



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE ABOGADO

La justicia indígena en el constitucionalismo ecuatoriano.

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTORA: Monteros Montaña, María del Carmen.

DIRECTOR: Celi Toledo, Israel Patricio, Mg.

LOJA - ECUADOR

2017



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2017

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister.

Israel Patricio Celi Toledo.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: La justicia indígena en el consitucionalismo ecuatoriano realizado por Monteros Montaña María del Carmen, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, noviembre de 2017

F).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Monteros Montaña María del Carmen declaro ser autora del presente trabajo de titulación: La justicia indígena en el constitucionalismo ecuatoriano, de la Titulación de Derecho, siendo Israel Patricio Celi Toledo director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f.

Autora: Monteros Montaña María del Carmen

Cédula: 1104348188

DEDICATORIA

A Dios y a mis padres, pilares de mi vida y existencia, luz y fortaleza.

AGRADECIMIENTO

Como estudiante de derecho aprendí que la exigencia, constancia, disciplina y esfuerzo son el camino a seguir para lograr alcanzar las metas propuestas. Ello, inculcado por mis docentes y padres a quienes guardo mi gratitud, particularmente a mi director de tesis Mg. Israel Celi Toledo mi mejor guía en la academia.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
1. PLURINACIONALIDAD Y JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR	6
1. 1. Evolución histórica de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas en ecuador	7
1.1.1. Época Colonial	7
1.1.2. Período Liberal	8
1.1.3. Primeras Organizaciones Indígenas	9
1.1.4. Intervención de la Iglesia	10
1.1.5. Reforma Agraria	11
1.2. Luchas, demandas: plurinacionalidad	12
1.2.1. Retorno a la Democracia	12
1.3. De la concepción liberal a la concepción intercultural de la nación.....	15
1.4. Plurinacionalidad y derechos reconocidos en la constitución de 1998.....	17
1.5. Tránsito al reconocimiento de la plurinacionalidad y otros derechos de pueblos y nacionalidades indígenas en la constitución de 2008	21

1.6. Reconocimiento de la plurinacionalidad, derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas y de la naturaleza en la constitución de 2008	23
1.6.1. Derechos sobre sus territorios y derechos de la naturaleza	26
1.6.2. Consulta previa.....	29
1.6.3. Circunscripciones territoriales y sus autoridades	31
1.6.4. Conocimientos colectivos, ciencias y saberes ancestrales	32
1.6.5. Patrimonio cultural	32
1.6.6. La educación cultural bilingüe.....	33
1.6.7. Derecho a sus propias formas de justicia	34
2. JUSTICIA INDÍGENA	36
2.1. Pluralismo jurídico.....	37
2.2. Derecho indígena.....	37
2.1. Elementos que caracterizan y definen a la justicia indígena	38
2.2.1.1. Milenaria	38
2.2.1.2 Colectiva.....	38
2.2.1.3. Evolutiva	38
2.2.1. 4. Ágil, oportuna y dinámica.....	39
2.2.1.5. Justa.....	39
2.2.1.6. Oral.....	39
2.2.1.7. Gratuita.....	40
2.3. Derecho propio	41
2.4. Legitimidad de la justicia indígena	42
2.4.1. Justicia indígena a nivel de convenios y tratados internacionales 43	
2.4.1.1. Convenio 107 de la OIT	43
2.4.1.2. Convenio 169 de la OIT	45
2.4.1.3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	47
2.4.2. Normativa Nacional	48
2.4.2.1. Autoridades indígenas, jurisdicción y derecho propio	49
2.4.2.1.1 Autoridades indígenas	49
2.4.2.1.2. Jurisdicción de autoridades indígenas	50

2.4.2.1.3. Competencia en razón de personas.....	52
2.4.2.1.4. Competencia material.....	53
2.4.2.1.5. Competencia en razón de territorio.....	55
2.4.2.2. Participación de las mujeres en la justicia indígena	57
2.4.2.3. Normas y procedimientos propios de los pueblos y nacionalidades indígenas para la solución de conflictos internos.....	62
2.4.2.4. Procedimientos de las comunidades indígenas	63
2.4.2.4.1. Willachina	63
2.4.2.4.2. Tapuykuna.....	63
2.4.2.4.3. Chimbapurana	63
2.4.2.4.4. Kishpichirina	63
2.4.2.4.5. Paktachina.....	64
2.4.5. Derecho penal y justicia indígena	65
2.4.6. Respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena	67
2.4.7. Control de Constitucionalidad de las resoluciones de la jurisdicción indígena	69
2.4.8. Mecanismos de Coordinación y Cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.....	71
2.5. Ley de deslinde jurisdiccional en Bolivia	72
2.6. Proyecto ecuatoriano	73
2.6.1. Mecanismos	73
2.6.1.1. Normativos.....	73
2.6.1.2. Mecanismos Institucionales.....	74
2.6.1.3. Mecanismos Procesales.....	74
2.6.2. Principios de la Ley de Coordinación y Cooperación.....	74
2.6.2.1. Principio de interculturalidad.....	74
2.6.2.2. Principio de aplicación directa de la Constitución.....	75
2.6.2.3. Principio de respeto de los derechos constitucionales.....	75
2.6.2.4. Pluralismo Jurídico.....	75
2.6.2.5. Igualdad entre jurisdicciones y autonomía.....	75
2.6.2.6. Diversidad.....	75

2.6.2.7. Prohibición de doble juzgamiento.....	77
3. ANÁLISIS DE CASOS	78
3.1. La Cocha I.....	79
3.1.1. Antecedentes.....	79
3.1.2. Hechos de la Resolución N° 0002-2003- CC.....	79
3.1.3. Análisis del caso.....	81
3.2. La Cocha II	82
3.2.1. Hechos de la sentencia N° 113-14-SEP-CC	82
3.2.2. Acción Extraordinaria de Protección 0731-2010-EP	85
3.2.3. Resolución Final	87
3.2.4. Voto salvado.....	89
3.2.5. Análisis del caso	91
3.2.5.1. Competencia	91
3.2.5.2. Análisis de fondo	92
3.3. La Cocha I y La Cocha II.....	99
3.4. Caso N° 0072-14-CN	100
3.4.1. Hechos	101
3.4.2. Consideraciones y Fundamentos de la Corte Constitucional en sentencia	102
3.4.3. Determinación de los problemas jurídicos a resolver	103
3.4.4. Sentencia	105
3.4.5. Análisis jurídico.....	105
CONCLUSIONES.....	108
RECOMENDACIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA.....	111

RESUMEN

La justicia indígena, desde sus raíces, evolución, implementación y características existe desde el tiempo primitivo de los asentamientos de pueblos y nacionalidades indígenas, no solo en Ecuador sino en toda la región andina. Ha recibido la calificación de justicia rudimentaria, salvaje y primitiva tanto por los medios de comunicación como por ciertas autoridades de la justicia ordinaria.

A pesar de que la justicia indígena ha sido reconocida constitucionalmente, en la última década surgieron algunos casos hito que han sido objeto de vastos análisis jurídicos constitucionales y de derechos humanos en nuestro país, en los que se han marcado importantes precedentes jurisprudenciales.

Con este antecedente, y debido a la falta de coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurídicos que tenemos en nuestro país, el objetivo de esta investigación es evaluar, desde un enfoque de derechos humanos comprometido con el estado Plurinacional, tres casos relevantes en los que se expone el conflicto existente entre justicia indígena y justicia ordinaria.

Palabras clave: Justicia Indígena, reconocimiento constitucional, coordinación y cooperación, sistema jurídico, derechos humanos, principios jurídicos, Corte Constitucional.

ABSTRACT

Indigenous justice, exists since the first indigenous people and native communities live not only in our country but in all our Andean Region. The origin, evolution, implementation, and characteristics of the indigenous justice raised with all the native communities that still live in Ecuador. Journalists and in general the media say that indigenous justice is primitive, savage and a kind of rudimentary system of justice.

In spite of the constitutional recognition of indigenous justice, the last decade has been represented for some important cases about indigenous justice and human rights that were analyzed by the Constitutional Court and some legal authorities. Cases that introduced legal precedents in our system

With those experiences, and because of the lack of coordination and cooperation of both legal systems in our country, the objective of this investigation is to evaluate from the perspective of human rights and our plurinational state, three relevant cases in which the conflict of coordination and cooperation of both juridical system is exposed.

Among the results that were found in this work, the most important is the evident lack of harmony, coordination and cooperation between indigenous justice and our occidental legal system.

As an important conclusion we can affirm that the legal rules and principles that guides our legal system in Ecuador referring specially the application of indigenous justice in the Constitution, are established and recognized by the judges of the Constitutional Court and those are the ones that have to rule the application and administration of the cases of indigenous justice.

Key words: Indigenous justice, constitutional recognition, coordination and cooperation, legal system, human rights, legal, Constitutional Court.

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es analizar varios casos de conflicto entre la justicia ordinaria y la justicia indígena desde un enfoque complejo e interdisciplinario de Derechos Humanos, desarrollado a través de líneas jurisprudenciales y fuentes secundarias.

Los procesos de transformación constitucional protagonizados por las luchas sociales e indígenas han desencadenado cambios en los estados latinoamericanos en las últimas décadas. Ello ha generado innovaciones en la normativa, jurisprudencia y en las políticas públicas de los países andinos.

Los cambios producidos han permitido a los pueblos y nacionalidades indígenas promover la construcción de un Estado plurinacional, en base al reconocimiento constitucional de sus derechos colectivos y a la constitucionalización del principio de interculturalidad y de los principios de otras formas de desarrollo, basadas en el equilibrio entre los seres humanos y la naturaleza (Trujillo, 2002). Es decir, se trata de varias reivindicaciones que se traducen en instituciones concretas de la Constitución y de las normas infra constitucionales que produjeron cambios a nivel normativo, judicial y de políticas públicas. Por esto, la importancia de estudiar un fenómeno de tal trascendencia desde un enfoque de derechos humanos. El estudio de este fenómeno se ve además justificado por la necesidad de promover la diversidad y el enriquecimiento cultural dentro de los países andinos.

El proyecto de investigación: “La justicia indígena en el constitucionalismo ecuatoriano” se desarrolla con la finalidad de profundizar el análisis de casos conflictivos, demostrando la falta de armonía que existe entre los dos sistemas jurídicos que conviven en el Ecuador (Santos y Grijalva, 2012). Tema desarrollado en tres capítulos: El primero, que analiza las implicaciones del reconocimiento del Estado Plurinacional y del reconocimiento amplio de derechos individuales y colectivos en materia de justicia indígena

El segundo capítulo que busca evaluar el diagnóstico y las propuestas sobre las relaciones de coordinación entre la justicia indígena y justicia ordinaria.

En el tercer capítulo se analizan de forma crítica tres casos hito que develan los problemas de coordinación en la administración de los dos tipos de justicia que conviven en el Ecuador.

La importancia de esta investigación sobre justicia indígena está ligada al reconocimiento del pluralismo jurídico, entendido como la coexistencia de sistemas jurídicos distintos dentro del Estado Constitucional, pues es un tema poco o nada abordado en nuestra ciudad y en nuestro medio, no se conocen los alcances y el fin de la justicia indígena además de que es constantemente catalogada de primitiva, no se ha profundizado en estos calificativos. Es por ello, la importancia de este trabajo de investigación, pues la justicia indígena está reconocida como sistema jurídico válido y aplicable en nuestra Constitución.

La justicia indígena presenta rasgos emancipadores que pueden favorecer la construcción de un Estado plurinacional. En esta forma de Estado, el diálogo de sistemas jurídicos plurales con rasgos emancipadores, favorecería la construcción de una justicia más reparadora y equitativa (Santos, 2010).

Estudios existentes sobre neoconstitucionalismo andino, justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador, dan cuenta de que los lineamientos sobre los cuales se rige la justicia indígena no son claros, son vagos y producen irregularidades en el momento de ser aplicada. Se confrontan con la justicia ordinaria cuando los casos conocidos por la justicia indígena son mediatizados (Ávila, 2016); (Santos, 2012). Dichos estudios y el análisis de casos hito me han permitido dar respuesta a la hipótesis planteada: ¿Existe una deficiente coordinación y falta de armonía en la aplicación y relación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena?

Por ello, luego del desarrollo de este trabajo de investigación, llevada a cabo mediante un análisis doctrinario, hermenéutico de la historia y evolución de la justicia indígena, su aplicación, contenido y casos hito que se han dado, se evidencia que tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria son dos sistemas jurídicos modernos que conviven actualmente en una sociedad; por lo tanto la lógica de su aplicación necesita renovarse de manera continua hasta lograr la convivencialidad armónica de los dos tipos de justicia en nuestro Estado.

El desarrollo de este trabajo de investigación me ha brindado la oportunidad de conocer la evolución de los pueblos y nacionalidades indígenas, su sistema jurídico, aplicación de éste en base a su reconocimiento constitucional. Sin embargo, existen muchas aristas respecto al tema, además de escasos datos sobre la justicia indígena

en la Costa y Amazonía, lo que evidencia que el tema no es prioritario para el desarrollo de trabajos de investigación.

La metodología empleado en el presente trabajo de investigación es la la cualitativa mediante el análisis jurídico de los casos : “La Cocha 1 y 2”; y “Caso N° 0072-14-CN”; los mismos que son relevantes en la justicia indígena, vistos además desde el enfoque de Derechos Humanos que recoge la Constitución ecuatoriana y los instrumentos de Derechos Humanos. El análisis de estos casos se basará en los métodos hermenéuticos de recibo en la jurisprudencia contemporánea, me refiero al método de ponderación, y a los elementos de la interpretación evolutiva, sistemática, teleológica y gramatical. Los criterios a evaluar en cada caso se definirán en una tabla de verdad que permitirá un estudio comparativo.

CAPÍTULO 1

PLURINACIONALIDAD Y JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

1.1. Evolución histórica de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas en Ecuador

1.1.1. Época Colonial.

La importancia del reconocimiento del derecho indígena se remonta a la época de la Invasión Española con su llegada al Tawantinsuyo en el año de 1532 (Llásag, 2012). Los españoles se establecieron en estas tierras y trajeron: idioma, religión, valores, prejuicios y formas de vida. Como consecuencia de ello, surge una nueva identidad con elementos de las dos culturas manifestándose así en el mestizaje como una nueva realidad e identidad, con sus propias formas muchas veces contradictorias (Ayala, 2004).

Si bien es cierto, la conquista española se produjo de manera violenta pero la dominación ejercida se extendió durante cientos de años. Al inicio de esta época los conquistadores se valían de las autoridades indígenas para mantener el poder sobre el pueblo conquistado. Fue a fines del siglo XVI cuando se evidencia una consolidación de la estructura colonial (Salomón, 1988).

El sistema colonial da paso a la creación del sistema de haciendas cimentado en el concertaje indígena. Mediante el concertaje, los indígenas trabajaban bajo condiciones inhumanas quedando ligados a deudas eternas que los hacían esclavos de la hacienda para la que brindaban sus servicios.

Luego de muchos años de explotación bajo el yugo español, la resistencia indígena se fue expresando en la vida cotidiana con manifestaciones de violencia que se evidencian en la segunda mitad del XVIII realizando levantamientos con la cooperación de los criollos (Moreno, 1978).

El siglo XIX estuvo lleno de transformaciones con la Independencia del Ecuador que se dio el 10 de agosto de 1809. Aunque los indígenas no formaron parte activa en la guerra de la independencia sufrieron sus consecuencias. Pese a que su situación no varió hubo el intento de integrarlos formalmente a la ciudadanía.

En la primera Constitución en el año 1830 se hace legítimo el sistema colonial, fortaleciendo el sistema de haciendas que funcionaba basado en el concertaje que no fue materialmente abolido (Llásag, 2012).

El sistema colonial continuaba separando a blancos y a indios, con leyes, atribuciones y deberes que eran diferentes para unos y otros, siendo así que facilitaban la conservación del dominio sobre los indígenas. A pesar de que el poder se encontraba en manos de los criollos (Borchart, 1998), los indígenas vivían vidas paralelas a ellos, obligándolos a relacionarse manteniendo autoridades, costumbres y derechos propios en una situación asimétrica y preconizando el mestizaje (Ayala, 2004).

1.1.2. Período liberal

La Revolución Liberal se inicia en el año 1895, siendo su ideal el reivindicar la identidad mestiza y la necesidad de democratizar la política y el Estado (Roig, 1995). Para lograrlo, se construyeron grandes obras como el ferrocarril trasandino que fomentó la integración de las regiones y mejoró la situación del Ecuador a nivel internacional. Además, con el telégrafo, la Ley de Caminos, el laicismo y la institución de autoridades seculares se produjeron grandes cambios materiales en la sociedad que dieron un giro a la forma de ver al Estado (Estrella, 1985).

Del cambio producido en esta época se colige que se produjo una fuerte movilización de sectores populares tanto urbanos como rurales (Ayala, 2004).

Uno de los actores clave en este período de la historia fue Eloy Alfaro. En su gobierno se establecieron medidas formales que buscaban acabar con el maltrato a los indígenas implementando un jornal mínimo de trabajo y eliminando la prisión por deudas, a pesar de ello el cambio real no se avizoró de inmediato (Guerrero, 1994).

El sistema de haciendas desaparece del marco legal en el año 1918 gracias a algunas luchas y eventos producidos internacionalmente, pero la explotación indígena continúa hasta 1970.

La izquierda socialista surge con fuerza en el año de 1920 buscando criticar algunos cambios en las políticas económicas que afectaban a algunos sectores del país. Asimismo, la izquierda socialista profundizó sobre la visión mestiza, la nación y las condiciones sociales (Ayala, 1989).

De lo mencionado, además de los cambios que se produjeron se evidencia que el Estado empieza a formar un proyecto nacional diferente, en el que se empiezan a incluir como actores de cambio a las personas pobres que eran conocidas por su situación de explotación y miseria en la que vivían haciendo de esto parte de su identidad. El nuevo proyecto nacional incluía a estas personas como actores y enfrentaba las oligarquías criollas y al poder internacional (Aguirre, 1972).

En 1925 se establecen los primeros contactos entre partidos de izquierda con movimientos indígenas. Estos contactos se dieron por la exigencia del movimiento indígena consiste en el reconocimiento del pago de salarios justos, educación bilingüe y más. Dichas demandas, dieron lugar a sublevaciones de causa comunitaria, en las que surgieron liderazgos como el de Tránsito Amaguaña, que han sido aplaudidos por el impacto social que han logrado a lo largo de la historia, incluso a nivel internacional (Llásag, 2012).

1.1.3. Primeras Organizaciones Indígenas

En 1927 los movimientos indígenas empiezan a organizarse en sindicatos integrados por huasipungueros, arrimados y yanaperos¹ (CONAIE, 1989), que buscaban seguir en la lucha por la reivindicación de sus derechos.

Los movimientos y sindicatos se expandieron en las regiones del país hasta 1931, año en que se intentó organizar el primer Congreso de Organizaciones de Cayambe. El primer mandatario de ese entonces, Isidro Ayora, no lo permitió y ordenó cerrar caminos. Esta medida generó disgusto en las comunidades indígenas causando una resistencia aún mayor, de tal forma que en 1934 reunieron a la confederación de Cabecillas Indígenas constituyéndose el pilar fundamental para la organización del movimiento indígena a nivel nacional.

Como consecuencia de la repercusión e impacto que causó la sublevación indígena, las derechas tanto de la sierra como de la costa buscaron reprimir estos movimientos creando la Ley de Comunas en 1937. Esta ley imponía que las comunas queden sujetas políticamente al Teniente Político y administrativamente al Ministerio de Prevención Social, actualmente Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. Éste último, se mantiene en la actualidad siendo evidente que no se ha superado la relación de subordinación que tienen los indígenas y su organización frente al modelo eurocéntrico de organización estatal (Llásag, 2012).

El Ministerio no solamente tiene competencia para llevar un registro de las comunas, además, les impone algunas obligaciones mediante sus reglamentos, ejerciendo de esta manera control y poder sobre ellas (CONAIE, 1989).

¹ Huasipungueros: Indígenas entregados en encomienda o por costumbre, para que realicen trabajos en haciendas bajo la modalidad de chantaje y sin remuneración.
Arrimados: Personas que vivían en las haciendas, al amparo de sus dueños.
Yanaperos: Indígenas que prestaban sus servicios sin salario a cambio del derecho de uso gratuito de los pastos, agua y caminos.

La Ley de Comunas además de otras imposiciones, obligaba a los padres indígenas a que matriculen sus hijos en escuelas de habla castellana, minando su autonomía y desconociendo la diferencia de la cosmovisión indígena con la occidental (Ibarra, 2004).

La tragedia territorial ocurrida entre Perú y Ecuador, conocida como la Guerra del 41 generó un trauma en la identidad nacional (Ibarra, 1999). El país desarrolló impotencia, fracaso y resentimiento (Ayala, 2004).

1.1.4. Intervención de la Iglesia

Es descollante el protagonismo que tuvo la Iglesia Católica junto con algunos partidos de izquierda desde 1938 hasta 1970 en el proceso de emancipación indígena. Con la labor de ciertos personajes destacados en la historia del Ecuador como Leonidas Proaño.

Buscando mejorar las condiciones de vida de los indígenas, este sacerdote hizo pública la situación de explotación física, moral, religiosa, intelectual y económica en la que vivían los indígenas en Chimborazo y decidió actuar en beneficio de ellos (Proaño, 2006).

Una vez que advirtió que no tendría apoyo de la cúpula eclesiástica, decidió actuar con ayuda de pocas personas en la creación de un centro destinado a la formación de los indígenas: Tepeyac, en donde se enseñaba teología, contabilidad, realidad social, política y redacción. Debido a su labor en beneficio del pueblo indígena sufrió muchas persecuciones, pero su condición de obispo lo favoreció.

En este centro de estudios se formaron muchos líderes y dirigentes indígenas de movimientos sociales ecuatorianos como los de Ecuarrunari (Llásag, 2012).

Las organizaciones que se constituyeron en esta época fueron:

- Confederación Ecuatoriana de Obreros Católicos en 1938.
- Federación Ecuatoriana de Indios y la Confederación Ecuatoriana de Obreros (FEI) en 1944.
- Federación Nacional de Organizaciones Campesinas en 1960.

La Federación Ecuatoriana de Indios fue dirigida en sus inicios por Dolores Cacuango y luego por Tránsito Amaguaña y su centro de acción era principalmente la provincia de Pichincha. Luego se extendió hacia el resto de provincias de la Sierra. Los

derechos que la FEI reclamaba eran la reivindicación de tenencia de tierras, trato justo, educación y salarios justos (CONAIE, 1989).

1.1.5. Reforma Agraria

Hasta la década de los años 60 ocurrieron grandes transformaciones económicas, políticas y sociales, pero fue a partir de ésta década que se avizora el agotamiento del proyecto nacional mestizo (Carrión, 1988); y como consecuencia de siglos de resistencia los pueblos indígenas demandan reivindicaciones económicas, sociales, culturales, de tierra y finalmente es cuando surge la demanda de los pueblos indígenas al reconocimiento de su realidad propia como pueblo y los partidos socialistas logran insertar la cuestión indígena en el debate nacional (CONAIE, 1989).

Posteriormente, en 1964, se aprueba la Ley de Reforma Agraria. Ley restrictiva en la que se preveía la entrega de pedazos de tierra a los huasipungueros, acabando de esta manera el vínculo de patrón- esclavo que existía entre hacendados e indígenas. Ésta ley elimina las relaciones precapitalistas y trajo un limitado cambio en la propiedad rural (Barsky, 1984).

La Ley de Reforma Agraria dicta medidas que no fueron del todo favorables para los indígenas ya que lo que ellos buscaban era que les sean asignados sus huasipungos y no tierras baldías y lejanas (CONAIE, 1986).

La Reforma Agraria perjudicó a las comunidades pertenecientes a la Amazonía y la Costa porque se descubrió la existencia de petróleo y con ello surgió el modelo productivo extractivista que se mantiene hasta nuestros días (Acosta, 2012). Por ello, las comunidades la Amazonía y la Costa quedaron desprotegidas.

A partir del año 1972 los movimientos indígenas se separan parcialmente de los partidos de izquierda con la creación de Ecuador Runacunapac Riccharimui Ecuarunari. En una Asamblea celebrada en este año deciden limitar la participación de personas ajenas al movimiento, exceptuando la Iglesia que impulsó la creación de organizaciones provinciales.

El movimiento logra gran acogida a nivel de todo el país con sus propuestas progresistas e innovadoras por la lucha del cambio social, pero esto constituía oposición a las políticas que deseaba implementar el gobierno para modernizar el Estado.

En 1978 entra en vigencia una nueva Constitución que reconocía el derecho al voto voluntario de los analfabetos, lo que constituyó un avance en cuanto al reconocimiento

de derechos de ciertos grupos sociales. (Ayala, 2004). En esta Constitución aún se refleja que los indígenas no eran considerados ciudadanos. No podían ejercer los derechos políticos de elegir y ser elegidos (Pacari, 2004).

En el período comprendido entre 1978- 1979 el descalabro del modesto Estado social construido durante el boom petrolero constituye un elemento histórico descollante. Este hecho se produce con la liberalización del mercado financiero y de bienes y servicios, además la intención de debilitar a los partidos políticos y al movimiento sindical. A pesar de muchos análisis que se hicieron en torno al tema no sobresalieron porque eran de tinte opositor al gobierno de turno (Trujillo, 2009).

1.2. Luchas, demandas: plurinacionalidad.

1.2.1. Retorno a la Democracia

Alrededor de los años 80 la mayoría de los países de América Latina buscaron retornar al modelo democrático, pero se encontraron con una gran crisis por la caída de los precios de petróleo y la reducción de importaciones. El pago de la deuda externa era cada vez más difícil. El Fondo Monetario Internacional (FMI) ejerció presión para la modernización del estado que consistía en privatizar la empresa pública y liberar el mercado financiero, junto con la creciente reducción del gasto social (Endara, 1999). Estas políticas incluían ajustes tributarios no redistributivos, impuestos por el Banco Mundial y el FMI.

En 1980 en Sucúa se constituye el Consejo Nacional de Coordinación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador cuyo objetivo era conciliar las reivindicaciones clasistas con las culturales. Esta confederación se convirtió en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE en el año de 1986 (CONAIE, 1989).

La CONAIE reclamó el estatuto de pueblos y nacionalidades con derecho a la autonomía y territorio, y propone como alternativa la propuesta del Estado Plurinacional. Propuesta que generó rechazo en la opinión pública que pensaba que esta denominación lesionaba la nación ecuatoriana indivisible y homogénea (Ayala, 2004).

En esta década se dio una cooptación individual por parte de los partidos políticos, el movimiento indígena creyó necesario avanzar en su crecimiento orgánico y estructural y sentar bases de un proyecto político nacional que propenda a la construcción de un modelo de estado que incluya la diversidad, a una nueva forma de ejercer el poder y al reto de construir sistemas de representación y elección que permitan superar los

límites existentes en el ejercicio de la democracia y más aún cuando la democracia liberal excluía a los indígenas de su participación (Pacari, 2004).

