, hijos, esposo, esposa, abuelos, suegros, padres, vecinos, es decir reconocer que se equivocó ante toda la comunidad.⁴¹⁰

Finalmente se redactan las resoluciones en las que constan los compromisos de las partes involucradas, entre ellos, en base al contexto se establece la forma de resarcir el daño cometido, puede ser económico, bienes, especies o servicio. En casos inmateriales la comunidad será la encargada de realizar el seguimiento respectivo y brindar el asesoramiento adecuado, a cargo del consejo de yachas.⁴¹¹ Este sería, el

⁴⁰⁶ Agustín Grijalva y Boaventura de Sousa, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012), 340.

⁴⁰⁷ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Pedro Solano, 23de junio de 2017. Quilloac-Cañar.

⁴⁰⁸ Entrevista a la Yacha de la Comunidad de Quilloac, María Cruz Pichisaca, 27 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

⁴⁰⁹ Entrevista a la Yacha de la Comunidad de Quilloac, María Cruz Pichisaca, 27 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

⁴¹⁰ Entrevista al Yacha de la Comunidad de Quilloac, José Antonio Quinde, 27 de julio de 2017. Quilloac-Cañar.

⁴¹¹ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Pedro Solano, 23de junio de 2017. Quilloac-Cañar.

encargado del asesoramiento psicológico o de asistir para que las partes superen el incidente. Sin embargo, la rehabilitación de programa según el caso.

La rehabilitación es el trabajo, una persona que trabaja se da cuenta realmente el valor del dinero, el valor de la vida, el valor de las cosas, el valor de otra persona, ellos toman conciencia del trabajo, el trabajo es el principio fundamental. Yo pienso, que es de todos los pueblos andinos y de toda la sociedad en general. La mayor parte de la rehabilitación es con el trabajo, la mayor parte de la gente ha salido con aficiones, de pronto excelentes artesanos, mecánicos, muchos han estudiado en las universidades, se capacitan a nivel académico, a nivel tecnológico, a nivel de artesanías. De pronto, hay talleres para mecánicos, talleres artesanales, talleres para deportes inclusive, y ellos más bien optan por una de esas capacitaciones y son reconocidos. Y cuando ya están libres de ese problema o ya están rehabilitados, ellos más bien han ejercido como profesión eso. Yo pienso que eso ha sido el éxito como rehabilitación de esas personas, valoran la profesión, valoran lo que ellos realmente han hecho, lo que ellos han cometido el delito, prácticamente han reflexionado, ponen en práctica y más bien se convierten en seres útiles a la sociedad. Y muchos son ejemplo, han llegado a ser dirigentes. Es fructífero la administración de la justicia comunitaria.⁴¹²

Por lo general, en la comunidad de Quilloac en casos de muerte a las personas se impone trabajar para la familia del fallecido de 4 a 6 años, quienes recibirán el fruto del trabajo por los años que determine la Comunidad, en base a las circunstancias que rodeen a la muerte.⁴¹³

Todas las resoluciones que se adoptan en la administración de justicia indígena pueden ser recopiladas en actas y ser custodiadas en los archivos de las comunidades.⁴¹⁴

2.5.- Breve mirada de la Comunidad Quilloac sobre las afectaciones a causa de la limitación a la administración de justicia indígena

Los sistemas jurídicos indígenas son milenarios, comunitarios, orales poseen normas y procedimientos que están en constante proceso de perfeccionamiento. Frente a un hecho, el proceso, la sanción no es la misma, se ajusta a las realidades y circunstancias, por lo que la justicia indígena se caracteriza por ser ágil, oportuna y dinámica.⁴¹⁵ Ante lo señalado, cabe indicar que los miembros de los pueblos son conscientes de ello, así como de sus derechos garantizados en la Constitución. Así, por ejemplo, de los 62

⁴¹² Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, José Acero, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

⁴¹³ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, José Acero, 23 de junio de 2017, Quilloac-Cañar.

⁴¹⁴ Hans-Jürgen y Roció Franco, *Normas, valores y procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades Indígenas y Campesinas del Ecuador y Perú*, (Lima: Instituto de la defensa legal, IDL, 2007), 91-142.

⁴¹⁵ Bolívar Beltrán, *Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2010), 7.

dirigentes entrevistados pertenecientes a la Comunidad de Quilloac todos conocían que la Constitución ecuatoriana garantizaba sus derechos entre ellos su derecho propio.



Esto quiere decir, que los directivos de la Comunidad comprenden el contenido de la norma suprema, sus derechos constitucionales, y el modelo de Estado plurinacional. Sobre su percepción respecto de posibles afectaciones a causa de la limitación en la administración de justicia indígena por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, el 76% de los dirigentes de la comunidad de Quilloac manifestaron que dicha sentencia vulnera sus derechos colectivos ya que restringe el ejercicio de su derecho propio, plenamente reconocido en la Constitución de la República, como en los tratados y convenios internacional, transgrediendo el desarrollado efectivo de las normas en base a sus costumbres y tradiciones, conocidas por todos y que guardan relación con su cosmovisión. Por otro lado, declararon que si bien, ellos también eran considerados jueces comunitarios, el Estado debería preocuparse por capacitarlos y fortalecer su derecho propio, sin embargo, con dicha decisión únicamente se profundiza la desigualdad, persistiendo en un Estado hegemónico y dejando de lado al modelo de Estado plurinacional.

Respecto al trato inequitativo, a diferencia de la justicia ordinaria, los jueces comunitarios no reciben un sueldo, por ejemplo, los dirigentes de la comunidad de Quilloac ejercen esa función después de haber terminado con sus labores y responsabilidades diarias, lo hacen con el objetivo de ayudar y servir a su comunidad. Los recursos necesarios para resolver los diferentes casos los solventan mediante

aportaciones voluntarias de los miembros de la comunidad, así como contribuciones propias. Por tal motivo, el Estado estaría en la obligación de proveer los recursos necesarios para el ejercicio de un derecho milenario y constitucional. A pesar de aquello, la Corte Constitucional con tal pronunciamiento, los sectoriza, subestima, de cierta forma hasta los invisibiliza.

