

*La jurisdicción  
indígena frente  
al control de  
constitucionalidad  
en Ecuador*

*¿Pluralismo jurídico  
o judicialización de lo plural?*

---

*Ximena Ron Erráez*



La jurisdicción indígena frente al control de  
constitucionalidad en Ecuador  
¿Pluralismo jurídico  
o judicialización de lo plural?

SERIE   
*Magister*  
VOLUMEN 177

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR  
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426  
[www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL  
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12  
[www.cenlibrosecuador.org](http://www.cenlibrosecuador.org) • [cen@cenlibrosecuador.org](mailto:cen@cenlibrosecuador.org)

Ximena Ron Erráez

# La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador

¿Pluralismo jurídico  
o judicialización de lo plural?



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

Quito, 2015

**La jurisdicción indígena frente al control de  
constitucionalidad en Ecuador**  
¿Pluralismo jurídico  
o judicialización de lo plural?  
Ximena Ron

SERIE   
**Magister**  
VOLUMEN 177

Primera edición:  
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional  
Quito, julio de 2015

Coordinación editorial:  
*Quinche Ortiz Crespo*

Armado:  
*Graciela Castañeda*

Impresión:  
*Ediciones Fausto Reinoso,*  
*Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto,*  
*ofic. 103, Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:  
978-9978-19-675-5

ISBN Corporación Editora Nacional:  
978-9978-84-855-5

Derechos de autor:  
Inscripción: 046306  
Depósito legal: 005272

---

Título original: *El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales  
indígenas en Ecuador*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,  
con mención en Derecho Constitucional  
Programa de Maestría en Derecho, 2012

Autora: *Ximena Ron Erráez* (correo e.: *ximenaron\_erraez@hotmail.com*)

Tutor: *Agustín Grijalva*

Código bibliográfico del Centro de Información: *T-1050*

---

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

## Índice

### **Introducción / 9**

#### *Capítulo I*

### **Plurinacionalidad y pluralismo jurídico / 11**

Plurinacionalidad / 11

Pluralismo jurídico / 25

#### *Capítulo II*

### **Control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas / 33**

El control constitucional / 33

Revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales / 34

Decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador / 36

Control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador y en Colombia / 42

Límites a la jurisdicción indígena en Ecuador / 51

#### *Capítulo III*

### **Caso La Cocha 2 / 57**

Parámetros que debe observar la Corte Constitucional en la sustanciación de una acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas / 57

Generalidades de la comunidad La Cocha / 57

Causa 0731-2010-EP: acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de la justicia indígena / 62

Parámetros que debería considerar la Corte Constitucional ecuatoriana en la sustanciación de acciones extraordinarias de protección contra decisiones jurisdiccionales indígenas / 68

### **Conclusiones / 79**

### **Bibliografía / 83**



*Al tiempo,  
porque me permitió concluir esta obra,  
y me concedió oportunidades para ratificar  
y rectificar pensamientos.*



# Introducción

Esta investigación se centra en el problema que surge inevitablemente dentro de un Estado plurinacional e intercultural y que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿cómo pueden conciliarse las tensiones que se producen en la interrelación de sistemas jurídicos culturalmente diversos? La perspectiva que se pretende dar al problema planteado toma como referencia la institución jurídica del control de constitucionalidad de las decisiones de la jurisdicción indígena, establecida en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.<sup>1</sup>

Así, de conformidad con este tipo de control, la Corte Constitucional es el único órgano público facultado para analizar la constitucionalidad de las decisiones que emitan las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, cuando sobre la base de sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, solucionen conflictos internos.

De esta manera, el control de constitucionalidad, constituye un evidente punto de conexión o vinculación entre dos sistemas de administración de justicia culturalmente distintos, por lo que la interrelación intercultural podría derivar en una forma de coordinación y cooperación entre las justicias o en la hegemonía de una cultura sobre otra.

En tal razón, la pregunta central que se plantea en esta investigación es la siguiente ¿cuáles deberían ser los parámetros que debe observar la Corte Constitucional ecuatoriana en el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, para alcanzar la coordinación y cooperación entre los dos sistemas?

Para responder a esta pregunta, considerando que no existen parámetros fijados en la Constitución o en la ley de la materia, hacemos relación de algunas variables utilizadas en sentencias de la Corte Constitucional colombiana en la sustanciación de procesos en los que intervienen personas o colectividades indígenas y el examen de un caso práctico que se encuentra en sustanciación en la Corte Constitucional ecuatoriana.

1. Constitución de la República del Ecuador, art. 171, Registro Oficial (RO), No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

Con estas consideraciones, este trabajo problematiza la relación entre las administraciones de justicia indígena y estatal durante el control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional, para tal efecto se empieza por realizar un análisis teórico para posteriormente efectuar el examen de un caso práctico que actualmente se sustancia en la Corte Constitucional y que es conocido como el caso La Cocha 2.

Este estudio se ha desarrollado en tres capítulos. En el capítulo I, denominado «Plurinacionalidad y pluralismo jurídico», se discurre acerca de las definiciones de plurinacionalidad, origen, características, consecuencias y principales críticas. Se analiza además, el concepto de pluralismo jurídico y su relación específica con la administración de justicia indígena, examinando su estructura y forma de aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano.

En el capítulo II, denominado «Control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas», tema central de la investigación, se analiza la institución del control constitucional conforme se encuentra consagrada en la Constitución de 2008 y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Posteriormente, se plantean algunas reflexiones acerca de las decisiones emitidas por autoridades indígenas en Ecuador, señalando características y diferencias con las resoluciones estatales. Además se examina jurisprudencia referencial comparada, específicamente la acción de revisión de tutelas contra actos de autoridades indígenas en Colombia.

En el capítulo III, «Caso La Cocha 2 y límites a la Corte Constitucional», se busca llevar a la práctica los conceptos y reflexiones desarrolladas en los dos capítulos anteriores para lo cual se describe y discurre sobre el caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas que actualmente se sustancia en la Corte Constitucional, con la finalidad de proponer algunos parámetros para su resolución.

Tenemos conciencia que todo lo que se presenta en este trabajo de investigación constituye apenas parámetros de sugerencia que no pretenden ser únicos, justos y completos; no obstante, se pretende que las consiguientes reflexiones aporten en la ampliación del debate doctrinal, jurídico y social, respecto a la relación armónica entre las distintas administraciones de justicia en el país, a pesar de sus diferencias culturales.

## CAPÍTULO I

# Plurinacionalidad y pluralismo jurídico

*Entre más diferente es alguien de mí, más real me parece, porque depende menos de mi subjetividad.*

Fernando Pessoa.

## PLURINACIONALIDAD

### Definiciones

Muchos intelectuales debaten acerca de la plurinacionalidad y sus efectos; los expertos dividen sus criterios a favor y en contra.<sup>2</sup> Algunos de ellos consideran que no debería hablarse de plurinacionalidad, sino de plurinacionalidades o manifestaciones plurinacionales,<sup>3</sup> sin embargo, en muchos de estos criterios las y los autores coinciden en que este es un término polisémico y de compleja definición.

Boaventura de Sousa Santos define a la plurinacionalidad como el reconocimiento de un concepto distinto de nación, que implica no solo pertenencia a un ámbito geográfico sino además a una cultura determinada. En el mismo sentido, para De Souza Santos, la plurinacionalidad involucra el reconocimiento de los derechos del grupo étnico y cultural como tal y no solo los derechos de los sujetos individuales que forman parte de él. En alusión al fenómeno plurinacional creciente en Latinoamérica, este autor señala que la coexistencia de varias naciones culturales dentro de una nación cívica, requiere un cambio ra-

2. Criterios a favor de la plurinacionalidad, se encuentran en teóricos tales como: Boaventura de Sousa Santos, Xavier Albo, Bartolomé Clavero, Catherine Walsh, Alberto Acosta, Julio Cesar Trujillo, entre otros. Mientras que en contra de este concepto, entre los principales autores están: Anthony Smith, Herman Tertsch, Pablo Badillo O'Farell, Enrique Ayala, entre otros.
3. Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2009b, p. 113.

dical del orden social y político tal como lo conocemos, empezando por conceder verdadera autonomía a cada nación cultural a través de su «autogobierno» y «autodeterminación», sin que implique separatismo o independencia. Estos cambios involucran una nueva organización territorial, procesos democráticos interculturales, pluralismo jurídico, educación y salud intercultural, entre otras transformaciones, que según este autor permitirán luchar contra el capitalismo y el colonialismo.<sup>4</sup>

En cuanto a la plurinacionalidad, Catherine Walsh establece que este término es radical y profundo. La autodefinición de un Estado como plurinacional implica la actuación del régimen de gobierno de acuerdo con la realidad de los grupos históricamente discriminados, indígenas, afros, campesinos, etc., a fin de alcanzar una sociedad intercultural en la que se reconozca la existencia de múltiples culturas y a la vez se logre una interrelación real entre ellas.<sup>5</sup>

Walsh define a la plurinacionalidad en el mundo «desarrollado» occidental como el reconocimiento político de la existencia y convivencia de varios pueblos étnicamente distintos en un mismo Estado. Para esta autora el país que cumple con esta característica puede denominarse plurinacional; sin embargo, existen Estados que aunque no se autorreconocen políticamente como plurinacionales, lo son social y culturalmente.<sup>6</sup>

En términos generales, para Walsh la plurinacionalidad no constituye un desafío al Estado ni a la democracia, no busca romper el concepto de la unidad del Estado y no se trata de una noción que subsiste únicamente en países con mayoría indígena; sino que implica el ejercicio de nuevas formas de democracia, la consolidación de un Estado heterogéneo y la transformación estructural del Estado y la sociedad a partir de las minorías o grupos discriminados y no desde los poderes tradicionales. Vale puntualizar además que la interculturalidad y la plurinacionalidad no son conceptos similares, de la misma forma como no son conceptos opuestos; su relación es más bien de complementariedad, en el sentido que uno completa o perfecciona al otro (76-113).

Por otro lado y desde otro contexto cultural, Stephen Tierney profesor de la Universidad de Edimburgo, se refiere a la plurinacionalidad como la con-

4. Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Plural, 2010b, p. 87-96.
5. Catherine Walsh, *Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente*, Quito, UASB, Sede Ecuador, 2008b, p. 87.
6. Catherine Walsh, «Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: Refundares político-epistémicos en marcha», en *Conocimiento, capital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*, Buenos Aires, La Crujía, 2009a, p. 9, en *Google académico*, <[http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:Xn5aNKrZj6QJ:scholar.google.com/+%22Conocimiento,+capital+y+desarrollo%22+dial%C3%A9cticas+contemporneas&hl=es&as\\_sdt=0,5](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:Xn5aNKrZj6QJ:scholar.google.com/+%22Conocimiento,+capital+y+desarrollo%22+dial%C3%A9cticas+contemporneas&hl=es&as_sdt=0,5)>. Fecha de consulta: 19 de octubre de 2013.

vivencia de subestados nacionales dentro de la nación cívica. La aspiración constitucional de los subestados nacionales es su reconocimiento y autonomía sin que su exigencia implique separatismo o transgreda el concepto de soberanía.<sup>7</sup>

Así, la plurinacionalidad implica la superación del concepto de soberanía tradicional por el concepto holístico propuesto por parte de los subestados nacionales, de acuerdo con el cual la simple relación entre Estado y ciudadanos resulta insuficiente. En un Estado plurinacional la soberanía debe responder a la relación de las personas o grupos culturales entre sí y a la relación de estos con el Estado.

Este fenómeno ha sido identificado recientemente como «neonacionalismo», lo que implica una identidad pluralista del Estado-nación y una relación de los individuos no solo con el Estado, sino también con la multitud de entidades intermedias.<sup>8</sup> A propósito de este concepto, Araceli Serrano Pascual, cita las dos clases de nacionalismo que determinó Anthony D. Smith; el nacionalismo de carácter étnico y el nacionalismo cívico territorial. El primero se refiere a la comunidad de nacimiento y de cultura nativa, equiparando a la nación con una especie de gran familia. Mientras que el segundo resalta la importancia de la comunidad de convivencia o político-legal, predominando el criterio territorial de la nación y los propósitos e intereses comunes.<sup>9</sup>

España resulta un claro ejemplo de las dos clases de nacionalismo al que se refiere Smith: la Comunidad Autónoma Vasca (CAV) como un nacionalismo de tipo étnico en el que prevalece una identidad cultural común, y la Comunidad Autónoma Catalana, como nacionalismo de tipo cívico territorial en la medida en que su exigencia de derecho hace prevalecer la noción de territorio por sobre las características culturales.

Así las cosas, ya en el contexto ecuatoriano, la plurinacionalidad ha sido definida como «unidad en la diversidad»; es decir, como el reconocimiento de la existencia de diversos pueblos y nacionalidades dentro del Estado ecuatoriano en calidad sujetos políticos con derechos propios, sin que su existencia per se implique fragmentación o disolución del Estado. En tal razón, se consideran características básicas del Estado plurinacional, el derecho al territorio, el re-

7. Stephen Tierney, «Reframing Sovereignty? Sub-state National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-state», en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, No. 1, Cambridge, British Institute of International and Comparative Law, 2005, p. 143-161.
8. Michael Keating, *Regionalismo, autonomía y regímenes internacionales*, Ontario, University of Western Ontario, 1993, p. 4.
9. Aracely Serrano Pascual, «Manifestaciones étnicas y cívico-territoriales de los nacionalismos», en *REIS* 82, Madrid, Revista Española de Investigaciones Sociológicas, 1998, p. 100-102.

conocimiento del autogobierno y el estatus de autonomía de cada pueblo y/o nacionalidad.<sup>10</sup>

Con estas determinaciones conviene establecer cuándo y de qué manera se originó la plurinacionalidad de modo que del examen de sus antecedentes derive de mejor forma la delimitación de su concepto.

## Origen de la plurinacionalidad

El término plurinacionalidad es relativamente nuevo; en Sudamérica se escucha a partir de la década de los 80, cuando varios movimientos indígenas de la región empezaron a tomar conciencia acerca de la reivindicación de sus derechos exigiendo la declaración de un Estado plurinacional e intercultural.

En Europa occidental y Canadá, la palabra plurinacionalidad según afirma el español Ramón Maíz,<sup>11</sup> surge a partir de la década de los 60, cuando se empieza a debatir el concepto de Estado-nación e inicia una oleada de nacionalismos internos o demandas de reconocimiento de autonomía por parte de subestados o subnaciones. Ejemplos de plurinacionalidad son: el Reino Unido y los nacionalismos escocés, galés e irlandés; España y los nacionalismos gallego, vasco y catalán; Canadá y el nacionalismo de Quebec, entre otros.