La crisis económica se inicia en el Ecuador en el año de 1882. A partir de ello, los gobernantes han dado preferencia a la aprobación de sus decisiones económicas por parte de los organismos internacionales que tienen estrecha relación con las instituciones financieras internacionales y la banca extranjera. Siendo así que han descuidado las demandas de la sociedad civil que han venido manifestándose a lo largo de la historia (Stiglitz).

En 1988 el diputado Enrique Ayala Mora presenta el proyecto de Ley de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, que no fue discutido en el Congreso (Llásag, 2012). En este proyecto se plasma la idea de que no se trata de dividir al Ecuador en soberanías étnicas regionales sino de superar la percepción de la nación mestiza como única y empezar a asumir que el Ecuador es un país heterogéneo, en el que la construcción nacional debe superar la dominación étnica y la discriminación de los indios, aceptando las diferencias regionales como una fortaleza que debe expresarse en la descentralización (Ayala, 2004). Mas, en este mismo año se legalizó la educación bilingüe intercultural en el Ecuador, queriendo de esta manera unificar al Estado, pero imponiendo siempre la cultura dominante ya que dicha legalización no llegó a la práctica (Llásag, 2012).

Por otro lado, desde una visión del imperialismo norteamericano se propugna la necesidad de evitar el desarrollo político y organizativo de los pueblos y nacionalidades indígenas adoptando medidas represivas en su contra. Se crearon varias Organizaciones no Gubernamentales (ONG) con el fin de que lleven un modelo de enseñanza económica capitalista a los pueblos indígenas generando discordia entre los miembros de las comunidades. En este período se favoreció el fortalecimiento de liderazgos locales que se consolidaron mediante la gestión de recursos y proyectos provenientes del Estado, especialmente en el gobierno de Rodrigo Borja y de las ONG. Ello explica el gran alcance del levantamiento de 1990 (Ramón, 1992).

Como resultado de todos estos acontecimientos en 1990 empiezan a generarse levantamientos indígenas a nivel nacional, hasta que se produjo la toma de la Iglesia por diez días desde el 28 de mayo al 8 de junio de 1990 (Hernández, 2011). La Iglesia católica tuvo que intervenir con el Gobierno para entablar un diálogo con dirigentes indígenas, logro que nunca antes se había alcanzado.

Los levantamientos tuvieron tal repercusión que la gente urbana comprendió la importancia de la problemática indígena a nivel nacional. A pesar de ello, no se logró el reconocimiento de la plurinacionalidad porque el gobierno defendía la idea de que esto buscaban con el fin de dividir al Estado.

La posición del gobierno obligó al movimiento indígena a defender su postura estableciendo que, para lograr una igualdad se requiere reconocer la diferencia y cambios de estructuras políticas, sociales, económicas y culturales. Postulados reconocidos y aprobados posteriormente en el año de 1993 en el proyecto político de la CONAIE.

En la década de los 90 se produjeron cambios significativos y de gran agitación en el Ecuador. Aunque el movimiento obrero sufrió perjuicios y su respuesta fue débil otros movimientos sociales, especialmente el indígena creció significativamente y enfrentaron firmemente las medidas de ajuste (Acosta, 2001).

En el período comprendido entre 1988- 1992 el gobierno de Rodrigo Borja se preconizaron los derechos de los ciudadanos, pero este gobernante a la hora de ejercer las políticas deja un sinsabor ya que descuida una serie de promesas socioeconómicas y con esto la crisis se acentúa (Ayala, 2004).

Durante el período presidencial de Rodrigo Borja, el movimiento indígena empezó a sublevarse en busca del reconocimiento de sus derechos y la asignación de sus huasipungos (CONAIE, 1989).

Por ello, el primer mandatario de ese entonces tuvo que entregar títulos de propiedad a más de 100 comunidades indígenas, pero sin reconocer que eran para su beneficio. Tratando de acallar la sublevación indígena y no realizando las reformas constitucionales (Llásag, 2012).

Luego de la entrega de los títulos de propiedad y de los antecedentes de la Reforma Agraria, que sin duda han dejado una huella indeleble en la historia del pueblo indígena, el movimiento indígena apaciguó las movilizaciones generadas para reclamar la reivindicación de sus tierras y surge la demanda de este pueblo en busca su aceptación y pertenencia étnica en el Ecuador (Andrade, 2004).

1.3. De la concepción liberal a la concepción intercultural de la nación.

El pueblo indígena empieza a movilizarse con resistencia y eclosiona un conflicto mucho mayor: la búsqueda de la pertenencia y aceptación de su identidad en la Constitución. Lo que requería una reforma al artículo uno de la Carta Política de 1978 para que sea reconocida la plurinacionalidad. Término incipiente en la historia del Ecuador, que hasta la actualidad genera grandes debates.

La plurinacionalidad implica el reconocimiento del derecho a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. Además, la plurinacionalidad al reconocer su pertenencia al Estado debe concederles el derecho a participar en las decisiones y los beneficios del desarrollo integral (Pacari, 2009).

En 1994 luego de reiterados levantamientos, los indígenas logran negociar con el Estado para que no divida las tierras que pertenecían a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. El tema tierra es una preocupación de los constituyentes de la CONAIE, expone que no se puede comprender al movimiento indígena sin prestar atención a las transformaciones en el área rural (Andrade, 2004).

El reconocimiento de las tierras y su posterior negociación son de suma importancia. El pueblo indígena logró de esta manera reivindicar sus derechos a la tierra, factor que va mucho más allá del hecho de atribuirles una parcela para su trabajo. Constituyéndose este hecho en un precedente para las futuras demandas que exigen el reconocimiento y el respeto de su identidad, cosmovisión y territorio ancestral (CONAIE, 2007).

El reconocimiento de estas demandas sobre la pertenencia y la no violación de sus tierras fortaleció su aspiración a ser reconocidos y aceptados en el territorio nacional. Los ciudadanos empiezan a ver al país como heterogéneo y diverso, y no como integrado por una cultura dominante a la que los pueblos indígenas deben adaptarse para sentirse parte de la sociedad (Ayala, 2004).

En el año de 1995 los indígenas crean el “Movimiento de Unidad Plurinacional – Pachakutik- Nuevo País”. Movimiento político que buscaba recoger los intereses que protegían la diversidad y la defensa de las culturas ancestrales y sus territorios.

Con el surgimiento de este movimiento, la situación del movimiento indígena cambia radicalmente para las elecciones de 1996. Los indígenas se convirtieron, por medio de Pachakutik en la tercera fuerza electoral al interior del Congreso Nacional; lo que produjo que ya no se vea al movimiento indígena como oposición sino como parte del Gobierno y de las diferentes instituciones que configuran al Estado (Harnecker, 2011).

El período presidencial de Abdalá Bucaram en 1997 fue muy conflictivo. En su proyecto anunció reformas monetarias y al inicio del ejercicio de sus funciones como primer mandatario la política económica tuvo cierta estabilidad, pero tales reformas no prosperaron. Bucaram se presentó con un estilo informal y arbitrario ante la nación. Se enfrentó a numerosos grupos sociales que denunciaban actos de corrupción por parte de autoridades gubernamentales y demandaban la reivindicación de sus derechos. Las acciones de protesta culminan con la caída del presidente el cinco de febrero de 1997 (Saad, 1997).

El Congreso designó como Presidente Interino a Fabián Alarcón en mayo de 1997, y resolvió la convocatoria a una Asamblea Constituyente. Alarcón tomó el cargo hasta agosto de 1998 enfrentando en su gobierno a las coyunturas en medio de difíciles circunstancias provocadas esencialmente por la caída del precio del petróleo a nivel mundial (Ayala, 2009).

La convocatoria a la Asamblea Constituyente se produjo esencialmente por la demanda de los movimientos sociales que lograron que su aspiración de reivindicar sus derechos se incluyera como pregunta en la consulta de mayo de 1997 y que fueran respaldados por la mayoría de los electores (Barrionuevo, 1997).

La idea de la Convocatoria fue acogida con reticencia por parte de los partidos y movimientos de derecha que temían que la economía pase a manejarse enteramente por el Estado. Destacándose además que el cambio en las normas constitucionales no necesariamente significaba un cambio en la realidad del país. Asimismo, la derecha buscó instrumentalizar al movimiento indígena haciéndoles suponer que ellos iban a ser parte de la toma de decisiones del próximo gobierno (Llásag, 2012).

A pesar de todos los altercados que se suscitaron y de las posiciones maniqueístas, la propuesta de la Consulta se impuso y dio lugar a una nueva reforma en la Constitución que disponía una convocatoria a una Asamblea Nacional que debía reunirse después de 102 días desde su convocatoria por el Tribunal Supremo Electoral (Andrade, 2009).

En 1997, la Asamblea Constituyente fue inaugurada en Ambato, funcionó unos días en la Universidad y luego desde enero hasta principios de mayo de 1998 funcionó en la Academia de Guerra. La Asamblea se desarrolló dentro del régimen de derecho y paralelamente con el Congreso Nacional (Andrade, 2009), con ciertas limitaciones de tiempo e infraestructura.

La Asamblea Constituyente dedicó todos sus esfuerzos en la redacción de la nueva Constitución y se realizó sin enfrentamientos. Durante el período de su función la

Asamblea anunció que respetaría la independencia de los poderes del Estado (Asamblea Nacional, 1998).

El Partido Social Cristiano ejercía cierto control sobre el Congreso, solicitó al presidente Alarcón que dispusiera que se concluyera el trabajo de la Asamblea sin haber culminado su trabajo para que fuera asumido por el Congreso. El presidente Interino concurrió al Congreso y anunció que desconocería cualquier decisión de la Asamblea posterior al fin de abril. Dejó en claro que no reconocería la nueva Constitución. La Asamblea, sin prestar atención, continuó su trabajo anunciando que la nueva Carta Fundamental entraría en vigencia el 10 de agosto de 1998, fecha en que Alarcón entregaría el poder. Ninguna de las dos partes profundizó en el tema y no pasó a una disputa mayor (Ayala, 2004).

En el meollo de todo el conflicto relatado en el párrafo anterior, la Asamblea Constituyente tuvo que abandonar la Academia de la Guerra para instaurarse en el Paraninfo de la Universidad Andina Simón Bolívar. Para ese entonces, los representantes de partidos de derecha se habían retirado en su mayoría, solo continuó asistiendo un pequeño grupo hasta el final. La Asamblea Constituyente continuó con un reducido quórum hasta el día en que culminó sus funciones (Santos, 1998).

Finalmente, la Asamblea Constituyente se clausura en Riobamba el 5 de junio de 1998. La versión codificada de la Constitución fue publicada en una "Gaceta" especial el mismo 5 de junio y publicada luego en el Registro Oficial el 11 de agosto de 1998 en que entró en vigencia (Andrade, 2004).

1.4. Plurinacionalidad y derechos reconocidos en la constitución de 1998.

La Constitución de 1998 se destacó por reconocer las diversidades del país y garantizar su vigencia y desarrollo. Esta Constitución reconoció la diversidad de género, garantizó derechos básicos a las mujeres. A su vez, acepta la diversidad étnica y establece la existencia en el país de los pueblos indígenas y negros como entidades históricas y culturales con derechos colectivos específicos (Ayala, 2004).

Del análisis del preámbulo de la Constitución de 1998 se deduce que el Ecuador reconoce que su población pertenece a múltiples grupos de diversa ascendencia histórica remota. Cada uno con lengua y cultura propias, formas peculiares de propiedad y de organización social, a los que la Constitución denomina pueblos y acepta que en boca de los indígenas y sus representantes se entienda como sinónimo de nacionalidades, con las consecuencias políticas y jurídicas que en la organización y

funcionamiento del Estado importan tanto para los grupos como para sus miembros (Trujillo, 2004).

Es por esto que, la Constitución de 1998 definió al país como multiétnico y pluricultural, entendiéndose como pluricultural el reconocimiento de instituciones políticas autónomas a través de las cuales los diversos grupos puedan promover su desarrollo bajo la dirección de las autoridades que las comunidades las reconozca como legítimas (Trujillo, 2004). Asimismo, la Constitución de 1998 reconoció la existencia y derechos de los pueblos indígenas y negros.

A pesar de las movilizaciones indígenas que se dieron en busca de que se incluyera el término “plurinacionalidad”, este no fue incluido. La Asamblea Constituyente rechazó esta propuesta por la opinión social que manifestaba que esa denominación lesionaba la nación ecuatoriana indivisible (Andrade, 2004).

Sin embargo, es necesario recalcar que hasta la actualidad el término “plurinacionalidad” genera discordia en la sociedad civil. Ni si quiera el término “nacionalidad” ha sido definido con claridad. Éstos vacíos en cuanto a terminología dieron cuenta de que al hablar de nacionalidad se entiende un conglomerado de atributos de una sociedad con una connotación cultural y política. Siendo así que dentro de un Estado pueden coexistir varias nacionalidades y en el caso de los pueblos indígenas llamarlos nacionalidad reivindicaría la personalidad colectiva frente al Estado y entre ellos (Ramón, 1993).

Por ello fue que no se aceptó el reconocimiento de la plurinacionalidad pero sí se logró adoptar la denominación “pueblos indígenas” en los artículos 83 y 84 y se aceptó que los pueblos indígenas se “autodefinan como nacionalidades” (Const., 1998).

Dicho esto, la Constitución de 1998 implementó el término “ciudadanía” para definir la unidad universal de las personas que integran el Estado sin distinciones de ninguna clase, y dando cuenta del vínculo entre los deberes y derechos de la persona con el Estado (Celi, 2016). Con la implementación del término ciudadanía el concepto de nacionalidad sería usado para hacer referencia únicamente a aspectos culturales y de identidad siendo la ciudadanía la que nos hace parte del Estado (Ayala, 2004).

En la Constitución de 1998 se mantuvieron los derechos reconocidos en las constituciones anteriores. Empero, la característica fundamental de esta Carta Política fue el reconocimiento de los derechos colectivos, de consumidores y de los grupos vulnerables (Celi, 2016).

Los derechos colectivos estaban dirigidos para el pueblo indígena y afroecuatoriano quienes se identifican hasta la actualidad por sus culturas, lenguas, creencias, organización social y sistema de normas de conducta y control social y, por estos factores se diferencian de la sociedad mestiza hegemónica (Pacari, 2004). Estas características que los diferencian de los demás, llevó al Estado a verse en la necesidad reconocerles derechos específicos.

Sin duda, el reconocimiento de derechos y de pueblos indígenas y negros fue un avance significativo en la legislación ecuatoriana. Por primera vez fueron aceptados como sujetos de derechos colectivos, lo que implicaba que eran grupos que podían adquirir derechos y contraer obligaciones, además ser titulares de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente en el Convenio 169 de la OIT.

La Constitución de 1998, en sus artículos 83 y 84, reconoció a los pueblos indígenas el derecho que tienen a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones, en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico. Les garantiza la propiedad de las tierras comunitarias y la participación en el uso y usufructo de los recursos que se hallen en ellas. Les permite conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. Se les atribuye la facultad de organizarse, formar planes de desarrollo financiados por el Estado, a participar mediante representantes en los organismos oficiales y a usar sus símbolos y emblemas. Se garantiza la propiedad colectiva de sus conocimientos ancestrales, la práctica de medicinas tradicionales, educación intercultural de calidad, protección del patrimonio histórico cultural y de los lugares para realizar los rituales sagrados. Se dispone que deben ser consultados respecto de programas de explotación de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarlos, además participar de los beneficios resultantes de dichos proyectos (Const.; 1998).

Si bien es cierto que la Constitución de 1998 reconoce todos los derechos colectivos mencionados en el párrafo anterior, la igualdad formal es insuficiente para que los más dotados de recursos no atropellen a los menos fuertes o para que todos puedan llevar una vida sin menoscabo de la dignidad humana inherente a todos los ciudadanos (Trujillo, 2004).

El artículo 191 de la Constitución de 1998 en su inciso tercero reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas y su facultad de ejercer funciones de justicia, aplicando normas propias para solucionar conflictos internos de las comunidades de

conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. Y al final, agrega algo sumamente importante: “La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional” (Const.; 1998).

El reconocimiento de la justicia indígena es una consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para incidir en la posibilidad de lograr configurar un nuevo orden, capaz de respetar sistemas de derecho culturalmente diferentes del derecho positivo estatal y de disponer un espacio propio de las comunidades para resolver conflictos internos de cada pueblo (Llásag, 2009). Con ello surge el pluralismo jurídico reconocido formalmente en el Ecuador. El pluralismo jurídico, como lo explica el profesor Asier Martínez de Bringas “implica un marco de interacción por medio del debate, la confrontación y complementación entre los sistemas normativos indígenas y estatales; un escenario donde se produce interculturalmente, el conflicto- diálogo entre legalidades” (Martínez, 2012, p. 23).

Es así que la Constitución de 1998 constituye un cambio axiomático en la forma de percibir la organización y administración de justicia en Ecuador. Al ser una figura incipiente muchos autores confundían o comparaban la justicia indígena con el linchamiento, la justicia por mano propia o los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (Pacari, 2004), empero, la justicia indígena es un sistema diferente a todos los modos de administrar justicia mencionados.

Pese a todo y el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades indígenas romper con los vínculos del dominio que proviene del colonialismo es tarea de una época histórica y no solamente de un proceso político. Como manifiesta Santos los proyectos constitucionales transformadores como el de 1998 son solamente puntos de partida para cambios de época y apertura a nuevos rumbos de lucha (Santos, 2012).

Es por ello que por más cambios legales que se den, mientras los ciudadanos no visualicen la necesidad de construir democracias pluriétnicas, las reformas constitucionales quedarán sumidas y ancladas en una visión de desarrollo y democracia de corte colonial (Pacari, 2004). Siendo así, que se necesita la integración de las culturas ancestrales para lograr el reconocimiento material de los derechos y vivir en una sociedad intercultural y no únicamente pluricultural.

Por interculturalidad se entiende a la necesidad del Estado de conocer a los pueblos indígenas, apreciar sus valores, entender sus especificidades. Surgida del equilibrio

entre la diversidad y la unidad y no solamente aceptando la realidad pluricultural del país (Ayala, 2004). Se necesita la construcción de nuevas bases dinámicas, sostenidas y en permanente relación, comunicación y aprendizaje mutuo. Allí, es donde se da un verdadero esfuerzo colectivo y consciente para lograr el desarrollo de personas y grupos que tienen diferencias culturales, sobre una base de respeto y creatividad, más allá de actitudes individuales y colectivas que mantienen el desprecio, el etnocentrismo, la explotación y la asimetría social. La interculturalidad no se trata de tolerar sino de construir puentes de relación e instituciones que garanticen la diversidad, pero también la interrelación creativa (Walsh, 2000).

Además del reconocimiento de la justicia indígena, el artículo 191 de la Constitución del 2008 el Estado reconoce a las autoridades indígenas. Pues, dentro de los múltiples rasgos que caracterizan a los pueblos indígenas, es descollante la peculiaridad de sus organizaciones políticas, con sus propias autoridades y formas especiales de constituir las y de organización social (Trujillo, 2004). Es importante recalcar que al reconocer derechos a *colectividades* necesitaban ser representados por personas naturales a las que la colectividad les confíe la facultad de realizar actos intelectuales y físicos para que las representen. El reconocimiento de derechos conlleva la facultad de designar representantes (Trujillo, 2004).

No obstante, es preciso aclarar que el análisis de la justicia indígena es motivo de estudio hasta la actualidad y genera diversas posturas en muchos casos maniqueístas pero que siguen siendo desarrolladas e investigadas por la sociología y la antropología jurídica. Precisa además un análisis mucho más extenso por lo que se continuará con el estudio de este tema en el capítulo segundo.

1.5. Tránsito al reconocimiento de la plurinacionalidad y otros derechos de pueblos y nacionalidades indígenas en la constitución de 2008.

Luego de entrar en vigencia la Constitución de 1998, el Ecuador pasó por una crisis tanto política como financiera.

Así, en el año 2000 durante el Gobierno de Jamil Mahuad el paso a la dolarización, como consecuencia del feriado bancario, causó una depresión social que desató nuevamente luchas y levantamientos indígenas que buscaban la cesión de los tres poderes del Estado. Uno de los líderes destacados de estas movilizaciones fue el coronel Lucio Gutiérrez (Llásag, 2012).

Luego de diversas confrontaciones y movilizaciones, la sociedad civil junto a algunos líderes y la influencia de instituciones políticas informales (Andrade, 2004)

consiguieron la renuncia de Mahuad y los jefes militares irrumpieron el palacio de gobierno y posteriormente entregan el mando a Gustavo Noboa.

En su gobierno, Noboa por presiones económicas internacionales se vio obligado a imponer rigurosos ajustes a los precios del gas de uso doméstico, energía eléctrica, transporte e impuesto al valor agregado. El movimiento indígena, a pesar de encontrarse debilitado nuevamente salió a las calles a reclamar por estas duras medidas que no solamente afectaban a sus comunidades sino a todos los ciudadanos del país (ICCI RIMAY, 2001).

Los indígenas organizaron una gran marcha a nivel nacional y se tomaron la Universidad Politécnica Salesiana. Permanecieron diez días de en Quito y su resistencia fue una sorpresa para la derecha ecuatoriana y el gobierno. Noboa se vio obligado a mediar con los representantes del movimiento indígena, luego de duras represiones que incluso dejaron heridos y muertos, el primer mandatario suprimió algunas medidas de reajuste de precios que había impuesto (Chancoso, Harnecker, 2011).

Al ver la resistencia y el impacto del movimiento indígena, la derecha busca nuevamente instrumentalizar a los indígenas. Su objetivo era candidatizar a uno de sus líderes como Presidente de la República, y luego de conseguir sus propósitos derrotarlo en las urnas. El candidato de la derecha para realizar su plan era Auki Tituaña pero dicha decisión de posicionarlo como candidato no nació de los pueblos indígenas por lo que causó varios conflictos. En vista de que no fue posible candidatizar a Tituaña por la oposición de los pueblos indígenas se candidatiza al coronel Lucio Gutiérrez quien con el apoyo de Pachakutik y movimiento indígena llega al poder en el 2003 (Hernández, 2011).

Gutiérrez firmó la carta con el FMI en la que se preveía el aumento de precios de las tarifas de gas, transporte y servicios básicos. En este gobierno el movimiento indígena se vio dividido entre los que mantuvieron el apoyo a Gutiérrez y los que decidieron no negociar sus intereses (Chancoso en Harnecker, 2011).

Luego de que Gutiérrez cumplió su misión se quedó sin apoyo de los partidos políticos. Ello, sumado al debilitamiento del movimiento indígena debido a que parte de este colaboró con Gutiérrez, favoreció que más de setenta mil personas, calificadas por Gutiérrez con el apelativo de “forajidos”, se tomaran las calles para derrocar al gobierno. Gutiérrez se vio obligado a huir del país (Llásag, 2012).

Con la huida de Gutiérrez, la derecha posesiona como Presidente a Alfredo Palacio a quien presionan para que eximiera de responsabilidades a la empresa petrolera Texaco- Chevron. El primer mandatario no intervino en la toma de decisiones de ese proceso por la presión social e indígena que ejercieron sobre su gobierno. Alfredo Palacio nombró como ministro de Economía y Finanzas a Rafael Correa, quien se mostró desde el inicio del desempeño de su cargo como antiimperialista y nacionalista por lo que el FMI presionó al gobierno para que lo destituyera (Llásag, 2011).

Rafael Correa ganó popularidad con los antecedentes relatados y cuando terminó su gestión ya se vivía un ambiente preelectoral (Patiño, 2011). Rafael Correa empezó a visitar las provincias y pronto su popularidad y aceptación creció dando origen al movimiento Alianza País y al proyecto político denominado la Revolución Ciudadana.

Al respecto Raúl Llásag se expresa en los siguientes términos:

Se trata de un movimiento que no tienen una estructura, que nació de la coyuntura, lo que lleva ciertos problemas posteriores entre ellos la falta de cuadros para llenar los importantes cargos, espacios que finalmente se solventan con los derechistas generando un distanciamiento progresivo de la izquierda (Llásag, 2012, p.148).

El movimiento Alianza País se halló en ventaja cuando en Bolivia triunfó Evo Morales, su propuesta de gobierno era similar a la propuesta del movimiento liderado por Rafael Correa. El movimiento indígena se divide nuevamente, pero esta vez en tres partes: una de ellas apoyaba a Correa, la segunda al partido de Lucio Gutiérrez y la tercera parte minoritaria a la candidatura de Luis Macas (Harnecker, 2011).

1.6. Reconocimiento de plurinacionalidad, derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas y de la naturaleza en la constitución de 2008.

Correa asume el poder luego de la derrota en segunda vuelta a Álvaro Noboa. Iniciado su periodo de gobierno, el primer mandatario firma un decreto en donde convocaba a una Asamblea Nacional Constituyente en el año 2008 a la que le asignaba plenos poderes.

La Asamblea Nacional Constituyente de 2008, tenía amplios poderes y operó de una manera inusual desde el principio, pues se llevó a cabo en Montecristi, un cantón apartado perteneciente a la provincia de Manabí; cantón al que difícilmente acudirían los movimientos indígenas, por ello tuvieron muy poca participación (Ávila, 2016). Producto de todos los acontecimientos de la última década fue la división del movimiento indígena. Ello, generó discordias y falta de coordinación e intervención de los pueblos indígenas en el momento en el que la Asamblea Constituyente de 2008 se

llevó a cabo. Dicha división generó además la falta de representación política del movimiento indígena mientras la Asamblea Constituyente continuaba con su tarea.

La Asamblea Constituyente propuso un paso adelante hacia la construcción del Estado plurinacional basado en el reconocimiento de las diversidades como sujetos colectivos de derecho y el respeto a la dignidad de los habitantes del Ecuador (Llásag, 2012).

El 28 septiembre de 2008 se aprobó la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre de 2008. Con su aprobación, la derecha y las empresas transnacionales se ven desprotegidas y sumidas en un fracaso porque no tenían influencia dentro del Gobierno.

En esta Constitución se presenta una ampliación cualitativa de derechos. Teniendo el número más elevado de derechos sociales de todo el constitucionalismo comparado. Pero, resultó contradictorio que junto con el reconocimiento de derechos que se le confiriera un poder desmesurado al Ejecutivo. Se eliminaron las funciones autónomas del Banco Central para formular las políticas monetarias, crediticias, cambiarias y financieras las que son ahora de exclusiva facultad de la función Ejecutiva. Así como la planificación del desarrollo que parece ahora como un privilegio exclusivo de la función ejecutiva (Echeverría, 2009).

A más de la entrega de excesivo poder al Ejecutivo, la administración y composición del Estado se complica más con la Constitución del 2008 porque a la gran variedad de organizaciones voluntarias que constituyen habitantes del Ecuador se añaden los pueblos indígenas que reivindican una identidad propia con el reconocimiento de la plurinacionalidad (Trujillo, 2009).

Es así que la Constitución de 2008 declara al Ecuador como un Estado como plurinacional e intercultural y además se aprueban los derechos a la naturaleza y los del buen vivir o *sumak kawsay* (Const., 2008: 1). De esta manera, se entiende por plurinacionalidad el reconocimiento del derecho que tienen las nacionalidades y pueblos indígenas a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados. Estas diferencias respecto de la cultura dominante, suponen además garantizar el derecho a vivir como pueblos diferentes en su propio territorio, con sus particulares visiones, creencias, formas de organización social, política, económica, e incluso jurídicas (Llásag, 2009).