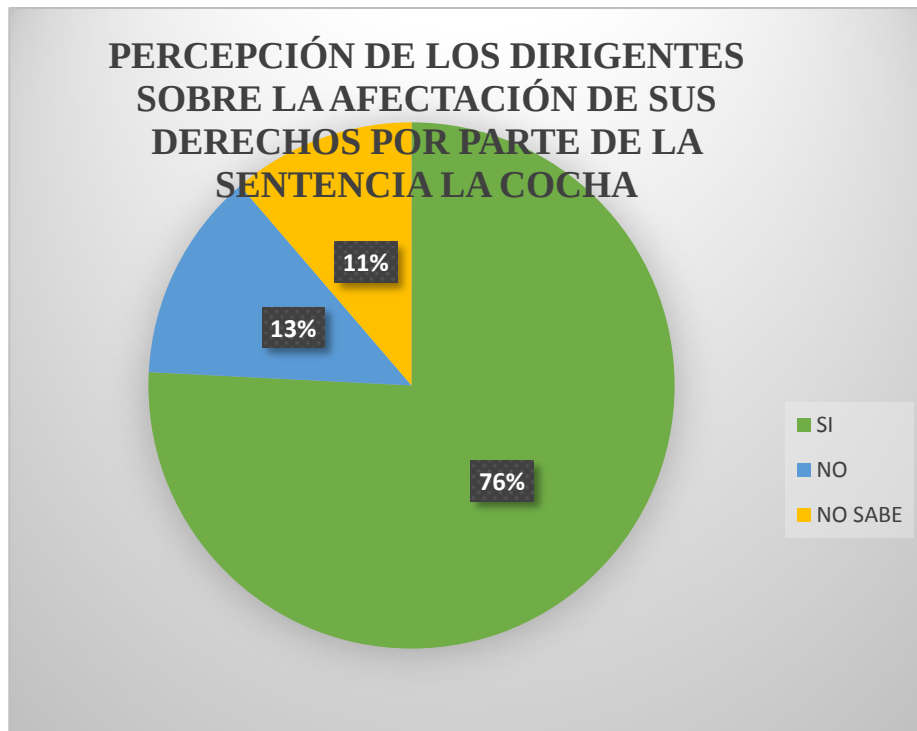
Yo pienso que esa decisión es no adecuada, ya que está violentado el derecho de los pueblos, nos están considerando como incapaces, como que nosotros solo podemos solucionar cosas simples y que ya en esos casos tienen que solucionar los jueces, los abogados de alto nivel entre comillas. Es una mala decisión, debilita el concepto de un Estado plurinacional, intercultural. Y en un Estado plurinacional cada pueblo, cada nacionalidad, debe aplicar de acuerdo con sus costumbres sus tradiciones obviamente sin vulnerar los derechos universales, el derecho a la vida. No podemos valernos de la justicia indígena y querer violentar ese derecho. Para nosotros la vida es importante, y buscamos que esa vida sea garantizada.⁴¹⁶

Las comunidades indígenas tienen la facultad de resolver, en este caso la resolución está en la misma comunidad, entonces ahí la comunidad está organizada. [...] Esta sentencia afecta más que todo a los derecho de la comunidad, derecho de la familia, derecho al mismo ser humano, a los hijos, supongamos que tienen hijos porque un padre es padre, una madre es una madre, en este caso supongamos va a la cárcel, un padre que no trabaje, no da educación, pues esto afecta a toda la familia, en este caso perjudica a la evolución humana dentro de la familia comunitaria, entonces por esa razón surge algunos problemas de la familia; cuando hay niños pequeños trauma psicológico, cuando es la familia trae sufrimiento.⁴¹⁷

A partir de lo indicado subyace otras afectaciones colaterales a la familia, los derechos de los niños, a tener un hogar, una familia, derechos a la educación, salud, vivienda, alimentación se ven afectados, pues él o la responsable no está para cumplir con tal responsabilidad, pues una persona que va a la cárcel es una carga. Además, tal acontecimiento afectará psicológicamente a toda la familia. Al mismo tiempo si tiene deudas, Y en la comunidad ¿quién cumplirá su rol?, ¿quién trabajará las tierras, cuidará al ganado?, entre otras.

⁴¹⁶ Entrevista a la Dirigente de la comunidad de Quilloac, Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

⁴¹⁷ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac Jacinto Aguaisa, 23 de julio de 2017, Cañar-Cañar.



Otros de los inconvenientes indicados por los dirigentes de la comunidad de Quilloac frente a la limitación en la administración de justicia indígena, es el idioma, debido a que una parte de sus miembros no entienden el idioma castellano, y que al momento de resolver estos casos o cualquier otro por parte de la justicia ordinaria, el idioma predominante es el castellano, y es una de las razones por la que sus miembros cometen errores que los perjudica en el proceso ordinario a pesar de que cuenten con traductores como parte de las garantías del debido proceso. Además, cabe resaltar que, de los 62 dirigentes entrevistados, 2 manifestaron que confiaban en la justicia ordinaria y 60 líderes expresaron que la justicia ordinaria perdió credibilidad y confianza entre ellos, mientras que confiaban plenamente en la justicia indígena, ya que propende a ser eficaz al estar arraigada a su cosmovisión.

La justicia ordinaria hay un dicho, quien tiene más saliva come más machica. Entonces quien tiene más dinero o más poder compran a los jueces a los abogados, y no ha pasado nada. Yo conozco muy de cerca.⁴¹⁸

Sin embargo 8 dirigentes que representa el 13% manifestaron que tal sentencia no afecta en sus derechos, pero en el sentido que las dos jurisdicciones se tienen que complementar, pues en casos de muerte la justicia ordinaria cuenta con todos los

⁴¹⁸Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Manuel Anastasio Pichisaca, 29 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

medios adecuados para descifrar de mejor manera algunos acontecimientos. Esta preocupación de un grupo de dirigentes implicaría que el Estado en lugar de restringir sus competencias, debería asignar un presupuesto considerable para robustecer su trabajo y contar con los medios adecuados para resolver de mejor manera los acontecimientos que afectan a la armonía de la comunidad.

Finalmente, esta sentencia afecta a la cosmovisión, armonía y convivencia de su pueblo, pues esta dista demasiado del pensamiento occidental, como se ha argumentado a lo largo de esta investigación. La cosmovisión indígena es integradora, posee un pensamiento colectivo, es una sociedad solidaria. Y dicha sentencia rompe con todo esto. Sus normas recogen las creencias y hábitos de generaciones, las mismas que son aprendidas y adquiridas en el seno de la familia, es la propia comunidad la encargada de velar por su continuidad histórica.

La cosmovisión de nuestra comunidad se ve afectada, nuestras comunidades poseen una cosmovisión integrada, pero cuando esta sociedad integral es separada se vuelve individualista, imagínese que crimen están cometiendo, aún más de eso, esas leyes que están aplicando hasta el momento son copias extranjeras.⁴¹⁹

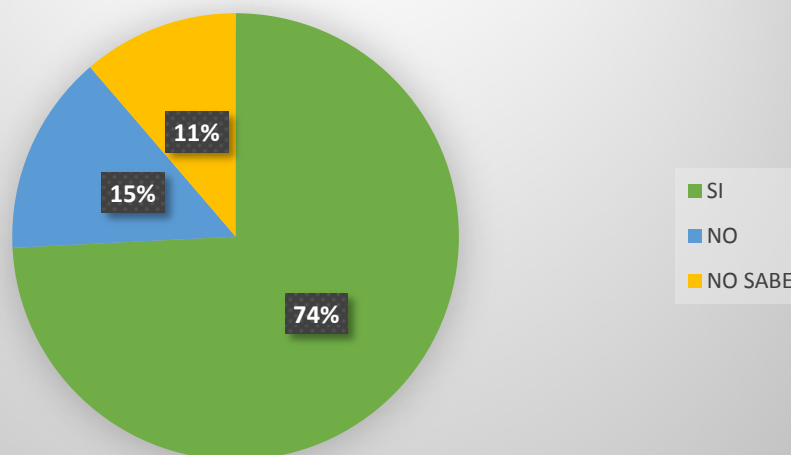
Solamente hay máximo 3 jueces que están en la audiencia, ellos son los que deciden y la gente ni sabe, hasta los familiares quedan afuera, sin escuchar, sin saber que está ocurriendo adentro. Mientras que en la justicia indígena hay un espacio público, en la que todos están enterados, en que todos contribuyen, es un espacio de control social que hace la gente, dicen eso está pasando, yo no debo hacer eso, debo evitar, dice la gente, los jóvenes. Es una forma de ir controlado también, y eso veo que hace falta mucho, que el Estado trabaje para fortalecer a la justicia indígena en las comunidades. Porque no existe ese trato equitativo, vamos a tener inconvenientes.⁴²⁰

Es decir, en el procedimiento de conocer y resolver los casos por la comunidad está presente su visión del mundo, y como ellos interactúan con el medio. Es decir que cada acción, paso, diligencia que conforma su procedimiento recoge sus costumbres y tradiciones, es decir tiene fundamento en sus creencias y cosmovisión, que fue elaborada por generaciones. Sin olvidar, que se dejaría de lado principios invaluable para la eficaz administración de justicia, para sus miembros, que garantizan la adecuada y oportuna resolución, afectando todo el bagaje cultural e histórico, así como las relaciones internas de sus miembros.