Sin embargo, conviene puntualizar que constituyen importantes características de la plurinacionalidad: aceptación de la diferencia; convivencia armónica de las culturas que conviven en un mismo espacio territorial; reconocimiento de derechos de grupo; y autodeterminación de cada colectivo cultural. Así, estas características no son conceptos novedosos, ergo el inicio o desarrollo de algunas de estas particularidades pueden identificarse en determinados hechos históricos, tales como:

*Coexistencia de diversas culturas en un mismo espacio territorial.* La convivencia de dos pueblos o más en un mismo espacio territorial no es un tema nuevo, sino que data desde hace siglos e incluso milenios. Para citar un ejemplo, la Biblia, libro sagrado de los cristianos, relata la llegada y estadía de los hebreos en Egipto en el siglo XIV aC. A pesar de que las culturas hebrea y egipcia no eran análogas cohabitaron durante muchos años en un mismo espacio territorial.

Empero, la convivencia de pueblos o naciones no siempre resulta un hecho pacífico; en la mayor parte de los casos, como en el ejemplo que se ilustra,

10. Mónica Chuji, «El Estado plurinacional», en *Yachaykuna*, No. 8, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2008, p. 7.

11. Ramón Maíz, «Los nacionalismos antes de las naciones», en *Política y Cultura*, No. 25, México DF, Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Xochimilco, 2006, p. 83.

deriva en la dominación de la comunidad mayoritaria o detentadora del poder considerada merecedora de superiores derechos por sobre el grupo minoritario o contrario al hegemónico.

La confluencia de culturas en la historia se ha caracterizado por la supremacía de unas sobre otras y la imposición a las sometidas de las características propias de la cultura dominante, tales como su lengua, formas de organización social y política, costumbres, religión, etc. Aquello también sucedió en América cuando los europeos arribaron por primera vez al Nuevo Mundo en 1492. El descubrimiento de América para los europeos y la irrupción en Aby Yala<sup>12</sup> para los nativos, significó uno de los más claros ejemplos de encuentro y convivencia entre culturas disímiles y la superposición de las unas frente a las otras.

*Aceptación de la diferencia.* La idea de aceptación de la pluralidad tiene su origen, según Giovanni Sartori, en dos períodos importantes. En el siglo XVII en la época de las guerras de religión, con el apareamiento y desarrollo de la reforma protestante que revolucionó la idea de una sola doctrina religiosa considerada correcta e inamovible e implicó el surgimiento de varios movimientos religiosos autónomos, y en el siglo XVIII, con el surgimiento de los partidos políticos como agrupaciones de personas en razón de ideas, intereses coincidentes o simpatías personales.<sup>13</sup>

El surgimiento de los partidos políticos se hizo necesario para incrementar la participación política y aunque en sus orígenes tuvieron una carga negativa, las sociedades los aceptaron resignadamente considerándolos necesarios para coadyuvar al interés común del gobierno nacional.<sup>14</sup> Estos dos antecedentes y el aumento de la tolerancia religiosa y política aparentemente dieron comienzo al pluralismo o aceptación de la diferencia. Según esta nueva concepción, la *di-visión* o diferentes visiones no son atentatorias de la unidad sino que contribuyen a enriquecerla.

*Reconocimiento y protección de la diversidad cultural y los derechos colectivos.* Dos de los antecedentes remotos del reconocimiento de la diversidad cultural de nuestra realidad, sucedieron precisamente durante la denominada conquista de las Indias. El acalorado sermón que el dominico Antonio de Montesinos pronunció el 21 de diciembre de 1511 en la isla Española y por el cual dejó en evidencia los atropellos que los encomenderos estaban realizando

12. Término de los indígenas Tule-Kuna de Panamá y el occidente de Colombia, para referirse al continente americano antes de la llegada de los europeos. Significa «tierra en plena madurez» o «tierra de sangre vital».

13. Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2002, p. 18.

14. Andrés Malamud, «Partidos políticos», en Julio Pinto, comp., *Introducción a la ciencia política*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, p. 322-323.

en contra de los «indios», constituyó la primera defensa de los derechos de los indígenas y el estímulo para las siguientes voces de protesta en contra de las crueldades europeas en la época de la conquista,<sup>15</sup> tal como se demuestra con la transcripción de una pequeña parte del sermón:

Decid ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué auctoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muerte y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan oprimos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades [en] que, de los excesivos trabajos que les dais, incurren y se os mueren y, por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día?<sup>16</sup>

La siguiente interpelación con mayor peso que la anterior fue la publicación de las *relecciones*<sup>17</sup> del dominico español Francisco de Vitoria, por las cuales se mostró en desacuerdo con las bulas papales que normativamente justificaban la dominación española y la expansión del territorio europeo en tierras americanas en nombre del cristianismo. Dos fueron las principales objeciones que utilizó Francisco de Vitoria para refutar los argumentos de la ocupación española: a) los indios son seres racionales y b) los indios son dueños de los territorios que poseen. Estos argumentos fueron presentados en contra de la idea que se extendía en España y el Nuevo Mundo, por la cual los «indios» eran considerados seres sin racionalidad y en su calidad de «pecadores e infieles» indignos de poseer propiedad privada.

No obstante lo anterior, en este punto resulta preciso hacer mención al contexto latinoamericano, y entonces conforme señala Xavier Albo es posible que la primera referencia formal a la palabra «plurinacionalidad», se encuentre en la tesis política del Segundo Congreso de la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia,<sup>18</sup> realizada en La Paz en 1983 en cuyos enunciados consta lo siguiente:

No queremos parches ni reformas parciales, queremos una liberación definitiva y la construcción de una Sociedad plurinacional que, manteniendo la unidad de un Estado, combine y desarrolle la diversidad de las naciones ayмара, quechua, tupí-guaraní, ayoréode y de todas las que lo integran. No puede haber

15. Jaime Concha, *La sangre y las letras*, La Habana, Casa de las Américas, 1986, p. 13-21.
16. Enrique M. Barca y José Manuel Pérez Prendes, *Iberoamérica, una comunidad*, t. I, Madrid, Ed. de Cultura Hispánica, 1989, p. 217.
17. Repetición de cátedras magistrales que se resumían al final del curso.
18. La Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia, es una organización de sindicatos campesinos de los pueblos originarios quechuas, aymaras y guaraníes en Bolivia, fundada en 1979.

una verdadera liberación si no se respeta la diversidad plurinacional de nuestro país y las diversas formas de autogobierno de nuestros pueblos.<sup>19</sup>

En tal razón, aun cuando no es posible determinar con claridad el origen del término plurinacionalidad, resulta evidente que en el contexto latinoamericano esta palabra fuera utilizada a inicios de la década de los 80 por parte de los pueblos originarios con la finalidad de exigir principalmente el reconocimiento de la diversidad cultural.

### **Características de la plurinacionalidad**

Una vez que la plurinacionalidad ha sido definida y su posible origen ha sido detallado, en este punto conviene determinar las principales características de este término. De esta manera, sin que constituya una lista taxativa de características sino únicamente la mención de las que he identificado como más significativas, apunto las siguientes:

*La plurinacionalidad se opone a las concepciones liberales clásicas.* El liberalismo clásico limita al Estado de modo que restringe varias de sus tareas con la finalidad de que se garantice primordialmente libertades individuales. De conformidad con los sistemas liberales clásicos preponderantes en el siglo XIX, los Estados se desarrollaron sobre la base del establecimiento de límites formales y materiales al poder político en relación a la protección de los derechos civiles y políticos.<sup>20</sup> Empero, la plurinacionalidad trastoca los principios esenciales del pensamiento liberal; proponiendo por un lado una participación activa del Estado en la protección de los derechos sociales y, por otro, desplazando la importancia del individuo en atención a los derechos de colectividades, también denominados derechos de grupo o derechos colectivos.

*La plurinacionalidad se enfrenta al universalismo occidental que busca construir sujetos culturalmente homogéneos.* Las sociedades modernas se identifican con la construcción de sujetos culturalmente homogéneos invisibilizando en su interior la heterogeneidad innegable de las distintas naciones. La plurinacionalidad implica el reconocimiento y aceptación de la diversa pluriculturalidad existente en los Estados, en oposición a la figura del Estado monocultural liberal clásico propio de la cultura eurocéntrica.

19. Xavier Albo, *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, La Paz, CIPCA, 2008, p. 40.

20. Lorenzo Córdova Vianello, «Liberalismo, democracia, neoliberalismo e ingobernabilidad», en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 58, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 7-9.

*Reconocimiento del derecho de minorías y/o grupos históricamente discriminados.* El reconocimiento de la existencia de la diversidad pluricultural de un Estado implica en consecuencia el reconocimiento de los derechos de minorías y/o grupos históricamente discriminados, quienes durante siglos han sido sometidos a relaciones desiguales de poder, producto de la jerarquización social y de las incompatibilidades culturales con la sociedad mayoritaria o hegemónica.

*La plurinacionalidad cuestiona al capitalismo y el colonialismo.* Conforme señala Boaventura de Sousa Santos la plurinacionalidad a más de ser cultural, es también material, económica, jurídica, social y política, lo que produce una inevitable transformación de la estructura del Estado y la sociedad, inclinada hacia reconocer el ignorado valor de los pueblos ancestrales y originarios. Es decir, la plurinacionalidad pretende desequilibrar, por un lado, las relaciones de dominación y subordinación, basadas en diferencias étnicas y raciales; y, por otro lado, la jerarquización socioeconómica como forma de exclusión (De Souza Santos, 2010a: 87-97).

*La plurinacionalidad implica la adopción de acciones afirmativas a favor de grupos minoritarios o grupos históricamente discriminados.* Implica la tendencia a equiparar situaciones injustas de jerarquización a partir de conceder medidas afirmativas a favor de minorías o grupos históricamente discriminados, mediante políticas públicas, normas legales o sentencias judiciales. Vale señalar que en algunos países la autodefinición de Estado plurinacional podría implicar no solo el reconocimiento de minorías nacionales,<sup>21</sup> sino también una mayor integración multicultural de los inmigrantes o refugiados a través de políticas públicas, lo que busca generar un auténtico reconocimiento y consideración de la diversidad racial y étnica.

## **Críticas a la plurinacionalidad**

Por las razones expuestas, la plurinacionalidad es un término que genera criterios divididos en cuanto a ser considerado positivo o negativo. Así, en este punto se citan las principales críticas que se han desarrollado en contra de la plurinacionalidad.

Anthony D. Smith, considerado uno de los fundadores de la interdisciplinariedad en los estudios del nacionalismo, realiza importantes críticas al fenómeno de la plurinacionalidad. Una de ellas señala que uno de los efectos de

21. Will Kymlicka, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Madrid, Paidós Ibérica, 2003, p. 46.

la Segunda Guerra Mundial fue, entre otros, el debilitamiento de los Estados-nación hasta llegar casi al punto de su desaparición y que la plurinacionalidad acrecienta tal situación. A lo anterior se suma el desarrollo tecnológico y comunicacional que derriba fronteras y supera las diferencias de idioma y cultura y la expansión de los territorios nacionales a formas de organización más grandes que buscan superar el nacionalismo a través de una cultura global, siendo la Comunidad Europea el ejemplo clásico de esta nueva forma de organización.<sup>22</sup>

Para Smith, la época que atraviesa la humanidad requiere de comunidades políticas supranacionales con poder e imperialismo cultural para competir con otras comunidades de igual fuerza y tamaño. En este escenario, las pequeñas comunidades étnicas no tienen cabida y si existieran, producirían divisiones que, a larga, terminarían por erosionar las nuevas comunidades. Es interesante el criterio de Smith en cuanto al bienestar de las pequeñas comunidades étnicas, señalando que aunque parezca contradictorio, la nueva gran comunidad puede asegurar a las minorías étnicas el reconocimiento e igualdad de oportunidades que los Estados-nación no han podido otorgarles hasta la actualidad (Smith, 1990: 5-7).

Otro argumento de Smith contra la plurinacionalidad es la politización de la cultura. Las reivindicaciones culturales emergen como consecuencia del éxito de un grupo de intelectuales que manipulan sentimientos y valores populares, activan la memoria compartida y forjan un sentido común de destino de una unidad específica de la población. Estos intelectuales, según el criterio del autor, son populistas pues emplean una característica cultural o histórica común de una parte de la población para movilizar masas y convertirse en los beneficiarios primarios de este proyecto étnico-cultural (15-16).

En este sentido, Pablo Badillo O'Farrell coincide con Smith en la dificultad de la sobrevivencia de pequeñas comunidades étnico-culturales en el mundo actual, en razón de no ser posible la subsistencia de una simple identidad cuando cada individuo está inmerso en múltiples identidades; es decir, por qué escoger una sencilla identidad cuando se puede optar por una «alternativa cosmopolita».

De acuerdo a Badillo O'Farrell esta alternativa cosmopolita no debe atribuirse exclusivamente a la etapa globalizadora, sino además a la educación y búsqueda de conocimiento por medio de la cual, a pesar de la pertenencia a una comunidad, sus miembros pueden elegir extender ese horizonte limitado a

22. Anthony D. Smith, «¿Towards a Global Cultural?», en Mike Featherstone, edit., *Global, Culture, Nationalism, Globalization and Modernity*, Londres, Sage Publications, 1990, p. 175-177.

través de la educación consiguiendo «que el individuo salga de los muros de su propia comunidad para colocarse en una situación cosmopolita».<sup>23</sup>

Badillo O'Farrell agrega que los avances tecnológicos y las circunstancias culturales extrapolan al individuo hacia la fusión de diversas culturas apartadas de una sencilla identidad étnico-cultural, ilustrando el argumento con un ejemplo de Jeremy Waldron: un sujeto puede nacer en un ámbito geográfico, educarse en otro, decidir residir en un ámbito geográfico distinto de los anteriores, gustar de la gastronomía de otro ámbito diferente de los tres mencionados y preferir la música de un cuarto ámbito geográfico (59-61).