Para efectivizar la aplicación de la plurinacionalidad se deben reestructurar las funciones del Estado y que esta reestructuración evidencie la participación activa de

las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que integran el Estado ecuatoriano (Sánchez, 2000)

A más de lo mencionado, en la Constitución de 2008 se suma la demanda de los pueblos y nacionalidades indígenas a que les sea reconocido el derecho de a formar parte de las decisiones del Estado (Trujillo, 2009).

Como resultado del reconocimiento de la plurinacionalidad se exige un nuevo modelo de estado, institucional, cultural, económico, democrático y territorial que logre incluir a todos los ciudadanos en aras de garantizar su bienestar y el buen vivir (Llásag, 2009).

Se colige además que la Constitución de 2008 comparada a la Constitución de 1998, impone ciertos límites. Esto resulta evidente cuando se analiza el tema de la consulta que se debe realizar a los pueblos indígenas cuando el Estado tome medidas que puedan afectar a sus territorios y por ende a sus derechos y violentar su cosmovisión.

Además, se eliminaron los órganos corporativos con representación indígena; no se ha impulsado ni respetado el reconocimiento de los idiomas indígenas sino que más bien la tendencia a occidentalizar estos pueblos es la que ha gobernado en esta administración (Ávila, 2016).

El reconocimiento del *sumak kawsay* o buen vivir es uno de los principios fundamentales reconocidos por la Constitución de 2008 del que subyacen derechos que deben ser cumplidos de manera progresiva. Puesto que no nacen solamente con el reconocimiento formal, sino que implica una evolución material. El *sumak kawsay* o buen vivir busca eliminar la exclusión y la inequidad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que han sido sometidas durante muchos años. Esta erradicación de la exclusión mencionada es un reflejo de la aplicación del principio indígena que es la convivencia armónica entre los individuos, el Estado y la naturaleza (Baltazar, 2012).

El reconocimiento de la plurinacionalidad y del *sumak kawsay* fue limitado porque si bien constan en la Constitución, no se realizó ningún cambio ni se implementaron instituciones en el aparataje estatal que permitan el progreso y desarrollo de estos principios (Llásag, 2012). Es decir, se reconocen estos principios pero sin establecer sus objetivos y alcances. Rafael Correa sostenía que la plurinacionalidad implicaba ciertos peligros (Vogel, 2008) es por esto que los objetivos al aprobarla no estaban claros.

Es evidente que estos principios han sido deslegitimados sin haberse implementado la interculturalidad como mecanismo para viabilizar la plurinacionalidad. Es así, que todas las vulneraciones al buen vivir han debilitado al pueblo indígena, manteniendo la visión hegemónica el colonialismo (Llásag, 2012).

El aplicar la interculturalidad conlleva a reconocer que no existen culturas superiores ni inferiores, se necesita la voluntad de incorporar y valorar los conocimientos alternativos (Llásag, 2009).

Además de los principios analizados, la Constitución de 2008, a diferencia de la Constitución de 1998 reconoce como sujetos de derecho a otros colectivos indígenas como las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Se considera pueblo indígena a la colectividad con identidad cultural que la distinga de otros sectores de la sociedad ecuatoriana regida además por sus propias formas de organización social, política, económica y jurídica que forma parte de una nacionalidad. Por ejemplo, dentro de la nacionalidad Kichwa están reconocidos el pueblo Shuar, Panzaleo, Karanki, Natabuela, Otavalo, Saraguro, Cayambe, Kitukara, Chibuelo, Salazaka, Waranka, Puruhá y Kañari (CONAIE, 2001). La comunidad indígena es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Es así, que las nacionalidades son el grupo de pueblos, comunas y comunidades que tienen características étnicas, prácticas culturales y ancestrales, idioma, cosmovisión y formas de organización social compartidas.

1.6.1. Derechos sobre sus territorios y derechos de la naturaleza.

El principio básico sobre el que se erige el mundo andino y que engloba la filosofía andina es la armonía entre la comunidad, la naturaleza y la energía cósmica (Llásag, 2009). Es por ello, que he creído conveniente analizar los derechos que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas sobre sus territorios y luego los derechos concedidos a la naturaleza en la Constitución del 2008.

De la máxima por la que se rige el mundo andino sabemos que el vínculo de los pueblos indígenas con la tierra es trascendente porque para ellos, la tierra no es solo materia sino el centro de realización existencial y espiritual del mundo indígena (Vaca, 2008). Los pueblos y nacionalidades indígenas son considerados guardianes y protectores de la naturaleza (Baltazar, 2009).

La posesión de la tierra es un derecho fundamental que implica la protección de otros derechos, como la posibilidad de ejercer control sobre lo que ocurre en ella, como se usa y dispone de sus recursos, el aprovechamiento, uso y control de los recursos

naturales; además el Estado debe establecer políticas que garanticen el respeto a las posesiones de los territorios ancestrales por ello se mantiene el derecho a no ser desplazados de sus territorios (Baltazar, 2009).

El artículo 57 en los numerales 4, 5, 6, 11 y 13 establece las atribuciones que el Estado concede a los pueblos y nacionalidades indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.

5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto. (Const., 2008).

De lo anotado, se colige necesario extender el análisis detallado de cada derecho que la Constitución de 2008 reconoce a las pueblos y nacionalidades indígenas y a la naturaleza.

Respecto a los Derechos de la Naturaleza que esta Constitución de 2008 propugna, se considera a la madre tierra como sinónimo de naturaleza que al ser reconocida tiene igual valor ontológico que los seres vivos que la conforman; sin asumir que todos son idénticos sino que tienen su función específica dentro del Estado plurinacional e intercultural (Acosta, 2012).

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (Const., 2008).

Siendo así que lo más importante de los derechos de la naturaleza es rescatar el “derecho a la existencia” de los humanos y de todos los seres vivos lo que implica que entre todos existe una relación estructural y complementaria en armonía con los derechos humanos (Leimbacher, 1988). El ser humano es parte de la naturaleza y no puede vivir independientemente de ella. Pero, la naturaleza es un superorganismo complejo que requiere de cuidados y debe ser fortalecido, todo lo que vive tiene un valor, sea o no de uso humano (Acosta, 2012).

Por ello, resulta increíble que el Estado se empeñe en sostener el modelo extractivista como sustento económico del país (Acosta, 2012). Siendo el extractivismo totalmente opuesto al reconocimiento de los derechos de la naturaleza, irrespetando la vida de todos los seres que habitan en los lugares donde se explotan recursos. El modelo extractivista y su alcance ha sido motivo de grandes debates a nivel social y político en el Ecuador. Debates en los que se afirma que con este modelo productivo se ha perjudicado gravemente a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, lesionando y desvalorizando sus derechos fundamentales (Colleoni, 2010).

El Estado ha garantizado la reparación de los daños causados por el modelo extractivo

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas (Const., 2008).

La restauración que preconiza este artículo, no ha ocurrido hasta la actualidad. Por ello, juristas, estudiosos del tema, ecologistas, antropólogos, economistas y sociólogos coinciden en afirmar que el extractivismo no es un modelo sostenible a largo plazo. Además, no se puede reparar el daño causado a la naturaleza ya que ha sido deteriorada grave e irreversiblemente. La explotación de los recursos lesiona la naturaleza, y aunque logre satisfacer las necesidades que se presenten en un tiempo y espacio compromete a las futuras generaciones (Acosta, 2012).

Se deduce que el Estado ha actuado en contra de todos estos derechos, vulnerándolos y desconociéndolos con la toma de sus decisiones. Los pueblos y nacionalidades indígenas en muchos casos se ven gravemente afectados y no se

implementan medidas que ayuden a reparar los daños indelebles en sus comunidades y familias.

Por ello, si los pueblos y nacionalidades indígenas han sido afectados sin reparos, cuánto más los pueblos indígenas en aislamiento voluntario que se encuentran en estado de desprotección en la selva ecuatoriana. Sin respetar lo que dice el final del artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008:

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres (Const., 2008).

Amparado en este artículo, el pueblo Huaorani ha denunciado en reiteradas ocasiones los abusos cometidos contra pueblos indígenas en aislamiento voluntario e incluso han acudido ante organizaciones internacionales para que actúen en beneficio de ellos, buscando que el Estado utilice mecanismos eficaces para su protección. (Colleoni, 2010; Proaño, 2010).

Luego de analizar el modelo extractivista y su repercusión en los pueblos y comunidades indígenas, es claro que no representa una opción válida y legítima para otra forma de desarrollo. Perjudica a toda la población y especialmente a los pueblos indígenas tanto en aislamiento como en contacto con el resto de la población no indígena.

El objetivo de superar este modelo económico se puede lograr con el rescate de las cosmovisiones indígenas de todo el mundo en las que el humano convive con la naturaleza y se sienten formar parte de ella (Acosta, 2012).

1.6.2. Consulta previa

De lo establecido se colige que los derechos a la tierra están protegidos y que el Estado debe velar por su cumplimiento y respeto. Sin embargo, lo que estipulan los numerales siete y 17 del artículo 57 de la Constitución del 2008 constituye un retroceso en cuanto al permiso que el Estado debe obtener para realizar obras sobre sus territorios mediante una consulta previa

7.La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos

no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos (Const., 2008).

Si bien es cierto, en esta Constitución existe la posibilidad de que los pueblos y nacionalidades indígenas tengan un verdadero derecho a la consulta previa, libre e informada dentro de un plazo razonable sus autoridades. No obstante, si no se obtiene el consentimiento de los pueblos y nacionalidades, luego de ser consultados, es el Estado quién decide si se realizarán o no los proyectos u obras sobre estos territorios (Baltazar, 2009).

Por lo establecido es necesario aclarar que existen circunstancias en las que el Estado no debe aprobar proyectos extractivos. La aprobación de este tipo de proyectos produce el desplazamiento de pueblos indígenas de sus territorios ancestrales (Acosta, 2012).

El caso Sarayacu es un ejemplo de lo dicho. Este caso se suscitó en la provincia de Pastaza y hubo tal grado de conflicto y violación de derechos humanos que fue llevado a una instancia internacional. En este caso, el Estado aprobó un convenio mediante el cual una compañía petrolera quedaba facultada para penetrar la selva Amazónica del Ecuador, sin evaluar que en dicha zona selvática donde operaría estaba habitada por el pueblo Kichwa de Sarayacu.

La empresa petrolera que suscribió el acuerdo con el Estado al momento en el que realizaba la exploración sísmica del suelo abrió trochas sísmicas, destruyó cuevas, vertientes de agua, taló árboles y plantas propias de la cultura ancestral del pueblo Sarayaku. Este pueblo, subsistía de la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Todos estos acontecimientos se dieron violando los derechos a la consulta, integridad personal, libertad de circulación y residencia, propiedad privada, y protección judicial reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución. En la resolución de este conflicto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en sentido favorable al pueblo Sarayacu. Estableció que el Estado era responsable por haber puesto en riesgo los derechos a la vida e integridad de los habitantes del pueblo. En virtud de lo que establece la Convención Americana de

Derechos Humanos en relación con la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal (Convención Americana de Derechos Humanos, 1978).

Dicho conflicto, es una evidencia clara de lo que sucede cuando el Estado permite que compañías petroleras ingresen a explotar recursos naturales, especialmente en la Amazonía ecuatoriana sin consulta previa y sin precauciones. Diezmando los derechos que tienen los pueblos indígenas como ciudadanos

Además, el Convenio 169 de la OIT establece de manera explícita en el artículo siete numeral cuatro al respeto del territorio indígena:

Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan” (C.169 OIT; 7:4); y, en el artículo 14 de este mismo Convenio se establece “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes (C.169 OIT, 1969).

Por ello, además de contravenir con lo dispuesto en la Constitución, el Estado está atropellando las disposiciones de este convenio y consecuentemente vulnerando los derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas que habitan en el Ecuador.

1.6.3. Circunscripciones territoriales y autoridades

En el artículo 60 de la Constitución de 2008, se estipula que los pueblos y nacionalidades indígenas podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura (Const., 2008). Dentro de estas circunscripciones se elegirán a sus representantes mediante Asambleas o Congresos.

De esta manera, los pueblos y nacionalidades indígenas dentro de su circunscripción territorial podrán

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 (Const., 2008, art. 57).

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado

reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización (Const., 2008, art. 57).

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas podrán desarrollar sus formas de vida, prácticas culturales y tradicionales, sus sistemas de gobierno con autoridades propias. Las circunscripciones permitirán a los pueblos y nacionalidades tener autonomía jurisdiccional, política, económica y administrativa (Baltazar, 2009). Sus autoridades no pueden ser deslegitimadas por tener procesos de elección y consulta diferentes a las de la cultura dominante, deben ser respetadas y no discriminadas (Pacari, 2004).

1.6.4. Conocimientos colectivos, ciencias y saberes ancestrales

Los pueblos y nacionalidades indígenas han buscado que sus conocimientos colectivos y saberes ancestrales sean reconocidos y respetados por el Estado (Baltazar, 2009). Esto ha sido el resultado de una lucha por parte de los movimientos indígenas que ha perdurado por muchos años y que finalmente es en esta Constitución donde se reconocen los derechos que tienen sobre sus ciencias y saberes ancestrales pero además también sus prácticas sobre la biodiversidad. Así, los numerales ocho y 12 del artículo 57 establecen

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas (Const., 2008, art. 57).

1.6.5. Patrimonio cultural

En épocas históricas el Estado era el único con poder para administrar el patrimonio cultural así éste se encuentre dentro de una comunidad indígena. Esto logró cambiar gracias a las movilizaciones sociales que se dieron en busca del reconocimiento de este derecho a los pueblos y nacionalidades indígenas (Baltazar, 2009).

Es por ello, que la Constitución de 2008 busca de diversas maneras coordinar actividades entre el Estado y los pueblos y nacionalidades para que ellos se sientan verdaderamente parte del Estado y no caigan en el etnocentrismo. Sino, cultivar relaciones cordiales para lograr la integración cultural y el progreso.

19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen (Const., 2008, art. 57).

Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a supatrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución (Const., 2008, art. 57).

El Estado requiere implementar políticas de conservación del patrimonio histórico y cultural. Es por ello que a través de sus ministerios se han desarrollado diversas actividades que fomentan la exploración de las diferentes culturas que integran nuestro Estado.

1.6.6. La educación cultural bilingüe

Para lograr el fortalecimiento de las relaciones entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, la Constitución vigente ha determinado que se requiere de un sistema educativo bilingüe que facilite la integración.

Es así que las autoridades, comunidades y docentes deben trabajar en conjunto para la selección del material y procesos que serán impartidos desde la visión de la interculturalidad para desarrollar contenidos educativos acertados. En este sentido, la Constitución reza:

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.

Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas (Const., 2008, art. 57).

9. Garantizar el sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se utilizará como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural, bajo la rectoría de las políticas públicas del Estado y con total respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Const., 2008, art. 347).

Es deber del Estado proporcionar los recursos económicos para lograr la consolidación de el sistema educativo bilingüe y gratuito como estrategias del Estado.

Apesar del reconocimiento de todos estos derechos analizados a los pueblos y nacionalidades indígenas se ha visto que muchos han sido violentados o que en lugar de mejorar sus condiciones se toman decisiones en desmedro de su situación.

Por ello, actualmente existe un debilitamiento de los movimientos indígenas. Tienen el desafío de teorizar sus reivindicaciones imponiéndose al modelo de desarrollo del posextractivismo y que el gobierno deje de minar sus territorios permitiéndoles vivir de acuerdo a su cosmovisión y al *sumak kawsay*. Otro de sus objetivos en la actualidad es hacer respetar sus territorios y culturas ancestrales, deslegitimando el discurso del gobierno que busca subordinar a los pueblos indígenas.

La unión del pueblo indígena ha sido una piedra angular de resistencia en la historia del Ecuador. Gracias a su constante lucha y esfuerzos el Ecuador ha superado muchas derrotas sociales y económicas.

La lucha del pueblo indígena no es solamente de ellos sino de todos los ciudadanos. Cada año se suman muchas personas a los movimientos sociales en su defensa y reivindicación de sus derechos. Es así que el movimiento indígena sigue causando gran impacto a nivel económico, social y político.

1.6.7. Derecho a sus propias formas de justicia

Con el reconocimiento de la plurinacionalidad en la Constitución de 2008 el pluralismo jurídico resulta implícitamente reconocido (Baltazar, 2009). Es así que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen reconocido el derecho a aplicar sus propias formas de justicia. Así lo establece la Constitución de 2008

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (Const., 2008, art. 171).

Este derecho consagrado en el artículo antes citado, será objeto de análisis en el segundo capítulo, a la luz de las categorías desarrolladas en este capítulo y de categorías específicas para realizar el análisis de la justicia indígena.

CAPÍTULO 2
JUSTICIA INDÍGENA

2.1. Pluralismo jurídico

El análisis histórico del primer capítulo, da cuenta de que existen numerosas tendencias con diferentes orígenes y características singulares, que abarcan el conjunto de fenómenos autónomos o elementos heterogéneos que no se reducen entre sí (Wolkmer, 2003).

El pluralismo jurídico ha sido designado como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio territorial, que interactúan por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales (Wolkmer, 2001).

Vanderlinden, explica que las dos principales causas que generaron el pluralismo jurídico se refieren a la injusticia e ineficacia del modelo unitario del Derecho (Vanderlinden en Wolkmer, 2013, pg. 7). Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque sea entendido como tendencia y no como un fenómeno generalizado, ese rasgo tiene su origen y permanencia históricas no admisibles de negligencia, puesto que su estructura está enmarcada por un conjunto de variables históricas que provienen de una trayectoria recorrida en el tiempo (García, 2013).

En nuestro país el pluralismo jurídico debe analizarse desde tres vectores: legitimidad, validez jurídica y coordinación.

Uno de los sistemas jurídicos que integra nuestro Estado, es el derecho indígena, poco estudiado y aceptado socialmente. Aunque está reconocido por la Constitución de 2008, considero que la justicia indígena abarca muchos aspectos que deben ser estudiados desde su historia, heterogeneidad, evolución y formas de justicia,

2.2. Derecho indígena.

El derecho indígena o justicia indígena, es un sistema de derecho erigido desde el conjunto diverso de normas, prácticas y valores, autoridades comunales y los pueblos que las reconocen y las legitiman para que sean las encargadas de administrar y aplicar dichas normas, procedimientos y valores (Bazurco 2012; Exeni,2012).

Así, con el fin de comprender el concepto de justicia indígena presentaré a continuación elementos que la caracterizan y definen.

2.2.1. Elementos que caracterizan y definen a la justicia indígena

2.2.1.1. Milenaria

La justicia indígena es milenaria, dado que los pueblos y nacionalidades indígenas desde antes de la época colonial se regían por sistemas tradicionales. Pues, hay que recordar que los indígenas contaban con normas de convivencia que les permitía interrelacionarse (Walsh, 2002).

Es así que, históricamente se determina que ésta facultad jurisdiccional que tenían los pueblos y nacionalidades indígenas data de tiempos anteriores a la conquista española, convirtiéndose en una práctica que permitió la configuración de un derecho consuetudinario dentro de estas poblaciones (Masapanta, 2009)

Por ello, es un sistema milenario, que persiste hasta la actualidad y rige a los pueblos y nacionalidades indígenas.

2.2.1.2. Colectiva

Otra de sus características es la colectividad. De ahí que, su aplicación y ejercicio cuenta con la participación de las familias y de todos los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas, por lo cual el sistema no pertenece a ciertos dirigentes y líderes, sino a toda la colectividad (Baltazar, 2009) .

El derecho indígena tiene su fundamento en la comunalidad como principio jurídico general, que nace y se desarrolla en la familia, siendo ésta el núcleo que conduce y enrumba la conducta humana de acuerdo al orden social y natural (Regino, 2002). De esta forma, la familia es considerada la fuente de la que emanan valores, prácticas y costumbres ancestrales para luego ser proyectadas ante la sociedad (Ramón, 1992).

Es así que, para la sociedad indígena el derecho nace y se perfecciona en la familia, se instituyen los roles de los hijos para con los padres y abuelos y de ellos para con los hijos y nietos (Quimbo, 1992).

2.2.1.3. Evolutiva

El derecho indígena, no es estático, siempre avanza y se desarrolla de acuerdo a los cambios que se presentan, pues su ejercicio y aplicación debe ser de acuerdo con la realidad de los pueblos y nacionalidades indígenas (Martínez, 2014).

El derecho indígena es enormemente dinámico e invariablemente marcado por diferencias internas, reflejando constantemente las cambiantes relaciones de los pueblos indígenas con la sociedad dominante, pero igualmente reflejando los cambios y tensiones dentro de los propios movimientos y comunidades indígenas (Sieder, 2014).

2.2.1.4. Ágil, oportuna y dinámica

Su aplicación es inmediata y beneficiosa. Aún en los conflictos graves o complicados, se busca solucionar problemas para la armonía de las nacionalidades y pueblos, utilizando ritos que persiguen lograr un equilibrio entre el hombre, la comunidad y la naturaleza.

Por ello, el derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, que regula diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. Es por esto que, la legislación indígena de una comunidad es conocida por todos sus miembros, puesto que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, y en los sistemas de rehabilitación que garantizan el convivir armónico (Ilaquiche, 2004).

2.2.1.5. Justa

Para los indígenas, la justicia emerge de la colectividad. Es decir que, de manera conjunta, los miembros de una comunidad emiten resoluciones. Ello con el fin de reparar el daño que se ha causado tanto a la víctima como a la comunidad, construyendo una solución desde diferentes posiciones y puntos de vista para llegar a un fin justo.

Las resoluciones son tomadas mediante un proceso que desarrolla la comunidad, teniendo en cuenta los elementos naturales para aplicar la pena (Ávila, 2016) y para que su ejecución sea posible por el sancionado, sin que se tengan resentimientos posteriores que puedan generar problemas colaterales.

2.2.1.6. Oral

Los pueblos y nacionalidades indígenas no cuentan con códigos ni textos escritos en la aplicación de la justicia indígena. Es así que la oralidad ha sido el medio de comunicación durante generaciones para instruir y educar a los descendientes para los nuevos retos (Ramón, 2000).

2.2.1.7. Gratuita

En la aplicación de justicia indígena participan los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas que buscan imponer las sanciones adecuadas y restablecer la armonía, por lo que no existe un interés económico sino el interés por el bien común (Baltazar, 2009).

Del análisis de sus características, se deduce que se trata de un sistema legal encaminado a solucionar conflictos que afecten la armonía y estabilidad de los pueblos y nacionalidades indígenas constituyéndose así en un derecho reparador y de purificación visto desde su cosmovisión (Baltazar, 2009). Derecho que busca el restablecimiento de las relaciones dañadas, recurriendo al diálogo y buscando siempre la conciliación entre las partes (De La Torre, 2014), siendo su fin: la búsqueda de la paz y armonía en todas sus comunidades entre sus miembros y con la naturaleza (Caicedo, 1992). Además, vela por la rehabilitación y la reinserción de la persona que cometió el delito. Por ello las autoridades indígenas aplican procedimientos consuetudinarios reconocidos y aceptados por los miembros de cada comunidad (Baltazar, 2009).

Por otro lado, al hablar de justicia indígena se debe tener en cuenta la diversidad étnica y cultural que conforma el país. Por ende, existen varios procedimientos jurídicos de los pueblos y nacionalidades indígenas que difieren unos de otros, debido a la heterogeneidad que los conforma (Grijalva, 2012).

Dicho esto, el sociólogo Boaventura de Sousa Santos manifiesta respecto a la diversidad jurídica:

La justicia indígena no es una sino varias, y debería ser entendida en plural: - justicias indígenas ya que cada pueblo tiene sus normas y procedimientos propios quedando la justicia indígena en manos de las autoridades propias y reconocidas por cada pueblo (Santos, 2012, p. 21).

Ahora, si bien es cierto que cada pueblo tiene sus procedimientos, autoridades y normas propias, no difieren en su fin. Pues, la justicia indígena busca siempre el restablecimiento de la paz y armonía, sanando las relaciones afectadas dentro de las comunidades.

Por consiguiente, la justicia indígena tiene objetivos que son comunes a todos los pueblos y convergen en la búsqueda de la armonía, sanación, paz, respeto a la naturaleza y el restablecimiento de relaciones dañadas dentro de una comunidad.

Sus objetivos son:

- Lograr restablecer la armonía del ser humano consigo mismo, con la familia, la comunidad y la naturaleza (Llásag, 2012).
- Reparar y reintegrar al individuo o individuos en la comunidad. Para lograrlo, utilizan métodos como la conciliación, la reflexión y el entendimiento de las partes (Ávila, 2012). De esta manera restablecen las relaciones de paz y armonía anteriores al hecho, en la comunidad.
- Insertar la justicia indígena en el cuerpo social indisolublemente entregado en todos los aspectos de la cultura: la ritualidad, las fiestas inmersas en norma civil como el matrimonio (Quimbo, 1992).
- Extraer la esencia de su contenido y fuerza de acción de la tradición comunitaria expresada en los usos y costumbres que se generan desde la organización familiar ampliada que integra todos los miembros de la familia (Quimbo, 1992).
- La privación de la libertad no es una forma de reparación. Dentro de la cosmovisión indígena la privación de la libertad rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso (Ávila, 2012).
- La justicia indígena ve al culpable más útil para la sociedad cuando está en goce de su libertad, por ejemplo en el caso de robo el responsable del delito debe trabajar para poder reponer la pérdida que ocasionó con su actuar (Baltazar, 2009).

Es así que la justicia indígena tiene características muy diferentes a las de la justicia ordinaria. Siendo la justicia indígena un sistema jurídico más económico, ágil y eficiente que se centra menos en la privatización de la libertad como castigo y pone énfasis en la reparación de las víctimas, la conciliación de las partes para lograr la armonía comunitaria (Lang, 2009).

2.3. Derecho propio

La justicia indígena ha sido reconocida en diversos estudios, leyes y tratados como derecho propio.

Sin embargo, el derecho propio tiene vagas definiciones. Pues, hasta la actualidad no se ha logrado establecer lo que debe entenderse como tal. La justicia indígena es plural y sus prácticas difieren de un pueblo a otro o de una comunidad a otra si se quiere (Grijalva, 2012; Exeni, 2012).

Además, el Estado percibe a las formas de derecho indígenas como un legado ancestral y bárbaro que ha permanecido estático por cientos de años sin recibir la influencia civilizadora del “verdadero” Derecho, el occidental (Grijalva, 2012).

Debido a la diversidad de prácticas y procedimientos jurídicos propios de los pueblos indígenas, existen otras denominaciones conferidas a la justicia indígena para referirse a ella. Así, se ha dicho que la justicia indígena es: “justicia por mano propia”, derecho propio y derecho consuetudinario (Pacari, 2004).

La justicia por mano propia o linchamiento es una reacción de venganza frente a la falta de acceso a la justicia, y a la falta de protección por las autoridades, lo cual lleva a ocasionar graves violaciones de derechos humanos que en ocasiones puede llevar hasta el asesinato (Pacari, 2004; Baltazar, 2009).