⁴¹⁹ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac Jacinto Aguaisa, 23 de julio de 2017, Cañar-Cañar.

⁴²⁰ Entrevista a la Dirigente de la Comunidad de Quilloac Magdalena Guamán, 4 de agosto de 2017, Suscal-Cañar.

AFECCIÓN DE LA SENTENCIA A LA COSMOVISIÓN, ARMONÍA Y CONVIVENCIA DE SU PUEBLO



Por otro lado, para los miembros de la comunidad de Quilloac su justicia satisface sus expectativas. Como ellos señalan, en su justicia no hay ni ganadores ni perdedores⁴²¹ pues a las dos partes involucradas se les asiste, apoya y ayuda.

La justicia comunitaria hace todo lo posible analiza observa donde está el problema porque es el problema, arreglan ese problema dan la sanación arreglan y entran a esa armonía a esa amistad, dan las manos hacen las disculpas, nuevamente continua la familia eso es el sumak kawsay.⁴²²

Los principios de la justicia indígena responden a la cosmovisión y pensamiento de los pueblos y comunidades, que los identifica como tales, por ejemplo, en Quilloac, su sabiduría es ancestral, misma que se ha conservado a través del tiempo y transmitiendo de generación en generación, manteniendo sus raíces en el tiempo.

Una forma de vida, el sumak kawsay es vivir dignamente respetando a nuestra Pachamama a nuestra naturaleza, a nuestro río, es un ser, a nuestras plantas, nuestras montañas, nuestro aire, no hay que contaminar. Entonces todo eso era de nuestros antepasados y la justicia indígena es hacer cumplir todos estos mandamientos.⁴²³

⁴²¹ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Manuel Acero, 5 de agosto de 2017, Quilloac-Cañar.

⁴²² Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Manuel Pichisaca, 29 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

⁴²³ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Manuel Pichisaca, 29 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

Y nuestros saberes, nuestro conocimiento, nuestro alimento, nuestra cultura, nuestra vestimenta es hermoso. Y esta alrededor tanta maravilla de gozar, Dios mando al mundo y llegamos al mundo es para gozar. No para atormentar, eso tienen que entender como personas como humano y si yo no entiendo eso, a donde me van a poner.

Pero tenemos también que arreglar, hacer vida y hacer el seguimiento. Siempre con el afectado sea mujer, sea hombre ayudamos psicológicamente. Esa vida única es la que la justicia indígena hacemos. No es como en otras partes, justicia ordinaria con poner cárcel, ellos con poner años de prisión, ¿qué saco? y ¿la guagua, la familia, y la mujer?, ¿quién responde?, ¿quién ayuda?, eso ha entrado en nuestra mente, en nuestro corazón, eso es la justicia indígena.⁴²⁴

La justicia parte de la forma de interrelacionarse como comunidad, y de su visión para resolver sus conflictos. Se origina con la idea, de que todas las personas como animales y seres inertes cumplen una función, armonizando el gran rompecabezas llamado vida, es como un gran tejido en donde cada aspecto forma una hebra de tal tejido.⁴²⁵ Por lo tanto, al hacer daño a un animal, o a un río, o una persona afecta al equilibrio de la vida en su totalidad.

Por otro lado, al ser la vida considerada como un tejido, este tiene un sin número de hilos, o fibras que la conforman, en donde todo en conjunto logra el equilibrio de la persona, de la familia y de la comunidad, por ejemplo si un miembro de la familia fallece por cualquier circunstancia sea muerte provocada o intencional, la justicia indígena busca, en la medida de lo posible, que la afectación a la estabilidad cósmica sea mínima, y es por eso que se piensa en todo el contexto de la vida comunitaria, es decir, la persona procesada, la víctima, los hijos, viudas, padres, deudas, terrenos, entre otros parámetros de acuerdo al caso específico.

Tenemos que analizar porque pasó eso, ¿qué pasó? No es porque era un caso fortuito ya se salva, al final estaba en su carro y por algo pasó, tiene una consecuencia, ahí vamos analizando todas las cosas y se quedó ayudar en las labores del campo, deposito una cierta cantidad de dinero, tenía un terreno se valoró y se traspasó. Para que tengan casita esas dos guaguas. Entonces vamos buscando la forma de que no se rompa tanto el equilibrio de la familia, pero también el equilibrio de la comunidad.⁴²⁶

⁴²⁴ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, María Cruz Pichisaca, 27 de julio de 2017, Quilloac-Cañar.

⁴²⁵ Entonces cada actuar de las comunidades y pueblos indígenas es para mantener ese pensamiento su cosmovisión, por ejemplo, los cañarís cuentan con 4 fiestas importantes pawkar Raymi, inti Raymi, killa Raymi y kapak Raymi, que ayudan a mantener viva su cultura y principios. Su vestimenta, su alimentación, su lenguaje su forma de vida, su forma de relacionarse representa su cosmovisión. Y el derecho no es más que el respeto cada una de sus actuaciones, así como el respeto así mismo, como a los demás y todo lo que rodea. Entrevista realizada a María Cruz Pichisaca y Manuel Anastasio Pichisaca.

⁴²⁶ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Emanuel Chimbo, 8 de agosto de 2017, Quilloac-Cañar.

Al restringir la toma de decisiones respecto de asuntos sobre la vida, se afecta el derecho de acceso a una tutela judicial efectiva,⁴²⁷ pues como individuo de la comunidad perdería la facultad de elegir a sus autoridades para que resuelvan su proceso, ser juzgado por sus propias leyes y principios acorde a su cultura e identidad como lo estipula la Constitución. Por el contrario, al tener las comunidades y pueblos indígenas su propia cosmovisión, forma de organización, idioma, entre otras particularidades y diferencias legítimas, el Estado debería materializar sus derechos a la luz de la igualdad material y la prohibición de discriminación, en lugar de limitarlos atentando su existencia y consolidación cultural.

Por otro lado, la comunidad no podría decidir sobre asuntos fundamentales que en base a su pensamiento y cosmovisión altera al equilibrio de la comunidad como el caso de la muerte de una persona, afectando en gran manera a su derecho de autodeterminación. Pues la Asamblea toma decisiones en pro de la comunidad, para mantener el orden social de la misma.

En síntesis, al restringir a la justicia indígena se afectaría a su cosmovisión, pensamiento y cultura, que es una creación colectiva⁴²⁸, ya que cada acto tiene un fundamento profundo basado en su cosmovisión que se encuentran representadas en sus costumbres y tradiciones como elementos estructurales de la vida comunitaria. Así lo corrobora el 74% de los dirigentes de la comunidad indígena del Cañar que dicha sentencia afecta a la cosmovisión, armonía y convivencia de su pueblo.