Por otro lado, Herman Tertsch señala que si bien la humanidad se encamina hacia un pluralismo cultural, se corre el riesgo de caer en el conocido *melting pot*<sup>24</sup> de los Estados Unidos de Norteamérica (EUA); es decir, en la convivencia de grupos minoritarios con la comunidad mayoritaria en un mismo ámbito territorial pero sin ningún tipo de relacionamiento. Además, la discriminación positiva o acciones afirmativas que requiere el pluralismo cultural hacia comunidades históricamente discriminadas, acarrea un trato hacia comunidades y no hacia individuos. Sugiere Herman Tertsch que para lograr una igualdad real es necesario el tratamiento básico hacia los individuos como tales, sin más consideraciones que su condición humana y no como miembros de un colectivo, etnia o minoría.<sup>25</sup>

Sin embargo, Stephen Tierney precisa una de las críticas a la plurinacionalidad más coincidente en el criterio de algunos teóricos: la paradójica exigencia de autonomía y autodeterminación por parte de subnaciones, justo en época de globalización económica y cultural. La globalización comporta el fortalecimiento de los Estados para su interrelación en el contexto internacional. Contrariamente con la plurinacionalidad, el poder del Estado-nación tiende a menguar, en razón de la división del poder estatal, ya que varios y distintos grupos étnico-culturales exigen autonomía y autodeterminación. Desde este punto de vista, los cambios que pretenden los infra-Estados son comparables con las transformaciones que derivan de los supra-Estados en cuanto a la relocalización o redistribución del poder estatal (Tierney, 2005: 83-161).

En el contexto ecuatoriano, uno de los cuestionamientos del término plurinacionalidad proviene del historiador Enrique Ayala Mora, para quien la

23. Pablo Badillo O'Farrell, «¿Pluralismo versus multiculturalismo?», en Pablo Badillo O'Farrell, coord., *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía / Akal, 2003, p. 59.

24. Metáfora que refiere una sociedad heterogénea cada vez más homogénea. Es utilizado para describir la asimilación de los inmigrantes a los EUA.

25. Hermann Tertsch, «¿Hacia un nuevo orden mundial?», en P. Badillo O'Farrell, coord., *op. cit.* p. 241-242.

palabra plurinacionalidad ha generado una división en el movimiento indígena ecuatoriano, señala que de las cinco organizaciones indígenas y campesinas más destacadas del país, solo la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), se organiza a partir de nacionalidades y, en consecuencia, promueve la plurinacionalidad; mientras que la Confederación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras (FENOCIN), el Consejo de Pueblos y Organizaciones Indígenas Evangélicas del Ecuador (FEINE), la Confederación de Pueblos y Organizaciones Indígenas Campesinas del Ecuador (FEI), y la Federación Nacional de Trabajadores Agroindustriales, Campesinos e Indígenas libres del Ecuador (FENACLE) han preferido el término interculturalidad.<sup>26</sup>

### Otros términos para la diversidad cultural

La palabra plurinacionalidad no constituye el término exclusivo para referirse a la diversidad cultural. En tal razón, existen otras palabras que aunque refieren situaciones parecidas no son consideradas como sinónimos de plurinacionalidad por la mayoría de los expertos en el tema; estos términos son multiculturalidad y pluriculturalidad.

Para Catherine Walsh el término multiculturalidad proviene de países occidentales con sistemas políticos liberales; su definición implica un relativismo cultural que evita la interrelación de las culturas y oculta desigualdades e inequidades sociales tras un aparente pluralismo. A pesar de que acepta y reconoce la diferencia, la multiculturalidad puede convivir sin problema con los principios liberales, por cuanto concede ciertos derechos a los miembros de las distintas culturas pero de manera individual (Walsh, 2008a: 6-10).

A las características de multiculturalidad señaladas por Walsh, deben sumarse las que menciona Slavoj Žižek, quien otorga al multiculturalismo la particular definición que lo califica como «una suerte de posición global vacía», al tratar a las culturas locales como «nativos» en igual actitud de colonizador.<sup>27</sup>

De acuerdo con Žižek el multiculturalismo es un racismo con distancia, porque acepta y respeta la identidad del otro siempre que se determine que aquel que no pertenece a la cultura hegemónica es jerárquicamente inferior. Para el mismo autor, el respeto multiculturalista por la especificidad del otro es precisa-

26. Enrique Ayala Mora, «Interculturalidad en Ecuador», Quito, UASB-E, en *Universidad Andina Simón Bolívar*, <[http://www.uasb.edu.ec/User\\_Files/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf](http://www.uasb.edu.ec/User_Files/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf)>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.

27. Slavoj Žižek y Frederic Jameson, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998, p.172.

mente la forma de reafirmar la propia superioridad. De ahí que las concesiones a las culturas distintas se realicen en forma de acciones afirmativas, como una especie de concesión al vulnerable por parte de quien ostenta el poder y no como un reconocimiento de sus legítimos derechos (Žižek, 1998: 172-174).

Citado el multiculturalismo, es importante rescatar que Badillo O'Farrell sostiene que su origen se remonta aproximadamente a partir de la década de los 80 en EUA. El multiculturalismo de dicha nación constituye una corriente lo suficientemente elástica para adecuar en ella toda clase de reivindicaciones que calcen junto al término cultural, tales como: reivindicaciones étnicas, nacionalistas, sexuales, religiosas y sobre todo demandas de grupos inmigrantes (O'Farrell, 2003: 51-52).

De forma coincidente, Christian Jopkke sostiene que países como Alemania y Gran Bretaña comparten con EUA el debate multicultural enfocado en el fenómeno migratorio, sobre todo porque las tres sociedades occidentales mencionadas tienen experiencias de inmigración comparables entre sí, especialmente en el período de la posguerra. En los EUA, la masiva inmigración de nativos no europeos como los hispanos y los asiáticos y la gran comunidad afroamericana, constituye el principal origen del multiculturalismo.<sup>28</sup>

Mientras que Catherine Walsh explica que pluriculturalidad y multiculturalidad son términos descriptivos que sirven para indicar la existencia de múltiples culturas en un determinado lugar, merecedoras estas de reconocimiento, tolerancia y respeto. La palabra pluriculturalidad es usada con mayor frecuencia en los países latinoamericanos para reflejar la particular realidad de los pueblos indígenas y afros que han convivido por siglos con otros grupos raciales, siendo discriminados por los blanco-mestizos y considerados por estos como jerárquicamente inferiores. Por otro lado, Walsh también sostiene que el término pluriculturalidad implica reconocimiento y aceptación de la diferencia; sin embargo, su característica negativa es la falta de interrelación equitativa de las culturas que conviven en un mismo espacio territorial (Walsh, 2008a: 6-10).

## **Plurinacionalidad en Ecuador y otros países andinos**

En las últimas décadas, varios países andinos han protagonizado transiciones políticas importantes que han arrojado cambios normativos y sociales, entre ellos: la República de Colombia con la Constitución vigente desde el 4

28. Christian Jopkke, «Multiculturalism and Immigration: A comparison of the United States, Germany and Great Britain», en *Theory and Society, Renewal and Critique in Social Theory*, vol. 25, No. 4, p. 451-454, 1996, *Jstor*, <<http://www.jstor.org/stable/i227044>>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.

de julio de 1991; la República del Perú con la Constitución publicada el 29 de diciembre de 1993; la República Bolivariana de Venezuela con la Constitución que entró en vigor el 20 de diciembre de 1999; en la República del Ecuador con las constituciones expedidas el 11 de agosto de 1998 y el 20 de octubre de 2008, respectivamente; y en el Estado Plurinacional de Bolivia con la Constitución promulgada el 9 de febrero de 2009.

Para estos países, plurinacionalidad implica la visibilización y relacionamiento con los pueblos afros, campesinos, montubios e indígenas, sometidos a condiciones permanentes de discriminación y falta de reconocimiento de su calidad de sujetos colectivos y titulares de derechos especiales. No obstante, producto de la presión social e irrupción en el escenario político de movilizaciones, en su mayoría indígenas, los países andinos mencionados han incorporado en sus normas constitucionales, disposiciones que contribuyen a la consecución de la exigencia del reconocimiento de la diversidad cultural. Para ilustrar los avances que se han logrado en esta materia, en los párrafos que siguen constan las principales disposiciones constitucionales de cada país:

Colombia se autorreconoce oficialmente como un Estado pluralista (art. 1); garantiza la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7); y reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la república (art. 246).

Perú consagra como un derecho constitucional y un deber del Estado el reconocimiento y protección de la pluralidad étnica y cultural de la Nación (art. 2.19); reconoce funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, de acuerdo con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de las personas (art. 149).

Venezuela establece la finalidad suprema de refundar la República para establecer una sociedad multiétnica y pluricultural (preámbulo); reconoce la existencia de pueblos y comunidades indígenas, sus organizaciones sociales, políticas y económicas, y la propiedad colectiva de sus tierras ancestrales (art. 119); garantiza la responsabilidad del Estado en el fomento de la valoración y difusión de la identidad étnica y cultural (art. 121); acepta el pluralismo jurídico otorgando a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas facultades jurisdiccionales cuya aplicación deberá realizarse en su hábitat, sobre la base de sus tradiciones ancestrales y con afectación solo de sus integrantes, siempre que no sean contrarios a la Constitución, la ley y el orden público (art. 260).

Bolivia se declara un pueblo de composición plural (preámbulo); se autodefine oficialmente como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario (art. 1); señala la existencia precolonial de naciones y pueblos indígenas originarios campesinos con libre determinación (art. 2); garantiza de-

rechos especiales a la nación y pueblo indígena originario campesino (art. 30); establece la diversidad cultural como la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario y la interculturalidad como el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica (art. 98.I); reconoce funciones jurisdiccionales a las autoridades de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, de acuerdo con la aplicación de sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios, siempre que no atenten contra la vida, el derecho a la defensa y los demás derechos establecidos en la Constitución (art. 190).

En Ecuador la norma fundamental que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, constituye la primera normativa política nacional en declarar a Ecuador como un Estado pluricultural y multiétnico (art. 1); aceptó la existencia de culturas distintas a la cultura de la sociedad mayoritaria (art. 83); garantizó derechos especiales a los pueblos indígenas y afros (art. 84); y reconoció por primera vez funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas, siempre que no atenten contra la Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público (art.191).

Posteriormente, la Constitución ecuatoriana promulgada el 20 de octubre de 2008, una de las más progresistas en materia de pluralismo jurídico, empieza por plasmar en el preámbulo<sup>29</sup> el reconocimiento de las raíces milenarias de nuestros distintos pueblos y la sabiduría de las culturas que nos enriquecen. Se consagra en las consideraciones iniciales la decisión de construir una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad, a fin de alcanzar el *sumak kawsay*,<sup>30</sup> noción indígena cuyo equivalente es el término aymara *suma qamaña* de Bolivia, con lo cual se logra una adecuada fusión de la cosmovisión indígena y los principios de la cultura mayoritaria, en nuestra Carta Política.

En tal sentido, la Constitución ecuatoriana de 2008 declara por primera vez a Ecuador como «Estado intercultural y plurinacional» (art. 1); mantiene,

29. La sentencia C-479/92 de la Corte Constitucional de Colombia, cuyos ponentes fueron los magistrados José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, después de un análisis profundo del valor jurídico del preámbulo, señaló por primera vez que el derecho no se agota en las normas o en los artículos, por tanto reconoció la fuerza jurídica del preámbulo al ser este mucho más que un simple mandato específico. Su carácter vinculante incorpora los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico y por los cuales debe orientarse la acción del Estado. Según refiere el criterio de la Corte Constitucional colombiana, si no está permitida la violación de las normas constitucionales menos aún está permitida la vulneración de las bases sobre las cuales se soportan y las finalidades a las cuales apuntan, Corte Constitucional de Colombia <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm#7581>>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013.

30. Término quichua. Para Ariruma Kowii, es una concepción andina ancestral de la vida. *Sumak* significa lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización; y *kawsay*, es la vida, pero una vida digna, en armonía y equilibrio con el Universo y el ser humano, en síntesis *sumak kawsay* significa la plenitud de la vida.

fortalece e incorpora nuevos derechos especiales a favor de los pueblos indígenas y afros (art. 57); reconoce a los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios el derecho a la constitución de circunscripciones territoriales para preservar su cultura (art. 60); reitera la pluralidad jurídica, reconociendo funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, siempre que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos; e incorpora como novedad la institución del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas (art. 171).

En general, los cinco países andinos reconocen la existencia de colectivos culturales distintos de la sociedad mayoritaria; garantizan a estos colectivos derechos e intereses de grupo en contraposición de derechos individuales; y reconocen sus sistemas de resolución de conflictos, como sistemas jurisdiccionales paralelos a la jurisdicción estatal, lo que implica aceptación del pluralismo jurídico en la nación.

## PLURALISMO JURÍDICO

### **Positivistas jurídicos vs. pluralistas jurídicos**

De la misma manera, como no es posible la plurinacionalidad sin pluralismo jurídico no es posible un pluralismo jurídico sin el reconocimiento de la diversidad cultural. Ya se dijo en párrafos anteriores que la plurinacionalidad no solo implica un cambio cultural, sino también una transformación económica, social, política y jurídica, lo que significa que la subsistencia de la plurinacionalidad depende del reconocimiento de diversas formas de pluralismo.

En este sentido, el pluralismo jurídico implica la existencia de diferentes sistemas jurídicos paralelos al sistema estatal, o variadas prácticas alternativas de derecho conviviendo todas dentro de un mismo Estado. Si partimos de esta definición es fácil encontrar criterios divididos en cuanto a considerar adecuado o inadecuado el reconocimiento del desarrollo y aplicación de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado-nación.

*Antipluralistas y positivistas jurídicos.* El criterio antipluralista y positivista jurídico, entre cuyos exponentes más representativos se encuentran Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus, Hart, Joseph Raz, Norberto Bobbio, entre otros grandes juristas, corresponde a una construcción monista del derecho, es decir, la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado. El antipluralismo considera que el Estado debe tener una única visión sobre las relaciones sociales, mantener el orden público a través de la creación y ejecución

de un solo derecho, concentrando el poder normativo y coactivo en una sola cultura, lo que permite mantener coherencia, uniformidad y unidad en los fallos jurisdiccionales y la regencia de la misma ley para todos, entendiendo así el principio de igualdad, en un ámbito territorial.

*Pluralistas jurídicos.* Los pluralista jurídicos, entre cuyos exponentes se encuentran Boaventura de Sousa Santos, Will Kymlicka, Anthony D. Smith, Julio César Trujillo, Catherine Walsh, entre otros, cuestionan la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado y creen en la existencia de una multiplicidad de prácticas de resolución de conflictos en un mismo espacio sociopolítico u ordenamientos legales y jurídicos paralelos al estatal que no derivan directamente de este y que presionan tanto desde fuera (sistemas jurídicos supranacionales) como desde dentro (sistemas jurídicos subnacionales).