De la misma manera, no es lo mismo decir justicia indígena que derecho consuetudinario. El derecho consuetudinario comprende un conjunto de procedimientos y normas orales que han perdurado durante muchos siglos. Normas, que se mantienen a través de la memoria colectiva por los ancianos (Valle, 2012). Éste derecho está ligado a las prácticas culturales, étnicas y cosmovisionales propias de cada pueblo y no solamente a aquellas que perduran y se repiten en el tiempo.

Pero, la justicia indígena no es netamente consuetudinaria ya que si bien es cierto conservan sus prácticas, ha existido una evolución de su derecho que no ha permitido conservar tal cual su derecho como hace muchos años, sin embargo, es aceptada como tal (Lang, 2009).

Ahora bien, el derecho propio como acepción es muy ambiguo, debido a la diversidad de culturas, pueblos, nacionalidades y etnias que coexisten en nuestro país. Es así, que al no tener claro su significado tendemos a negarlo y a minimizarlo, a tratar de superponer el sistema jurídico ordinario que es entendido como único verdaderamente válido (Trujillo, 2012).

2.4. Legitimidad de la justicia indígena

No fue sino hasta la Constitución de 1998 cuando se reconoce y se acepta la existencia de la diversidad cultural, étnica, social, política, religiosa y jurídica (Baltazar, 2009).

Los derechos que hoy se consagran en nuestra Constitución a los pueblos y nacionalidades indígenas fueron previamente proclamados en algunos instrumentos internacionales. Instrumentos que constituyen una afirmación histórica del movimiento indígena y la diversidad e identidad mundial, así como de los procesos de lucha permanentes de hombres y mujeres que pertenecen a diversas culturas (Caicedo, 2012).

2.4.1. Justicia indígena a nivel de convenios y tratados internacionales

En primer lugar, el concepto de derechos colectivos, remite a un tipo de derechos humanos, cuya titularidad corresponde a un grupo social identificable. Mientras se ha teorizado mucho sobre derechos humanos individuales, aún es escueta la reflexión jurídica sobre los derechos colectivos (Real, 2009).

No fue sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, que se empieza a hablar de los derechos colectivos, cuando se creó un cuerpo jurídico de protección a los derechos humanos.

2.4.1.1. Convenio 107 de la OIT

El primer instrumento formal que abordó los derechos de los indígenas fue el Convenio 107 de la OIT de 1957, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes.

Éste Convenio apareció en momentos en los que la ideología predominante afirmaba que culturas tradicionales las constituían grupos salvajes a los que había que asistir para que sean “civilizados” . Por ello, promovió dos aspectos dentro del paradigma del desarrollo: la eliminación de las culturas atrasadas, y su incorporación en las relaciones capitalistas de producción (Real, 2009).

El preámbulo de esta convención preconizaba que existen poblaciones indígenas, tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya condición no permite que ejerzan sus derechos ni aprovechen oportunidades de los que sí pueden favorecerse los otros elementos de la población (Conv., 107 OIT, 1957). Y, por tanto, había que crear políticas que velen por su integración.

Resulta más claro el propósito de esta Convención en su artículo segundo:

Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su

integración progresiva en la vida de sus respectivos países (Conv.107 OIT, 1957, art. 2).

Al reconocer la necesidad de integrar estas culturas “primitivas” a la vida occidentalizada de los Estados, el mismo Convenio debía amparar el reconocimiento y respeto a su derecho consuetudinario de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que integrarlos significa también reconocer sus diversas formas y manifestaciones culturales, jurídicas, plurales y diversas.

El artículo 7 del Convenio 107 de la OIT, proclama el reconocimiento a sus formas de derecho, estableciendo que es un derecho consuetudinario reconocido y que no debe atentar contra el ordenamiento jurídico del Estado al que pertenezca:

1. Al definir los derechos y obligaciones de las poblaciones en cuestión se deberá tomar en consideración su derecho consuetudinario.
2. Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración.
3. La aplicación de los párrafos precedentes de este artículo no deberá impedir que los miembros de dichas poblaciones ejerzan, con arreglo a su capacidad individual, los derechos reconocidos a todos los ciudadanos de la nación, ni que asuman las obligaciones correspondientes (Conv., 107 OTI, 1957, art. 7).

Se evidencia que desde 1957, era conocido en materia internacional que los pueblos y nacionalidades indígenas tenían su propio derecho, un derecho tipificado en las legislaciones como consuetudinario. Definición que la veremos en lo posterior.

Por esta razón, los pueblos y nacionalidades indígenas con el respaldo del Convenio 107 de la OIT aplicaban su justicia en los casos en que el acusado era un miembro de la comunidad, y ello era conocido y aceptado por la justicia ordinaria.

Para la administración de justicia estatal fue importante observar la realidad cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas que convivían con ellos.

Además, para la justicia ordinaria debía empezar a regir el respeto al debido proceso, por lo que no podían conocer y juzgar un caso que ya ha sido juzgado por el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas (Baltazar, 2009). Ello estaba contemplado en el artículo ocho de dicho Convenio:

En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país:

1. Los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones;

2. Cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal (Conv., 107 OIT, 1957, art. 8).

Hay que mencionar además que el Convenio buscaba la integración como forma de asegurar el desarrollo social, económico y cultural de dichas poblaciones y el mejoramiento de su nivel de vida. Pero, para lograrlo era preciso integrar a estos grupos a la educación, lenguaje nacional, y así transformar cada aspecto de sus culturas tradicionales (Trujillo, 2002).

El robustecimiento del movimiento indígena en los países de América, significó reclamos por el reconocimiento de su derecho a la tierra, derechos culturales, económicos, sociales, jurídicos y políticos, especialmente buscaban que su autonomía sea respetada (Valle, 2012).

2.4.1.2. Convenio 169 de la OIT

Debido a constantes luchas del movimiento indígena en aras de reivindicar sus derechos a nivel internacional, en 1989 se aprueba el Convenio 169 de la OIT, al final de la Guerra Fría; en momentos en que las políticas internacionales de ajuste económico eran promovidas por el Fondo Monetario Internacional (Real, 2009).

El Convenio 169 de la OIT mantuvo como filosofía la promoción del desarrollo económico en el entorno indígena, sin embargo, no presenta un enfoque de asimilación de los indígenas a la sociedad predominante, sino que promueve el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus territorios (Real, 2009).

De esta forma el Convenio 169 de la OIT reemplazó sustantivamente a su predecesor y trajo conceptos adelantados, para garantizar una mayor protección de los derechos indígenas.

Igualmente, este Convenio empezó a delinear claramente la voluntad de hacer efectivo un reconocimiento pleno, incorporando a su texto el compromiso asumido por los Estados ratificantes de reconocer la existencia del derecho consuetudinario (Baltazar, 2009).

Así lo manifiesta en su artículo número ocho:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los

derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes (Conv. 169 OIT, 1989, art. 8).

Es así que desde 1989, cuando fue promulgado, a nivel internacional ya se contemplaba la necesidad de aplicar la interculturalidad y respetar la plurinacionalidad en los países en los que conviven varias culturas y nacionalidades.

Así vemos, que el numeral uno de este artículo, ordena tomar en cuenta su derecho consuetudinario y sus costumbres para aplicar la legislación nacional. De ahí se empieza a evidenciar la importancia que se le asigna a la diversidad, y a la identidad cultural por ende el respeto que debe tener el Estado al momento de aplicar políticas a los pueblos y nacionalidades indígenas.

Consideremos ahora lo que establece el artículo noveno del mismo Convenio respecto a la justicia indígena:

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 (Conv. 169 OIT, 1989, art. 9).

El artículo citado, reconoce los métodos propios de resolución de conflictos en las comunidades indígenas, con el único límite de que no se vulneren los derechos humanos.

El instrumento no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario a los casos "menos graves", pues no existe la clasificación por materias, sino que formula expresamente que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (Baltazar, 2009).

De ahí que, el Ecuador al haber ratificado éste convenio en el año 1998, tiene el deber de proteger los sistemas jurídicos ancestrales.

El respeto a los derechos humanos es el límite infranqueable del respeto al derecho indígena, criterio repetido por la jurisprudencia comparada e internacional en la

materia. Por ello, las leyes y proyectos de ley entre justicia indígena y ordinaria reiteran esta limitación (Grijalva, 2012; Exeni, 2012).

Así, el Convenio es un instrumento internacional congruente y posibilita la protección de los derechos colectivos de manera efectiva (Baltazar, 2009).

2.4.1.3. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un instrumento de derechos humanos que ha marcado precedentes en la materia.

Esta declaración tiene como predecesor al Convenio 169 de la OIT. Asimismo, fue elaborada acorde con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas estipulados en sus artículos 1, 2, 3 y 4:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes (Carta de las Naciones Unidas, 1945, arts. 1, 2, 3, 4).

En concordancia con los artículos citados de la Carta de las Naciones Unidas, la declaración materia de estudio, consagra los derechos colectivos para la aplicación de la justicia indígena. Por esta razón, establece que las nacionalidades y pueblos tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características, política, economía, y cultura, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente en la vida política, económica y social del Estado (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art. 5).

La Declaración mediante su artículo tres enfatiza en que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, y por ende pueden impulsar su propio desarrollo, mediante la resolución de su condición política, económica, social y cultural de acuerdo con su realidad y necesidad (Baltazar, 2009).

Se debe agregar que, la Declaración enfatiza en que los pueblos indígenas además de tener derecho a la libre determinación, tienen derecho a la aplicación de sus conocimientos ancestrales. Igualmente, tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres o sistemas jurídicos de conformidad con los derechos humanos (Salgado, 2009).

Asimismo, desde esta Declaración el derecho internacional protege los derechos de las mujeres y niños contra toda forma de violencia y discriminación de la que pueden ser objeto (Salgado, 2012).

2.4.2. Normativa nacional

Ahora veamos, tanto la Constitución de 1998 como la de 2008 reconocen los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como sus propios sistemas jurídicos, guardando estrecha relación con lo estipulado en los tratados y convenios internacionales.

La justicia indígena está reconocida como sistema jurídico propio, autónomo e independiente del sistema jurídico ordinario, así lo establece el artículo 171 de nuestra Constitución:

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (Const., 2008, art. 171).

Este artículo debe ser estudiado desde varios elementos que lo constituyen. Pues, la jurisdicción indígena en el Ecuador, no puede ser estudiada como un todo en conjunto. Debiéndose realizar un análisis de los derechos colectivos que van a la par con cada uno de los elementos.

Es por ello que, los elementos que se analizarán como parte de la justicia indígena reconocida en el marco Constitucional ecuatoriano, serán estudiados desde varios enfoques: dogmática constitucional, derecho constitucional comparado y estándares internacionales de derechos humanos. Para establecer finalmente, la necesidad de la creación de una ley de coordinación y cooperación para hacer efectivos todos estos derechos y que debe existir para no transgredir ninguno de los dos sistemas jurídicos que conviven en nuestro país.

2.4.2.1. Autoridades indígenas, jurisdicción y derecho propio.

2.4.2.1.1. Autoridades indígenas

El artículo 171 de la Constitución inicia con el enunciado:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio (...)” (Const., 2008, art. 171).

Este artículo guarda concordancia con lo que establecen los artículos 10 de la Constitución y dentro de los derechos colectivos contemplados en el mismo cuerpo legal, el artículo 57 numerales 9 y 10, reconocen el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a tener sus propias autoridades y jurisdicción:

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución (Const., 2008, art. 10).

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

(...)

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes (Const., 2008, art. 57).

En virtud de lo que amparan los artículos citados, los pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho de organizarse y elegir sus autoridades conforme a sus tradiciones ancestrales (Vintimilla, 2012).

Por ello, las comunidades ancestrales tienen derecho a cierta autonomía en el ejercicio del gobierno comunal que implica la facultad que tienen de mantener y desarrollar su cultura, sistema de justicia y sus formas de gobierno (Celi, 2016).

En un segundo momento, debemos tener claro ¿Quiénes son las autoridades indígenas? Entendiendo con ello que son personas o grupo de personas o colectivos a quienes la respectiva comunidad, pueblo o nacionalidad reconoce como tal, por haber sido designadas de acuerdo con sus tradiciones ancestrales (Llásag, 2009).

De esta forma, dentro de las circunscripciones territoriales habitadas por pueblos y nacionalidades indígenas las autoridades son elegidas mediante procedimientos sustentados en un sistema de elección pública, abierta y colectiva en magnas Asambleas o Congresos. Así, las autoridades elegidas no deciden por sí solas, sino que obligatoriamente deben mantener una consulta colectiva permanente; caso contrario, el pueblo está facultado para desautorizarla y sancionarla si corresponde ya que sus actuaciones quedan legitimadas en virtud de la participación ciudadana (Pacari, 2004).

Así pues, los pueblos y nacionalidades indígenas están investidos de atribuciones para intervenir con la participación de los comuneros en decisiones y asuntos de toda índole (Pacari, 2004), conservando sus procedimientos expresos para la generación de sus autoridades.

Además, la autoridad indígena no solamente tiene atribuciones jurídicas sino representativas. Pues, para poder ejercer sus derechos colectivos los pueblos y nacionalidades indígenas necesitan ser representados por personas naturales a las que la colectividad les confíe la facultad de realizar actos intelectuales y físicos para que las representen (Trujillo, 2004).

Es necesario que las autoridades indígenas se encuentren claramente identificadas y respetadas tanto en las comunidades indígenas como en la estructura administrativa mestiza puesto que son operadores comunitarios que no pueden omitir la defensa de los derechos constitucionales (Vintimilla, 2012).

2.4.2.1.2. Jurisdicción de autoridades indígenas

El Código Orgánico de la Función Judicial establece que: jurisdicción es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que les corresponde a los jueces establecidos por la Constitución y que se ejerce según las reglas de la competencia. (COFJ, 2008: 150).

En este sentido, al no haber una ley de coordinación y cooperación que delimite la jurisdicción indígena; se debería regir en base a las facultades jurisdiccionales que la Constitución otorga a todas las autoridades indígenas.

En concordancia con lo que establece el artículo 152 del Código Orgánico de la Función Judicial en cuanto al nacimiento de la jurisdicción gracias al nombramiento efectuado conforme a la Constitución:

Art. 152.- Nacimiento de la Jurisdicción. - La jurisdicción nace por el nombramiento efectuado conforme a la Constitución y la ley.

El ejercicio de la jurisdicción empieza en el momento en que la jueza o el juez toman posesión de su función y entra a su servicio efectivo.

Las funciones de la jueza o del juez continuarán hasta el día en que su sucesor entre al ejercicio efectivo del cargo (COFJ, 2008, art.152).

De esta manera, el poder viene del nombramiento que le extiende el Consejo de la Judicatura (Vintimilla, 2012). En cambio, el poder de la autoridad indígena viene de la comunidad o pueblo indígena (Ávila, 2016).

Por ello, la autoridad indígena es competente en virtud de su poder autónomo, previamente conferido mediante los procedimientos ancestrales correspondientes. La Constitución no hace más que reconocer y ratificar la facultad de administrar justicia a la autoridad indígena (Poveda, 2012).

Al no contar con una delimitación de la jurisdicción y mucho menos de las reglas de competencia que la rigen, nos encontramos ante un vacío legal inconmensurable. Puesto que, tal delimitación debería estar establecida en la Ley de Coordinación y Cooperación que prevé la Constitución al final del artículo 171, en concordancia con los artículos 344 y 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Sin importar otros aspectos, ambos sistemas jurídicos deben regirse por los principios sobre la justicia intercultural estipulados en el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 344 (Beltrán, 2008):

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL. - La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo

decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales (COFJ, 2009, art. 344).

Es deber de los funcionarios del Estado garantizar el cumplimiento de estos principios al momento de administrar justicia, respetando la interculturalidad y los derechos humanos.

Debido a la falta de ley que permita una coordinación y cooperación efectiva, las autoridades indígenas están revestidas de tres facultades básicas: a) conocer el caso, b) resolver el problema, y c) hacer cumplir la decisión en la práctica, incluso con el auxilio de la fuerza pública (Sánchez, 2009). Debiendo regirse a las reglas de la competencia, en razón de personas, materia y territorio, como lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ, 2009).

2.4.2.1.3. Competencia en razón de personas.

¿A quién deben juzgar las autoridades ancestrales? La idea que ha predominado es que las autoridades indígenas deben juzgar exclusivamente a los miembros de sus comunidades.

A nivel internacional se mantiene este precepto, así lo manifestó la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Oliphant vs. Suquamish Indian Tribe*:

Los tribunales indígenas no poseen una jurisdicción criminal inherente que les permita juzgar y sentenciar a no- indígenas, por ello no pueden asumir dicha jurisdicción a menos que les sea específicamente atribuida por el Congreso (*Oliphant vs. Suquamish Indian Tribe*, 1978).

De esta forma, la Corte Suprema de los Estados Unidos logró marcar un precedente, que definió las competencias y jurisdicciones atribuidas a los indígenas sobre sujetos foráneos dentro de sus territorios (Espinosa, 2009).

La decisión tomada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, dio una pauta nivel internacional en cuanto a la delimitación de la competencia de la justicia indígena en razón de personas, debiendo juzgar únicamente a los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas cuando se presente un conflicto al interior de sus comunidades.

Las leyes ecuatorianas, no dicen nada al respecto, únicamente el proyecto del Ministerio de Justicia sobre coordinación y cooperación sobre la competencia personal establecía que: las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas conocerán y resolverán todos los conflictos en los que intervengan personas indígenas (Ministerio de Justicia, 2010).

El primer proyecto de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria presentado por la Comisión de Justicia, presidido por María Paula Romo plantea tres interrogantes: ¿A quién deben juzgar las autoridades ancestrales? ¿Qué ocurre en aquellos casos donde personas que pertenecen a la comunidad y sin ser indígenas solicitan la intervención de autoridades ancestrales? ¿Qué sucede si se presenta un conflicto entre sujetos que pertenecen a diferentes comunidades ancestrales? Planteadas estas interrogantes, este proyecto busca determinar algunos parámetros para definir cómo debe regir la competencia en razón de personas:

- a) Pertenencia o identidad: los conflictos que se suscitaran entre personas pertenecientes a comunas, comunidades y pueblos indígenas.
- b) Elección del foro ordinario: La agresión o conflicto la perpetúe una persona no indígena contra una indígena, la persona no indígena podrá comparecer ante la jurisdicción de su elección.
- c) Domicilio: Se considerará que el domicilio de una persona mestiza en territorio indígena marca la competencia de las autoridades indígenas.
- d) Elección de jurisdicción indígena: La persona indígena que viole los derechos de una persona no indígena y ésta última decida voluntariamente no someter su caso ante la jurisdicción ordinaria (Vintimilla, 2012, p. 79).

Sin embargo, pese a la importancia que tiene la delimitación de la competencia en razón de personas, no existe una norma en firme, ni un proyecto de ley de coordinación y cooperación aprobado, que permita establecer los lineamientos y pautas que rijan en este sentido a los pueblos y nacionalidades indígenas para la resolución de sus conflictos.

2.4.2.1.4. Competencia material.

No existen jueces y operadores jurídicos especializados en la administración de justicia de los pueblos indígenas (Sánchez, 2000). Jurídicamente, las autoridades

indígenas pueden regular y conocer todas las materias sin límite alguno de cuantía o gravedad.

Por ello, existen comunidades donde las autoridades indígenas resuelven todos los casos que se presentan en una comunidad.

Existen comunidades en las que sus autoridades dialogan y coordinan con la justicia ordinaria para resolver problemas que no son de su competencia o son difíciles; por lo que les resulta mejor acudir a la justicia ordinaria o estatal, siempre velando por el beneficio de la comunidad (Santos, 2012). En este sentido el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas por lo cual es claro que todas sus materias incluyendo la penal pueden ser conocidas por sus autoridades (Llásag, 2009). Siguiendo este lineamiento, el derecho indígena está facultado para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias sin importar gravedad o cuantía (Yrigoyen, 1999).

Sin embargo, en Ecuador esto no es así. Pues, con fecha 30 de julio de 2014 la Corte Constitucional, mediante sentencia N° 113-14-SEP-CC en el caso número 0731-10-EP “La Cocha 1”, dictaminó lo siguiente:

La jurisdicción y competencia para reconocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona es facultad exclusiva y excluyente del Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios (Corte Constitucional, 113-14-SEP-CC, 2015).

El caso la Cocha 1, ha causado mucha controversia a nivel nacional debido a la falta de coordinación que hubo entre los dos sistemas de justicia que existen en el país. Éste caso, será materia de estudio del siguiente capítulo de este trabajo de investigación. De lo analizado, se sabe que la delimitación realizada por la Corte Constitucional del Ecuador es inconstitucional y viola estándares internacionales de derechos humanos. Únicamente existen proyectos de ley de coordinación y cooperación que establecen tendencias a seguir respecto a la resolución de conflictos por la justicia indígena en el marco de la competencia sobre la materia. En la siguiente tabla podemos ver las tendencias que existen en razón de la materia, presentadas por varios juristas ecuatorianos que se pueden resumir así:

Tabla 1. Tendencias: competencia material

Definición	Características
Autorreguladora	La justicia indígena se aplica exclusivamente a aquellos temas que los indígenas consideran que son competentes porque tienen aptitud para hacerlo o ejercen su derecho de remitir las diferencias a la jurisdicción ordinaria. Según esta tendencia, las autoridades indígenas podrán remitir los casos que crean pertinentes a conocimiento de la jurisdicción ordinaria (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010).
Universalista	Las autoridades indígenas son competentes para conocer y resolver toda suerte de conflictos, siempre y cuando se identifiquen como problemas internos. Esto es, sin límite alguno de cuantía o gravedad, ni respecto a la materia (Tibán, 2010).
Restrictiva o limitadora	La justicia indígena resuelve estrictamente pequeñas causas. Tendencia que se la advierte en la primera versión del proyecto de ley de coordinación y cooperación preparado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, siendo la actual posición del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010). Además, constituye la visión dominante en Bolivia ya que la Ley de Deslinde jurisdiccional establece el ámbito de vigencia material (Ley de Deslinde Jurisdiccional, 2010).

Fuente: Vintimilla, 2012, p.69.

Elaboración: María del Carmen Monteros Montaña.

Debido a la coyuntura de tendencias, la delimitación de la competencia en razón de la materia, mediante una ley que la regule resulta crucial. Por el contrario, si persiste el vacío legal, se seguirán violando derechos que atentan seriamente a la dignidad de las personas que pertenecen a pueblos y nacionalidades indígenas.

2.4.2.1.5. Competencia en razón de territorio.

¿Dónde deben actuar las autoridades indígenas? En primer lugar, la territorialidad se comprende como el espacio físico en el cual la comunidad indígena desarrolla sus actividades productivas, espirituales, comunitarias y culturales aún cuando sea compartido. Sobre este aspecto existe un disenso en tanto que existe la tensión sobre individuos que son parte de una comunidad pero, se movilizan o habitan en lugares distintos a ella (Ariza, 2010).

Respecto a la definición de territorio, la jurisprudencia colombiana establece que los territorios indígenas son los que ocupan o les pertenecen a los pueblos indígenas, como áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas las habitadas, explotadas, que contribuyen al ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales (Caicedo, 2009).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que el término territorio se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente. Término definido en el caso Pueblo Saramaka vs. Surinam (Pueblo Saramaka Vs. Surinam, 2010).

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 13.2, nos da una pauta sobre cómo debe interpretarse el término territorio para la aplicación de la Justicia Indígena. De esta forma, el término territorio debe incluir la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de una u otra manera (Conv. 169 OIT, 1989).

Refiriéndonos a lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT, la justicia indígena podría ser aplicada en las grandes ciudades como Quito y Guayaquil (Baltazar, 2009).

Pero, para que ello quede claro, y sea correctamente delimitada la forma y circunstancias por las cuales deberían regirse la jurisdicción y competencia en Ecuador; algunos juristas proponen la creación de circunscripciones territoriales para su delimitación.

No obstante, el Consejo de la Judicatura, como órgano estatal de regulación de la administración de justicia, es el que debería entender correctamente este tema de competencia territorial. Debido a que es necesario que se coordine la observación irrestricta del principio constitucional que establece que nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa (*non bis in ídem*) (Baltazar, 2009).

También es importante la debida organización participativa de la fuerza pública. Pues, la fuerza pública no debe encontrarse solamente a disposición de las autoridades ordinarias sino también apoyar a las autoridades indígenas, puesto que el Estado ha garantizado que se respetarán las decisiones que provienen de las autoridades ancestrales (Vintimilla, 2012).

La delimitación de la competencia en el ámbito territorial resulta necesaria ya que existen diversas solicitudes de declinación de la competencia que han sido aceptadas por jueces ordinarios (Poveda, 2009). Situación que se ha suscitado especialmente en las provincias de Cañar y Cotopaxi.

2.4.2.2. Participación de las mujeres en la justicia indígena.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. (...) (Const., 2008, art. 171).

El artículo citado, es claro al manifestar que debe existir una garantía de participación y decisión de las mujeres en la justicia indígena.

Por ello, comparando el tratamiento de la justicia indígena en la normativa constitucional de 1998 y 2008, se puede identificar que los cambios más importantes están ligados a la inclusión de la participación de las mujeres en las funciones jurisdiccionales (Grijalva, 2008).

En los artículos de la Constitución en los que se hace referencia a la justicia indígena y el derecho colectivo a desarrollar su derecho propio se menciona la participación de la mujer como autoridad, ya que tal derecho no puede vulnerar los derechos humanos de mujeres (Salgado, 2012).

Es por ello que, han sido varias las organizaciones de mujeres indígenas las que han propiciado un debate en sus comunidades y organizaciones sobre la violencia y discriminación de género al interior del mundo indígena (Talleres de diálogo Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, 2007).

De las propuestas surgidas de los debates al interior de las comunidades indígenas, se concluye que se ha roto una dicotomía muy marcada en los debates sobre género y diversidad. Por una parte están las posturas que afirman que la diversidad cultural es una amenaza constante al reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres; y por otra parte aquellas que desde la defensa de los derechos culturales de pueblos y nacionalidades indígenas se niegan a aceptar cualquier crítica respecto de las formas de subordinación y discriminación de la mujer al interior de las comunidades (Moller, 1999).

Es así que, en primer lugar el enfoque de la primera postura evidencia una situación real de violencia y discriminación de mujeres en diversas culturas, dando cuenta de un fuerte eurocentrismo, racismo e imperialismo (Prieto, 2004).

En segundo lugar, la segunda postura da cuenta de que las mujeres indígenas han cuestionado el racismo y clasismo que viene de la sociedad mestiza incluidas las líderes del movimiento de mujeres. Siendo así que las mujeres en un primer momento han cuestionado el combatir prácticas discriminatorias que atentan contra su

integridad y todo por no permitir que “influencias eurocéntricas” permeen su cultura. Pero, en un segundo momento empiezan a cuestionar la violencia y discriminación en la sociedad indígena, buscando el respeto como pueblo culturalmente diverso, se trabaja por el respeto a las mujeres en el marco de sus relaciones con los miembros de las sociedades indígenas y mestizas (Prieto, 2004).