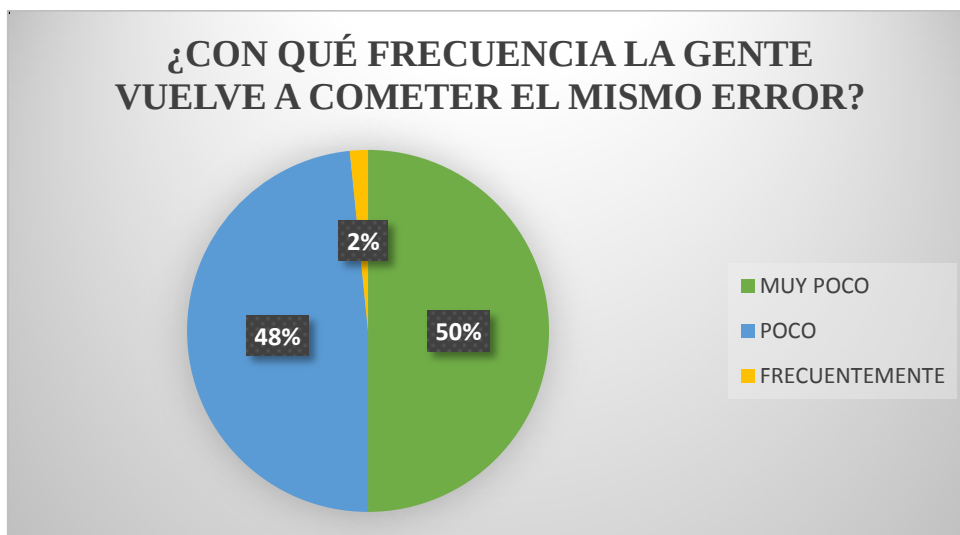
Al ser una justicia holística, uno de los resultados plausibles es que el cometimiento de delitos es esporádico⁴²⁹, y a su vez los integrantes de su colectividad muy pocas

⁴²⁷ El “derecho a la efectividad” de la tutela conlleva “varias exigencias entrelazadas”. La primera de ellas es la garantía de acceso a la jurisdicción, que se traduce en la obtención de una respuesta fundada en derecho, respuesta que llega a través de un debido proceso. La última exigencia, que cierra el camino iniciado por el acceso a la jurisdicción, es el cumplimiento de lo dispuesto en la decisión judicial. Si el ordenamiento jurídico no garantiza que así sea, las sentencias se transformarían en meras declaraciones de buenas intenciones. Además, es un derecho fundamental. Ver Vanessa Aguirre, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, FORO, Revista de Derecho, No. 14, UASB-Ecuador / CEN, Quito, 2010, recuperado de: <http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/viewFile/387/382>, consulta realizada 10 de octubre de 2017.

⁴²⁸ Claudio Malo, “Derechos colectivos y Justicia Indígena”, Universidad Andina Simón Bolívar, recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/531/1/RAA-02-Malo-Cultura%20e%20interculturalidad.pdf>.

⁴²⁹ En cuanto al cometimiento de un asesinato en la comunidad de Quilloac, de los 62 dirigentes entrevistados tan solo el 10% había conocido un delito de esa índole, siendo el único de conocimiento de ellos en un periodo de más de 10 años.

veces reinciden en el cometimiento de acciones indebidas, pues tan solo el 2% de sus miembros con frecuencia insisten en conductas incorrectas. Ante tal particular quiere decir, que sus autoridades toman resoluciones adecuadas, para que en especial los infractores reflexionen acerca de su proceder y no vuelvan a incurrir en conductas indebidas, sin olvidar que el conocimiento de las consecuencias de su proceder está impregnado en cada miembro.



Finalmente, se puede evidenciar que existen afectaciones a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en virtud, que su procedimiento refleja su cultura, tradiciones, pensamiento y conocimiento acumulados por generaciones para garantizar su continuidad histórica. Cada principio recoge sus hábitos y creencias

garantizando así un debido proceso y resguardando los derechos humanos conforme a la Constitución y a los tratados y convenios internacionales. Además, como indicó la propia CONAIE y la INREDH si no ponen en práctica su cultura, se está atentando a la vida colectiva de la comunidad, lo cual sería una grave violación.

La restricción a la administración de justicia indígena por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana es desacertada, pues provoca que los pueblos indígenas se disuelvan en el tiempo a pesar de haber declarado al Estado plurinacional e intercultural. Su análisis se basa en una lógica de Estado-hegemónico, olvidando la diversidad y riqueza de su sociedad.

Por otra parte, a pesar de que las jurisdicciones ordinaria e indígena cuentan con principios sólidos y argumentados, al final de cuentas buscan resguardar los derechos de las personas. Sin embargo, en la práctica podemos percibir que los principios de la justicia indígena son más humanos y acertados, pues por ejemplo en la comunidad de Quilloac tan sólo el 2% de aquellos que cometen infracciones vuelven a reincidir en ellos. Además, sus líderes comentan que buscan resolver los problemas de raíz, y sus principios representa el sentir y pensamiento de su pueblo para la efectiva solución de sus controversias, a lo que no podemos olvidar que los infractores responden por sus actos, los aceptan y sobre todo los enmiendan, contado con una nueva oportunidad para ser mejores personas.

CONCLUSIÓN

Al desarrollar esta investigación se ha podido entrever lo siguiente:

- En lo cotidiano el respeto y el diálogo con el otro es ambiguo, provocando el debilitamiento de la interculturalidad, que trae consigo que los pilares de un Estado plurinacional hayan menguado, y tal categoría de Estado quede en un enunciado, pues el intercambio de conocimiento, sabidurías, y aportes entre los diferentes pueblos es nulo, y sobre todo la retroalimentación de estos se ve negada, al ser una sociedad la que defina los lineamientos a seguir para todas las demás y no tome en consideración la diversidad.
- El derecho se inserta en la vida humana social que trasciende a los actos, realidades psíquicas y corporales y relaciones entre los individuos que se manifiestan en un momento concreto. La experiencia humana se perpetúa y acumula con efecto sobre las generaciones venideras que a su vez crean, amplían y corrigen lo heredado.⁴³⁰ La cultura es la acumulación de conocimiento, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada, también se habla de “legados sociales”, o “conjunto de una tradición social”; sin duda alguna los seres humanos están constituidos por acumulación de actividades de generaciones anteriores⁴³¹. La cultura se caracteriza por la forma de vida objetivada, su sentido, la finalidad que en ella se inserta, es decir una pintura, el lenguaje del derecho, entre otros, responde a orientaciones específicas, a necesidades o intereses humanos que se sitúan en su historia. Por lo tanto, la norma jurídica tendrá un determinado sentido, función en la sociedad que la creó.⁴³²
- En base a lo manifestado, existe la cultura jurídica por los elementos culturales que forman al derecho y que constituyen rasgos fundamentales de un sistema

⁴³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Capítulo Primero: Ser humano, sociedad y cultura, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 26, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/4.pdf>.

⁴³¹ *Ibíd.*

⁴³² *Ibíd.*, 28.

jurídico en un contexto social y fundamentan su validez⁴³³. Cada sociedad⁴³⁴ al haber heredado su cultura construirá su derecho en base a sus conocimientos, creencias, usos sociales, tradiciones, entre otros. En definitiva, el derecho de los pueblos y comunidades indígenas tiene su función y validez a raíz de creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales adquiridos por generaciones, que tienen ideas y categorías del pensamiento seleccionadas y transmitidas históricamente, así, como sus valores concomitantes. Por lo tanto, su función, perspectiva, rol, significado será diferente al del mundo occidental.