Los *sistemas jurídicos supranacionales* son paralelos al estatal y cuya fuente es alguna comunidad internacional; en consecuencia, los Estados no actúan con un derecho exclusivo, sino que interactúan tanto con sistemas jurídicos internos como externos. Para Boaventura de Sousa Santos es innegable que actualmente se articulan y relacionan tres escalas de derecho en un mismo Estado: local, nacional y global,<sup>31</sup> lo que significa que junto al derecho estatal conviven otros órdenes legales cuya existencia y regencia divide el monopolio jurídico. Estos órdenes corresponden a los subestados y a los supraestados,<sup>32</sup> de manera que el orden tradicional del Estado-nación es atacado tanto externamente por la globalización como internamente por los grupos étnico-culturales.

Coincidentemente con Boaventura de Sousa Santos, pero refiriéndose al paradigma constitucional contemporáneo, Luigi Ferrajoli sostiene que el Estado constitucional ha entrado en crisis al reducirse en todos los ordenamientos el monopolio estatal de la producción jurídica, sustituyéndose la unidad de fuentes por una pluralidad de fuentes ya no solamente nacionales sino también supranacionales.<sup>33</sup>

Un ejemplo de ello, en el orden supranacional y en materia de derechos colectivos, es el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) el 27 de junio de 1989 en remplazo del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 107, aprobado por nuestro país el 24 de abril de 1998. El Convenio

31. Boaventura de Sousa Santos, «The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique», en *Law and Society Review*, vol. 40, No. 1, Utah, University of Utah / Law and Society Association, 2006, p. 45.

32. Los órdenes legales y jurídicos supraestatales no serán analizados en la presente investigación. En consecuencia, cada vez que se refiera a *pluralismo jurídico*, se entenderá la convivencia de los distintos sistemas pertenecientes a sub-Estados dentro del Estado-nación.

33. Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, p. 129-130.

169, publicado en el Registro Oficial No. 304,<sup>34</sup> compromete al Estado ecuatoriano —así como a los demás países que lo ratifiquen—<sup>35</sup> al reconocimiento de las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales y al respeto del derecho de conservación de sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8).

Por otro lado, los *sistemas jurídicos subnacionales o locales* que ejercen presión desde abajo o internamente, son creados, aplicados y practicados dentro de un mismo Estado por colectivos culturales generalmente precoloniales. Los grupos étnico culturales precoloniales que mantienen sus propios sistemas jurídicos pertenecen a los pueblos que habitaron especialmente África, Asia o América, antes de la llegada de los europeos. Su característica común es la subsistencia de sus propias formas de organización social, jurídica y política, a pesar de la imposición del derecho eurocéntrico y la calificación de costumbres bárbaras. En el caso del Ecuador estas jurisdicciones son ejercidas y aplicadas oficialmente por autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

La práctica del derecho indígena en Ecuador no responde a un sistema alternativo, sino paralelo al estatal, de ahí que llamarlo derecho «ordinario» equivale a reducir al derecho indígena a un sistema «extraordinario». Vale señalar que el sistema legal y jurídico indígena o de cualquier otro colectivo étnico-cultural dentro un Estado con pluralismo jurídico es también un derecho ordinario o frecuente para la comunidad y sus miembros. Aunque se ha dicho en párrafos anteriores que la Constitución de 2008 aportó significativos avances en materia de justicia indígena, creo necesario resaltar lo que a mi juicio resulta inadecuada la diferenciación que la Constitución hace de las justicias denominándolas ordinaria a la estatal e indígena a la practicada por los pueblos originarios.

De la misma manera, el art. 191 de la Constitución ecuatoriana de 1998 denominó a la justicia estatal como sistema judicial nacional, designación que al igual que la actual, coloca en una posición jerárquicamente superior al sistema judicial de la sociedad mayoritaria en contraposición con el sistema ju-

34. Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169, en *Organización Internacional de Trabajo*, <[http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf)>. Fecha de consulta: octubre de 2013

35. Hasta la fecha el Convenio 169 ha sido ratificado por 22 países, en orden de ratificación: Noruega (1990); México(1990); Colombia (1991); Bolivia (1991); Costa Rica (1993); Paraguay (1993); Perú (1994); Honduras (1995); Dinamarca (1996); Guatemala (1996); Países Bajos(1998); Fiji (1998); Ecuador (1998); Argentina (2000); Venezuela (2002); Dominicana (2002); Brasil (2002); España (2007); Nepal (2007); Chile (2008); Nicaragua (2010); República Centroafricana (2010), en *International Labour Organization*, <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>>. Fecha de consulta: 17 de octubre de 2013.

dicial indígena. No obstante, aunque puede resultar difícil establecer con claridad cuál es o debería ser la denominación más apropiada para cada una de las justicias, por exclusión es mucho más fácil señalar cuáles no son o no deberían ser los términos, en este caso, no debería denominarse a la justicia estatal como ordinaria a fin de no catalogarla como regular o común frente a la justicia indígena, de la misma manera como no debería llamarse sistema judicial nacional, puesto que si Ecuador es un país con pluralismo jurídico, los derechos distintos del estatal también forman parte de ese gran sistema judicial nacional que comprende a todos.

Por otro lado, los sistemas jurídicos precoloniales no se mantienen intactos, sino que han sufrido ciertas variaciones y modificaciones a través del tiempo, producto de la inevitable cercanía con el derecho estatal, generando en algunos casos *sistemas jurídicos híbridos*. Al respecto Boaventura de Sousa Santos señala que en un momento determinado todos los sistemas jurídicos y legales de un Estado-nación concurren y son influenciados mutuamente; a este cruce de ordenamientos legales y jurídicos De Sousa Santos denomina «interlegalidad». La interlegalidad genera sistemas híbridos legales que se encuentran en una especie de limbo institucional y producen un nuevo tipo de pluralismo jurídico desafiante de dicotomías convencionales, como oficial/no oficial; formal/informal; tradicional/moderno; monocultural/multicultural. Un ejemplo de ello son los tribunales comunitarios en Mozambique que son reconocidos como un sistema judicial oficial para ciertas comunidades utilizando formas de resolución de conflictos tradicionales y estatales (Santos, 2006: 46-48).

### **Pluralismo jurídico en Ecuador: derechos indígenas**

Los pueblos indígenas en cualquier país del mundo tienen distintas formas de organización social, distintas cosmovisiones, distintas costumbres, pero una característica común: son grupos discriminados y excluidos. Esta particularidad a la que han estado sujetos durante siglos, incluye aislamiento e invisibilización de sus formas de resolución de conflictos y la superposición de otras formas de justicia por sobre las suyas.

Es innegable que en Ecuador la población indígena es numerosa aunque las cifras que resultan de los censos realizados en el país reflejen lo contrario,<sup>36</sup> la CONAIE establece la existencia de 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas

36. El último censo realizado en Ecuador el 28 de noviembre de 2010, inquirió a la población su autoidentificación racial, arrojando como resultado el 7,2% de población indígena, en *Instituto Nacional de Estadísticas y Censos*, [http://www.inec.gov.ec/cpv/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=49&lang=es](http://www.inec.gov.ec/cpv/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=49&lang=es). Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013.

en la Costa, Sierra y Amazonía del Ecuador.<sup>37</sup> Cada una de estas nacionalidades y pueblos indígenas ha ejercido durante mucho tiempo sus propias formas de resolución de conflictos; sin embargo, esta particularidad es reconocida oficialmente por el Estado ecuatoriano apenas en la Constitución de 1998, como consecuencia de la lucha del movimiento indígena ecuatoriano y sus organizaciones sociales y políticas.

Antecedente importante para este reconocimiento constituye la ratificación por parte del Congreso Nacional del Convenio 169 de la OIT, el 28 de abril de 1998, pese a la oposición de sectores neoliberales y medios de comunicación. La actual Constitución promulgada el 20 de octubre de 2008, ratifica el reconocimiento de las funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Es preciso señalar que cada pueblo y/o nacionalidad posee su propio sistema jurídico, por lo que no existe un «derecho indígena», sino «derechos indígenas»; así, su tratamiento debe ser plural. De la misma manera, algunos expertos mencionan que no debería hablarse de «administración de justicia indígena» debido a que en el mundo indígena no existe esa palabra.<sup>38</sup> Para los pueblos indígenas la resolución de conflictos no constituye un aspecto determinado de la vida, sino que forma parte de la vida misma como un todo inseparable. De esta manera, no sería correcto hablar de justicia indígena sino de «armonización indígena», ya que el objetivo principal de los derechos indígenas, tal como lo refiere Julio Cesar Trujillo, es la armonía y la paz de la comunidad,<sup>39</sup> de la misma manera como el objetivo principal del derecho estatal es la búsqueda de la justicia.

Así las cosas, estos derechos varían de manera considerable al momento de resolver conflictos, principalmente porque responden a cosmovisiones distintas. Las formas de resolución de conflictos en el mundo indígena buscan proteger las relaciones armoniosas de la colectividad, es decir, buscan recuperar el equilibrio roto entre los seres humanos, lo que produce un inevitable

37. En *Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador*, <<http://www.conaie.org/nacionalidades-y-pueblos/pueblos>>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013

38. Raúl Llasag Fernández, «Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: el caso la Cocha», en PDH, comp., *Develando el desencanto: informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Quito, UASB-E-Programa Andino de Derechos Humanos / Abya-Yala, 2011, p. 94-104.

39. Julio César Trujillo, «Justicia indígena y pluralismo jurídico», en Laura Giraudó, edit., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2008, p. 268.

resquebrajamiento de las relaciones con otros seres y/o con la naturaleza.<sup>40</sup> Las formas de resolución de conflictos de conformidad con el derecho estatal derivan, por el contrario, de la visión eurocéntrica u occidental, siendo su propósito mantener el orden social y administrar justicia.

La sentencia de la autoridad indígena o tradicional no es considerada como mera imposición de sanción, sino un instrumento de reconciliación del infractor con la comunidad y un proceso de sanación del que ha contravenido por estar enfermo. Mientras que la sentencia de la autoridad jurisdiccional estatal es impuesta como sanción proporcional al delito cometido. Las concepciones del derecho estatal acerca de: delito, prisión, dolo, mala fe, entre otras, no existen para los derechos indígenas, de la misma manera como las concepciones de sanación, purificación, pérdida de armonía, enfermedad, entre otras, no existen para el derecho estatal.

Además, los derechos indígenas no dividen su sistema jurídico en materias, como lo hace el sistema estatal, es decir, no existe derecho civil, derecho penal, derecho familiar, entre otros, sino que la resolución de conflictos se fusiona con la vida diaria de la comunidad formando parte del todo. Por lo tanto, resulta evidente que las diferencias entre los sistemas jurídicos son vastas y, aunque el sistema de valores del mundo indígena en algunos casos suele coincidir con el sistema de valores de la comunidad mayoritaria, en otros tantos suelen resultar claramente opuestos.

Empero, es indudable que aunque el análisis a otra cultura parta desde una perspectiva intercultural es sumamente difícil llegar a una interpretación exacta de las actuaciones y en general de la cosmovisión de una cultura ajena. La dificultad se agrava si la observación se realiza desde un punto de vista jurídico neto sin apoyarse en la interdisciplinariedad a fin de zanjar las diferencias. En general, los conflictos al interior del espacio comunal indígena se resuelven de acuerdo con su marco normativo, creencias, espiritualidad y mundo de saberes, mientras que el derecho estatal resuelve los conflictos de acuerdo con su marco constitucional, legal y, en algunos casos, de acuerdo con la normativa internacional.<sup>41</sup>

No obstante, el reconocimiento de los derechos indígenas y las diferencias en la creación, desarrollo, aplicación y práctica de estos con el derecho estatal, no implica su actuación aislada sino contrariamente su interacción a

40. John Bamba, «El desarrollo libremente determinado de los pueblos indígenas», en *1-2/10 Asuntos indígenas, desarrollo y derecho consuetudinario*, Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2010, p. 33.

41. Raquel Yrigoyen Fajardo, «El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos», en André Hoekema, edit., *El reto de la diversidad*, México DF, Colegio de Michoacán, 1999, p. 352.

través de la coordinación y cooperación de los sistemas. En Ecuador, tanto en la Constitución de 1998 como en la de 2008, así como en las constituciones de Colombia, Perú, Venezuela y Bolivia, se determina la necesidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal y, aunque las disposiciones constitucionales apuntan a la creación de una ley que logre este objetivo, el diálogo entre los sistemas debe procurarse en todos los niveles: social, político, jurídico, administrativo y legal.

En el caso específico del Ecuador las instituciones de la función judicial tienen también la responsabilidad de tender puentes entre las jurisdicciones, principalmente, con la Corte Constitucional como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, que constituye actualmente el único organismo estatal autorizado para revisar las decisiones jurisdiccionales indígenas a través del control de constitucionalidad a fin de ratificarlas o revocarlas si violentaren la Constitución o los derechos humanos.

En tal sentido, es preciso analizar en qué consiste el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas que realiza la Corte Constitucional y de qué manera efectúa tal control, con la finalidad de establecer si esta institución como uno de los principales puntos de unión entre las culturas cumple con la responsabilidad de alcanzar la coordinación y cooperación entre las justicias indígenas y la justicia estatal.



## CAPÍTULO II

# Control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas

### EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Cuando se utiliza el término «control constitucional» es inevitable pensar en el control de constitucionalidad de las leyes, competencia judicial de expulsar o declarar no aplicable una norma controvertida del ordenamiento jurídico si del examen de esta resulta que es incompatible con preceptos constitucionales. La potestad de declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una ley es atribuida a la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional en el sistema concentrado o especializado de origen europeo; o, a los jueces de cualquier fuero o instancia con una Corte o Tribunal Supremo como intérprete final de la Constitución en el sistema difuso o no especializado de origen estadounidense.

El inicio del control de constitucionalidad de las leyes se hizo visible en EUA, a partir de la sentencia *Marbury vs. Madison*<sup>42</sup> emitida en 1803 por el *Chief Justice* Marshall, mediante la cual la Corte Suprema se atribuyó el control de la constitucionalidad de las leyes federales en atención al principio de la supremacía de la Constitución, que establece la prevalencia de sus disposiciones sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico; este sistema de control se denominó *judicial review*.

Sobre este mismo tema, pero esta vez en Europa continental, es famoso el debate surgido entre el jurista vienés Hans Kelsen y el alemán Carl Schmitt, a propósito de determinar ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Así, en la obra de Carl Schmitt denominada «La defensa de la Constitución», publicada en 1983, este autor responde a la pregunta señalando que la función judicial no puede tutelar la Constitución en razón de que los conflictos de interpretación constitucional son esencialmente políticos, de manera que, siendo las funciones de los jueces eminentemente jurídica y apolíticas, el único órgano facultado para enfrentar aspectos de tal importancia es el Presidente del *Reich*.<sup>43</sup>

42. Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política, poder judicial y democracia*, Madrid, Santillana, 1999, p. 114.

43. Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, trad. en verso castellano por Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998, p. 248-249.

Schmitt consideraba que la Constitución de Weimar señaló como protector de la Constitución al Presidente del *Reich* al otorgarle el encargo del orden político con una estabilidad y permanencia relativa y atribuciones que le permitían realizar una defensa activa de la Constitución, sumado a ello su elección por parte de todo el pueblo alemán lo investía como el único órgano con legitimidad democrática para custodiar la unidad constitucional (Ferrajoli, 2010: 250).

En respuesta a los fundamentos de Schmitt, el austriaco Hans Kelsen publica su célebre obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, en 1995, rebatiendo cada uno de los argumentos del profesor alemán, especialmente la negación del carácter político de las autoridades jurisdiccionales. Para Kelsen toda disputa jurídica es una pugna de intereses y por tanto un conflicto de poder, de manera que si las violaciones a la Constitución responden a aspectos políticos nadie mejor que un Tribunal Constitucional dotado de características jurisdiccionales y a la vez políticas para vigilar el orden constitucional y sancionar su vulneración.<sup>44</sup>

Precisamente, la solución a esta pregunta conferida por Kelsen, fue materializada en la creación del primer Tribunal Constitucional en la Constitución austriaca de 1920. Para Kelsen el órgano encargado de verificar violaciones a la Constitución por acción u omisión debía ser un tribunal independiente del Parlamento y del Gobierno, funciones del Estado propensas a transgredir los límites jurídicos del ejercicio del poder, pues en palabras del propio Kelsen «nadie puede ser juez de su propia causa» (Kelsen, 1995: 5).

De este modo, su propuesta fue un control de constitucionalidad central o «concentrado» –a diferencia de lo que ocurría en EUA– confiado a un tribunal que ejerce una labor distinta de los otros órganos jurisdiccionales emitiendo sentencias que actúan como una especie de ley posterior que deroga otra anterior, razón por la cual se asemejó a este órgano como una suerte de legislador negativo, por la atribución de expulsar del ordenamiento jurídico leyes incompatibles con la Constitución, por otro lado, el legislador positivo era el Parlamento con la tarea de crear legislación.

## REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE DECISIONES JURISDICCIONALES

Para el profesor italiano Luigi Ferrajoli el control de constitucionalidad y los procedimientos especiales que dificultan la reforma constitucional, cons-

44. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. en verso castellano por Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 5.

tuyen los pilares fundamentales de la rigidez de la Constitución, que reconoce a la norma fundamental como superior frente a la legislación ordinaria y los poderes estatales. Estas características, según el autor, definen el cambio de paradigma del derecho, antes «paleopositivista» considerando a la ley como fuente suprema e ilimitada del derecho y actualmente «garantista», haciendo posible que las constituciones garanticen la sujeción al derecho de todos los poderes, incluso del poder legislativo (Ferrajoli, 2010: 28-29).

El nuevo paradigma garantista o constitucionalismo contemporáneo como también se lo conoce, surge como contraposición al positivismo en su versión extrema, que determina la legitimidad y justicia de una ley por el solo hecho de haber sido emitida de acuerdo con la voluntad de la ficción de la mayoría y siguiendo el procedimiento previamente establecido. El constitucionalismo por el contrario cuestiona cualquier norma o decisión de una autoridad legítima si es incongruente con los principios y reglas constitucionales, aun cuando el procedimiento para su emisión haya sido el previsto. De ahí que normas o decisiones en el constitucionalismo contemporáneo pueden ser válidas, pero no justas, y por tanto, susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.<sup>45</sup>

El constitucionalismo contemporáneo se asienta sobre el principio de supremacía constitucional que implica el deber de los habitantes y principalmente de las instituciones del Estado de respetar los límites formales y sustanciales que la Constitución establece, es decir, ningún poder público puede irrespetarla. En este escenario la función judicial no queda fuera del cumplimiento de la Constitución; las decisiones emitidas por autoridades jurisdiccionales no están exentas de vulnerar preceptos constitucionales o derechos fundamentales.

Aunque en sus inicios la tarea principal de la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional era el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, el control de manera prioritaria de los actos del legislador, en la actualidad se le ha encomendado la defensa de la supremacía de la Constitución sobre todos los actos de los órganos del Estado, entre ellos, las sentencias judiciales.

Las sentencias judiciales de última instancia fueron durante muchos años actos intocables e indiscutibles en *pro* del principio de seguridad jurídica, no obstante, resulta absurdo sostener la infalibilidad de las autoridades jurisdiccionales quienes en su condición de seres humanos son susceptibles de vulnerar derechos constitucionales.<sup>46</sup>

En atención a este razonamiento, el máximo organismo de control constitucional ecuatoriano está facultado para revisar sentencias judiciales que vul-

45. Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Fontamara, 1999, p. 25.

46. Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 20-29.

neren derechos constitucionales a través de la acción extraordinaria de protección, o a través del sistema de selección de sentencias de garantías jurisdiccionales; esta última, con el fin de unificar la jurisprudencia y servir como instrumento de control de las decisiones que se tomen respecto a derechos constitucionales.

Así, de conformidad con la acción extraordinaria de protección contenida en el art. 94 de la Constitución y 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional está facultada para sustanciar y resolver esta garantía jurisdiccional cuyo objetivo es reparar derechos constitucionales vulnerados en sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencias.

Mientras que según establece el art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional tiene la atribución de seleccionar sentencias para crear derecho objetivo mediante la selección de sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales elegidas por gravedad del asunto, novedad del caso e inexistencia de precedente judicial, negación de precedentes judiciales constitucionales y relevancia o trascendencia nacional, con la finalidad de establecer parámetros a través de la creación de precedente jurisprudencial obligatorio.

## DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS EN ECUADOR

En el análisis del pluralismo jurídico se hizo referencia a la aplicación y ejecución de múltiples sistemas de resolución de conflictos dentro de un mismo Estado por parte de diversos colectivos indígenas. Estos sistemas jurídicos son reconocidos por varios países como paralelos y de igual jerarquía que el sistema estatal. Los países que incorporan esta característica a sus constituciones declaran oficialmente la aceptación de la diversidad cultural y la existencia de pluralismo jurídico en su territorio, tal es el caso del Ecuador y otros países andinos.

Los sistemas jurídicos indígenas son denominados por algunos autores con el nombre de «derecho consuetudinario» en razón de que funcionan con normas tradicionales no escritas que derivan de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad y que se encuentran indisolublemente adheridas a la estructura social, sin ser por ello, sistemas estáticos sino dinámicos y susceptibles de influencias externas.<sup>47</sup> No obstante, otro gru-

47. Rodolfo Stavenhagen, «Derecho consuetudinario indígena en América Latina», en Laura Valladares de la Cruz, comp., *Antología. Grandes temas de la Antropología Jurídica. V Con-*

po de especialistas prefiere no utilizar el término derecho consuetudinario por considerar que fue la expresión que se utilizó en la época colonial para distinguirlo del derecho occidental y minimizarlo frente al sistema jurídico europeo considerado de valor superior (Stavenhagen, 2006: 18).

De cualquier forma, es incuestionable la existencia de sistemas jurídicos indígenas precoloniales que aún se desarrollan y aplican en los Estados modernos por parte de pueblos originarios; estos sistemas son aceptados en la actualidad por países que reconocen su pluralidad jurídica, con las denominaciones: derecho consuetudinario (Perú); normas y procedimientos propios (Colombia y Bolivia); tradiciones ancestrales (Venezuela) o simplemente derecho propio (Ecuador).

Las autoridades competentes de aplicar y ejecutar los derechos indígenas son aquellas autoridades investidas de tal responsabilidad por la comunidad de acuerdo con sus sistemas de organización social y política; en la mayoría de comunidades indígenas del Ecuador, estas autoridades son el Cabildo o el Consejo de Gobierno, integrado por un presidente, vicepresidente, secretario y síndico, y la Asamblea General, como la máxima autoridad de la comunidad encargada de resolver los conflictos más graves o tomar las decisiones trascendentales.<sup>48</sup>

La competencia de las autoridades indígenas es personal, en tanto se aplica a los miembros de la comunidad como autores o víctimas y, es territorial, en la medida en que se aplica a los actos perpetrados en el ámbito geográfico propio de la comunidad indígena. En relación con el territorio, vale puntualizar que la vinculación de la jurisdicción indígena al territorio establece ciertas dificultades, esencialmente en el caso de la región interandina, debido a que la estrecha convivencia de indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en ciudades, dificulta la aplicación de los derechos indígenas en sus territorios.<sup>49</sup>

La tarea de administrar justicia se realiza con la asistencia de líderes que gozan del respeto y la confianza del grupo cultural, quienes colaboran en la resolución de conflictos, como los ancianos, shamanes, exautoridades, curanderas, compadres, padrinos, padres, o la propia comunidad reunida en asamblea general.<sup>50</sup> Las autoridades indígenas están preparadas para resolver cualquier clase de conflictos, asuntos penales, civiles, familia, etc., porque tal

*greso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica en honor a Jane Collier*, Morelos, Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, 2006, p. 16-17.

48. Lourdes Tibán Guala y Raúl Ilaquiche, *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Seidel, 2008, p. 40.

49. Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 106.

50. Elva Terceros, «El sistema jurídico de los pueblos indígenas», en Oscar ALba S., coord., *Las reformas al Estado*, Cochabamba, Instituto de Estudios Internacionales-Bolivia, 2007, p. 323.

como precisa Julio Cesar Trujillo y Donna Lee Van Cott, su sistema jurídico no divide el derecho en materias, como ocurre con el sistema estatal, es decir la conocida clasificación del derecho occidental no existe (Trujillo, 2008: 268).<sup>51</sup>

La razón de esta particularidad es la fusión de la vida social y legal de la comunidad y el carácter plurifuncional de sus autoridades. En algunos colectivos indígenas, las ofensas extremadamente graves que no han podido resolverse en la comunidad o, aquellas por las que se pretende sancionar al infractor más duramente, se derivan a la justicia estatal, por cuanto la sola amenaza de remitir el caso a la justicia estatal constituye para ciertos comuneros suficiente intimidación para evitar la reincidencia.

El procedimiento de resolución de conflictos varía dependiendo de la comunidad indígena, por tanto, hay tantos procedimientos como nacionalidades y pueblos indígenas existen en el país. Al respecto, Julio Cesar Trujillo manifiesta que existen conflictos indígenas cuyo procedimiento de resolución es muy parecido al estatal, es decir, existen dos partes que defienden intereses o argumentos contrapuestos y una autoridad que dirime y cuya resolución debe ser acatada; a este tipo de conflictos corresponden los que amenazan la propiedad o la vida (Trujillo, 2008: 277-279).

Por otro lado, existen comportamientos socialmente prohibidos en la comunidad que son solucionados desde casa con ayuda de los padres o los padrinos, tal es el caso de los chismes, peleas conyugales, etc. En general, los actos que quebrantan la armonía del colectivo indígena y las sanciones que se aplican por su cometimiento no suelen estar escritos en un código, como sucede con el derecho occidental, sino que, por su carácter consuetudinario, son transmitidos de forma oral y en pocos casos plasmados en reglamentos.

No obstante lo anterior, resulta necesario resaltar que es incorrecto acusar a los derechos indígenas de ser poco conocidos por las comunidades y por tanto transgresores del principio de legalidad que implica conocer con anterioridad las conductas prohibidas y sus consecuencias; por el contrario, como menciona Emiliano Borja Jiménez la condición de un reducido grupo humano, en el caso de las comunidades indígenas, genera un mayor conocimiento de las conductas adecuadas e inadecuadas, esto es, el menor número de personas facilita el conocimiento de la ley.<sup>52</sup>

51. Donna Lee Van Cott, «Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en América Latina», en *Antología. Grandes temas de la Antropología Jurídica. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica en honor a Jane Collier*, Morelos, Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, 2006, p. 212.
52. Emiliano Borja Jiménez, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 118-120.

A pesar de que la comisión de actos violatorios de las normas internas de la comunidad es menos común en los pueblos indígenas en comparación con la sociedad mayoritaria, los actos más frecuentes que lesionan la armonía comunitaria o provocan desorden, según la ilustrativa clasificación de Fernando García son: 1. problemas familiares como separación de parejas, divorcio, adulterio, violencia intrafamiliar, celos, y peleas entre parientes; 2. problemas sexuales como violaciones o negación de paternidad; 3. problemas sociales como chismes, calumnias, peleas por embriaguez, falta de respeto a la autoridad y pandillas juveniles; 4. problemas contra la propiedad como robo de ganado, robo de bienes materiales, disputas por herencia, deudas impagas, conflictos de posesión y límites de tierra; 5. atentados contra la vida como homicidios, intento de homicidio, suicidios, accidentes de tránsito y acusaciones de brujería.<sup>53</sup>

En el caso de los pueblos que pertenecen a la nacionalidad quichua ecuatoriana, los problemas que afronta la comunidad giran en torno, principalmente, al quebrantamiento de los tres principios básicos quichuas *ama quilla* (no ser ocioso), *ama llulla* (no mentir) y *ama shua* (no robar). Así, si se realizara una comparación entre los citados comportamientos que perturban la armonía de las comunidades indígenas y aquellos delitos y contravenciones que conoce la sociedad blanco-mestiza, sería difícil encontrar marcadas diferencias, salvo la brujería, los chismes y el adulterio, los actos prohibidos en las dos culturas suelen ser idénticos; sin embargo, la forma de juzgarlos y las sanciones que se aplican por su comisión difieren.

Aunque la noción occidental de debido proceso no existe en los Derechos indígenas es indudable que las comunidades tradicionales poseen un procedimiento propio que cubre los requerimientos del derecho a la defensa, la posibilidad de que las partes intervinientes en el conflicto expliquen las razones de sus actuaciones sin términos limitados y el principio de legalidad al lograr que la norma sea conocida por todos los miembros de la comunidad, siendo perfectamente previsible para los comuneros las sanciones que se aplican ante la comisión de determinados actos.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-349-96 también denominada como «sentencia del Cepo», manifiesta que para cumplir con el principio de legalidad las autoridades indígenas deben actuar conforme lo han hecho en el pasado con fundamento en sus tradiciones, sin que aquello implique que los derechos indígenas son inmóviles, en razón de que las culturas responden a condiciones sociales dinámicas y están en continua evolución, es decir, se requiere el cumplimiento de por lo menos un mínimo

53. Fernando García Serrano y Vanesa Saltos, *Formas indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2002, p. 29-41.

de legalidad a fin de no vulnerar los principios básicos de ninguna de las dos culturas.