Es aquí cuando el imperativo que propone Boaventura de Sousa Santos respecto a que tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza, no se aplica cuando existen relaciones de poder asimétricas dentro de una misma comunidad (Santos, 2010). En muchos casos la cultura impone a sus integrantes subalternizadas formas de violencia y discriminación en nombre del mantenimiento de los valores y características de su identidad cultural (Anzaldúa, 2004).

En la justicia indígena, muchos casos de violación, de acoso sexual, se resuelven por medio de una transacción entre familias, entre grupos, sin considerar a la mujer como sujeto de derechos individuales. Así mismo las respuestas son similares frente a casos de violencia intrafamiliar como lo evidencia una lideresa indígena:

Es necesario que se entre en un proceso de cambio y lucha de las mujeres, porque ellas tendrán que aprender a tomar decisiones, aprender a resolver los casos en los que no se resuelva la agresión física por medio de la disculpa, la segunda oportunidad o por medios económicos (Participante lideresa indígena, Bonilla, Marcelo y Yela, Diego, 2012).

Una dirigente de La Toglla recuerda que en las actas de 1945 de la comunidad puede encontrarse información sobre la forma en que resolvían los conflictos sus autoridades. Detalla un caso de una mujer que cometió adulterio con un vecino y que dado que no escuchó a sus superiores (padres y padrinos) y mantuvo dicha relación fue castigada por la Asamblea. La sanción consistía en encerrarla durante 24 horas en un cuarto en el que había agua helada que la cubría hasta las rodillas con el propósito de contrarrestar su calentura. Luego de lo cual sus padres y padrinos se comprometieron a estar pendientes de que no vuelva a ser infiel a su marido (Entrevista a mujer indígena dirigente de la comunidad La Toglla: Rosa Cabrera, 2011). Estos casos reflejan el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres desde una vigilancia familiar y comunitaria que no sucede con los hombres.

En la misma comunidad, una de las entrevistadas relata que hace un tiempo cuando las mujeres se separaban de los esposos como castigo las encerraban en un cuarto botándoles agua fría. Lo que sorprendía del relato es que al preguntar por qué las mujeres querían separarse las razones tenían que ver con violencia ejercida por su

marido, sobre todo bajo los efectos del alcohol que sin embargo no se castigaba (Salgado, 2012).

Las entrevistas realizadas a mujeres indígenas en varios talleres de diálogo propiciados por la Universidad Andina Simón Bolívar dan cuenta de que el alcoholismo en las comunidades es un severo problema.

El mundo indígena ha invisibilizado el problema que representa el alcoholismo en algunas de sus comunidades, aparentando que la ingesta de alcohol es un elemento únicamente asociado a su cultura. Pero, el alcoholismo es una enfermedad que debería ser analizada desde las políticas públicas en los pueblos y nacionalidades indígenas. A causa de este problema, existen muchos conflictos que desencadenan en la violación de los derechos de la mujer y de los niños en las comunidades indígenas.

Ahora bien, no solo el alcoholismo desencadena la violación de los derechos de la mujer indígena. Las mujeres de los pueblos y nacionalidades indígenas son frecuentemente sancionadas por parte de sus autoridades frente a situaciones que no lo ameritan, así veamos en el siguiente diálogo:

- Y cuando el marido le pegaba, ¿Qué hacía la comunidad?

Al marido, bueno le llamaba, le ponía a preguntar ¿Por qué pegas, por qué es? Presidente sabía preguntar así. Y contestaba que ella mismo es resabiada, que ella mismo alza mano, eso ponía. Pero usted mismo ya no sigues tomando, de borracho no estás peleando eso mandaba hablando.

- ¿Pero no le castigaban al marido?

- No, no castigaban (Entrevista a mujer indígena dirigente de la comunidad de La Toggla, 2011).

Bajo esta situación, se evidencia la insensibilidad de género y la impunidad en que quedan las infracciones de violencia contra la mujer. Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que a nivel internacional es conocido que el diálogo y la conciliación en los casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver delitos. Al permitir que la solución a este delito sea la conciliación, la situación se vuelve sujeto de negociación entre la víctima y el victimario. Esta conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 2007).

Es por ello que las mujeres indígenas buscan que su justicia se transforme para brindar una efectiva protección a las mujeres contra la violencia y discriminación al interior de sus comunidades. Esa afirmación la confirma la Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito-Ecuador del 24 al 28 de octubre de 2008 que entre sus recomendaciones incluye las siguientes:

Exigimos que se fortalezca el sistema de justicia ancestral en nuestros países y que se reconozcan sus resoluciones por parte de la justicia ordinaria. Pedimos que los estados tomen las medidas adecuadas para garantizar el desenvolvimiento institucional de la justicia ancestral. No se trata de crear nuevas estructuras judiciales paralelas a las tradicionales en las comunidades con el objetivo de fortalecer el acceso a la justicia, tales como mediadores comunitarios, juzgados comunitarios, etc., sino de reconocer las competencias, jurisdicción y sabiduría de las autoridades indígenas que han mediado y resuelto conflictos tradicionalmente. Al mismo tiempo, exigimos que las autoridades indígenas responsables de la aplicación de la justicia ancestral revisen las formas de resolución de casos de violencia contra las mujeres, incluyendo violencia física, psicológica, sexual, pago de alimentos, adulterio, conflictos de herencia, acceso a la tierra e impedimentos de la participación de las mujeres, y hagan partícipes a las mujeres indígenas organizadas en este proceso (Declaración del Encuentro Internacional de Mujeres Indígenas en Quito- Ecuador, 2009).

De esta forma, podemos deducir que hasta ahora no existe una relación de complementariedad entre el multiculturalismo y el feminismo sino una tensión. Pues, dentro de las culturas ven cualquier intento de las mujeres de transformar prácticas como una amenaza a la identidad colectiva del grupo (Hernández, 2003).

De lo estudiado hasta aquí, sabemos que se construyen relaciones asimétricas de poder que atraviesan todos los ámbitos (Salgado, 2012). Según la Unifem existe un sesgo masculino mediante el cual la administración de justicia indígena tiene una tendencia de discriminación en contra de las mujeres (Unifem, 2008).

La reivindicación del derecho indígena, forma parte de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Siendo importante no negar su construcción histórica, y cómo se ha construido en relación a los poderes coloniales, de acuerdo con las políticas estatales. En este sentido, el derecho indígena no puede ser entendido solamente desde el marco jurídico o netamente desde el enfoque cultural, resultando necesario un enfoque que tome en cuenta el contexto económico, social y político en que se ha construido. La idealización de las culturas indígenas tiene grandes costos para las mujeres. Esto puede ocultar las mismas prácticas coloniales, violentas, conservadoras y moralistas que se han quedado a vivir con nosotros y que subordinan y atentan contra la integridad de las mujeres (Cumes, 2009).

Por otra parte, en varios talleres de diálogos y entrevistas realizadas como estudios de la Universidad Andina Simón Bolívar, se ha comprobado que en algunas comunidades, las mujeres han sido elegidas como lideresas, esto fue mencionado en los usuarios y proveedores de entrevistas en Chibuleo San Francisco y San Pedro de Chibuelo, Pilahuín, Quisapincha y Llinllin. Los usuarios y proveedores de justicia en algunas de estas comunidades consideran que la esposa de un líder de la comunidad es también un tipo de lideresa (Caicedo, 2012). Algunos entrevistados (hombres) consideran que las mujeres son tan calificadas como los hombres para ser lideresas y que en algunas ocasiones no quieren asumir ese rol (García, 2012).

Análogamente, es sabido que dentro de las comunidades indígenas las mujeres son consideradas como portadoras de la cultura y guardianas de la identidad (Llászag, 2012). Por ello se les ha asignado un papel importante en la aplicación de castigos físicos. Pues, las mujeres mayores de la comunidad aplican “ortigazos” y el baño con agua fría que son rituales de purificación y limpieza que son percibidos como mecanismos de control que ayudan a mantener el orden de la comunidad (García, 2012).

Dicho lo anterior, damos cuenta de un avance que permite optimizar el respeto de los derechos humanos y transformar a la justicia ancestral en una posibilidad que busca mejorar el acceso a la justicia por parte de las mujeres (Franco; González; 2000). Pero, debemos tener en cuenta que aquellas entrevistas fueron realizadas únicamente a miembros hombres de dichas comunidades, siendo una posición diferente a la manifestada por las mujeres, como lo veremos en las entrevistas y talleres en las que ellas han participado indicando su opinión.

Pero, el problema de la sociedad patriarcal no es solamente dentro de los pueblos y nacionalidades indígenas, sino que son tratadas de manera desigual y discriminatoria en los sistemas de justicia estatal e indígena (Cumes, 2009).

Siendo así que el eje central sobre el cual se establece el género en la actualidad es el predominio de una sociedad, en mayor o menor medida, patriarcal, donde las mujeres están, sistemáticamente, relegadas al juego social (Jaramillo, 2004). Por lo tanto, el combate contra el machismo predominante no es solamente dentro de las comunidades indígenas sino a nivel de todos los habitantes del Ecuador.

2.4.2.3. Normas y procedimientos propios de los pueblos y nacionalidades indígenas para la solución de conflictos internos.

“Art. 171.- (...) Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. (...)” (Const., 2008, art. 171).

Esta parte del artículo citado reconoce a las autoridades indígenas el poder de ejercitar jurisdicción en asuntos internos de sus comunidades (Masapanta, 2009).

De esta forma, la aplicación de normas y procedimientos propios se relaciona con el uso de tradiciones ancestrales y derecho propio. Es así que, el derecho indígena se caracteriza por la presencia de normas y procedimientos propios. Dichos ordenamientos, tienen reglas y principios tanto materiales como formales (Vintimilla, 2012).

Los sistemas de justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas comprenden tres elementos básicos: un conjunto de normas; la existencia de autoridades; y mecanismos de administración de justicia.

Ahora bien, los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas comparten no solamente los hábitos sino valores, ideas, palabras, gestos, símbolos y trabajos que se transmiten desde el nacimiento y durante la vida de una persona, empezando con los padres, en la vida familiar, en el trabajo, vecindad y en la comunidad. En el último caso en las reuniones, mingas, fiestas y asambleas. Por ello, los miembros de las comunidades conocen lo permitido y lo prohibido (Llásag, 2012). Siendo estas sus normas de convivencia, no escritas y son parte del derecho consuetudinario.

Por otra parte, la justicia es percibida por las comunidades y sus respectivas autoridades como un proceso encaminado a solucionar conflictos. Así, el objetivo de los procesos en la justicia indígena, es superar el problema mediante la reflexión y el entendimiento de las partes y lograr una conciliación o reconciliación (Brandt y Valdivia, 2007).

Cuando la comunidad se ve enfrentada a un conflicto, o alguien hace lo prohibido o no cumple con su deber, la comunidad no lo ve como una infracción sino como un motivo de tristeza, desgracia o enfermedad, conocida como “llaki” dentro de las comunidades indígenas (Estermann, 1998).

Ésta tristeza, desgracia o enfermedad no solo aflige al individuo infractor sino a la familia y por tanto a la comunidad y a la naturaleza (Llásag, 2012).

Por ello, las autoridades cumplen roles totalmente diferentes a los jueces de la justicia ordinaria. Siendo así que, sus procedimientos y sanciones se acoplan al principio de armonía del ser humano con la familia, comunidad y naturaleza.

La justicia ordinaria no resuelve en nada la tristeza, al contrario, los indígenas lo ven como un mecanismo que genera más conflictos internos y familiares (Poveda, 2009).

Es importante mencionar que los problemas más frecuentes que se producen en las comunidades indígenas, son los conflictos de pareja, violencia intrafamiliar, robos, desacuerdo de linderos y propiedades de los comuneros (Chaluiza, 2011).

2.4.2.4. Procedimientos de las comunidades indígenas

Para resolver los conflictos internos que se presenta, las autoridades indígenas se rigen por procedimientos propios que comprenden las siguientes etapas, dentro del campo jurídico:

2.4.2.4.1. Willachina.

Es la formulación de la petición o lo que equivale a la demanda, se trata de una especie de ruego o petición que hacen las víctimas a las autoridades para que resuelvan los conflictos (Poveda, 2009; Llásag, 2012).

2.4.2.4.2. Tapuykuna.

Es la etapa de investigación del problema. La autoridad no interroga, sino conversa desde la vida de su estado emocional de los problemas con la persona acusada (Tibán, 2012).

2.4.2.4.3. Chimbapurana.

Es la entrevista cara a cara, aquí se contrasta la información recibida para verificar la veracidad de lo actuado en la etapa del tapuykuna (Llásag, 2012).

2.4.2.4.4. Kishpichirina.

Es la resolución que generalmente es tomada en consenso con los participantes, en reuniones familiares, de cabildo o de la asamblea general (Poveda, 2009).

2.4.2.4.5. Paktachina.

Etapa de ejecución de la resolución de manera inmediata, excepto en las que se hayan establecido plazos y la ejecución requiera del transcurso del tiempo (Ron, 2011).

Todo problema concluye con el perdón, en donde el caído en desgracia pide perdón a los afectados y a toda la comunidad que a la vez acepta el perdón. Situación que resulta fundamental para mantener la paz en la comunidad (Ávila, 2016).

Como se ha visto, la infracción para los indígenas no es tomada como tal sino como una enfermedad o una desgracia. Por ello, existen varias formas de reparación y ritos de sanación que permiten la recuperación de la armonía con el ser humano, la familia, la comunidad y la naturaleza (Pacari, 2004).

Así, los caídos en desgracia, desde la concepción de la comunidad, están poseídos por malas energías por lo que los ritos de sanación que les imponen comprenden: ortigazos, latigazos, baño con agua fría, y cargar materiales de la madre tierra. Ritos que han sido vistos por la cultura eurocéntrica como violación a los derechos humanos y por ende a la dignidad inherente al hombre por ser tal (Ávila, 2016).

Los ritos y castigos son aplicados luego de concluir las diferentes etapas del proceso administrado por las autoridades indígenas.

Además, otras sanciones comprenden multas, devolución de objetos robados, indemnizaciones, trabajos comunales, reclusión en la casa comunal de hasta 24 horas. Aunque estas sanciones difieren de las aplicadas por la justicia ordinaria, son culturalmente válidas siempre que no vulneren derechos constitucionales (Ron, 2011).

Pero, para los indígenas la dignidad humana está asociada también a la comunidad. Desde su cosmovisión el ser humano es cuerpo físico, espiritual y astral, siendo parte también de una familia, de una comunidad y la naturaleza.

Desde este punto de vista, un ser humano es digno en la medida en que recupere su capacidad de articular su cuerpo físico con lo espiritual, y de esta manera vivir en paz con la comunidad, familia y naturaleza (García, 2012).

Para la cosmovisión indígena, la ortigada, el látigo y el agua fría cumplen la función de regulación de los canales energéticos del cuerpo físico que logran una armonía con el cuerpo espiritual. Es así que solamente cuando la comunidad considera que no es posible conseguir esa recuperación de la dignidad humana, procede a la expulsión que es una sanción excepcional y más grave, porque es una muerte comunitaria del individuo (Yamá, 2012).

Para comprender el sentido reparador de los ritos, tenemos como ejemplo el baño de agua fría. Se obliga al baño de todo el cuerpo y suele hacerse en las horas más frías de la mañana, sea en una fuente de agua cercana o sea mediante algún instrumento de transporte líquido. Su función ritual es limpiar la mala energía o llaki y físicamente enfría el cuerpo para luego recibir los azotes con el látigo y la ortiga cuyo calor le reanima y le permite recuperar el equilibrio de su energía interior (García, 2012).

Es así que, al aplicar estos ritos y sanciones se fortalecen los vínculos rotos por el cometimiento de una infracción y el culpable se purifica y se limpia. Por ello la pena no tiene como fin causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para sancionar al individuo y restablecer la armonía (Corte Constitucional de Colombia, T-523, 1997).

De esta forma, la intervención de las autoridades indígenas busca restaurar el equilibrio roto (Estermann, 1998). Equilibrio que se obtiene mediante la inclusión del infractor de vuelta a la comunidad y la satisfacción de la víctima (Brandt y Valdivia, 2007).

Los indígenas, no consideran como atentados a la dignidad humana la aplicación de éstas sanciones. Puesto que, los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas creen que las distorsiones surgen desde los medios de comunicación que tienen un tinte amarillista respecto de la justicia indígena y por esto la muestran como salvaje (Valle, 2012). A continuación, un testimonio que refleja esta posición:

Los medios de comunicación divulgan en contra de la aplicación de la justicia indígena, cuando esta no se ha aplicado en esas formas. Más bien si una persona se le hace ver, se le coge cuando han cometido errores, se le ha bañado, se le aconseja, se le ha ortigado. No es como ellos dicen: le torturan, están violentando los derechos, más bien en las cárceles cuando hacen la investigación, la policía es donde le torturan... porque yo conozco, por eso le digo, porque estuve en la cárcel. A una persona inocente le cuelgan de los pulgares a que declare, que dónde robó, que dónde mató. Son cosas injustas no... En vez de estar detenido ahí dos años, tres años ahí en la cárcel con los traficantes de drogas, con los traficantes de armas, cuatreritos, ahí todo en una reunión. No pues, eso no es rehabilitación, aquí en cambio en la comunidad esa nación, hay rehabilitación justa verdaderamente. Entonces yo creo que la aplicación nuestra es razonable y justa no (José Oswaldo Iza Chaco entrevistado por Lucía Yamá, La Toggla, 2011).

2.4.5. Derecho penal y justicia indígena

El testimonio da cuenta de que los miembros de los pueblos indígenas consideran que la privación de la libertad no es un método idóneo para solucionar un conflicto, y como

lo vimos anteriormente, la privación de la libertad en las comunidades indígenas es excepcional (Padilla, 2008).

Además, consideran que la justicia ordinaria no utiliza métodos eficaces de reparación y de reintegración del individuo que ha cometido un delito en la sociedad. Tampoco se encarga de velar por la armonía social puesto que el individuo al salir de la cárcel no ha tenido una adecuada rehabilitación y el estigma social crece (Encalada, 2012).

Es verdad que no existen estadísticas por parte de los organismos estatales, que comprueben que los ex convictos presentan mayores traumas tanto físicos como psicológicos al salir de un centro de rehabilitación.

Sin embargo, del resultado de diversas entrevistas realizadas tanto en los centros de privación de la libertad, como en talleres de diálogo, se colige que la privación de libertad causa perjuicios sociales y psicológicos irreversibles (Ávila, 2010). Así pues, la vida en la cárcel es muy difícil por las precarias condiciones en que viven y el hacinamiento que forma parte de la convivencia diaria, mucho más si se trata de un miembro de una comunidad indígena, puesto que su cosmovisión difiere en muchos sentidos de la nuestra (Ferrajoli, 2005).

Por ello, los indígenas que han salido de la cárcel manifiestan que cuando comparan la justicia indígena con la ordinaria, todos sin excepción prefieren la indígena. En este sentido analicemos un informe de investigación sobre la prisión, realizado por Ramiro Ávila para la Universidad Andina Simón Bolívar:

Consideran que la justicia ordinaria no investiga de forma adecuada, que no fueron escuchados y que tienen tanta presión que les tocó admitir la responsabilidad. Pero el dolor que sintieron pasó pronto, y el dolor físico se olvida. Creen que, aun siendo inocentes, si es que se cumplía la resolución indígena todo habría pasado ya y no tendrían más problemas en sus comunidades. Sin embargo, la justicia penal es mucho peor. La gente es autoritaria, se está lejos de la comunidad, el tiempo pasa lento y no se hace nada, nadie dice la verdad. El fiscal es mojigato, el rato menos pensado te saca el puñal (hacen referencia a la acusación por asesinato y a una posible pena de 12 a 16 años). “No hay nada bueno en la cárcel. Uno afuera aprende a volar, adentro de la cárcel le cortan las alas.” (Ávila, 2013).

Es importante resaltar que en la justicia indígena no existe sospechoso, procesado o condenado, la persona es parte de la comunidad y el problema es de toda la comunidad, no exclusivamente de la persona perjudicada (Brandt y Valdivia, 2007).

No obstante, la justicia indígena presenta algunos problemas como cualquier administración de justicia. Uno de esos problemas es el exceso en relación con la violación de derechos humanos. Así, cuando se castiga sin buscar la purificación se

ejerce la violencia o linchamientos. Pero, estos casos de violencia son solamente el 4.1% y se afirma que en un 90% no hay incompatibilidad con los estándares de derechos humanos (Brandt y Valdivia, 2007; Ávila, 2012). Otro problema es el de violencia intrafamiliar que no es resuelto de manera adecuado y se ha llegado a desarrollar un tipo de tolerancia ante los abusos (Valdivia, 2009).

Por último, resulta necesaria la formación de las autoridades judiciales e indígenas para establecer criterios de coordinación mínimos así como advertir la aplicación de las limitaciones normativas convencionales y constitucionales (Vintimilla, 2012).

2.4.6. Respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena.

Art. 171. "(...) 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. (...)" (Const., 2008, art. 171).

El respeto a las decisiones que merece la administración de justicia indígena será analizado con mayor detalle en el tercer capítulo que corresponde al análisis de tres casos hito que han marcado precedentes importantes al respecto.

Sin embargo, de lo estudiado hasta aquí sabemos que la autoridad indígena no solamente está reconocida como tal en su comunidad, sino también en la jurisdicción ordinaria (CONAIE, 2009).

No obstante, su autonomía no es respetada y ello es evidente. Pues, sus decisiones jurídicas tienen que ser remitidos a la justicia ordinaria como fuente última de validez y legitimación (Martínez, 2014).

La justicia ordinaria es admitida como el único sistema que tiene competencia jurisdiccional que puede y debe resolver los problemas que son "verdaderamente" importantes porque es exclusivamente ésta la que tutela derechos constitucionales (Grijalva; Exeni, 2012).

Asimismo, remarco que las decisiones estatales no han sido analizadas siempre desde el vector de los Derechos Humanos, y por consiguiente han vulnerado derechos especialmente de los miembros de comunidades indígenas.

Los administradores de justicia ordinaria en su interacción con los indígenas demuestran generalmente un trato despectivo. Cuando se dirigen a ellos, lo hacen con sarcasmo, como si fueran personas ignorantes, interrumpiendo sus intervenciones y realizando manifestaciones evidentes de desprecio (Encalada, 2012).

El racismo al pueblo indígena tiene consecuencias a gran escala porque impide el diálogo, la coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Ello debido a que, según los administradores de justicia ordinaria los indígenas no son capaces de resolver un conflicto mediante su sistema. Pero, éste apartado debe ser analizado para finalmente conocer si la justicia ordinaria ha logrado solucionar de mejor manera los problemas que se presentan en la sociedad y si la justicia indígena tiene resultados como sistema reparador y de reintegración (Ávila, 2013). Conjuntamente, realizando un análisis sobre el índice de reincidencia cometidos bajo el amparo de los dos sistemas jurídicos.

Sabemos que la justicia indígena está rodeada y supervisada por instituciones que la impactan de manera directa, por ejemplo: la Corte Constitucional (Grijalva, 2012).

Por ende, el reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su territorio y de acuerdo a sus tradiciones y costumbres, lleva implícita la facultad que tienen de dictar decisiones frente a los conflictos que surgen dentro de la comunidad indígena. Estas resoluciones por norma constitucional tienen el mismo carácter jurídico y fuerza vinculante que las sentencias expedidas por autoridades jurisdiccionales estatales. Por lo tanto, las decisiones indígenas surten efecto de cosa juzgada per se, debiendo ser obedecidas por las partes involucradas, consideradas por la comunidad y respetadas por las autoridades e instituciones del Estado (Ron, 2011).

El carácter vinculante que tienen las resoluciones indígenas impide que una vez emitidas sean nuevamente conocidas por cualquier otra autoridad indígena o estatal, en atención al principio de prohibición de doble juzgamiento, excepto por parte de la Corte Constitucional en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas (Vintimilla, 2012).

Ahora bien, para lograr entrever los dos sistemas de justicia como complementarios y recíprocos, se precisa un cambio de mentalidad y de actitudes racistas, etnocéntricas y discriminatorias. Éstos marcos no permiten análisis científico alguno y tampoco conocer y entender a las colectividades diversas. Ello demanda relaciones y elementos intersociales, interculturales, y multidisciplinarios que permitan construir sistemas lógicos estructurados (Sánchez, 2000).

Finalmente, es preciso decir que urge una norma que haga factible la cooperación entre los dos mundos jurídicos, pues las decisiones de las autoridades indígenas son definitivas y únicamente sujetas a control de constitucionalidad (Vintimilla, 2012)

2.4.7. Control de constitucionalidad de las resoluciones de la jurisdicción indígena.

Reconocido el carácter jurisdiccional de las resoluciones indígenas, deben ajustarse a las disposiciones constitucionales contenidas en la Carta Magna.

Para ello, la Corte Constitucional vigila las decisiones de la jurisdicción indígena a través de la acción extraordinaria de protección, estipulada en el artículo 94 de la Constitución de 2008:

Art. 94.-La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado (Const., 2008, art. 94).

Mediante esta acción, cualquier miembro de la comunidad indígena, a quien le sea impuesta una sanción, según las tradiciones de la comunidad, por contravenir normas internas, puede presentar una acción de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional si de alguna manera se siente perjudicado con la decisión (Baltazar, 2009).

El control de constitucionalidad, ejercido al amparo de esta acción, constituye un avance tanto en la defensa de los derechos humanos como en el reconocimiento de la justicia plural. En este sentido, el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone aspectos claves que rigen su aplicación:

Art. 65.- Ámbito.- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido. Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley (LOGJCC, 2009, art. 65).

En concordancia con los artículos citados, la Corte Colombiana ha establecido parámetros que han marcado una tendencia a nivel internacional. Esta Corte prohíbe mediante jurisprudencia que la justicia indígena juzgue delitos con pena de muerte,

tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes, esclavitud o servidumbre (Aranda, 2011).

En nuestro país, es deber de la Corte Constitucional respetar los siguientes principios y reglas: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía de las autoridades indígenas, debido proceso, oralidad, legitimación activa, acción verbal o por escrito, calificación, notificación, audiencia, opinión técnica, proyecto de sentencia, notificación de la sentencia, que no se violen derechos de las mujeres (LOGJCC, 2009, art. 66). Todos ellos contemplados en el artículo 66 de la misma ley.

De acuerdo con esta garantía reconocida desde la Constitución de 2008, cualquier miembro de una comunidad indígena puede presentar una acción de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, si siente que sus derechos han sido menoscabados.

Las autoridades indígenas susceptibles de vulnerar derechos con el contenido de sus decisiones, también están sometidas tal como ocurre con las autoridades jurisdiccionales estatales, al respeto irrestricto de las normas constitucionales y de derechos humanos (Ron, 2011).

Sin embargo, el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas no debe entenderse como una nueva instancia judicial para obtener una resolución favorable.

Por ello, resulta necesaria la coordinación y cooperación entre los dos tipos de justicia para efectos de obtener decisiones positivas. Así, el objetivo del control de las decisiones emitidas por autoridades indígenas es la protección de los derechos constitucionales como una respuesta eficaz e idónea al cambio de paradigma que vive el Ecuador, transformando el anterior Estado legal en el actual Estado Constitucional (Ávila, 2013).