- La administración de justicia de los pueblos y comunidades indígenas en delitos contra la vida, no constituyen únicamente un mero procedimiento y proceso para resolverlo, pues cada aspecto, acto, toma de decisión por parte de sus autoridades, entre otros, al estar presentes sus valores culturales y ser el reflejo de sus derechos colectivos, como el de identidad y autodeterminación, al restringir tal potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado afecta al ejercicio pleno de sus derechos.
- La justicia indígena tiene otra lógica y perspectiva, por lo cual no podemos compararla con la justicia ordinaria, sin embargo, a su manera recoge, garantiza y acata desde su visión los parámetros universales que establece el derecho internacional para un debido proceso. Conviene subrayar que la justicia indígena es reparadora, pues toma las mejores medidas para rever las consecuencias de los actos que provocaron algunas afectaciones a los derechos humanos. Lo realiza de forma integral en virtud que analiza todo el contexto, piensa en la familia de la víctima del acusado, los hijos y en sí de la propia comunidad, medita en los sucesores como terceros afectados, restituyendo la paz y la armonía perdida por la muerte de un miembro de la comunidad indígena.

⁴³³ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Capítulo Primero: Ser humano, sociedad y cultura, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 31, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/4.pdf>.

⁴³⁴ Las culturas jurídicas tienen un componente nacional y otro compartido en virtud de la interdependencia entre las naciones, a pesar de la importancia de toda cultura jurídica, porque dota de sentido y significado a las normas jurídicas, y las instituciones, su transcendencia permanece generalmente ignorada o no advertida con suficiencia por los expertos jurídicos. Ver Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Capítulo Primero: Ser humano, sociedad y cultura, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 35, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/4.pdf>.

Asimismo, examina y logra cubrir el valor económico de la indemnización para la familia afectada. Esto lo logran, ya que la persona no va a la cárcel, por ejemplo: los dirigentes de la comunidad de Quilloac opinaron que el encierro de una persona no ayuda, por el contrario, manifestaron que suma problemas, y una de las medidas de reparar el daño ocasionado en estos casos era el trabajo, sea para la familia del difunto, como para la comunidad. Esta realidad la apreciamos tanto en la comunidad de Quilloac como en otras comunidades quechuas del Ecuador. Además, de alguna manera la comunidad ayuda a las dos partes con consejos, apoyo moral para que se puedan reponer del acto sucedido. No únicamente se preocupa en los daños materiales, sino también inmateriales. Cuando la persona que cometió dicha acción reprochable, ella reconocerá su equivocación ante la persona que afectó y la comunidad, aceptando la responsabilidad y sobre todo reconociendo su error, a lo que podemos llamar disculpas públicas. Se propende a la reconciliación de la víctima con el agresor, se busca la reflexión de los actos de la persona que se equivocó y su efectiva incorporación a la sociedad, la sanación no es más que un medio para que la persona tome conciencia de sus actos.

Sobre todo, la justicia indígena es pública, donde la corrupción es mucho menor, logra ser ejemplificadora, pues todos sus miembros son conscientes de las consecuencias de las acciones, es humanitaria pues sus sanciones buscan y logran la introspección de las acciones de las personas, no hay la figura de cárcel concebida desde el imaginario de la justicia ordinaria. Sobre todo, los casos son conocidos por miembros ejemplares que brindan sus conocimientos para una adecuada solución. La persona que cometió un acto inadecuado tiene derecho a la defensa, a contar con personas que lo apoyen y asistan, es decir, tiene el pleno derecho a la defensa. Es decir, de una u otra manera evidenciamos los principios internacionales del debido proceso que guardan un especial cuidado para proteger los llamados derechos humanos.

- El derecho indígena tiene su connotación, función y validez, su finalidad es el respeto a cada una de las relaciones cósmicas,⁴³⁵ como a todos los factores que componen la vida⁴³⁶, comienza con el automiramiento y el propio valor personal, pues cada ser humano debe cumplir su función, para ayudar a mantener y conservar la armonía dentro de la comunidad.⁴³⁷ Cada miembro de la comunidad es importante para la misma, por tal motivo es un problema de todos solucionar los conflictos de esta, condición que asegura la participación de la mayoría de sus asociados. Si una persona muere por la culpabilidad de otros, se desquebraja la paz y la armonía, y las relaciones cósmicas se rompen, por lo que la persona que provocó es la encargada de cubrir la función de la persona fallecida y responder ante la sociedad.
- Quilloac es una comunidad indígena ancestral en la cual se evidenció, según la experiencia de sus dirigentes, que la limitación a la administración de justicia indígena afecta a la cosmovisión, armonía y convivencia de su pueblo. Como se observó en esta comunidad el cometimiento de tal acción es casi nula. Sin embargo, la afectación ante tal situación está en que sus autoridades elegidas por la comunidad no tuvieran la facultad de conocer y resolver dicho problema desde su visión, y las partes involucradas perderían la facultad de elegir o acudir a sus autoridades, para que resuelvan conforme a sus tradiciones ancestrales, atentando a sus derechos colectivos. Esto implica que todavía el Estado-nación está presente, y con ello un modelo de justicia ordinaria hegemónico, homogeneizante que rompe con el modelo de Estado ecuatoriano plurinacional.
- La justicia indígena es anterior al Estado ecuatoriano, y a la Constitución de 2008. Cuenta con una estructura, fundamentos y validez, además sus principios son sólidos, y recogen la cosmovisión del pueblo, así como conocimiento de

⁴³⁵ Josef Estermann, “Ruwanasofia o lurañsofia: ética andina, En Josef, Estermann, Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo”, (La Paz: ISEAT, 2006), recuperado de http://casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Josef_Estermann.php, consulta realizada 8 de agosto de 2017.

⁴³⁶ Entrevista al Dirigente de la Comunidad de Quilloac, Emanuel Chimbo, 8 de agosto de 2017. Quilloac-Cañar.

⁴³⁷ Entrevista a la Yacha de la Comunidad de Quilloac, María Cruz Pichisaca, 27 de julio de 2017. Quilloac-Cañar.

generaciones. Como vemos la justicia indígena cuenta con conceptos profundos: vida, trabajo, sanación, pensamiento colectivo, entre otros, que forman parte del contenido esencial de su identidad cultural. La prohibición de administrar justicia indígena en casos de los delitos contra la vida es arbitraria, por cuanto afecta gravemente al ejercicio de este derecho, así como de otros derechos como la autodeterminación de los pueblos indígenas, en sí de los derechos colectivos, atentado al modelo plurinacional de Estado.

En sí, se presenta un problema estructural, pues se ve claramente que existe un conflicto en la forma de valorar la justicia indígena y a quienes la practican, provocando un retroceso de décadas de lucha social, por la valoración de la cultural a la luz de un Estado constitucional de derechos y justicia social, bajo una prohibición, que no constituye más que una discriminación que consolida una desigualdad estructural. Se restituye de esta forma al Estado monista occidental hegemónico, a pesar de que históricamente se ha evidenciado su ineficacia en la protección de derechos de los grupos diversos que componen el Estado, y la forma como su sistema penal no ha cumplido con sus objetivos de prevención general, rehabilitación de las personas privadas de la libertad, y la reparación integral del daño para cualquier individuo y menos aún para los miembros de las comunidades indígenas. Por tal motivo, la Corte Constitucional debe rever tal pronunciamiento, que provoca un retroceso al derecho y el envanecimiento del modelo de Estado plurinacional y constitucional de derechos; y más bien debería propender a construir un proyecto que recoja la diversidad y pluralidad de la sociedad, que cristalice el espíritu de la Constitución ecuatoriana y los estándares internacionales de derechos humanos.