De conformidad con Marc Simon Thomas, la resolución de conflictos en la mayoría de pueblos indígenas pertenecientes a la nacionalidad quichua del Ecuador ante el Cabildo, responde al siguiente procedimiento:<sup>54</sup>

1. Una de las partes involucradas en el problema generalmente la víctima o sus parientes, se acerca a las autoridades competentes del cabildo y presenta la denuncia respectiva o la petición de solución en forma oral; esta etapa se conoce con el término quichua *Willachina* que significa aviso o reporte.
2. Posteriormente, las autoridades competentes estudian el caso e inician las investigaciones de los hechos, con inspecciones oculares, preguntas a vecinos o familiares, etc., a fin de determinar por ellos mismos cuál fue el daño que se ocasionó exactamente, esta etapa se denomina *Tapuykuna* que significa averiguar.
3. Acto seguido, las autoridades indígenas citan a las partes involucradas a la oficina del cabildo, señalando para tal efecto fecha y hora, a fin de realizar una audiencia en la que cada parte tiene la oportunidad de explicar las razones de sus actuaciones, así como también pueden intervenir testigos para cada parte; esta etapa se denomina *Chimbapurana* que significa careo, porque el supuesto infractor y la supuesta víctima se confrontan.
4. Si de las investigaciones y la audiencia las autoridades deducen que efectivamente se cometió un acto prohibido, proceden a determinar la sentencia con la finalidad de restablecer el orden en la comunidad y lograr que el autor se arrepienta sinceramente, esta etapa se denomina *Killpichirina* que se refiere la imposición de la sanción.
5. Finalmente se procede al cumplimiento de la sentencia a través de la aplicación del «remedio» (sanción) por parte de personas de buena conducta que gocen de la confianza y la credibilidad de la comunidad, y en algunas comunidades por parte de las mujeres; esta etapa se denomina *Paktachina* que implica la ejecución de la decisión.

A diferencia de lo que sucede en el derecho occidental en el que las sentencias contienen usualmente sanciones o penas para castigar al infractor, en los derechos indígenas las sentencias implican acciones para restablecer la armonía comunitaria y evitar que el autor vuelva a transgredir los actos socialmente permitidos. Las decisiones indígenas utilizan rituales de sanación como actos cul-

54. Marc Simon Thomas, «Legal pluralism and interlegality in Ecuador, The La Cocha murder case», en *Cuadernos del CEDLA*, No. 24, Ámsterdam, Centre for Latin American Studies and Documentation, 2009, p. 61-64.

turalmente rehabilitadores con la finalidad de purificar al sujeto y restablecer el equilibrio y la paz; un ejemplo de ello es la utilización en algunas comunidades del fueite, no como castigo o sufrimiento excesivo sino para utilizar una figura simbólica que represente al rayo, a fin de purificar al transgresor.<sup>55</sup>

Las decisiones jurisdiccionales indígenas dependen de la comunidad y por tanto de cada cultura; estas pueden ser multas, devolución de objetos robados, indemnizaciones, baño con agua fría, ortiga, fueite o látigo, trabajos comunales, reclusión en la casa comunal por hasta 24 horas, o la expulsión de la comunidad como la sanción más drástica. Aun cuando estas sanciones difieran de las aplicadas por el derecho estatal por más benignas o severas para idéntico comportamiento, resultan culturalmente válidas siempre que no vulneren derechos constitucionales.

Su aplicación también suele resultar distinta en la medida en que la sanción puede o no ser individual; de hecho, existen varios casos de sanciones colectivas aplicadas no solo al infractor sino también a la familia de este que debió aconsejarlo o cuidar su buen comportamiento, e incluso, a toda la comunidad que asume parte de la responsabilidad, razón por la cual se reúne en conjunto para tomar la decisión (Borja, 2001: 125-126).

El reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a sus tradiciones y derecho propio lleva implícita la facultad reconocida a las autoridades ancestrales de dictar decisiones frente a los conflictos que surgen dentro de la comunidad indígena. Estas resoluciones de conformidad con la norma constitucional ecuatoriana tienen el mismo carácter jurídico y fuerza vinculante que las sentencias expedidas por autoridades jurisdiccionales estatales.

Por tanto, sin que se necesite ratificación del sistema judicial estatal las decisiones jurisdiccionales indígenas surten el efecto de cosa juzgada *per se*, debiendo ser obedecidas por las partes involucradas, acatadas por la comunidad y respetadas por las autoridades y las instituciones del Estado. El carácter vinculante de las resoluciones jurisdiccionales indígenas impide que una vez emitidas estas, el caso sea nuevamente conocido por cualquier otra autoridad indígena o estatal, en atención al principio de prohibición de doble juzgamiento (*non bis in idem*), excepto por parte de la Corte Constitucional en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, en cuyo caso la autoridad constitucional está facultada para

55. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523/97, en *Corte Constitucional de Colombia*, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.

revisar el apego de la resolución ancestral a las normas constitucionales y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

## CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS EN ECUADOR Y EN COLOMBIA

Una vez reconocido el carácter jurisdiccional que tienen las resoluciones indígenas en Ecuador y en Colombia, debe señalarse que estas decisiones, igual que las sentencias de las autoridades estatales, deben ajustarse a las disposiciones constitucionales contenidas en la norma fundamental. Para tal efecto, se ha encomendado la tarea de vigilar la supremacía constitucional respecto de las decisiones jurisdiccionales indígenas, al máximo organismo de control constitucional en ambos países a través de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena en Ecuador, de conformidad con el art. 171 de la Constitución y art. 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y a través de la revisión de acción de tutela en Colombia, según los art. 86 y 241, num. 9, de la Constitución colombiana de 1991.

### **Ecuador**

Aunque en Ecuador se reconocieron por primera vez funciones jurisdiccionales de autoridades indígenas mediante la Constitución de 1998 y se ratificaron en la actual Constitución de 2008, no fue sino con esta última que se articularon relaciones entre los sistemas de justicia indígena y el sistema de justicia estatal en materia constitucional. La institución del control de constitucionalidad sobre este tipo de resoluciones respondió de manera coherente al fortalecimiento de garantías jurisdiccionales en la nueva Constitución de 2008, que además dio inicio a un nuevo Estado constitucional de derechos y justicia.

De acuerdo con esta garantía jurisdiccional cualquier miembro de una comunidad indígena al que se le imponga una sanción en clara contravención de las normas internas de la comunidad o en vulneración de derechos humanos, puede presentar una acción de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, también denominada acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.<sup>56</sup>

56. Rosa Cecilia Baltazar Yucailla, «La justicia indígena en el Ecuador», en Carlos Espinosa Gallegos-Anda, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 468-469.

Empero, el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas no debe entenderse como una instancia judicial para obtener una resolución favorable que cambie el resultado de la anterior por simple interés personal. Así como tampoco significa que en esta coordinación y cooperación entre las justicias la una sustituye a la otra para efectos de obtener o cambiar decisiones; de la misma manera como el objetivo de la justicia estatal no debe ser emitir una resolución superior que derogue a la ancestral.

Así, el objetivo del control constitucional de las decisiones emitidas por autoridades indígenas, es la protección de los derechos constitucionales como efectiva respuesta al cambio de paradigma que vive el Ecuador, transformando el anterior Estado legal en el actual Estado constitucional dentro del cual los derechos de las personas o los colectivos actúan como vínculos y límites al ejercicio de poder de cualquier autoridad.<sup>57</sup>

De esta manera, las autoridades jurisdiccionales indígenas no están exentas de vulnerar derechos con el contenido de sus decisiones, por lo que también están sometidas –tal como ocurre con las autoridades jurisdiccionales estatales– al irrestricto respeto de las normas constitucionales y los derechos humanos. Aunque la posibilidad de violación de derechos resulta idéntica en ambas autoridades, las resoluciones que responden a patrones culturales distintos de los que rigen a la sociedad mayoritaria pueden resultar un tanto más peligrosas, precisamente en razón de la diferencia cultural.

En suma, a pesar del reconocimiento constitucional del derecho indígena se hace necesaria su limitación explícita a fin de evitar que sus procedimientos y sanciones vulneren derechos humanos, por esta razón se ha encargado a la Corte Constitucional la tarea de controlar la conformidad de estas resoluciones con los preceptos constitucionales, con la atribución incluso de rectificarlas su fuera necesario.

Por consiguiente, la acción por la cual la Corte Constitucional vigila el cumplimiento de la Constitución por parte de las autoridades jurisdiccionales indígenas se denomina control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas y se sustancia a través de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

La legislación ecuatoriana describe el trámite del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, específicamente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencias de la Corte Constitucional (RSPCCC). Según esta normativa, el control de constituciona-

57. Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala, 2011, p. 107-111.

lidad debe efectuarse mediante acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, garantía jurisdiccional que ratifica y fortalece el carácter vinculante de las decisiones emitidas por autoridades indígenas, al ser en esencia idéntica a la acción extraordinaria de protección que procede contra las sentencias o autos definitivos de la justicia estatal.

De acuerdo con el procedimiento establecido en la LOGJCC pueden impugnarse decisiones jurisdiccionales indígenas ante la Corte Constitucional mediante acción extraordinaria de protección, dentro del término de 20 días, quienes estuvieren inconformes con la decisión de la autoridad indígena por considerar que esta vulnera derechos constitucionales o discrimina a la mujer (art. 65). Nótese que en cuanto a los derechos vulnerados la LOGJCC se aleja un poco de lo que dispone la propia Constitución al respecto, para la cual, las resoluciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas no deben ser contrarias ni a la Constitución ni a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Es decir, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, realiza una especificación en cuanto a la discriminación de la mujer, pero al mismo tiempo, obvia señalar que también protege los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Para sustanciar la acción propuesta el art. 66 de la LOGJCC precisa que la Corte Constitucional debe respetar ciertos principios y reglas en la sustanciación de este tipo de acciones, tales como: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, acción, calificación, notificación, audiencia, opinión técnica, proyecto de sentencia, notificación de la sentencia y violación de derechos de las mujeres.

A pesar de las disposiciones constitucionales y legales acerca del reconocimiento de las justicias indígenas y su control constitucional y la existencia de 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas en Ecuador, todos ellos con un sistema de justicia propio, hasta la fecha<sup>58</sup> se han presentado solo tres acciones extraordinarias de protección contra decisiones judiciales indígenas ante la Corte Constitucional y ninguna de ellas ha sido resuelta por el organismo, dilatándose sin justificación aparente el necesario precedente jurisprudencial constitucional que, por pionero, devendría en un hito histórico.

De la misma manera, la función legislativa ha retrasado la creación de una ley que establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre las justicias indígenas y la justicia estatal, tarea imperiosa para tender puentes interculturales entre los dos sistemas y que además se encuentra ordenada en la propia Constitución, al señalar en el art. 171: «La ley establecerá los me-

58. 19 de noviembre de 2013.

canismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria».<sup>59</sup>

Precisamente este fenómeno descrito se evidencia en la inadmisibile dilación de la sentencia constitucional en el denominado caso La Cocha 2,<sup>60</sup> cuyo plazo para resolver se ha vencido en exceso, si se considera que según la LOGJCC la Corte Constitucional tenía 30 días contados desde la recepción del expediente para resolver la acción (art. 63). Así, el máximo organismo de control constitucional lleva más de tres años sin resolver esta garantía jurisdiccional desnaturalizando el procedimiento sencillo, rápido y eficaz de estas acciones, conforme dispone el literal a) del art. 86 de la Norma Constitucional.

Lo anterior no significa que en Ecuador se considere intrascendente el derecho de impugnar decisiones jurisdiccionales indígenas, sino que más bien se evidencia que los asuntos de esta índole traspasan del campo jurídico al campo político. Así, tal como lo menciona Agustín Grijalva, es incuestionable que la actividad judicial es una forma de política; no solo los partidos políticos y la clase política se ven involucrados en relaciones de poder sino todos aquellos órganos que tienen autoridad (Grijalva, 2011: 170).

Así, el control jurídico que realizan los jueces constitucionales tiene inevitables dimensiones políticas: 1. La resolución de temas políticos ayudado de normas jurídicas; 2. Las consecuencias o efectos políticos de la decisión judicial, y 3. La decisión basada no solo en argumentos jurídicos, sino además en valores y preferencias propios (Grijalva, 2011: 170). Sumado a lo anterior, para explicar el fenómeno de dilación, deben considerarse las continuas alianzas y rupturas entre el régimen de gobierno y el movimiento indígena, lo que entorpece la toma de una decisión alejada de influencias externas.

Por consiguiente, el máximo organismo de interpretación y control constitucional no procura como debiera el fortalecimiento del actual Estado plurinacional y la construcción de una sociedad intercultural. Es indudable que la Corte Constitucional ecuatoriana a falta de pronunciamiento por parte de la función legislativa tiene la obligación de tomar la posta para sentar precedente en la materia, no obstante ha eludido injustificadamente esta imperiosa tarea.

59. La primera propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador, fue planteada por los profesores Julio César Trujillo, Agustín Grijalva Jiménez y Ximena Endara, en la publicación de la obra *Justicia indígena en el Ecuador*, Quito, 2001. Para la realización de esta propuesta de proyecto, los investigadores realizaron seis talleres que convocaron aproximadamente a 150 indígenas de 12 provincias del Ecuador.

60. Resolución jurisdiccional por la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, impuesta por las autoridades indígenas de la comunidad La Cocha, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, República del Ecuador, contenida en el expediente constitucional No. 0731-10-EP, que se sustancia en la Corte Constitucional del Ecuador.

## Colombia

Colombia ha tenido un mayor desarrollo del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, debido sobre todo al serio compromiso que, a diferencia del Ecuador, asumió la Corte Constitucional colombiana, a partir de la Constitución de 1991, en relación con este tema.

Usualmente se considera a la Constitución colombiana de 1991 como una de las más significativas y pioneras en el constitucionalismo latinoamericano. De este modo, en la actual Constitución de Colombia se consagra el carácter pluriétnico y multicultural de la nación garantizando como derecho y principio rector el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del país (art. 7), sobre cuya base la Corte Constitucional ha emitido varias sentencias a fin de lograr conexiones interculturales que zanjen las inevitables oposiciones entre la justicia indígena y la justicia estatal.<sup>61</sup>

Vale reiterar el papel trascendental que ha realizado la Corte Constitucional colombiana en la coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia a través de sus sentencias y en ausencia del cumplimiento de este fin por parte del legislador. Si comparamos la tarea que realiza la Corte Constitucional colombiana en materia indígena con lo que sucede en Ecuador es inevitable pensar que nuestra Corte Constitucional se encuentra en deuda con la sociedad ecuatoriana cuya población indígena es significativa.