La función legislativa ha retrasado la creación de la ley que establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre las justicias indígenas y estatal. Por ello, la Corte Constitucional ha retrasado la emisión de sentencias que deberían tender puentes interculturales entre los dos sistemas. Fenómeno que se evidencia con la inadmisibles dilación de la sentencia en el caso La Cocha 2, cuyo plazo para resolver

se venció en exceso (Primera propuesta de Proyecto de ley de funciones de justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador, 2001).

A pesar de todo, los casos que serán objeto de análisis en el presente trabajo de investigación evidencian la precaria aplicación del respeto a las decisiones de las autoridades indígenas y el control de constitucionalidad. Resultando urgente la creación de una ley de coordinación y cooperación entre los dos sistemas de justicia, respetando cada uno desde sus características y elementos para poder contribuir a la construcción de un Estado plurinacional e intercultural.

2.4.8. Mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Es mandato constitucional la creación de una ley que establezca herramientas y mecanismos que ayuden a resolver los conflictos de competencia material, territorial entre la jurisdicción ordinaria y la indígena (Vintimilla, 2012).

Así, la justicia indígena, pese a ser reconocida de igual forma a la administración de justicia ordinaria, carece de normas procedimentales para su coordinación y cooperación lo cual constituye por sí misma un peligro a la exigibilidad de este derecho.

De esta forma, subsiste el vacío normativo de la derogada Constitución de 1998 que remitía la compatibilidad de los sistemas de justicia a la ley, igual sucede con la Constitución de 2008 que deja a la ley la coordinación y compatibilidad entre la jurisdicción indígena y ordinaria (Caicedo, 2012).

Algunos países, como Bolivia, han denominado a esta norma de coordinación y cooperación como “Deslinde Jurisdiccional”. Pero, en nuestro caso no se habla de limitación sino coordinación y cooperación. Es decir, una ley que regule la relación inter sistémica entre los ordenamientos normativos indígenas y derecho denominado ordinario.

Conviene revisar algunos aspectos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional Boliviana, ya que si bien está claro que en nuestro país no se trata de limitar el derecho indígena sino de establecer diferentes mecanismos para lograr una integración de los dos sistemas jurídicos, ésta ley ha sido un referente en la materia a nivel de América Latina.

2.5. Ley de deslinde jurisdiccional en Bolivia

En el año 2010, fue promulgada en Bolivia la Ley del Deslinde Jurisdiccional, aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional, cuyo objetivo era blindar a la justicia ordinaria para impedir futuras extralimitaciones de la justicia indígena (Viceministerio de Justicia Indígena Originaria Campesina, 2009).

La ley de Deslinde Jurisdiccional constituye un punto crítico respecto al avance real del pluralismo jurídico en el nuevo Estado, toda vez que se fundamenta en el establecimiento de límites a la jurisdicción indígena, reduce su ámbito de vigencia material, llevando a la justicia indígena a un proceso de desconstitucionalización (Santos, 2010).

Es así que esta ley consta de 17 artículos y tiene como principio el pluralismo jurídico con igualdad jerárquica, entendido como el respeto y garantía de la coexistencia de los diferentes sistemas jurídicos, en igual jerarquía, dentro del Estado plurinacional. Pero, este principio contemplado en el artículo 4 de dicha ley se encuentra en contraposición con el artículo 10 de la misma ley, que establece el respeto a la Madre tierra pero reservado únicamente para los pueblos y nacionalidades indígenas y no para todos los habitantes de Bolivia. Contraviniendo así, la plurinacionalidad y la interculturalidad de todos los pueblos que habitan este país (Ley de Deslinde Jurisdiccional, 2010).

De igual manera el artículo 7 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional reconoce la potestad de los pueblos y nacionalidades indígenas originarios y campesinos de administrar justicia de acuerdo a sus costumbres. Pero, al definir el ámbito de vigencia de éste artículo los siguientes cuatro artículos la aplican solamente a la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. De esta forma ignoran la diversidad de justicias indígenas que existen y conviven en Bolivia atropellando la interculturalidad (Grijalva, 2012; Exeni, 2012).

Es importante remarcar además que el artículo 11 de la ley en cuestión establece que la vigencia de la jurisdicción indígena originaria campesina se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se producen dentro de la propia jurisdicción (Ley de Deslinde Jurisdiccional, 2010).

La ley de deslinde jurisdiccional es cuestionada porque no establece mecanismos de coordinación y cooperación entre jurisdicciones en términos igualitarios. Sino que limita los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, y en contra del pluralismo jurídico la subordina a la justicia ordinaria (Grijalva, 2012; Exeni, 2012).

2.6. Proyecto ecuatoriano

Respecto a la necesidad de crear una ley de cooperación y coordinación de los dos sistemas jurídicos en Ecuador, Enrique Ayala Mora dice lo siguiente:

Se debe dictar una ley sobre administración de justicia indígena, no solamente porque está mandado en la Constitución, sino porque reconoce una realidad que por siglos hasta hoy se ha dado entre los pueblos indígenas del país. No estamos inventando ninguna norma, no estamos dando ningún derecho a nadie. Al discutir esta ley, estamos simplemente reconociendo que existe, poniéndole límites, dándole más garantías para que funcione y tratando de que sea compatible con el sistema jurídico ecuatoriano (Ayala, 2011, p. 105).

Por ello, el proyecto ecuatoriano, debería considerar tres aspectos fundamentales, los cuales se analizará a continuación.

2.6.1. Mecanismos

Los mecanismos constitucionales son medios o procesos que los dos sistemas jurídicos deben integrar para la administración de la justicia efectiva. Responden a la necesidad de disposiciones administrativas o institucionales, la existencia de normas jurídicas, certeza en los momentos procesales y el conocimiento mínimo de los usuarios y operadores jurídicos de lo que significa interculturalidad, inter legalidad y aplicación de los derechos humanos (Vintimilla, 2012).

Éstos mecanismos son:

2.6.1.1. Normativos.

Regulan las relaciones de coordinación y cooperación entre los diversos sistemas indígenas y la administración de justicia ordinaria. Al respecto, se deben considerar varias normas: la Constitución, Instrumentos internacionales, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el reglamento para la sustanciación de procesos constitucionales. Ello, con el fin de que tanto los administradores de justicia indígena como de justicia ordinaria tengan claro su rol y misión en el manejo de conflictos y en la defensa de los derechos constitucionales (Vintimilla, 2012).

2.6.1.2. Mecanismos institucionales.

Son las herramientas que cada entidad pública o comunitaria debe considerar para que el pluralismo jurídico no sea solamente teórico normativo sino práctico.

Por ello, el Consejo de la Judicatura que es el encargado de promover la justicia intercultural y determinar los recursos, debería desarrollar prácticas públicas interculturales donde se puedan incorporar principios, criterios y objetivos para su real cumplimiento (Ariza, 2010).

También se debe formar de manera integral a los operadores judiciales y comunitarios, pues así lo dispone el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ, 2009).

2.6.1.3. Mecanismos procesales.

Relacionados a la intervención procesal o judicial de los jueces ordinarios como de las autoridades indígenas. Así, las pautas de coordinación y cooperación deben resolver el establecimiento de criterios y reglas para definir y resolver los conflictos de competencia, definición de los ámbitos de justicia indígena, y los llamados límites o fronteras (Yrigoyen, 1999).

Dicho esto, es importante contar con los tres mecanismos que harían efectiva la coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurídicos. Estos mecanismos se regirían por el diálogo intercultural y la convivencia plurinacional, cristalizando el pluralismo jurídico vigente en nuestro país.

2.6.2. Principios de la ley de coordinación y cooperación

La ley de coordinación y cooperación, que debe crearse en Ecuador, debe guiarse por algunos principios importantes para que los dos sistemas jurídicos se integren, sin que uno se tenga como superior a otro. Asimismo, los principios son importantes ya que deben ser respetados por los administradores de los dos sistemas jurídicos, a saber:

2.6.2.1. Principio de interculturalidad:

Éste principio lo contempla el Código Orgánico de la Función Judicial y establece que: en toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de la justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos los servidores de justicia perseguirán el verdadero sentido de las normas de conformidad a la cultura a la que pertenezca el participante (COFJ, 2009, art. 24).

2.6.2.2. Principio de aplicación directa de la Constitución.

Al respecto la Constitución es clara en su artículo 11.3, estableciendo que todos los derechos y garantías establecidas en la Carta Magna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse de manera directa e inmediata (Vintimilla, 2012).

2.6.2.3. Principio de respeto de los derechos constitucionales.

Se orienta a respetar las garantías constitucionales básicas como el debido proceso, evitar la violencia contra las mujeres. Buscando el respeto irrestricto de los derechos humanos que se transforman en parámetros para la administración de justicia (Vintimilla, 2012).

2.6.2.4. Pluralismo jurídico.

Como ya lo habíamos analizado, es la convergencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo país (Trujillo, 2010).

2.6.2.5. Igualdad entre jurisdicciones y autonomía.

A pesar de las diferencias entre los dos sistemas jurídicos, ambas tienen la misma protección e igual jerarquía sin que ningún sistema jurídico quede sometido al otro (Poveda, 2009).

2.6.2.6. Diversidad.

Según la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se debe reconocer la diferencia cultural siendo la base para una interpretación intercultural.

2.6.2.7. Prohibición de doble juzgamiento.

Es el principio non bis in ídem, es decir, una vez que un asunto ha sido conocido y resuelto por una autoridad indígena, ningún juez u operador de justicia ordinaria podrá conocer ese caso, pues ya fue juzgado, y en caso de hacerlo debe enfrentar una sanción conforme lo dispone la ley (Vintimilla, 2012).

Todos estos principios deben regir la creación de una ley de coordinación y cooperación en nuestro país. De hecho, existen algunos proyectos de coordinación y cooperación que se han presentado; sin embargo, ninguno ha sido aprobado hasta la actualidad.

Ello sucedió, una vez que la Constitución de 2008 entró en vigencia, hubo la iniciativa de actores públicos, cooperación internacional y sociedad civil, sin dejar de lado a las mismas organizaciones indígenas, se han preparado varios proyectos de ley de coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurídicos.

Así tenemos:

- El primer proyecto denominado “Ley Orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” redactado y presentado por la asambleísta Lourdes Tibán el 3 de febrero de 2010, siendo calificado por el Consejo de Administración legislativo el 1 de junio de 2010 (Tibán, 2010).
- El segundo proyecto es el llamado “Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria”, trabajado durante la presidencia de la asambleísta María Paula Romo hasta julio de 2011 (Romo, 2011).
- En el año 2011, se presenta otro proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los dos sistemas de justicia, conocido como Proyecto Mauro Andino (Vintimilla, 2012).
- El cuarto proyecto es el elaborado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en coordinación con el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural, gracias al auspicio de las Naciones Unidas. El anteproyecto fue desarrollado con una metodología participativa (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2012).
- El último proyecto fue elaborado por el Consejo de las Nacionalidades y Pueblos indígenas del Ecuador (CODENPE), se denominó de la misma forma “Ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” (Vintimilla, 2012).

Entendemos que se han creado algunos proyectos de coordinación y cooperación de los dos sistemas de justicia. No obstante, para que se apruebe alguno de ellos es necesario realizar una consulta previa, tal como lo establece el artículo 57 de la Constitución de 2008:

Art. 57.- (...) 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. (...). (Const., 2008, art. 57).

En concordancia con lo que establece la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pues es indispensable el consentimiento previo informado, ya que es deber de los Estados celebrar consultas y cooperar de

buena fe con los pueblos indígenas interesados para tener sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus territorios y otros recursos (Pacari, 2009).

Sin embargo, debido a todos los casos que se han presentado se hace indispensable un debate nacional sobre una consulta previa para la promulgación de una ley de coordinación y cooperación.

En el siguiente capítulo, veremos la falta de existencia de ésta ley ha generado la vulneración de derechos por parte de las entidades estatales a miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas.

A través de los casos: La Cocha 1, La Cocha 2 y el caso Saraguro, la administración de justicia ordinaria y el control constitucional ha resultado ineficiente. A pesar de que la Corte Constitucional está llamada a cumplir un papel fundamental velando por el respeto irrestricto a los derechos humanos, se ve a continuación que ello no sucedió, debido a que no existe jurisprudencia obligatoria para delimitar lo estipulado en el artículo 171 de la Constitución de 2008 (Poveda, 2009).

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE CASOS

Los casos materia de este capítulo, serán analizados a partir de los precedentes jurisprudenciales que ha definido la Corte Constitucional en los que se evidencia los problemas de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

3.1. La Cocha I

3.1.1. Antecedentes

La Cocha es una comunidad indígena kichwa, perteneciente a la parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, cuenta con aproximadamente 8.000 habitantes (Ávila, 2016). Es una de las zonas más altas de la Sierra ecuatoriana, su altura es de aproximadamente 3.400 metros sobre el nivel del mar (Ugsha, 2013).

Las autoridades electas en esta comunidad son relativamente nuevas, pues, se introducen a raíz de que la comunidad adquiere personería jurídica, esto es cuando se constituye como Comuna en el año de 1967 (Llásag, 2012).

Los procesos de conciliación, reparación y juzgamiento en la Cocha, erigidos contra los culpables de una infracción, son administrados por la Asamblea Comunal, conformada por todos los miembros de la comunidad o comunidades vecinas, en caso de que los implicados pertenezcan a ellas.

Los conflictos que resuelven los miembros de la comunidad y el cabildo o la directiva son aquellos que consideren graves, o cuando el cabildo o la directiva no han podido resolver el caso (Llásag, 2012).

Algunos casos graves como la muerte, son sometidos al Cabildo de la Comunidad “Cocha Centro”, en coordinación con la directiva de la Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de la Cocha, en adelante: UNOCIC (Ugsho, 2013), resuelven en Asamblea General de todos los 14 sectores, como se procedió en el acaso la Cocha I, suscitado en el año 2002 (Llásag, 2012).

3.1.2. Hechos de la resolución nº 0002-2003-CC de la Corte Constitucional

Este es un caso de homicidio cometido el 21 de abril de 2002, en la personalidad del indígena Maly Latacunga, perpetrado por los señores: Nicolás Cuchiparte Chiguano, Juan Manuel Cuchiparte Umajinga y Jaime Cuchiparte Guamangate (Grijalva, 2012). Luego de una fiesta de bautizo y bajo los efectos del alcohol, los tres comuneros discuten con un anciano en la comunidad, le golpearon con un destornillador, un tubo

y una piedra (Ron, 2011). Al poco tiempo, el anciano pierde la conciencia y horas más tarde fallece (Ávila, 2016).

Ante este suceso y por pedido de los familiares de los infractores, las autoridades de la Cocha convocaron a una asamblea general para juzgar la tristeza o llaki, termino quichua con el que se denomina la infracción (Ron, 2011).

La asamblea general resolvió tres tipos de sanciones para los involucrados, sanciones pecuniarias que comprendían el pago de USD 6,000 como compensación a la viuda embarazada y sus hijos; un castigo físico ritual mediante el que pidieron disculpas a la comunidad mostrando los objetos con los que causaron la muerte del comunero. Además, como parte del castigo tuvieron que caminar descalzos llevando piedras en sus espaldas, recibieron latigazos, una purificación con un baño medicinal que incluía ortiga y agua helada, y expulsión de la comunidad durante dos años (Caselli, 2009).

A pesar de que el juzgamiento se había llevado a cabo por parte de las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha en uso de sus legítimas facultades constitucionales, la justicia estatal consideró que en un caso tan grave como este, que implicaba la muerte de una persona, solamente podía ser juzgado por el Estado (Ron, 2011).

El Fiscal de Cotopaxi, al conocer este acontecimiento a través de los medios de comunicación inició una investigación y luego una instrucción fiscal por la cual se ordenó la prisión preventiva de los tres implicados.

En etapa de juicio, el proceso penal fue sustanciado por el juez penal de Cotopaxi, Carlos Poveda Moreno quién argumentó:

De acuerdo al artículo 18 de la Constitución de la República del Ecuador, no puede alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por estos hechos o para negar el reconocimiento de sus derechos. (...) Además, de acuerdo al artículo 24 numeral 16 de la Constitución del Ecuador no es posible juzgar por segunda vez a los señores Nicolás Cuchiparte Chiguano, Juan Manuel Cuchiparte Umajinga y Jaime Cuchiparte Guamangate por hechos que ya fueron juzgados por las autoridades de la justicia indígena en Asamblea General, de acuerdo al principio *non bis in ídem* (Poveda, juicio número 630-2002, 2002).

Así, el juez Poveda Moreno resuelve declarar la nulidad del proceso, por cuanto ya había sido juzgado por las autoridades de la justicia indígena.

Sin embargo, el Fiscal apeló la decisión y mediante una nueva resolución el juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi José Luis Segovia Dueñas, determinó que

las autoridades indígenas de la Cocha no eran competentes para juzgar un delito de muerte y declara culpables a los tres implicados en un juicio penal. Negando así la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas para emitir sentencias en resolución de sus conflictos, y desconociendo lo que establecía el artículo 191 de la Constitución de 1998 (Llásag, 2011).

Mediante esta actuación procesal el juez Segovia Dueñas vulnera el principio “*non bis in ídem*” que prohíbe el doble juzgamiento por los mismos hechos. Principio consagrado el artículo 24 de la Carta Magna de 1998 (Poveda, 2010).

Se plantea un conflicto de competencias ante el entonces Tribunal Constitucional (Grijalva, 2012), presidido por el Dr. Oswaldo Cevallos Bueno. Recurso interpuesto por los dirigentes de la comunidad La Cocha, quienes solicitan que sean dirimidas las competencias, argumentando que el Tribunal Constitucional está facultado para ejercer el control de constitucionalidad (Ugsho, 2012).

El Tribunal Constitucional conoce la causa y mediante resolución Nro. 0002-2003-CC de 17 de junio de 2003 se declara incompetente para resolver el conflicto aduciendo que no era realmente un conflicto de competencias, todo ello mediante una motivación escueta e inapropiada de un Tribunal Constitucional (Grijalva, 2012), pues no existe un análisis de fondo. La resolución se limitó a reproducir los argumentos de los accionantes y otros involucrados, para luego resolver no resolver (Grijalva, 2012).

Finalmente, el caso prescribió, debido a que transcurrieron más de ocho años desde aquel acontecimiento, quedando un sabor amargo para el sistema de justicia ordinario y un conflictivo caso al interior de la comunidad (Poveda, 2010).

3.1.3. Análisis del caso

El análisis del presente caso tiene como objetivo establecer si la resolución N° 0002-2003-CC, vulneró el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas y a su propia justicia, de conformidad a la Constitución 1998 y a los Tratados Internacionales.

La justicia indígena había conocido y juzgado el delito de homicidio cometido contra la personalidad de Maly Latacunga. Sin embargo, no se respetó el contenido normativo del Convenio 169 de la OIT, que impone a los Estados el deber de garantizar y respetar la autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Este Convenio fue ratificado por el Ecuador en 1989, por ende es un deber del Estado respetar y aplicar sus disposiciones. En el caso *sub judice*, especialmente lo que establecen los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 en los que se garantiza el respeto de la

autonomía, formas de administración de justicia y prácticas culturales de los pueblos y nacionalidades indígenas.

No obstante, la primera medida cautelar impuesta por la justicia ordinaria fue la privación de libertad de los procesados indígenas, sin tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, vulnerando la disposición número 10 del Convenio 169 de la OIT.

De la misma manera, en la resolución del extinto Tribunal Constitucional los jueces al declararse incompetentes vulneran lo establecido en los artículos 1, 16, 18, 24, 163 y 191 de la Constitución de 1998, que ratifican el contenido del Convenio 169 de la OIT sobre el respeto y garantía de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, sobre su autodeterminación, formas de administración de justicia y diversidad cultural.

De conformidad a los artículos constitucionales mencionados en el párrafo anterior, constituía un deber del Tribunal Constitucional respetar y hacer respetar los derechos humanos reconocidos en Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Estado que son de directa e inmediata aplicación.

Por ello, en el caso *sub judice* el Tribunal Constitucional debía tener en cuenta la vulneración de la garantía de prohibición de doble juzgamiento contenida en el artículo 24 numeral 16 de la Constitución de 1998, puesto que la justicia ordinaria al no considerar este derecho vulneró esta disposición constitucional.

3.2. La Cocha II

3.2.1. Hechos de la Sentencia N° 113-14-SEP-CC

El 9 de mayo de 2010, mientras se llevaba a cabo una fiesta de matrimonio, aproximadamente a las 19h30 muere de asfixia por estrangulamiento el señor Marco Antonio Olivo Pallo, en el parque central de la parroquia Zumbahua. La víctima fue atada del cuello con su propio cinturón y colgado en una de las verjas del parque en donde lo encontraron sin vida (Ron, 2011).

Posteriormente, el primo de la víctima Klever Cununay lo trasladó al Hospital Claudio Benatti, en donde se confirma su deceso (Ávila, 2016).

El lunes 10 de mayo de 2010, las autoridades indígenas de la Cocha fueron informadas del caso por parte de los familiares del fallecido, quienes señalaron como sospechosos a los “*rockeros de Guantopolo*”, un grupo de jóvenes oriundos de esa comunidad (Llásag, 2012).

Los familiares de la víctima, los parientes de los presuntos infractores y las autoridades de Guantopolo, solicitaron a las autoridades de la comunidad La Cocha su intervención en el asunto como jueces. Así, amparados en el artículo 171 de la Constitución de 2008 y el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades de la Cocha y los dirigentes de la organización UNOCIC aceptaron la jurisdicción y competencia para conocer el caso (Dorado, 2016).

En las investigaciones en las que participaron los involucrados, sus familiares, dirigentes, y comuneros, se declaró como culpables del cometimiento de la infracción a los señores Flavio Hernán e Iván Candelejo Quishpe; Wilson Ramiro y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga, en calidad de cómplices; y como autor material al señor Manuel Orlando Quishpe Ante (Caicedo, 2012).

Las sanciones impuestas por la Asamblea General de las comunas y comunidades de La Cocha, Zumbahua y la UNOCIC el 16 de mayo de 2010, fueron las siguientes: una indemnización de cinco mil dólares a favor de la familia del fallecido; prohibición de participar y asistir a fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por un período de dos años; expulsión de los infractores de la comunidad por dos años y rehabilitación por parte de familiares; baño de agua y ortiga por treinta minutos; cargar un quintal de tierra desnudos y vuelta a la plaza central; y latigazos por parte de los dirigentes de las comunidades (Tibán, 2011).

La Asamblea General se reinstala el 23 de mayo de 2010, y se fijan las sanciones para el autor directo Orlando Quishpe (Poveda en Taller de Derecho Constitucional en Universidad Andina Simón Bolívar, 2016). A fin de legitimar el juzgamiento, la Asamblea permite el ingreso de medios de comunicación y aproximadamente 4.000 comuneros. Las sanciones impuestas para Orlando Quishpe fueron las siguientes: vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra desnudo; pedir perdón a los familiares del fallecido y a la Asamblea General; baño de agua helada y ortiga por cuarenta minutos; consejos por parte de los dirigentes indígenas; trabajo comunitario por cinco años; y finalmente indemnización a la madre del difunto con mil setecientos cincuenta dólares (Llásag, 2012).

Una vez concluido el proceso de juzgamiento por parte de la Asamblea General y la aplicación de las sanciones a los responsables del acto que causó el quebrantamiento de la armonía de la comunidad, el caso se dio por juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos ancestrales (Ron, 2011).

Sin embargo, el Dr. Washington Pesantes, en ese entonces Fiscal General de la Nación, consideró que las autoridades indígenas no eran competentes para resolver los casos que implican muerte (Ávila, 2016). Por ello, ordena el inicio de dos investigaciones, una para determinar la existencia del delito de asesinato y sus responsables, y otra para establecer la responsabilidad de las autoridades en los presuntos delitos de plagio y torturas a los involucrados en la muerte de Marco Olivo Pallo (Ávila, 2012).

El 28 de mayo de 2010 el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi, consideró que existe evidencia suficiente para imputar a los presuntos infractores el cometimiento del delito contra la vida e iniciar una Instrucción Fiscal, ordenando prisión preventiva en contra de los cinco involucrados en el caso la Cocha, quienes se entregaron voluntariamente, ante la justicia ordinaria (Jaramillo, 2014).

Fueron apresados y en esas circunstancias rinden sus declaraciones que sirven posteriormente como fundamento para que se dicte auto de llamamiento a juicio en su contra, por el delito de asesinato, y auto de inicio de instrucción fiscal y orden de prisión preventiva en contra de las autoridades indígenas de la Cocha por el presunto delito de plagio, aduciendo que los infractores estuvieron detenidos en una comunidad y que para su liberación se solicitó el pago de una suma de dinero (Ron, 2011).

Los dirigentes Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquiza, Blanca Yolanda Mejía Umajinga y José Ricardo Chaluisa Cuchiparte, fueron aprehendidos bajo la orden de prisión preventiva, el 4 de junio de 2010. Por ello, Carlos Poveda Moreno y Raúl Illaquiche Licta, en calidad de abogados defensores de las autoridades indígenas, presentaron una acción de amparo de libertad ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi (Poveda en Taller de Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016).

En el acta de audiencia de amparo de libertad, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, ordenó la libertad de las tres autoridades indígenas, debido a que encontró una marcada contradicción en la exposición del Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi quien se declara competente para ordenar la medida de prisión preventiva en contra de las autoridades indígenas, pero a la vez incompetente al manifestar la duda sobre si debía o no conocer el proceso tramitado contra los infractores del caso La Cocha II.

3.2.2. Acción Extraordinaria de Protección 0731-2010-EP

Con estos hechos, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del occiso y en calidad de legitimado activo decide interponer una Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional, designando como sus abogados patrocinadores al ex juez Carlos Poveda Moreno y Raúl Illaquiche (Jaramillo, 2014).

Esta Acción Extraordinaria de Protección signada con el número 0731-2010-EP, fue interpuesta de conformidad al trámite de control constitucional sobre las decisiones tomadas por parte de la justicia indígena, determinado en el artículo 171 de la Constitución de 2008 (Ron, 2011).

Acción que fue resuelta por la Corte Constitucional mediante sentencia número 113-14-SEP-CC, expedida en el Suplemente del Registro Oficial N° 323 con fecha 1 de septiembre de 2014.

El legitimado activo solicita que la Corte Constitucional se pronuncie acerca de nueve puntos: 1.- Si las autoridades indígenas podían o no conocer el proceso por homicidio del señor Marco Antonio Olivo Pallo; 2.- Si la resolución de las autoridades indígenas ha sido impuesta de conformidad al artículo 171 de la Constitución del Ecuador y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial; 3.- Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación a los derechos humanos; 4.- Si las autoridades indígenas cometieron el delito de plagio; 5.- Si los miembros de las comunidades indígenas deben someterse a la jurisdicción indígena o su jurisdicción es voluntad de las partes; 6.- Si una vez que el caso ha sido conocido por las autoridades indígenas, debe o no interferir la justicia ordinaria; 7.- Si es o no procedente que los cinco involucrados que ya fueron juzgados por la justicia indígena estén encarcelados y sometidos a un doble juzgamiento; 8.- Cuáles son los mínimos jurídicos para la aplicación de la jurisdicción indígena; 9.- Si las autoridades de la Corte Nacional pueden interpretar y limitar el derecho a la justicia indígena (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014).