ANEXOS



Comunidad de Quilloac, provincia del Cañar. Foto: Clara Daniela Romero R.



Antonia Solano, primera presidenta de la comunidad de Quilloac que aplicó la justicia indígena bajo el contexto de la Constitución de 2008. Foto: Clara Daniela Romero R.



Jacinto Aguaisa, dirigente de la Comunidad de Quilloac. Foto: Clara Daniela Romero R.



Transito Guamán, dirigente de la comunidad de Quilloac, Foto: Clara Daniela Romero R.



Mercedes Guamán, dirigente de la Comunidad de Quilloac. Foto: Clara Daniela Romero.



Api Curicama Yupanqui, especialista de la Justicia Indígena. Foto: Diario la Hora del 21 de marzo de 2016, <https://lahora.com.ec/noticia/1101927258/promueven-la-justicia-indc3adgena-en-la-provincia>

DIRIGENTES ENTREVISTADOS DE LA COMUNIDAD DE QUILLOAC

1. PEDRO SOLANO
2. JOSE ACERO
3. WHASIGTON GUAMAN
4. ANASTACIO FALCON
5. JACINTO AGUAISA
6. JOSE PICHISACA
7. FRANCISCO QUINDE
8. MARIA ISABEL CAMAS
9. MARIA CRUZ PICHASA
10. MAUEL ANASTACIO PICHISACA
11. MARGARITA PICHISACA
12. MARIA TOMASA PICHISACA
13. GABRIEL GUAMA CHUMA
14. ANASTACIO PICHISACA
15. DOLORES SOLANO
16. SANTIAGO PICHISACA
17. LUIS PICHISACA
18. MAGDALENA GUAMAN
19. MANUEL ACERO
20. JOSE ANTONIO QUINDE
21. SEGUNDO QUINDE
22. RUMIÑAHUI MAYANCEL
23. JESUS PICHISACA
24. CELESTINA LEMA
25. ANTONIO GUAMAN
26. GABRIEL GUAMAN
27. MARIA ROSA QUINDE
28. JOSE DUCHI
29. SANTIAGO GUAMAN
30. LAZARO AGUAIZA
31. MARIA NATIVIDAD ZHINVAINA
32. NICOLAS PICHISACA LEMA
33. JOSE EMANUEL CHIMBO
34. MERCEDES GUAMAN
35. ANTONIA SOLANO
36. MAGDALEA ACERO
37. MARIA LUCINDA PICHISACA
38. DAVID SANTIAGO PICHISACA
39. JOSE ALVAREZ
40. ELENA QUINDE
41. MARCELO VERDUGO
42. RICARDO PINOS
43. SEGUNDO BENJAMIN ZHIÑIN
44. MARIA NICOLASA MOROCHO
45. ANTONIO ACERO
46. LOURDES QUINDE
47. FRANCISCO QUINDE
48. GLADIS ALEXANDRA MAYANCELA
49. NICOLAS GUAMAN
50. TRANCITO QUIZPILEMA
51. MANUEL AGUAIZA
52. JESUS SOLANO
53. TRANCITO GUAMAN
54. ENRIQUE FALCON
55. GABRIEL GUAMAN PAHUAI
56. VERONICA PICHISACA
57. ISaura PUNIN
58. EDGAR QUINDE
59. DOLORES SOLANO
60. JUANA MAYANCELA
61. ZOILA AGUAIZA
62. EDUARDO CAMAS

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Acosta, Alberto y Martínez Esperanza. Compiladores. Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

Aguilar, Miguel. Presunción de Inocencia Derecho Humano en el Sistema Penal Acusatorio. México D.F: Instituto de la Judicatura Federal, 2015. En: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/2015/Presuncion%20web.pdf>.

Aguirre, Vanesa. El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. Revista de Derecho, No. 14, UASB-Ecuador / CEN Quito, 2010. En: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf>.

Atmann, Philipp. Una breve historia de las organizaciones del Movimiento Indígena del Ecuador, https://downloads.arqueo-ecuatoriana.ec/ayhpwxgv/cuadernos_investigacion/Cuadernos_12_articulo_4.pdf.

Ávila, Ramiro. La prisión como problema Global y la Justicia Indígena como Alternativa local. Estudio de Caso. Quito: Universidad Simón Bolívar, 2013. En: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3826/1/PI-2013-04-%C3%81vila-La%20prisi%C3%B3n.pdf>.

Ávila, Ramiro. El neoconstitucionalismo Andino. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

Ayala, Enrique. La Interculturalidad: El camino para el Ecuador, 16 en Ecuador Intercultural, Revista de la Universidad del Azuay, No 65, Diciembre, 2014.

Bello, Álvaro, y Rangel, Marta Etnicidad, "Raza" y Equidad en América Latina y el Caribe, CEPAL. En: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/31450/S008674_es.pdf?sequence=2.

Beltrán, Bolívar. Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena. Quito: NINA Comunicaciones, 2010.

Berini, Leonello y Fuenzalla, Nancy. Pluralismo Jurídico: derecho indígena y justicia nacional. Anuario de Derechos Humanos, No 9, 2013. En: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27040/28638>.

Bernal Pulido, Carlos. El Derecho de los Derechos, escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

Bernal, Angélica. De la Exclusión a la Participación, Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador. Quito, Abya-Yala, 2000.

Cabedo, Vicente. De la intolerancia al reconocimiento del derecho indígena. En: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n21/n21a06.pdf>

Chávez, Gina y García, Fernando. El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afro-ecuatoriana. Quito: FLACSO, 2004.

Cuerda, Antonio. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas. En: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2009-10015700209_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_El_principio_constitucional_de_responsabilidad_personal_por_el_hecho_propio:_manifestaciones_cualitativas.

Espinosa, Carlos y Caicedo, Danilo. Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. En: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_Derechos_Ancestrales.pdf.

Estermann, Josef. La Filosofía Quechua, ¿Pensamiento Quechua o Incaico?. En: <https://epistemologiasdesdeelsur.files.wordpress.com/2014/04/12-quechua-estermann.pdf>.

Estermann, Josef. Ruwanasofia o lurañsofia: ética andina, En Josef, Estermann, Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo, (La Paz: ISEAT, 2006), http://casadelcorregidor.pe/colaboraciones/_biblio_Josef_Estermann.php,

Falcon, María. Hacia un Derecho Peal más Humano, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Vol.6. 2005. En: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0505110247A/20853>.

Feijoo, Bernardo. Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena Günther Jakobs. En: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10011100134_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Prevencci%F3n_general_positiva._Una_reflexi%F3n_en_torno_a_la_teor%EDa_de_la_pena_de_G%FCnther_Jakobs.

Foucault, Michel. Vigilar y Castigar nacimiento de la prisión. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2003. En: <https://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>.

Freedman, Diego. Artículo 24. Igualdad ante la ley. En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/024-freedman-igualdad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

G. Thea, Federico Artículo 8. Garantías Judiciales. En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>.

García, Fernando. Los retos del pluralismo jurídico. Quito: Flacso, ICONO Revista de Ciencias Sociales, Vol 12, No 31, 2008.

García, Gabriel. Nociones sobre el concepto de Derecho Penal. En: <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/viewFile/174934/254624>, Ç.
García, Ramiro. Un COIP con más sombras que luces. En: <http://www.eluniverso.com/opinion/2014/08/18/nota/3455821/coip-mas-sombras-que-luces>.

Garrido, Luis. El principio de la territorialidad del derecho penal. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/693/20.pdf>.

Giraudó, Laura. Derechos, costumbre y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. En: <file:///C:/Users/Compustore/Downloads/38279-44392-1-PB.pdf>.

Gómez, Carlos. Interpretación y Aplicación de Normas Internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria. En: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/3646/3738>.

González, Jorge. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. Bogota: Universitas, julio-diciembre, núm. 112.

Granja, Pedro. Los tribunales de Excepción. En: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2011/11/21/los-tribunales-de-excepcion>.

Grijalva, Agustín y Sousa Boaventura. Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Quito: Editorial: Abya-Yala. 2012.

Grijalva, Agustín. La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones. Quito: Corporación Editorial Nacional, 2009.

Huber, Rudolf. Coordinador. Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexión y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda, 2008. En: http://www.kas.de/wf/doc/kas_14932-1522-1-30.pdf?100308200048.

Huertas, Omar y otros. El Derecho a la Vida en la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Bogotá: Editorial: IBAÑEZ, 2007.

ILaquiche, Raúl. Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un Caso, Revista Yachaikuma, 1, marzo 2001. En: <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>

Jürgen, Hans y Franco, Roció. Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria, Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú. Lima: Instituto de defensa Legal, 2007.

Lerner, Natán. Población indígena: El convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1989. Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad de Venezuela. No 81. En: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/81/rucv_1991_81_213-233.pdf.

López, Melisa. El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia; instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos. El caso de sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, 2011. En: <file:///C:/Users/Compustore/Desktop/TESIS/metodo%20intercultural%20de%20la%20corte.pdf>.

López, Samantha. Derecho Penal I. México D. F: Tercer Mundo, 2012. En: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_penal_I.pdf.

Lorenz Funk, Legitimidad Jurisdiccional de la Justicia Indígena, Programa de pasantías INREDH. En: https://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_justicia_indigena_lorenz.pdf.

Malo, Claudio. Derechos colectivos y Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar. En: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/531/1/RAA-02-Malo-Cultura%20e%20interculturalidad.pdf>.

Mathiesen, Thomas. Juicio a la Prisión. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2003. En: <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/juicio-a-la-prisic3b3n-thomas-mathiesen.pdf>.

Medinaceli, Gustavo. La aplicación directa de la Constitución. Quito: Corporación Editorial Nacional, 2013. En: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3836/1/SM134-Medinaceli-La%20aplicacion.pdf>.

Mejía, Mario. Hacia una Filosofía Andina, Doce ensayos sobre el componente andino de nuestro pensamiento. En: http://lengamer.org/admin/language_folders/quechuadecusco/user_uploaded_files/links/File/Qhapaqkuna/.

Montaña, Juan. Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: Perspectiva comparada. Quito: Universidad Simón Bolívar, 2012.

Muñoz, Francisco. La plurinacionalidad en la nueva Constitución. Quito: Institut de recherche et debat sur la gouvernance, 2008. En: «<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-453.html#iref:12>».

Pecos Melton, Ada. Indigenous Justice Systems and Tribal Society, *Indigenous justice systems are based on a holistic philosophy. Law is a way of life, and justice is a part of the life process*. En: http://www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm.

Pérez, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Pérez, Juan. Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940002010>> ISSN 2007-4387.

Quadros de Magalhaes, José Luiz. El Estado Plurinacional como referente teórico para la construcción de un Estado de Derecho Internacional. México: Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas de la UMAN. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3070/7.pdf>.

Ramón, Álvaro. Interculturalidad, Libertad y Pena. Quito: Universidad Simón Bolívar, 2015. En: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4689/1/SM175-Roman-Interculturalidad.pdf>.

Robles, Francisco. La igualdad ante la ley. En: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2005/11/24/la-igualdad-ante-la-ley>.

Ruiz, Luis. El principio de Irretroactividad de la Ley Penal en la doctrina y la Jurisprudencia. En: <file:///C:/Users/Compustore/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeIrretroactividadDeLaLeyPenalEnLaDoctr-819650.pdf>.

Ruiz, Oswaldo. El derecho a la Identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>.

Salgado, Judith. Justicia Indígena. Aportes para un debate, en Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico. Quito: Editorial Abya-Yala, 2002.

Sánchez, Esther y Jaramillo, Isabel. La Jurisprudencia Especial Indígena. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia y Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, 2000.

Silva, Jesús. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: La racionalidad de las leyes penales, Madrid (Trotta) 2003, 205 pp. En: <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3140/PDF>.

Silvestroni, Mariano. Teoría Constitucional del Delito. Buenos Aires: Artes Gráficas Candil, 2007.

Simbaña, Floresmilo. La plurinacionalidad en la nueva Constitución. Instituto de investigaciones y debate sobre a gobernanza. En: <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>.

Sousa Santos, Boaventura. La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional. En: https://www.ces.uc.pt/publicacoes/outras/200317/estado_plurinacional.pdf.

Sousa, Boaventura. Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010. En: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf.

Trujillo, Julio. La Administración de la Justicia Indígena, 279, en Ecuador Intercultural, Revista de la Universidad del Azuay, No 65, diciembre, 2014. En: <https://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/publicaciones/UV-65.pdf>.

Van Kessel, Juan y Condorio, Dionisio. Criar la Vida, trabajo y tecnología en el mundo andino. En: http://www.iecta.cl/biblioteca/libros/pdf/criar_la_vida.pdf

Viaña, Jorge, Tapia, Luis y Walsh, Catherine. Construyendo Interculturalidad Crítica. La Paz: Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, 2010. En: <http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-Cr%C3%ADtica-y-Educaci%C3%B3n-Intercultural1.pdf>.

Villegas, Myrna. Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal., Polit. Crim. Vol 9, No 17. Julio 2014. En: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v9n17/art07.pdf>.

Walsh, Catherine. Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

Walsh, Catherine. Interculturalidad, Estado, Sociedad, Luchas (de) coloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009. En: <http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf>.

Yrigoyen, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. En: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Andes. Ecuador tiene las cárceles "más modernas" de la región, destaca presidente Correa. En: <http://www.andes.info.ec/es/noticias/ecuador-tiene-carceles-mas-modernas-region-destaca-presidente-correa.html>.

Archivo de la etiqueta: Sociedad Civilización Democracia. Concepto Definición Universal. En: <https://avanzadas.wordpress.com/tag/sociedad-civilizacion-democracia-concepto-definicion-universal/>.

CEDATOS. La Inseguridad en el Ecuador. Estudio de opinión Abril, 2011. En: http://www.cedatos.com.ec/detalles_noticia.php?Id=86.

Centro de Estudios Jurídicos e investigación social. Sistema Jurídico Indígena. La Paz: Editorial EL PAIS, 2003.

CONAIE. Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente, Principios y lineamientos para la nueva constitución del Ecuador, Por un Estado Plurinacional, Unitario, Soberano, Incluyente, Equitativo y Laico. Quito: CONAIE, 2007. En: <https://www.yachana.org/earchivo/conaie/ConaiePropuestaAsamblea.pdf>.

CONAIE. Proyecto Político de las Nacionalidades del Ecuador. 2007. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE). Conceptos Básicos de un Estado Plurinacional. Llacta. En: <http://www.llacta.org/organiz/coms/com62.htm>.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11. Pueblos Indígenas y Tribuales, Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: <http://www.noticieroficial.com/Internacional/CIDH/CIDHPUEBLOSINDIGENASTRIBALES.pdf>.

Derecho Penal. En <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/282/3.pdf>.