Además, solicita la suspensión de los procesos judiciales estatales iniciados, la inmediata libertad de los cinco jóvenes, y la suspensión en la adopción de cualquier resolución interpretativa sobre jurisdicción indígena por parte de la Corte Nacional de Justicia (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014).

El 16 de junio de 2010, comparecen los infractores patrocinados por 3 defensores públicos de origen mestizo, presentando una impugnación a la acción extraordinaria de protección, manifestando que es ilegal, absurda e infundada (Ávila, 2016). Argumentaron que las resoluciones indígenas vulneraron su integridad física y sexual,

mediante torturas; y que hubo una violación al debido proceso por no haber sido el procedimiento de juzgamiento público sino en una audiencia a puerta cerrada impidiéndoles ejercer su derecho a la defensa (Ron, 2011).

El 12 de agosto de 2010, la Corte Constitucional, avoca conocimiento de la causa 0731-2010-EP y admite a trámite la acción presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, pero no la impugnación de los cinco infractores, debido a que no aclararon lo dispuesto por la Corte Constitucional, respecto a cuál es la decisión específica con la que están en desacuerdo (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014).

El 8 de octubre de 2010, los cinco infractores comparecen presididos de un abogado defensor diferente a los anteriores, con el fin de dejar sin efecto la oposición presentada a la acción extraordinaria de protección, manifestando que anteriormente estuvieron mal asesorados por los defensores públicos (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014).

La audiencia se celebró el 14 de octubre de 2010. Los abogados defensores del legitimado activo se afirman y ratifican en la acción extraordinaria de protección, haciendo énfasis en que la justicia indígena actuó con estricta observancia a la Constitución en el momento de conocer y sancionar el hecho. Además, alega que la intromisión de la justicia occidental ha evitado la debida ejecución de la sanción impuesta (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014).

En la misma audiencia, las autoridades de La Cocha, en calidad de legitimados pasivos, señalan que su actuación ha sido apegada a la Constitución y que no se ha atentado contra los derechos de los implicados. Además, sostienen que la justicia indígena ha sido reconocida por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el Código Orgánico de la Función Judicial (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014).

Los procesados, por medio de su abogado defensor, afirmaron en esta audiencia estar de acuerdo con la justicia indígena impuesta en su contra, por lo que ya han sido juzgados y sancionados y, por tanto la justicia ordinaria no puede volver a conocer la causa debido a que se contrapone con la disposición constitucional 76 numeral 7, literal i de la Carta Fundamental, norma que será analizada en lo posterior.

Previo a emitir el fallo, la Corte Constitucional solicitó la ayuda de los peritos Ester Sánchez Botero y Pedro Torres, a fin de que presente un análisis cultural en el campo de la antropología jurídica que les permita a los jueces comprender mejor asuntos

indígenas que no son sencillos vistos desde la perspectiva occidental (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014).

Posteriormente, la Corte Constitucional resolvió agrupar las pretensiones del accionante, con el fin de: 1. Indagar acerca de la habilitación constitucional y convencional de la autoridad indígena para conocer y resolver el caso; 2. Examinar la constitucionalidad y convencionalidad del proceso y las decisiones adoptadas, dilucidando los elementos que configuran la naturaleza obligatoria de la justicia indígena para los miembros de la Comunidad; y 3. Concluir con un análisis sobre la legitimidad de las actuaciones de las instituciones y autoridades públicas, en el presente caso. Sobre la base de estos parámetros, la Corte Constitucional se planteó los siguientes problemas jurídicos (Dorado, 2016):

I.- ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

II.- ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la Comunidad Indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen?

Como podemos observar, los problemas jurídicos que determina la Corte Constitucional no son concretos. En el primer problema la pregunta es compuesta y muy amplia en su contexto, y el segundo problema el tema del respeto a la comunidad es muy vago, pudiendo ser interpretado desde diversas perspectivas.

Para poder resolver un caso complejo como éste la Corte debe tener un conocimiento más completo de los intereses en juego, por ello trata de llegar a optimizaciones de los derechos contrapuestos en el caso (Medina, 2013).

3.2.3. Resolución final.

La Corte Constitucional resuelve el caso número 00731-2010-EP, en sentencia número 113-14-SEP-CC, concluyendo y disponiendo lo siguiente:

I.- No se han vulnerado derechos constitucionales ni en el ejercicio de la administración de justicia indígena, ni por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014, p. 34 y 35).

II.- La Asamblea General Comunitaria del Pueblo Kichwa Panzaleo es la autoridad indígena competente para resolver los conflictos internos que atañen a su territorio (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014, p. 34 y 35).

III.- La Asamblea General Comunitaria del pueblo Kichwa Panzaleo cuando conoció el caso de muerte estudiado, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esta muerte provocó en la comunidad estableciendo diversos niveles de responsabilidad entre los responsables y sus respectivas familias.

El ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que la Corte declara que no se ha configurado el doble juzgamiento (Dorado, 2016; Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014, p. 34 y 35).

IV.- De conformidad con los artículos 11 numeral 8 y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:

- a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atentan contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios (Sentencia N° 113-14-SEP-CC, 2014).

Esta disposición de la sentencia ha violentado los límites de la competencia que establece el Código Orgánico de la Función Judicial, así como también el artículo 171 de la Corte Constitucional que establece que se respetarán las decisiones de las autoridades indígenas.

Pues, en este caso la Corte Constitucional sin más argumentos que los subjetivos, ha decidido marcar esta línea jurisprudencial que no guarda relación con los preceptos constitucionales ni los contenidos en los tratados internacionales sobre el respeto a la autodeterminación y formas de justicia propios de los pueblos y nacionalidades indígenas.

- b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT (Sentencia N° 113-14-SEP-CC, 2014).

Esta disposición es opuesta a la disposición contenida en el literal a), puesto que si las autoridades de la justicia penal ordinaria aplican lo que establece el Convenio 169 de la OIT, deberían respetar la jurisdicción indígena y no interferir con la administración de su justicia.

- c) Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte de motivación de la sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos (Sentencia N° 113-14-SEP-CC, 2014).

V.- El Consejo de la Judicatura debe difundir esta sentencia a todos los operadores de justicia relacionados. Siendo deber de la institución diseñar una política apropiada para lograr una implementación efectiva, administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional (Corte Constitucional del Ecuador, 113-14-SEP-CC, 2014, p. 34 y 35).

Sin duda, es una sentencia hito, por ello ha sido ampliamente debatida al interior de la Corte, debido a su importancia estructural (Medina, 2013). Por esta razón, como se verá a continuación se suscita un voto salvado en el caso del magistrado Marcelo Jaramillo Villa como disidente.

3.2.4. Voto salvado

El juez Marcelo Jaramillo Villa, expresa su desacuerdo con el voto de mayoría y resume su fundamento en los siguientes términos:

La Constitución ecuatoriana define a nuestro Estado como constitucional, de derechos y justicia, intercultural y plurinacional. Siendo así que para implementar estos valores, se reconoció un capítulo destinado a reconocer los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como su derecho a aplicar la justicia indígena sobre la base de su derecho propio y tradiciones ancestrales, dentro de su ámbito territorial y para la solución de sus conflictos internos (Jaramillo, 2014).

Además, en el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana se establece que el Estado garantizará que las decisiones de la justicia indígena deben ser respetadas por todas las instituciones y autoridades públicas (Const., 2008; art. 171).

A partir de ello en Ecuador se ha ido estableciendo el pluralismo jurídico, para lo cual el legislador también incluyó el reconocimiento de las atribuciones jurisdiccionales de

las autoridades indígenas en la normativa infra constitucional (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, arts. 344 y 345; Código de Procedimiento Civil, 2008, art. 5; Código Orgánico Integral Penal, 2012, art. 5: 9).

De acuerdo al criterio del juez Marcelo Jaramillo Villa, las autoridades indígenas del caso N° 731-2010-EP, conocieron y juzgaron la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo a partir de una interpretación directa y literal de la Constitución y del Convenio 169 de la OIT. Según lo determinaron las autoridades el caso se encontraba dentro de los presupuestos constitucionales previstos en el artículo 171, esto es:

1. El señor Marco Olivo Pallo, era miembro del pueblo Kichwa Panzaleo de la parroquia de Zumbahua, provincia de Cotopaxi (Jaramillo, 2014).
2. Los autores de la infracción son miembros del pueblo Kichwa Panzaleo la parroquia de Zumbahua, provincia de Cotopaxi.
3. La muerte de la víctima ocurrió dentro del territorio de la comunidad indígena.
4. Se trataba de un conflicto interno de la comunidad.

Es así que el juez Jaramillo Villa concluye que la comunidad respetó el debido proceso dentro del ejercicio de su derecho propio, y garantizó la seguridad jurídica de las partes involucradas, además conoció, investigó, juzgó y sancionó oportunamente la muerte ocurrida dentro de su territorio y que afectó directamente al equilibrio de su la comunidad (Sanchez, 2011; Torres, 2011).

Marcelo Jaramillo Villa estableció además que el procedimiento de sanción de justicia indígena, contó con la aprobación y consentimiento de todos los involucrados, incluyendo los acusados. Todos se comprometieron a respetar la decisión de las autoridades indígenas. Por ello, la acción extraordinaria de protección presentada por el hermano de la víctima no estaba conforme con la decisión de las autoridades de justicia indígena sino con la falta de ejecución de la decisión y con lo actuado por las autoridades de justicia ordinaria considerando que al haber iniciado acciones dentro de la justicia ordinaria, han irrespetado y desconocido las decisiones legítimas de la jurisdicción indígena (Jaramillo, 2014).

Es preciso citar el siguiente fragmento del fundamento motivado del voto salvado por el juez Jaramillo Villa:

“El hecho de que la justicia indígena no juzgue bajo los mismos parámetros de la justicia ordinaria, no implica necesariamente que sus sanciones provoquen impunidad; impidan el resarcimiento de los daños; o, no permitan la rehabilitación y reinserción de las personas. Al contrario, los peritajes antropológicos manifiestan que en las comunidades indígenas estas

infracciones son excepcionales, que sus índices de reincidencia son mínimos y que la reinserción de los infractores a la comunidad está garantizada. (...)

Es así que, al no haber existido una vulneración de derechos constitucionales en el juzgamiento del caso y habiéndose dictado y ejecutado las decisiones de la Asamblea de la comunidad, correspondía al Estado garantizar la firmeza de dichas decisiones, así como el respeto de los derechos constitucionales, tanto de las autoridades indígenas que juzgaron la causa como de los encausados en el cometimiento de la infracción, evitando con ello que a éstos últimos se les de un doble juzgamiento. Para ello estimó que se debió adoptar medidas de reparación integral frente a las intervenciones posteriores de la justicia ordinaria, a fin de evitar el doble juzgamiento. Por lo que, considera que se debió dejar sin efecto y valor jurídico todas las actuaciones y providencias dictadas en la justicia ordinaria a partir del inicio de las instrucciones fiscales. Evitando además la revictimización de la familia Olivo Pallo” (Jaramillo, 2014).

Marcelo Jaramillo Villa, considera que a la Corte le correspondía resolver solamente el caso concreto puesto que no existían elementos suficientes que determinen la necesidad de emitir una regla jurisprudencial de carácter general que sustraiga el conocimiento y resolución de casos de muerte de la justicia indígena para que sean exclusivos de la justicia ordinaria (Jaramillo, 2014). Pues, la Constitución desde 2008 ha reconocido y fortalecido la autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas limitando las restricciones al ejercicio de sus funciones de administración de justicia.

3.2.5. Análisis del caso

En este caso, para realizar el análisis se debe establecer si la Corte Constitucional tenía o no competencia para resolver y limitar la jurisdicción de las autoridades indígenas.

Además, establecer si la Corte Constitucional mediante sentencia N° 113-14-EP-CC ha violado los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas establecidos en los convenios y tratados internacionales, así como también en la Constitución del Ecuador de 2008. Por lo que se analizará estos dos puntos: competencia y el fondo de la sentencia en donde se establece si se han vulnerado derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

3.2.5.1. Competencia

Entre los argumentos de la Corte Constitucional, en la sentencia se establece lo siguiente:

Para establecer quien es la autoridad entre los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, debemos ver desde la óptica del pluralismo jurídico. Es así que, luego de hacer referencia a la limitación del artículo 8 de la Codificación de la Ley de Organización y Régimen de Comunas para determinar este concepto, sabemos que la autoridad indígena habilitada en

este caso concreto es la Asamblea General o Comunal que tiene una naturaleza colectiva (Sentencia N° 113-14-SEP-CC, 2014).

Las autoridades indígenas al momento de resolver tenían claro el ámbito de la competencia que les rige, según los límites de la competencia establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que este argumento de la Corte es vacío ya que no se remite a dicho código.

Para determinar si la Corte Constitucional era competente para conocer el caso, debemos remitirnos a las reglas que establece el Código Orgánico de la Función Judicial, mediante las cuales los jueces determinan si son o no competentes para conocer y resolver un caso. Estas reglas son: materia, territorio, personas y grado.

Sin embargo, como se estableció en el capítulo anterior, en la justicia indígena no existe la competencia en razón de grado, por lo que se debe limitar a analizarla respecto de los otros parámetros.

1. Materia: en este caso, las autoridades indígenas sí eran competentes en razón de materia debido a que era un caso que afectaba directamente a la comunidad indígena.
2. Territorio: el delito se produjo en la parroquia de Zumbahua, y aunque la víctima pertenece a Guantopolo, la competencia se radica en las autoridades de La Cocha, por acuerdo de las partes y de las autoridades tanto de Guantopolo como de La Cocha. Al llegar a un acuerdo, y al haberse producido los hechos en esta comunidad vecina, la Asamblea General de La Cocha sí era competente para conocer el caso.
3. Personas: Los implicados eran miembros de la comunidad y comunidades vecinas que llegaron al acuerdo sobre la competencia radicada en Asamblea General de La Cocha, por ello las autoridades sí eran competentes en razón de personas.

Una vez realizado el análisis sobre la competencia, sabemos que tanto los jueces del sistema ordinario como los jueces de la Corte Constitucional no tenían competencia sobre este caso, sino las autoridades indígenas.

3.2.5.2. Análisis de fondo de la sentencia N° 113-14-EP-CC

La sentencia número 113-14-EP-CC la Corte Constitucional ha vulnerado algunos derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Pues en sus artículos 8, 9 y 10 se impone a los Estados la protección y respeto a las costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como también a las decisiones adoptadas por sus

autoridades, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales y derechos humanos reconocidos internacionalmente (Convenio 169 OIT, 1989).

Es preciso recalcar que el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, establece que *se debe dar prioridad a los tipos de sanción distintos del encarcelamiento* en los casos en que estén sometidos a la justicia ordinaria miembros de pueblos y nacionalidades indígenas. No obstante, la medida impuesta tanto a los infractores como a las autoridades fue la privación de libertad como medida cautelar, sin considerar sus características económicas, sociales y culturales.

Asimismo, la Corte Constitucional no ha tomado en cuenta en la sentencia del caso *sub judice*, los artículos 1; 11, numeral 8; 18; 66 numeral1; 57 numerales 1,9 y 10; 76 numeral 7 literal i; 94; 171; 436 numerales 1 y 6; y, 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

Artículos que reconocen al Ecuador como un estado intercultural y plurinacional. La sentencia se establece lo siguiente:

Las características de la plurinacionalidad e interculturalidad no contradicen el concepto de Estado Unitario, sino el concepto de Estado homogéneo; puesto que conforman el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la aceptación de grupos minoritarios discriminados (Sentencia N° 113-14-SEP-CC, 2014).

Argumento planteado por la Corte mediante el que pone en tela de duda el verdadero significado de la plurinacionalidad e interculturalidad. Pues, esta institución debe pronunciarse en sus sentencias sobre la plurinacionalidad como elemento característico de nuestro Estado que comprende el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a ser diferentes, y respetados como tales. La plurinacionalidad al ser reconocida como elemento constitutivo del Estado garantiza el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a participar en las decisiones que competen a todos los ciudadanos (Pacari, 2009).

Dentro de este marco plurinacional e intercultural, la Constitución establece en su artículo 11 que los derechos se desarrollarán de manera progresiva, es decir que en este caso los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas deben ser mejorados progresivamente y no limitados.

Pero, la Corte decide limitar la competencia y potestad jurisdiccional a los pueblos y nacionalidades indígenas debido a que: “no se ha protegido el bien jurídico vida” estipulado en el artículo 66 de la Constitución y establece en sentencia lo siguiente:

Cuando la justicia indígena conoce de los casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad. Por esta particularidad es menester reconocer que se trata de un derecho propio, distinto al derecho ordinario, pues opera y funciona con principios y reglas distintas a este; de ahí que es destacable la coherencia del Constituyente de Montecristi al distinguirlos y establecerlos como justicia ordinaria y justicia indígena (Sentencia N° 113-14-SEP-CC, 2014).

Argumento vago y subjetivo de la Corte Constitucional. Los especialistas en la materia conocen que la justicia indígena no busca únicamente restablecer los lazos de armonía en la comunidad. Su objetivo se encauza además en reparar los daños cometidos como resultado de una infracción. Pues, como bien se relató en los hechos, los infractores repararon e indemnizaron a la viuda con una suma de dinero, además de cumplir la pena y castigos impuestos por la Asamblea General de La Cocha.

Los procedimientos consuetudinarios tienen al menos ocho características: a) Willachina, en donde se formula la petición; b) Tapuykuna, investigación del problema; c) Chimbapurana, entrevista cara a cara; d) Kishpichirina, sanción; e) Allichina, arrepentimiento del agresor; f) Kunana, consejos de los comuneros al agresor; g) Paktachina, ejecución de la sanción; y h) Chinsqui Yahsca, purificación al agresor (Poveda, 2007).

Estos procedimientos son similares con el sistema ordinario, por ejemplo: principio de intermediación, publicidad, dispositivo, contradicción, búsqueda de la verdad de los hechos, privación de libertad como última instancia, motivación. Es así que, el sistema ordinario tiene mucho que aprender de las bondades y soluciones del sistema y cosmovisión indígena, que tiene características educativas, reivindicatorias, purificadoras y resocializadoras con el fin de lograr el equilibrio en la comunidad y reintegrar efectivamente al individuo en la sociedad.

El argumento de la Corte Constitucional analizado, es contrario a la disposición número 57 de la misma Carta Magna. La Corte no permite a los pueblos y nacionalidades indígenas crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio, pues limita sus funciones con una argumentación subjetiva.

Si bien es cierto, las penas que impone en la justicia ordinaria difieren de la justicia indígena. Pero ello no implica que los bienes jurídicos afectados no sean protegidos y reparados por las autoridades indígenas, o que los delitos cometidos en una comunidad indígena queden en la impunidad por no cumplir con las formas de sanción propias de la justicia ordinaria. Las sanciones son diferentes pero perfectamente aplicables al momento de sancionar un caso.

Es de igual importancia resaltar que las autoridades de la justicia estatal suelen argumentar que la justicia indígena es inválida porque viola a los derechos humanos. Premisa que ha sido refutada por la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias T254 de 1994, T-934 de 1999, T-606 de 2001. En las que establece que las sanciones que apliquen los pueblos y nacionalidades indígenas no atentan los derechos humanos cuando prevalece sobre la sanción el derecho a respetar y garantizar las prácticas culturales de acuerdo a su etnia, cultura y cosmovisión.

Además, cuando el castigo no reviste los niveles requeridos para que pueda considerarse como tortura debido a que el daño que se produce es mínimo, como baño de agua fría, ortiga, cargar piedras, etc. La Corte no puede alegar la violación a los derechos humanos, debido a que no se ha atentado contra ellos; sino que estas formas de castigo representan elementos de sanación, purificación y retribución de acuerdo a su cosmovisión (Corte Constitucional de Colombia, T523, 1997).

En un estado intercultural, que pregona el pluralismo jurídico es preciso se cuestione ¿Qué sistema jurídico causa menos daños al individuo y a la sociedad? (Ávila, 2013). Como vimos en el segundo capítulo, la vida en la cárcel es muy difícil por las precarias condiciones en que los convictos coexisten en un hacinamiento que forma parte de su diario vivir (Ferrajoli, 2005).

La cárcel como sanción, y las penas de la justicia indígena no tienen diferencias menores, y tales diferencias no pueden ser evadidas al momento de tomar decisiones como la que adoptó la Corte Constitucional en el análisis de la sentencia La Cocha II: la cárcel como única sanción válida a quienes cometen el delito de atentar contra la vida de otra persona.

Asimismo, al limitar los derechos reconocidos a los pueblos y nacionalidades indígenas, la Corte Constitucional ha violado lo estipulado en el numeral 2, literal i) del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Este señala que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa, debiendo ser considerados los casos de la justicia indígena en este efecto (*Const., art. 76: i*).

De conformidad al artículo 11 de la Constitución del Ecuador se sabe que los derechos humanos, además de los derechos y las garantías constitucionales son de directa e inmediata aplicación por parte de las autoridades del Estado. Sin embargo, en este caso la Corte Constitucional en sentencia alega que no se ha vulnerado esta garantía estableciendo lo siguiente:

“No se han vulnerado derechos constitucionales ni en el ejercicio de la administración de justicia indígena, ni por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria” (Sentencia N° 113-14-SEP-CC, 2014).

Este apartado de la sentencia, carece de motivación suficiente. Es evidente que existió un proceso de doble juzgamiento. Los hechos mencionados en la sentencia claramente establecen que los procesados fueron castigados por la justicia indígena en Asamblea General y que luego fueron procesados por los mismos hechos en la justicia ordinaria. Incluso, fue ordenada la prisión preventiva como primera medida cautelar (Sánchez, 2010).

Es parte de los proyectos de Ley de Coordinación y Cooperación analizados en el segundo capítulo, la propuesta de respetar el principio inviolable de doble juzgamiento. Pues, este caso no es el único en que se inicia un proceso penal en contra de quienes ya han recibido una sentencia por parte de autoridades indígenas.

A propósito de la violación a la garantía de prohibición de doble juzgamiento, la Corte Constitucional también ha vulnerado lo establecido en los artículos 94 y 437 de la Constitución, además del artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La acción extraordinaria de protección fue interpuesta con el fin de que la Corte Constitucional reconozca si se han vulnerado o no derechos constitucionales. Pero, en la resolución los magistrados se pronuncian sobre algunos otros aspectos que no fueron motivo de la acción y limitan funciones de las autoridades indígenas remitiéndose a problemas jurídicos no interpuestos por el legitimado activo (Jaramillo, 2014).

En el caso La Cocha II, la acción extraordinaria de protección fue planteada con el fin de que se solvete una violación grave de derechos: la vulneración del principio de doble juzgamiento; y corregir la inobservancia de precedentes establecidos.

Pero, la Corte en su lugar, decidió establecer un precedente judicial, que limita funciones jurisdiccionales a los pueblos y nacionalidades indígenas, que no constituye objeto de la acción de protección.

Es por ello, importante remitirse a lo que manifiesta el jurista colombiano López Medina: “la actividad de los jueces debe estar regida a los preceptos constitucionales” (López, 2011), más no cuando resulte conveniente a la Corte Constitucional, someter la Constitución a su personalísima interpretación y voluntad.

Mediante esta limitación de la jurisdicción indígena dictada en sentencia del caso sub iudice, la Corte Constitucional deja sin efecto lo estipulado en el artículo 171 de la Constitución de 2008 y artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. Pues, las decisiones de la jurisdicción indígena no fueron respetadas por las instituciones y autoridades del Estado.

Si bien es cierto, la Corte Constitucional realizó el control constitucional propuesto en el artículo 171 de la Constitución. Sin embargo, este control no guardó coherencia con lo que establece la normativa constitucional e infra constitucional debido a que en lugar de analizar si hubo violación de derechos, los jueces proponen un análisis sobre los límites de los derechos:

“El ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas debe ser respetado, más los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que el resto de derechos constitucionales no son absolutos. Por lo tanto, no existen derechos ilimitados” (Sentencia N°113-14-SEP-CC, 2014).

Los derechos no son ilimitados pero no es el caso del análisis que realizamos. La Constitución de 2008 sí establece límites para la aplicación de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Lo que demuestra que el control de constitucionalidad en este caso ha sido una oportunidad para que la Corte Constitucional imponga su criterio y evada la correcta fundamentación de su decisión, no siendo esto el objeto del control de constitucionalidad.

Es en estas situaciones cuando resulta imprescindible la creación de la Ley de Coordinación y Cooperación entre los dos sistemas jurídicos, propuesta en el artículo 171 de la Constitución. La Corte cita los supuestos parámetros por los que se debe regir para la adopción de una perspectiva intercultural. No obstante, a pesar de que los reconoce, al momento de resolver no se basa en estas premisas:

1. Continuidad histórica: Con este principio los pueblos y nacionalidades indígenas en el transcurso del tiempo dentro de su territorio ancestral han practicado y practican aún sus costumbres, tradiciones, normas organizaciones socio-políticas, nociones filosóficas, lengua y autogobierno comunitario (Stavenhagen, 1992).
2. Diversidad cultural: Su objeto es el respeto y reconocimiento de las distintas identidades culturales que coexisten dentro del Estado-Nación, este principio constituye la base de los atributos plurinacionalidad e interculturalidad.
3. Interculturalidad: El diálogo debe procurar la conciliación de los principios fundamentales propios de los sistemas de valores de cada cultura. Evita que la perspectiva hegemónica transgreda la necesaria situación de igualdad.
4. Interpretación Intercultural: Es 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 o mayoritaria a la que responde el derecho estatal.

Para poder aplicar esta interpretación intercultural, se han utilizado como referente conceptual las reglas de interpretación desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana frente a diferencias conceptuales y conflictos valorativos de órdenes jurídicos diversos:

- a) A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía.
- b) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- c) Las normas legales de orden público de la República, priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- d) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (Sentencia N°113-14-EP-CC, 2014).

A pesar de existir parámetros reconocidos por la Corte, no valora la actuación de las autoridades indígenas quienes respetaron los derechos humanos y constitucionales.

El reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas que ofrece el artículo 171, lleva implícita la facultad que tienen de dictar decisiones respecto de conflictos que surgen dentro de la comunidad. Resoluciones que tienen según este artículo el mismo carácter jurídico y fuerza vinculante que las sentencias expedidas por autoridades estatales.

Por ello, algunos juristas (Poveda, 2012; Ávila, 2016; Jaramillo, 2014; Caicedo, 2012; Llásag, 2012; Bravo, 2015) consideran que la decisión adoptada por la Corte Constitucional del Ecuador ha constituido un notable retroceso a la protección y defensa de los derechos de las personas indígenas debido a que la sentencia 113-14-SEP-CC, otorga a la justicia penal ordinaria una jerarquía superior a la justicia indígena, al establecer como competencia exclusiva de las autoridades estatales conocer y resolver los casos que atenten contra la vida.

Consecuentemente, la impresión actual es que la Corte Constitucional ubica en diferente rango a las leyes penales y a los sistemas jurídicos indígenas.

Mediante esta sentencia se confirma lo establecido en el segundo capítulo: la justicia ordinaria es admitida como el único sistema que tiene competencia jurisdiccional que puede y debe resolver los problemas que son “verdaderamente” importantes (Grijalva; Exeni, 2012).