Derecho Penal. II Los principios penales fundamentales. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1913/6.pdf>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. En: <http://dle.rae.es/?id=B7i0GYL|B7jhx3A>.

Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales. Universidad de Alcalá. En: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/38.

El Telégrafo. Población penitenciaria de Ecuador es la más baja de Latinoamérica, miércoles, 13 de enero de 2016. En: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/poblacion-penitenciaria-de-ecuador-es-la-mas-baja-de-latinoamerica>.

Enciclopedia Jurídica. En: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/costumbre/costumbre.htm>.

Enciclopedia Jurídica. En: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/imparcialidad/imparcialidad.htm>.

Enciclopedia Virtual eumed.net. En: <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=327>.

Escuela de la Función Judicial. Consejo de la Judicatura. En: http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/materialdeapoyo/PENAL_Dr_Jorge_Blum.pdf.

Etnocentrismo y relativismo cultural. En: <http://ocw.unican.es/humanidades/introduccion-a-la-antropologia-social-y-cultural/material-de-clase-1/tema-2.-la-cultura/2.8-etnocentrismo-y-relativismo-cultural>.

INEC. Censo de población y Vivienda del 2010, En: <http://redatam.inec.gob.ec/cgi-bin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CPV2010&MAIN=WebServerMain.inl>

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Garantías y Derecho Penal. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. En: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Garantismo_y_derecho_penal.pdf.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo Primero: Ser humano, sociedad y cultura. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 26. En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/4.pdf>.

La Historia, tal como es. En: <http://lahistoria.ec/2014/07/14/este-huaorani-confiesa-que-mato-a-cuatro-taromenanes/>.

La Hora. Tres críticas y reflexiones sobre el nuevo Código Penal, 20 de diciembre de 2013. En: <https://lahora.com.ec/noticia/1101608713/tres-crc3adticas-y-reflexiones--sobre-el-nuevo-cc3b3digo-penal>.

Ministerio del Interior. Ecuador redujo drásticamente la tasa de homicidios y asesinatos a escala internacional. En: <http://www.ministeriointerior.gob.ec/ecuador-redujo-drasticamente-la-tasa-de-homicidios-y-asesinatos-a-escala-internacional/>.

Naciones Unidas Derechos Humanos. El derecho internacional de los derechos humanos En: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

Naciones Unidas. Los Derechos Humanos y las Prisiones, Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones. Ginebra, Serie de Capacitación profesional No 11, 2004. En: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training11sp.pdf>.

Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal. En: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanish.pdf.

Policía Nacional del Ecuador. Los Mil Pasos erradicarán el microtráfico y desarticularán organizaciones delictivas, en el 2016, 11 de abril de 2016. En: <http://www.policiaecuador.gob.ec/los-mil-pasos-erradicaran-el-microtrafico-y-desarticularan-organizaciones-delictivas-en-el-2016/>.

Red-DESC. En: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2010/sandra-lovelace-c-canada-communication-no-241977-canada-300781-un-doc-ccprc13d241977>.

Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Año XIX, No 54, mayo 1991. Quito Ecuador. En: http://www.puce.edu.ec/publicaciones/Centro_de_Publicaciones/Revistas/Publicaciones/Revista%2054.pdf.

SCIELO. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la Coordinación. Estudio Socio-Jurídico. vol.10 no 1 Bogotá junio 2008. En: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792008000100012.

Secretaría Técnica Jurisdiccional. La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en: Umbral, Pluralismo Jurídico, Revista de Derecho Constitucional, No 4, Tomo II, jun-dic, 2014, 173.

Soledad Torre, Identidad Indígena, Universidad Autónoma de Madrid. En: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/17/SoledadTorrecuadrada.pdf>.

The World Bank Operational Manual, Operational Directive, Indigenous Peoples, September 1991 OD 4.20 Page 1 of 6. En: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/835cc50048855270ab94fb6a6515bb18/OD420_IndigenousPeoples.pdf?MOD=AJPERES.

Unicef. Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos. En: https://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf.

Wolters Kluwer. Independencia Judicial. En: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJjSxMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAkVHy_zUAAAA=WKE

NORMATIVOS

Ecuador

Código Integral Penal, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Quito, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014. En: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf.

Código Orgánico de la función judicial, Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009. En: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cofj.pdf.

Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. En: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. Registro Oficial 1 del 11 agosto de 1998. En: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009. En: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf

Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf.

Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Cuadernos de Legislación Indígena, México, artículo 1, recuperado de: http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf.

Declaración de Universal sobre Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. En: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

Declaración Universal sobre la diversidad cultural, UNESCO. Adoptada por la 31 a Sesión de la Conferencia General de la UNESCO el 2 de noviembre de 2001. En: <http://www.cdi.gob.mx/lenguamaterna/declaracionuniv.pdf>.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, recuperado de: <http://www.preventgenocide.org/es/derecho/estatuto/>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas de Derechos Humanos, recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

JURISPRUDENCIA

Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 921/13. Juez Ponente: Jorge Pretelt. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-882/11. Juez Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-882-11.htm>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-009/07. Juez Ponente: Manuel Cepeda. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-009-07.htm>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-778/05. Juez Ponente: Manuel Cepeda. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-778-05.htm>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-463/14. Juez Ponente: Luis Vargas. En: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-463-14.htm>

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-642/14. Juez Ponente: Martha Sachica. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>

Ecuador

Corte Constitucional Ecuatoriana. Sentencia la Cocha No 113-14-SEP-CC, caso NO. 0731-10-EP. Juez Ponente. Patricio Pazmiño

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No 004-14-SCN-CC. Caso No 0072-14-CN. Juez Ponente: Patricio Pazmiño.

Corte Constitucional del Ecuador. la Sentencia N° 0008-09-SAN-CC. Juez Ponente: Nina Pacari. En:

https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/0027-09-AN-res.pdf

México

Caso "Fernández Ortega y otros Vs México, 30 de agosto de 2010, Serie N°215 CIHD

Panamá

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, n.º 72, párr. 106. Y Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, n.º 218, párr. 170. En: Carlos Gómez. Interpretación y Aplicación de Normas Internacionales sobre Derechos Humanos en materias penal y disciplinaria, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/viewFile/3646/3738>

Sentencias Indígenas

Comunidad la Cocha, Cotopaxi, “Muerte del señor Oswaldo Guamangate Cuchiparte, mediante atropellamiento”. En: Bolívar Beltrán. Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena. Quito: NINA Comunicaciones, 2010. 62-67 págs.

Maca Acchi Vaqueria, Cotopaxi, muerte de un miembro de la comunidad. En: Bolívar Beltrán. Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena. Quito: NINA Comunicaciones, 2010. 104-105 págs.

La Chimba, muerte del señor Ricardo Quinde Campus. En: Bolívar Beltrán. Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena. Quito: NINA Comunicaciones, 2010. 149-152 págs.

La Cocha, Cotopaxi, muerte del joven Marco Antonio Olivo Pallo. En: Bolívar Beltrán, Desde la continuidad histórica, reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena. Quito: NINA Comunicaciones, 2010. 153-176 págs.

OTROS

Petición caso La Cocha ante la Comisión Interamericana de derechos humanos Organización de Estado Americanos, OEA, Washington, D.C., 20.006, USA, Quito 30 de enero de 2014, por parte La Confederación de Nacionalidades indígenas del Ecuador, representada por su presidente Jorge Herrera Morocho en calidad de víctima directa y la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH representada por su presidenta Lcda. Beatriz Villarreal Tobar.