De la misma forma, se prueba que la persistencia de la discriminación a los pueblos y nacionalidades indígenas que impide la coordinación y cooperación entre los dos

sistemas jurídicos. Los funcionarios de la justicia ordinaria consideran que los indígenas no son capaces de resolver un conflicto mediante su sistema.

Del análisis del caso se evidencia la dureza con la que fue impuesta una línea jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional. Arrebatando a los pueblos y nacionalidades indígenas la competencia para resolver casos que impliquen muerte, constituyendo un precedente jurisprudencial mal motivado y con falta de argumentación.

En general, para construir una línea jurisprudencial se necesita tener una pregunta o un problema jurídico bien definido, para abrir un espacio de posibles puestas y posteriormente analizar la solución que la jurisprudencia ha dado al problema, reconociendo si existe un patrón de desarrollo decisonal (Medina, 2013).

El caso La Cocha II, fue analizado por parte de la Corte Constitucional como un caso aislado, que no es recomendable cuando se trata de desarrollar sistemáticamente jurisprudencia para establecer precedentes judiciales. Se necesita entender el aporte del derecho de origen judicial a las diversas ramas del derecho (Cohen, 1933). Resultado que se logra de manera lenta y progresiva, se necesita realizar un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí, lo que no ocurrió en este caso (McCormik, 1997; Summers, 1997).

3.3. La Cocha I y La Cocha II

En la resolución 0002-2003-CC, el Tribunal Constitucional no marcó un precedente jurisprudencial debido a que se abstuvo de resolver, declarándose incompetente para conocer la acción.

A diferencia de lo que mantiene la sentencia N° 113-14-EP-CC, en la que la Corte Constitucional establece que siendo la primera decisión sobre justicia indígena, y al no existir precedentes en la materia en Ecuador, se permite delimitar la función de la justicia indígena aún en contraposición con lo establecido en la Constitución.

Si bien es cierto los jueces constitucionales no siempre deben apegarse irrestrictamente a la letra de la ley, pero sí es su deber regirse a la ley en cuanto es válida, es decir coherente con la Constitución (Ferrajoli, 2011). No obstante, este precedente jurisprudencial, la decisión no es coherente con lo que establece la Constitución. Además de que olvida establecer en sentencia la necesidad de contar con la Ley de Coordinación y Cooperación propuesta desde 2008 en el artículo 171 de la Carta Fundamental, tema que fue estudiado en el segundo capítulo.

El limitar el conocimiento de ciertos delitos a los pueblos y nacionalidades indígenas, es usurpar el conflicto a las víctimas y a las comunidades. Implementando una visión racista y etnocéntrica contraria a los principios constitucionales que rigen el Estado y a los derechos humanos de los pueblos indígenas (Sánchez, 2011). Pues, las autoridades estatales no tienen una moral suprema para imponer a las comunidades indígenas un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas manejan (Zaffaroni, 2009).

La Corte Constitucional para marcar una línea jurisprudencial debe plantearse los siguientes aspectos: a) acotar el patrón fáctico concreto; b) identificar las sentencias más relevantes o sentencias hito dentro de la línea jurisprudencial, en este caso solo existían dos sentencias anteriores y, c) se necesita construir teorías estructurales que permitan relacionar algunos pronunciamientos jurisprudenciales (López, 2013).

Boaventura de Sousa Santos considera que el caso La Cocha II, no fue resuelto con el fin de establecer un precedente jurisprudencial importante, sino que se constituye en un pretexto para dar pie a un enfrentamiento político importante entre el gobierno y las comunidades indígenas que participaban del caso (Santos, 2012).

Ello, con el fin de profundizar la división al interior de las comunidades indígenas, pues son comunidades partidizadas que transforman estos eventos en temas políticos. Pero, al final no es la justicia indígena la que será desacreditada sino la justicia ordinaria y la Corte Constitucional, con su falta de formalidad y escueta motivación.

En el próximo caso que analizaremos, la Corte Constitucional y las autoridades estatales actúan de una manera muy diferente a cómo actuaron con las autoridades de La Cocha. Resultando preciso considerar que las autoridades del pueblo Waorani no son protagonistas o activistas políticas en el Estado a diferencia de las autoridades de las comunidades de la nacionalidad Kichwa.

3.4. Caso N° 0072-14-CN

Este caso se da por un enfrentamiento entre el pueblo Waorani y el pueblo indígena en aislamiento voluntario, en adelante PIA, Taromenane. Para entender mejor el caso, es preciso mencionar algunos detalles sobre la ubicación de los Taromenane y los Waorani:

Según el Ministerio del Ambiente, los PIA Tagaeiri y Taromenane se encuentran asentados en la Amazonía, principalmente en la región selvática de la provincia de Orellana, en la zona que abarca los ríos Rumiayaku/Tiputini y Curaray, en particular las

cuencas de los ríos Tivacuno, Yasuní, Nashio, Conocaco, Cononaco Chico, Tiwino y Cuchiyaku. Parte de su territorio se encuentra fuera de la zona intangible, dentro de los límites de los bloques petroleros 16, 17, 14, Campo Armadillo, Campo Tiwino, Campo Cononaco; dentro del parque nacional Yasuní; dentro del territorio legalizado de los Waorani; y en zonas donde existe asentamiento de población colona (Colleoni, 2016; Proaño, 2016).

Los Waorani cuentan con una población de aproximadamente tres mil habitantes en las provincias de Pastaza, Napo y Orellana. Están distribuidos en 24 comunidades, 12 de ellas en Pastaza (CONAIE, 2014).

El pueblo Waorani es un pueblo indígena contactado, desde los años cincuenta, cuando los misioneros de iglesias evangélicas norteamericanas concentraron sus esfuerzos por pacificar, civilizar e integrar a los que conocemos como Waorani (Colleoni, 2016; Proaño, 2016).

Los clanes Waorani antes del contacto permanecían en zonas inter fluviales y tenían escaso contacto con los ríos. Se encontraban organizados por clanes basados en el *nanicabo*, unidad familiar extensa, con relaciones de alianza con otros nanicabo y de guerra con los demás clanes (Colleoni, 2016; Proaño, 2016).

Los Waorani definen a los Taromenane como gente distinta pero similar, “otra pero igual”. Se presume que el pueblo Taromenane puede haberse formado de un grupo Waorani que quedó separado de los demás clanes Waorani al principio del siglo XX, cuando la mayoría de ellos dejó su territorio tradicional en la actual frontera con el Perú para remontar las cabeceras de los ríos Yasuní y Tiputini. Son lingüística y culturalmente relacionados a los Waorani, mantienen características en la cultura material y lingüística que los diferencian de los Tagaeiri (Colleoni, 2016; Proaño, 2016).

Es importante mencionar, que este caso fue sentenciado antes que el caso estudiado anteriormente: *La Cocha II*. Sin embargo, existen algunas diferencias importantes a considerar.

3.4.1. Hechos

El 5 de marzo se produce la muerte de los ancianos Waorani Ompore omehuay y Buganey Caiga, en la comunidad de Yarentaro. Hecho presuntamente provocado por un grupo denominado Taromenane o PIA. Con ánimo de no dejar a los culpables en la impunidad, un grupo de miembros Waorani organizó una incursión a la selva con el

propósito de buscar rastros, localizar a familias de pueblos aislados con el propósito de matarlos (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

La incursión se realizó con armas de fuego y lanzas tradicionales; luego del ataque del que sustraen a dos niñas de aproximadamente 3 y 6 años de edad, apartándolas de su familia natural e internándolas o asimilándolas a las comunidades Dikaro y Yarentaro (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

Una vez que lo Waorani realizan la incursión, dan muerte a varios miembros de las familias en aislamiento para luego retornar a las comunidades Dikaro y Yarentaro. La búsqueda y localización de las familias en aislamiento tardó aproximadamente siete días según las investigaciones de la Fiscalía (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

Con estos hechos la Fiscalía decide dar inicio a una instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio, tipificado en el artículo 1 de la Ley s/n Registro Oficial 578-S del 27 de abril de 2009, inserto antes del artículo 441 del Código Penal derogado. El número de procesados asciende a 17. La instrucción fiscal inició con la medida cautelar de prisión preventiva en contra de todos los procesados (Viteri, 2014).

El Fiscal en audiencia pública celebrada el 16 de junio de 2014, basado en el artículo 428 de la Constitución solicitó que se eleve a consulta el expediente, ya que existen normas jurídicas en contraposición con los mandatos constitucionales. El juez así lo dispone, debido a que considera que en efecto, puede existir una colisión de derechos entre lo que establece el Convenio 169 de la OIT, el ejercicio de los derechos colectivos y el principio de igualdad material contemplados en la Constitución ecuatoriana y la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del ex Código Penal (Viteri, 2014).

3.4.2. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional en sentencia

La Corte Constitucional se declara competente para conocer y resolver el caso número 0072-14-CN, planteado por el juez segundo de garantías penales de Orellana, conforme lo estipulado en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador; y artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

La Corte Constitucional en sentencia advierte que solamente puede pronunciarse respecto de la constitucionalidad de las normas jurídicas y sus efectos dentro de un

caso concreto en el ámbito de posibles vulneraciones a derechos constitucionales. Enfatiza que los temas relacionados con la simple aplicación normativa infra constitucional o la solución de antinomias infra constitucionales les corresponde a los jueces ordinarios (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

3.4.3. Determinación de los problemas jurídicos a resolver

1. El artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal dentro del caso concreto, ¿vulnera los derechos colectivos consagrados en el artículo 57 de la Constitución de la República, en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de los que forman parte los pueblos indígenas de reciente contacto?
2. La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto, ¿vulnera las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes?
3. La aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal en el caso concreto, ¿vulnera el principio de igualdad material en relación a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y los pueblos indígenas de reciente contacto? (Sentencia N°004-14-SCN-CC, 2014).

En el primer problema jurídico la Corte menciona la importancia del reconocimiento del Ecuador como Estado intercultural y plurinacional que emerge de la confluencia de diversas culturas y grupos étnicos cuyos derechos requieren ser tutelados y reconocidos (Viteri, 2014).

La Corte determina que una aplicación literal del tipo penal de genocidio sin un correcto análisis de la influencia del principio de interculturalidad, puede violentar el principio de diversidad étnica y cultural y los derechos colectivos al atentar contra su identidad como pueblo ancestral (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

Sin embargo, el genocidio es un tipo penal sancionado en el derecho internacional, su configuración debe cumplir con los siguientes presupuestos: a) propósito específico para la ejecución del delito; b) adecuación a uno de los cinco presupuestos descritos en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que deben ser examinados desde la interculturalidad (Viteri, 2014).

La Corte Constitucional dispone al juez competente considerar la doctrina penal error de comprensión culturalmente condicionado, con el fin de develar si los procesados conocen la norma penal que tipifica el delito y si los actos ejecutados son propios de su cultura o deben ser objeto de un proceso penal (Viteri, 2014).

Frente al segundo problema jurídico la Corte Constitucional evidencia que en el presente caso la administración de justicia ha caído en la inobservancia de los

artículos 8.1, 9.2, 10 numerales 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, debido a que ha aplicado un procedimiento penal vaciado de los principios culturales que redimensionan el nuevo Estado ecuatoriano. Especialmente cuando dictan la privación de libertad como medida cautelar, vulnerando derechos colectivos reconocidos en la Constitución (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

La sanción de privación de libertad no constituye camino idóneo para solventar pugnas entre comunidades indígenas no contactadas o de reciente contacto, contrario a ello, es una prioridad consolidar lazos de coordinación entre las comunidades indígenas y los administradores de justicia ordinarios. La prisión debe ser la última opción a adoptar debido a que la privación de libertad afecta la integridad de las personas pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas al alejarlas de su entorno comunitario (Viteri, 2014).

Además, la Corte Constitucional dispone a la Fiscalía y al juez competente que ordenen la práctica de peritajes antropológicos y sociológicos que permitan a las instituciones del Estado comprender la naturaleza y propósito de los hechos realizados por los Waoranis (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

Para concluir, la Corte Constitucional sobre el tercer problema jurídico argumenta que el reconocimiento constitucional de pluralidad de culturas implicó readecuar la materialidad de la igualdad a través de principios, derechos y garantías constitucionales que aseguran su efectividad por medio de cuatro caminos: un trato idéntico a sujetos que implica circunstancias iguales, un tratamiento diferente a quienes no viven en situaciones similares, un trato paritario cuando las semejanzas superan las diferencias, y un trato diferente que se configura cuando las diferencias son mayores a las similitudes (Corte Constitucional del Ecuador para el Periodo de Transición, N° 008-09-SAN-CC, 2009).

Así las cosas, la Corte Constitucional determina que al considerar que el grupo Waorani tiene características culturales particulares, se debe hacer un análisis considerando el segundo o cuarto presupuesto de aplicación de igualdad mencionada en el párrafo anterior. Además, señala que los peritajes determinarán si la materialización del principio de igualdad implica un trato diferenciado entero o lato para que se pueda determinar si la normativa ordinaria puede violar los derechos colectivos y culturales del pueblo Waorani (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

3.4.4. Sentencia

La Corte Constitucional establece que el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal aplicado en este caso concreto, requiere de una interpretación intercultural con el objetivo de prevenir transgresiones a los derechos constitucionales. Exhorta a que el juez competente verifique de forma motivada la real configuración del delito de genocidio de acuerdo a los presupuestos descritos en la Convención para la Prevención y la Sanción de Delitos de Genocidio, considerando los parámetros de interculturalidad (Viteri, 2014).

Por medio de esta sentencia la Corte Constitucional busca aplicar una perspectiva intercultural al disponer al juez competente la implementación de un peritaje sociológico y antropológico, además de la obligación de adoptar acciones que subsanen las actuaciones y omisiones cometidas, en el caso de que fuere necesario y ordena que las normas penales aplicables en el caso deben ser implementadas en observancia de los principios constitucionales y desde un enfoque intercultural (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

3.4.5. Análisis jurídico

A diferencia del caso la Cocha II, los miembros del pueblo Waorani al utilizar la venganza como forma de justicia, sí violaron los derechos humanos del grupo Taromenane.

Sin embargo, la Corte Constitucional no consideró el rapto de las dos niñas y el dar muerte a varios miembros de PIA Taromenane como graves situaciones que atentan contra los derechos humanos.

Los miembros de la comunidad Waorani violaron lo estipulado en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT que establecen claramente que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus costumbres y desarrollar sus formas de justicia *siempre que no atenten contra los derechos fundamentales ni los derechos humanos* (Convenio 169 OIT, 1989: 8,9).

En este caso, la única medida que adopta la Corte Constitucional en sentencia, es la realización de un peritaje antropológico que determine si los Waoranis sancionan mediante su justicia el delito de genocidio. Ello, debido a que la Defensoría Pública en este caso alega que la competencia debería ser radicada en las autoridades indígenas.

Pero, si mediante este peritaje se llega a comprobar que para los Waorani no existe este delito como infracción dentro de su cosmovisión, quienes perpetraron el acto quedarían en la impunidad.

Los procesados Waorani, perpetraron en el delito de genocidio contra miembros Taromenane, incurriendo en dos de las causales que configuran este delito, según el artículo 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de genocidio y artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del anterior Código Penal ecuatoriano; esto es, el traslado forzoso de miembros del grupo, y dar muerte a varios miembros Taromenane, siendo hechos de extrema gravedad.

La Corte Constitucional en sentencia reconoce que la justicia penal ordinaria ha violado el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, debido a que los jueces ordinarios imponen como primera medida cautelar la prisión preventiva, sin tener en cuenta las costumbres del pueblo Waorani.

Criterio que difiere de las sentencias de los casos Cocha I y Cocha II, en los que la Corte Constitucional decidió evadir una respuesta frente al injusto encarcelamiento a los miembros de dicha comunidad.

Respecto a los derechos constitucionales, la Corte incumple con lo dispuesto en los artículos 11 y 57 de la Carta Fundamental. Pues, habiéndose demostrado que los Waorani efectivamente dieron muerte a un grupo de Taromenanes era su deber adoptar medidas afirmativas a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Pero, en sentencia no se dispone una reparación sino únicamente un peritaje antropológico para determinar aspectos sobre la cosmovisión del pueblo Waorani y comprobar si la materialización del principio de igualdad implica un trato diferenciado entero o lato para determinar en lo posterior si la normativa ordinaria puede violar los derechos colectivos y culturales del pueblo Waorani (Corte Constitucional, N°004-14-SCN-CC, 2014).

Disposiciones que no guardan una relación con lo establecido en la Carta Fundamental. No se trata solamente de determinar si la normativa ordinaria viola o no los derechos colectivos; sino establecer parámetros formales y materiales de acción y coordinación entre el Estado y los miembros o autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas en delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Según lo dispuesto en los artículos 426 y 428 de la Constitución, en concordancia con los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, la consulta fue elevada a la Corte Constitucional siguiendo todos los requisitos formales establecidos en ellos, con el objeto de que los magistrados aclaren una duda que surge de la interpretación constitucional.

Sin embargo, la Corte no sentencia dando solución a este problema de interpretación constitucional, sino ordenando un peritaje antropológico para determinar algunas perspectivas del mundo Waorani en aras de garantizar una visión intercultural.

Del análisis de los casos analizados se desprende que la visión del Tribunal Constitucional es totalmente contradictoria: en el primer caso la Corte, pese a tener argumentos materiales y formales, resuelve no resolver un tema netamente constitucional, declarándose incompetente; en el segundo caso, la Corte Constitucional decide marcar un precedente jurisprudencial importante sin considerar la plurinacionalidad, la interculturalidad y el pluralismo jurídico, y toma posición como última instancia de un proceso penal que no se tuvo que dar, violando disposiciones constitucionales y sin resolver las dudas por las que fue planteada esta acción; finalmente, del análisis del tercer caso observamos que la Corte Constitucional tiene una actitud condescendiente con el pueblo Waorani, pese a que los hechos demuestran que este pueblo indígena ha violado derechos humanos y el derecho internacional humanitario de los Taroemenane, la Corte no toma medidas al respecto, únicamente realiza un análisis considerando la interculturalidad y ordenando la práctica de una diligencia antropológica.

La Corte Constitucional al resolver problemas jurídicos caso a caso, marca una tendencia de desestructuración y caos, como ocurre especialmente con los dos últimos casos analizados. La resolución de problemas jurídicos sobre casos individuales, sin ser agrupados y orientados en un sentido, lleva a los jueces a resolver casos de manera dispersa, sin comprender todos los mensajes normativos que provienen de las leyes formales (López, 2013).

CONCLUSIONES

La unión del pueblo indígena ha sido una piedra angular de resistencia en la historia del Ecuador. Gracias a su constante lucha y esfuerzos el Ecuador ha superado muchas derrotas sociales y económicas.

Los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas fueron reconocidos por vez primera en la Constitución de 1998; y en 2008 con la promulgación de la Carta Fundamental se reconoce al Estado como plurinacional e intercultural ampliándose los derechos reconocidos a los pueblos y nacionalidades indígenas.

A pesar de ello, muchos derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas son constantemente menoscabados, puesto que en lugar de mejorar sus condiciones se toman decisiones en desmedro de su situación.

Los principios que guían el sistema jurídico en el Ecuador respecto a la justicia indígena están establecidos y reconocidos por la Corte Constitucional, ellos deben regir la administración de justicia cuando se traten asuntos indígenas.

Existe una deficiente coordinación y falta de armonía en la aplicación y relación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Varios proyectos de ley sobre coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurídicos han sido presentados. Sin embargo, ninguno ha sido aprobado a pesar de todos los conflictos que se suscitan entre los dos sistemas jurídicos.

La Corte Constitucional al resolver problemas jurídicos caso a caso, marca una tendencia de desestructuración y caos, como ocurre especialmente con las sentencias: 113-14-SEP-CC y 004-14-SCN-CC. La resolución de problemas jurídicos sobre casos individuales, sin ser agrupados y orientados en un sentido, atentan contra el principio de igualdad que debe orientar las sentencias constitucionales en casos análogos.

En el caso Cocha I, el Tribunal Constitucional, pese a tener argumentos materiales y formales, resuelve no resolver un tema netamente constitucional, declarándose incompetente.

En el caso Cocha II, la Corte Constitucional decide marcar un precedente jurisprudencial importante sin considerar la plurinacionalidad, la interculturalidad y el pluralismo jurídico, y toma posición como última instancia de un proceso penal que no

se tuvo que dar, violando disposiciones constitucionales y sin resolver las dudas por las que fue planteada esta acción.

En el tercer caso analizado, se observa que la Corte Constitucional tiene una actitud condescendiente con el pueblo Waorani, pese a que los hechos demuestran que este pueblo indígena ha violado derechos humanos constitucionales y de instrumentos internacionales de los Taroemenane, la Corte no toma medidas al respecto, únicamente realiza un análisis considerando la interculturalidad y ordenando la práctica de una diligencia antropológica.

RECOMENDACIONES

Es necesario que las normas que rigen a la justicia ordinaria sean complementarias a las disposiciones constitucionales en materia indígena, debido a que existen algunas contradicciones entre las disposiciones legales y el contenido constitucional sobre los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Existe la necesidad imperativa de establecer un debate nacional sobre una consulta previa para la promulgación de la Ley de Coordinación y Cooperación prevista en el artículo 171. De lo contrario los conflictos sobre la competencia de las decisiones indígenas no serán resueltos de conformidad a la ley.

Las instituciones del Estado tienen el deber de contribuir al diálogo intercultural. Sin embargo, la tarea más importante en este sentido corresponde al legislador y a la Corte Constitucional. Pues, el pluralismo jurídico debe ser formal y material.

Para evitar el menoscabo de derechos de los miembros de pueblos y nacionalidades indígenas, es preciso que para la resolución de casos en los que estén involucrados habitantes de pueblos indígenas la justicia ordinaria, especialmente la Corte Constitucional, se rija a lo que establece nuestra Carta Magna además de los tratados y convenios internacionales que protegen los derechos de los pueblos ancestrales.

Con el fin de llevar una relación armónica entre los sistemas jurídicos que cohabitan en el Ecuador, es necesario que la Corte Constitucional al marcar líneas jurisprudenciales lo haga respetando los preceptos constitucionales y de derechos humanos. Pues, debe prevalecer la interculturalidad y el respeto al pluralismo jurídico, no se trata de que un sistema jurídico prevalezca sobre otro.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade, P. (2004). Negociando el cambio, fuerzas sociales y políticas en la Asamblea Constituyente

Andrade, S., Grijalva, A., Storini, C. (2009). La nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones. Quito: UASB-E/ Corporación Editora Nacional.

Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2010). Ley de Deslinde Jurisdiccional. La Paz: Dirección de Informaciones.

Ávila, R. (2011). El Neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: USB-E/ Abya-Yala.

Ávila, R. (2016). El Neoconstitucionalismo Andino. Quito: UASB-E.

Ayala, E. (2004). Ecuador patria de todos, Manual de Cívica. Quito: UASB-E.

Ayala, E. (2004). Algunas reflexiones sobre la Asamblea Constituyente de 1997-1998. Quito: UASB/E.

Ayala, E., De la Cruz, R., Kowii, A., Maldonado, L., Ortiz, G., Quimbo, J., Ramón, G., Sánchez, J., Trujillo, J., Wray, A. (1992). Pueblos indios, Estado y derecho. Quito: UASB-E/ Abya Yala.

Celi, I. (2014). Neoconstitucionalismo en Montecristi, actores, procesos, ideas. (Tesis de maestría). Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/3782>

Código Orgánico de la Función Judicial [Código]. (2009). Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Integral Penal [Código]. (2014). 2da ed. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Colleoni, P., Proaño, J. (2010). Caminantes de la Selva, los pueblos en aislamiento de la Amazonía ecuatoriana. Quito, Ecuador: Informe IWGIA.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008) 1ra Ed. Corporación Editora Nacional.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. (1989). Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf

CONAIE. (2007). Constitución de la República Plurinacional del Ecuador, propuesta de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, Quito, CONAIE, Recuperado de https://www.yachana.org/earchivo/conaie/propuesta_constitucion_conaie.pdf.

CONAIE. (2009). Derechos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador. Quito. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/1073>

Corte Constitucional del Ecuador. (1 de septiembre de 2014) Sentencia N° 113-14-

SEP-CC. [MP Patricio Pazmiño Freire]

Corte Constitucional del Ecuador. (20 de agosto de 2014) Sentencia N° 004-14-SCN-

CC. [MP Patricio Pazmiño Freire]

Corte Constitucional del Ecuador (2014). Revista Umbral Tomo II. Quito: Centro de

Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC).

De Sousa Santos, B., Grijalva, A. (2012). Justicia indígena, plurinacionalidad e

interculturalidad en Ecuador. Quito, Ecuador: Abya Yala/ Fundación Rosa Luxemburg.

De Sousa Santos, B. Y Exeni, J.L. (2012). Justicia indígena, plurinacionalidad e

interculturalidad en Bolivia. La Paz, Bolivia: Abya Yala/ Fundación Rosa Luxemburg.

De Sousa Santos, B. (2010). Refundación del estado en América Latina, perspectivas

desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

Ferrajoli, L. (1999). Derechos y Garantías: La ley del más débil. Madrid, España:

Trotta.

Galarza, G. (2002). Justicia y Derecho en la administración de justicia indígena. Quito:

UASB-E. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10644/527>

Gaviria, C. (2002). Sentencias, herejías constitucionales. Bogotá: Fondo de Cultura

Económica.

- Llásag, R. (2002). *Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena*. Quito: UASB-E. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/530>
- Llásag, R. (2011). *Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, el caso La Cocha*. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/2136>
- Oyarte, R. (2015). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ospina, P. (2009). *Habiendo roto el freno de la obediencia: participación indígena en la insurgencia de Quito, 1809-1812 (Estudios)*. Quito: UASB-E. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/1851>
- Pacari, N. (2004). *Derechos colectivos y de indígenas en la nueva Constitución Política*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Ron, P. (2011). *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador. (Tesis de Maestría)* Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Quito. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/2957>
- Salgado, J. (2002). *Justicia Indígena, aportes para un debate*. Quito: UASB-E / Abya Yala.
- Salgado, H. (2004). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Trujillo, J.C., (2004). *El Estado en la Constitución*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Trujillo, J.C. (2013). *Constitucionalismo contemporáneo, teoría, procesos,*

procedimientos y retos. Quito: UASB-E/ Corporación Editora Nacional.

Ugsha, R. (2013). Caso La Cocha 2 y la garantía del debido proceso. Quito: Aportes

Andinos 32, Revista de Derechos Humanos. Recuperado de
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4408/1/08-ACT-Ugsha.pdf>

Vintimilla, J., (2012). Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la Justicia

Indígena y la Jurisdicción Ordinaria Ecuatoriana, ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?. Quito: Cevallos Editora Jurídica.

Walsh, C. (2009). Interculturalidad, Estado, Sociedad, luchas (de) coloniales de

nuestra época. Quito, Ecuador: UASB-E/ Abya Yala.

Wolkmer, A. (2001). Pluralismo Jurídico, fundamentos de uma nova cultura no Direito.

Sao Paulo: Editora Alfa Omega.