Empero, regresando a lo que sucede en Colombia, la sentencia No. T-254/94 constituye la primera revisión de tutela que realizó la Corte Constitucional colombiana frente a la impugnación de una decisión jurisdiccional indígena. El actor de la acción de tutela Ananías Narváez, miembro de la comunidad indígena «El Tambo», localizada en el Municipio de Coyaima, Departamento de Tolima, impugnó la sanción que le fue impuesta por decisión jurisdiccional del cabildo de la comunidad por la supuesta comisión del delito de hurto.

Al respecto, señaló el actor que el 19 de diciembre de 1992, la comunidad indígena El Tambo, reunida en Asamblea General, decidió expulsarlo junto con su familia y despojarlo de la parcela que le fue adjudicada, sin reconocimiento de sus cultivos y las mejoras que este había efectuado en el terreno. Según alegó el accionante su expulsión se realizó sin fundamento probatorio sin la investigación respectiva y sin estimar las propuestas del denunciado de permitir la conservación de la parcela en manos de su hijo de 16 años, mientras

61. Beatriz Eugenia Sánchez, «La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional», en Manuel José Cepeda Espinosa, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez, coord., *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional, el año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998, p. 330.

él abandonaba voluntariamente la comunidad, o que se le cancelaren las mejoras que había realizado en la parcela.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Tolima como juez de primera instancia que sustanció la acción resolvió denegar la tutela aduciendo: 1. Que habiendo sido tomada la decisión de expulsión por toda la comunidad indígena reunida en asamblea no se trata este de un acto judicial sino de un acto democrático; 2. Que en ejercicio legítimo del derecho de libre asociación, los miembros de la comunidad tienen derecho de admitir o esquivar un socio; así, la comunidad tenía derecho de expulsarlo, como en efecto lo hicieron, por votación general de acuerdo con sus usos y costumbres; 3. En cuanto a las pretensiones patrimoniales acerca de las mejoras, se indicó, que la vía judicial no era la acción de tutela sino el proceso laboral o el civil, y 4. Finalmente afirmó el juzgador que no es posible la concesión de tutela provisional ya que el hecho que se afirmó violatorio se encontraba ya consumado.

El fallo de primera instancia fue apelado por el accionante bajo los argumentos: no se puede «esquivar» a una persona de su propia comunidad y ninguna entidad pública puede violentar derechos fundamentales. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como juez de segunda instancia confirmó la decisión impugnada argumentando: 1. La expulsión significó la imposición de una sanción por la reiteración de conductas contrarias a las costumbres y normas internas de la comunidad por parte del infractor, por tanto no fue un acto arbitrario, y 2. Ratificó la improcedencia de la vía constitucional para el cobro de los valores por concepto de mejoras.

Esta última sentencia fue seleccionada por la Corte Constitucional colombiana (en adelante CCCol) para revisión a fin de determinar si la decisión jurisdiccional tomada por el Cabildo de la comunidad indígena constituye un acto susceptible de control judicial por vulnerar los derechos fundamentales del peticionario. De esta manera, del análisis de la sentencia T-254/94 de la CCCol que revisó las decisiones de los jueces inferiores, deben destacarse los siguientes razonamientos:

- La CCCol declaró que el peticionario podía activar el sistema judicial constitucional a través de la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales, debido a que no existen medios de defensa judicial frente a decisiones jurisdiccionales indígenas, por tanto, el accionante se encontraba en estado de indefensión.
- La CCCol identificó la tensión existente entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural que supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal y la consagración de los derechos fundamentales que se sustentan en normas transculturales, pretendidamente universales.

- La CCCol consideró que las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos en la aplicación de los órdenes jurídicos diversos deben ser superados respetando, fundamentalmente, las siguientes reglas de interpretación: 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía; 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; 3. Las normas legales imperativas (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; 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.
- La CCCol reconoce la legitimidad del carácter jurisdiccional de las decisiones indígenas y en consecuencia la facultad de imponer sanciones por la comisión de conductas contrarias a las normas internas de la comunidad.
- La CCCol indica que la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades indígenas, no puede vulnerar derechos fundamentales constitucionales que por normativa internacional y disposición constitucional constituyen límites jurídico-materiales.
- La CCCol concluye que la pena de expulsión al peticionario y su familia es desproporcionada y materialmente injusta por trascender a la persona del infractor y abarcar a los integrantes de su familia, lo que genera vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos.

Por las consideraciones expuestas la CCCol decidió revocar las resoluciones de primera y segunda instancia ordenando que el peticionario regrese a la comunidad indígena hasta que esta adopte una nueva decisión jurisdiccional que no vulnere derechos fundamentales de terceros. Para Beatriz Eugenia Sánchez la sentencia T-254/94 significó el paso definitivo en la incorporación de la jurisdicción indígena al ordenamiento nacional colombiano al establecer la CCCol la revisión de constitucionalidad de las sentencias indígenas por parte de cualquier juez de la república mediante acción de tutela (Sánchez, 1998: 339-340).

No obstante, considera la autora que la decisión de la CCCol limita al máximo la jurisdicción indígena, atando a las autoridades tradicionales a principios y valores ajenos a su cosmovisión. Esto principalmente porque el fallo del máximo organismo de control constitucional acepta la tutela considerando que la sanción violenta derechos fundamentales por trascender la persona del infractor y afectar a su familia, fundamentándose para ello en el art. 5.3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que establece «la pena no puede trascender la persona del delincuente» (Sánchez, 1998: 339-342).

En tal razón, aunque la CCCol reconoció el respeto a la diversidad de los pueblos indígenas valoró la decisión ancestral desde los derechos humanos, cosmovisiones y estándares valorativos incuestionablemente ajenos a su cultura. Daniel Bonilla coincide con el argumento anterior señalando que en esta sentencia la Corte Constitucional impone a la comunidad indígena los valores centrales de la cultura dominante, es decir, evidencia la visión de la naturaleza humana que defiende: las personas son individuos libres e iguales.<sup>62</sup>

A pesar de que la CCCol utiliza argumentos que tienden a la defensa de la diversidad cultural y la unidad en la diversidad, la decisión restringe la jurisdicción indígena sin consideración de su cosmovisión al limitar la sanción únicamente al individuo infractor, porque los derechos humanos establecen que la responsabilidad penal es individual. Daniel Bonilla también hace alusión a las reglas de interpretación intercultural que establece la CCCol, entre ellas, aquella que se refiere que a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía. Al respecto considera el autor que la «pureza cultural» no debería ser criterio de interpretación, debido a que puede generar que las culturas se congelen a fin de no contaminarse con la cultura mayoritaria o simplemente retomen sus tradiciones pasadas para obtener más autonomía, de cualquier forma la cultura de la sociedad mayoritaria interfiere en las decisiones indígenas.

En consecuencia, la primera sentencia que emitió la Corte Constitucional de Colombia ante la impugnación de una decisión jurisdiccional indígena, evidenció la visión de un sistema neoconstitucionalista europeo-occidental caracterizado por la protección de derechos fundamentales constitucionales a favor del individuo sin más consideraciones, pero no a un sistema neoconstitucionalista transformador, dentro del cual la protección de los derechos fundamentales constitucionales debe realizarse dentro de un marco de Estado que garantice la diversidad cultural y otorgue igual o mayor protección a los derechos colectivos frente a los derechos individuales cuando estos últimos resultan ineficaces (De Souza Santos, 2010b: 76-88).

Vale apuntar que la decisión a la que llega la Corte Constitucional colombiana es tomada sobre la base de criterios que parten de la cosmovisión eurocéntrica sin solicitar la asistencia de antropólogos o expertos en las características, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena El Tambo, es decir, no se realiza un verdadero esfuerzo de interpretación intercultural.

62. Daniel Bonilla, «Los derechos fundamentales y la diferencia cultural: análisis del caso colombiano», en *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2003, en *Universidad Nacional de Colombia*, <<http://www.seminario2005.unal.edu.co/Trabajos/Bonilla/Los%20derechos%20fundamentales%20y%20la%20diferencia%20cultural.pdf>>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.

A partir de la expedición de la primera sentencia de impugnación de una decisión jurisdiccional indígena por parte de la Corte Constitucional de Colombia, se han emitido diversas resoluciones que han cambiado el criterio del máximo juez constitucional frente a la tensión entre el derecho a la diversidad cultural y los derechos humanos. Estas decisiones constitucionales ante impugnaciones de decisiones jurisdiccionales indígenas han marcado etapas bien diferenciadas.<sup>63</sup>

- Un «liberalismo puro» con la sentencia T-254/94 de la comunidad indígena El Tambo que se mostró a favor de los derechos fundamentales individuales por sobre la diversidad cultural, al revocar la sentencia indígena considerada violatoria del derecho fundamental al debido proceso, por imponer como sanción desproporcionada la expulsión de la comunidad de uno de sus miembros y su familia.
- Un «interculturalismo radical» con la sentencia T-349/96 de la comunidad indígena Embera-Chami por la cual a pesar de haberse aceptado la tutela por considerar que la decisión indígena violentaba el principio de legalidad de la pena se garantizó la diversidad cultural respecto a la aplicación de la sanción del *cepo*. El cepo fue reconocido por la Corte Constitucional como un ritual de purificación según la cosmovisión de la comunidad indígena y no como sanción que pretenda causar sufrimiento frente al argumento del accionante que lo definió como un trato cruel e inhumano.
- Un «liberalismo cultural» con la sentencia SU-510/98 de la comunidad Arhuaca de la Sierra Nevada, mediante la cual la Corte Constitucional limitó el derecho fundamental de la libertad religiosa de los miembros de la comunidad indígena que profesan la fe cristiana evangélica, bajo el fundamento de la protección de la integridad cultural indígena y la obstaculización de influencias de la sociedad mayoritaria que pudieran ser perjudiciales.

Aunque la Corte Constitucional de Colombia tiene aún mucho trabajo a fin de lograr la difícil tarea de una adecuada coordinación y cooperación entre las justicias indígenas y la justicia estatal a través del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, los avances que ha logrado en la materia son ejemplares para los máximos órganos constitucionales de la región.

En términos generales la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado y reconocido paulatinamente el principio de pro-

63. Gloria Lopera, «¿Rompiendo el cerco o ensanchando las fronteras del liberalismo? Comentario al libro de Daniel Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural», en *Revista de Estudios Sociales*, No. 26, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2007, p.181.

tección de la diversidad cultural reconociendo su preeminencia frente a otros derechos constitucionales. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado como límites a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas ciertos requerimientos mínimos que a criterio del organismo, buscan proteger la dignidad humana de los miembros de la comunidad.

En esta línea de pensamiento, la Corte Constitucional ecuatoriana debería observar para futuras resoluciones en materia indígena las consideraciones a las que su símil colombiana ha llegado en cada una de sus paradigmáticas sentencias. Sería prudente que nuestro máximo organismo de interpretación y control constitucional camine sobre terreno conocido, tomando en cuenta que la Corte Constitucional colombiana ha trabajado durante por más de dos décadas aproximadamente en el análisis de la justicia indígena mediante la sustanciación de casos concretos. Así las conclusiones a las que ha llegado en la actualidad la CCCol no son producto de la casualidad sino de un largo y continuo estudio, prueba de ello es su paulatino cambio de criterio que los ha llevado desde una posición etnocéntrica pura, a una cultural radical y, finalmente, a una cultural moderada.

## LÍMITES A LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN ECUADOR

Dentro del contexto de Estado constitucional de derechos y justicia, Ecuador incorporó a su norma fundamental, además de un extenso catálogo de derechos, nuevas garantías jurisdiccionales para protegerlos. Entre estas innovaciones se incluyó la acción extraordinaria de protección como garantía jurisdiccional para proteger los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario.<sup>64</sup>

Con la misma lógica, si los jueces estatales son susceptibles de incurrir en actos u omisiones que vulneren derechos constitucionalmente reconocidos, de la misma forma, las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales podrían incurrir en actos u omisiones que desde sus costumbres o tradiciones vulneren estos derechos. Concurrentemente la Constitución reconoce el ejercicio de facultades jurisdiccionales a las autoridades de comunidades y pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial, siempre que sus normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales (art. 171).

64. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 004-09-SEP-CC, caso No. 0030-08-EP de 14 de mayo de 2009, publicada en el RO No. 602, Quito, 1 de junio de 2009, en <[http://www.fonsozambrano.com/corte\\_constitucional\\_ec/cce-004-09-SEP-CC-accion\\_proteccion.pdf](http://www.fonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/cce-004-09-SEP-CC-accion_proteccion.pdf)>. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2013.

En consecuencia, es evidente que a pesar de reconocerse la jurisdicción indígena en la Constitución de 1998 y en la Constitución de 2008, no se la considera como absoluta sino más bien sometida a ciertos límites, tanto objetivos en razón del territorio y la competencia como subjetivos en cuanto al respeto a los derechos humanos.

### **Límites objetivos: territorio y competencia**

Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo consideran que la jurisdicción indígena es un derecho limitado y el primero de esos límites tiene que ver con el ámbito territorial.<sup>65</sup> Al referirse a la competencia territorial de los pueblos y nacionalidades indígenas la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha interpretado que el fuero de carácter geográfico implica el juzgamiento de conductas que tengan ocurrencia dentro del territorio indígena,<sup>66</sup> lo que significa que solo pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su específico ámbito territorial.

En Ecuador, la Constitución ecuatoriana de 2008 establece en el art. 171, que la competencia jurisdiccional indígena debe ser ejercida dentro de su ámbito territorial, lo que implica un retroceso si lo comparamos con lo dispuesto en el art. 191 de la anterior Constitución de 1998, cuyo límite para el ejercicio de las competencias jurisdiccionales indígenas eran sus conflictos internos.

Si consideramos que el concepto de ámbito territorial no tiene descripción alguna en la Constitución ni en la legislación nacional, el problema en torno al término es bastante complejo ya que es uno de los requisitos indispensables que se consagra en la Constitución para aplicar los derechos indígenas.

Acerca de lo que debe considerarse ámbito territorial indígena ha surgido un intenso debate entre los estudiosos de la materia. Para el profesor Agustín Grijalva, uno de los problemas de la exigencia de un territorio definido para ejercer jurisdicción indígena, surge en la región interandina y en menor grado en las comunidades amazónicas o costeras, debido a que las comunidades indígenas de la Sierra presentan una marcada convivencia entre indígenas y mestizos tanto en zonas rurales como en las ciudades, mientras que los pueblos amazónicos y costeros suelen manejarse en ámbitos territoriales un tanto más específicos.<sup>67</sup>

65. Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo, «La jurisdicción especial indígena», en C. Espinosa Gallegos-Anda, y D. Caicedo Tapia, edit., *op. cit.*, p. 161.

66. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia ST-496/96, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013.

67. Agustín Grijalva Jiménez, «El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008», en C. Espinosa Gallegos-Anda, y D. Caicedo Tapia, edit., *op. cit.*, p. 405.

En el mismo sentido, Diego Zambrano Álvarez precisa que el concepto de territorio indígena debe extenderse a aquellos asentamientos urbanos donde predomina la vida cultural de estos pueblos con independencia de su ubicación geográfica, así que las zonas urbanas donde existe gran concentración de población indígena también deberían considerarse como territorios ancestrales, tal es el caso de los mercados en las ciudades, por citar apenas un ejemplo.<sup>68</sup>

Coincidentemente, Luis Fernando Ávila considera que el concepto de territorio indígena no opera necesariamente sobre un espacio físico determinado, sino que para su delimitación se requiere la asistencia de estudios antropológicos para cada caso concreto, pudiendo variar este concepto entre cada comunidad; para la cosmovisión indígena, territorio no es solamente la tierra sino además el componente espiritual y cosmogónico que le otorga una dimensión que en algunos casos no puede ser materializada.<sup>69</sup>

Por otro lado, el Convenio 169 de la OIT, precisa que el término «tierras», en los art. 15 y 16 del Convenio, debe incluir el concepto de territorios, lo que comprende la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. En consecuencia, la determinación de lo que es ámbito territorial indígena presenta graves dificultades; no obstante la Corte Constitucional tiene entre sus facultades la interpretación de la Constitución por lo que puede aclarar las dudas con profundas reflexiones acerca del tema mediante resoluciones en procesos interculturales.

De la misma manera, la Asamblea Nacional ecuatoriana también tiene la tarea de delimitar el concepto de territorio indígena como concepto nuclear a través de la ley de coordinación y cooperación entre la justicia estatal y la justicia indígena que debe expedir; empero, es necesario advertir que la definición de territorio desde una lógica occidental sería inevitablemente limitante para los pueblos indígenas, siendo necesaria una interpretación intercultural de esta noción fundamental.

De otra parte, el siguiente límite tiene que ver con la forma en cómo las autoridades indígenas deben ejercer las funciones jurisdiccionales que les son reconocidas, esto es, sobre la base de sus tradiciones ancestrales y derecho propio, conforme lo reconoce la Constitución ecuatoriana de 2008. Al respecto, hay que resaltar que esta característica conlleva la aplicación de formas distintas de jurisdicción en comparación con la jurisdicción estatal, en razón de las cosmovisiones diferentes que maneja cada cultura.

68. Diego Zambrano Álvarez, «Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes», en C. Espinosa Gallegos-Anda, y D. Caicedo Tapia, edit., *op. cit.*, p. 233.

69. Luis Fernando Ávila Linzán, «Los caminos de la justicia intercultural», en C. Espinosa Gallegos-Anda, y D. Caicedo Tapia, edit., *op. cit.*, p. 196.

## Límites subjetivos: derechos humanos

En cuanto a los límites subjetivos, Agustín Grijalva Jiménez señala que la Carta Política de 2008 disminuye las limitaciones a la jurisdicción indígena. De esta manera, la anterior Constitución de 1998 determinó como restricciones la Constitución, los derechos humanos, la ley y el orden público, en tanto en la Constitución de 2008, estas restricciones se han limitado a la Constitución y a los derechos humanos (Grijalva, 2009: 404).

En general, los límites a la jurisdicción indígena también se han fijado en las normas fundamentales de otros países andinos que reconocen este tipo de justicia, tal es el caso de Colombia, Venezuela y Bolivia que disponen como uno de los límites a sus jurisdicciones especiales la Constitución; mientras que Perú lo hace con los derechos fundamentales.

Esto en concordancia con lo dispuesto en el Convenio No. 169 de la OIT, aprobado en 1989, que establece como límites a la jurisdicción indígena, la compatibilidad con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 9), y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en 2007, que establece como límite las normas internacionales de derechos humanos (art. 34).

En cuanto a los límites materiales, la Constitución peruana publicada en 1993 se consagró como una de las menos restrictivas, en razón de que Perú reconoce funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, de acuerdo con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de las personas, a diferencia de los demás países andinos que en ese entonces establecían entre los límites a la jurisdicción indígena el ordenamiento jurídico nacional.

Para algunos expertos en el tema, las limitaciones del sistema jurídico nacional y los derechos humanos responden a una visión occidental de la realidad que concibe el análisis de los ordenamientos jurídicos ancestrales desde la óptica de la cultura mayoritaria (Sánchez, 1998: 332). Según lo anterior, es inevitable el entrecruzamiento y pugna del principio de diversidad étnica y cultural y la concepción universal de dignidad humana que soporta la teoría de los derechos humanos, lo que convierte en desatinada la posibilidad de que las autoridades indígenas puedan resolver los conflictos que se les presentan de acuerdo con principios y reglas que no son compatibles con su visión de justicia y dignidad.

Hay quienes reconocen que la justicia indígena no es absoluta, sino que requiere ciertos límites (Sánchez; Jaramillo, 2009: 161). Los argumentos que sustentan a los derechos humanos como restricciones a la jurisdicción indígena son denominados etnocentristas o absolutistas, por reconocer supremacía absoluta a los derechos fundamentales constitucionales como mínimos universales

éticos, que permiten conciliar las diferencias culturales y lograr un entendimiento moderado entre las civilizaciones.<sup>70</sup>

Ante la disyuntiva anterior la solución de armonizar el encuentro entre las cosmovisiones de cada cultura y la cosmovisión de la sociedad mayoritaria se avizora hartó difícil. En el Ecuador por disposición constitucional las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, son las encargadas del desarrollo progresivo de los derechos constitucionales y del establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal, a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas (art. 11.8 y art. 171).

Sin embargo, después de varios años de expedida la Constitución regente de 2008, la Asamblea Nacional aún no ha discutido la ley de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y justicia ordinaria, a pesar de que, con fecha 2 de febrero de 2010, la asambleísta Lourdes Tibán Guala presentó una propuesta de proyecto de ley<sup>71</sup> y, según información no publicada, la asambleísta María Paula Romo presentó una segunda propuesta.

Para agravar el escenario la justicia constitucional tampoco ha contribuido significativamente en el diálogo intercultural entre los sistemas de justicia, al punto de que el máximo órgano de control e interpretación constitucional después de más de tres años aproximadamente, aún no ha emitido sentencia en el caso de control de constitucionalidad denominado La Cocha 2.

No obstante, para esclarecer la cuestión de los derechos humanos como límites a la justicia indígena y establecer posibles parámetros de análisis en el caso La Cocha 2, este trabajo utilizará algunas de las consideraciones de la jurisprudencia constitucional colombiana que constituye uno de los ejemplos más significativos en la región.

La Corte Constitucional colombiana actualmente mantiene la tendencia que responde a la restricción de los límites a su mínima expresión en beneficio de la maximización de la autonomía de las autoridades indígenas. En este sentido, se procura la protección de ciertos mínimos indiscutibles fijados en la sentencia T-349/96, como el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de las torturas y una legalidad mínima, entendida funcionalmente como la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades.<sup>72</sup>

70. Juan Montaña Pinto, «La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia», en C. Espinosa Gallegos-Anda y D. Caicedo Tapia, edit., *op. cit.*, p. 263.

71. *Asamblea Nacional del Ecuador*, en <<http://asambleanacional.gob.ec/tramite-de-las-leyes.html>>, Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2013.

72. Beatriz Eugenia Sánchez, «El reto del multiculturalismo jurídico, la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena», en Boaventura de Sousa Santos, edit., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, análisis socio-jurídico*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, p. 78.

Las razones por las que la CCCol llegó a esta conclusión son: 1. El reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural, y 2. la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

En sentencia posterior signada con el número SU-510/98, la Corte Constitucional colombiana modificó moderadamente el criterio de restricción limitándolo únicamente a los núcleos esenciales de los derechos constitucionales fundamentales, es decir, el mínimo de los mínimos, sin embargo a criterio de la CCCol, la lista de estos derechos no puede determinarse sino que deben ser dilucidados en cada caso concreto.

Con estas consideraciones, resulta necesario analizar uno de los casos más significativos en materia de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, el denominado caso La Cocha 2, que además es pionero respecto a esta garantía jurisdiccional.

## CAPÍTULO III

### Caso La Cocha 2

#### PARÁMETROS QUE DEBE OBSERVAR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE UNA ACCIÓN DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS

Con el fin de llevar a la práctica los conceptos y reflexiones que constan en los capítulos que anteceden, en este último capítulo se analizará un caso actual de control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas, que se sustancia actualmente en la Corte Constitucional del Ecuador, conocido como La Cocha 2. Su mención en este trabajo es de capital importancia considerando que la sociedad ecuatoriana se encuentra a la expectativa de la emisión de la primera sentencia de este tipo por parte del máximo organismo de interpretación, control constitucional y administración de justicia en esta materia.

Este caso gira en torno a la competencia material de la jurisdicción indígena y la aparente violación de derechos humanos por parte de las autoridades de la comunidad, cuestiones de intenso debate entre expertos en la materia. Con un poco más de cinco años de expedida la Constitución ecuatoriana de 2008, aún no se ha resuelto ningún caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas; la resolución del caso La Cocha 2 sería el primer precedente de esta garantía, y aclararía las dudas que se han planteado desde el inicial reconocimiento de la jurisdicción indígena en Ecuador y la posibilidad de que un órgano de justicia constitucional estatal revise tales decisiones.

#### GENERALIDADES DE LA COMUNIDAD LA COCHA

La Cocha es una de las 11 comunidades pertenecientes a la parroquia rural Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, República del Ecuador.<sup>73</sup> Está situada al noroeste de la parroquia Zumbahua y tiene aproximadamente 50

73. Chamo; Guantopolo; Saraucsha; Rumichaca; La Cocha; Michacalá; Talatag; Yanaturo; Tigua-Chimbacucho; Turulata, y Yanashpa.

caseríos y 8.000 pobladores,<sup>74</sup> su clima es generalmente frío y ventoso durante casi todo el año, su clasificación bioclimática es supratropical inferior seca, es decir, con predominancia de temperaturas medias a bajas, 13°C, o menos.

Sus habitantes se reconocen como parte del pueblo indígena Panzaleo, de la nacionalidad quichua de la Sierra. La comunidad de La Cocha agrupa a 13 sectores<sup>75</sup> que en conjunto forman la Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de La Cocha (UNOCIC), organización de segundo grado, filial del Movimiento Indígena de Cotopaxi (MIC).

Según establece el reglamento interno de la comunidad, La Cocha está regida por dos organismos: el Cabildo y la Asamblea General. La Asamblea General es la máxima autoridad de la comunidad y entre sus facultades está la elección del Cabildo. Por otro lado, el Cabildo es la segunda autoridad de la comunidad y está compuesto por: un presidente, un vicepresidente, un tesoroero, un síndico, un secretario y dos vocales.

La comunidad de La Cocha ha captado la atención de los medios de comunicación y la sociedad ecuatoriana por el juzgamiento de casos de homicidio suscitados dentro su territorio. Dos casos han generado especial interés, en el momento de sus juzgamientos, en razón del encuentro entre los sistemas jurisdiccionales indígena y estatal, estos son los denominados casos La Cocha 1 y La Cocha 2.

### **Antecedentes del caso La Cocha 1**

El primero de ellos, al cual denominaremos La Cocha 1, acaeció en Quilapungo, sector de La Cocha, el 21 de abril de 2002. Después de una fiesta de bautizo, tres comuneros de Guantopolo, en estado de embriaguez, discutieron con otro miembro de la comunidad, propiciándole varios golpes que le causaron la muerte dos días después del ataque. Ante este asunto de extrema gravedad 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 para nombrar a la infracción.

La Asamblea General resolvió tres tipos de sanciones para los involucrados: 1. El pago de US \$ 6.000 como compensación a la viuda embarazada y sus cuatro hijos menores; 2. Castigos físicos rituales también denominados

74. La Hora, «La otra cara de La Cocha», domingo 22 de agosto de 2010, en *La Hora*, <<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101006519>>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2013.

75. La Cocha Centro (matriz); Pasobullo; Cocha Vaquería; Cosaca; Cocha Uma; Iracunda; Cusato; Quilapungo; Caucho; Chicho; Unacuta; Ponce Quilotoa; Macapungo, y Atalo.

*timurina*, que consistieron en pedir disculpas a la comunidad mostrando los objetos que causaron la muerte del comunero –una roca, un tubo y un destornillador–, caminar descalzos llevando piedras en sus espaldas, recibir latigazos aplicados por las autoridades de los 13 cabildos vecinos, purificación con un baño medicinal que incluyó ortiga y agua helada y expulsión de la comunidad durante dos años, y 3. Un acuerdo económico entre los malhechores y la familia del difunto a fin de prodigarles asistencia.

No obstante el juzgamiento de la infracción por parte de las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, en uso de sus legítimas facultades constitucionales, la justicia estatal consideró que un caso de esa gravedad solo podía ser juzgado por el Estado. Por esta razón, el Fiscal del Distrito de Cotopaxi al conocer del suceso por los medios de comunicación realizó una nueva investigación e inició instrucción fiscal por la cual 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, quien reconoció el valor constitucional de la justicia indígena y, por tanto, la imposibilidad de juzgar por segunda ocasión el acto por parte de la justicia estatal. Sin embargo, no contento con el fallo de primera instancia, 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 tenían competencia para juzgar un delito de tal gravedad y declaró culpables a los tres involucrados en un juicio penal que negó la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas para emitir sentencias en la resolución de sus conflictos desconociendo lo que establecía el art. 191 de la Constitución de 1998.

Con esta actuación el juez José Luis Segovia Dueñas, vulneró el principio constitucional que prohíbe el doble juzgamiento por un mismo acto, también conocido como *non bis in idem*, que estaba consagrado en el art. 24, num. 16 de la norma fundamental de 1998, vigente en ese entonces.

## **Antecedentes del caso La Cocha 2**

El segundo caso objeto de estudio es el denominado caso La Cocha 2. De la revisión del proceso No. 0731-10-EP que se sustancia en la Corte Constitucional ecuatoriana, en el que constan la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo y las actas de solución de conflicto de la Asamblea General de La Cocha de fechas 16 y 23 de mayo de 2010, se desprenden los siguientes antecedentes fácticos y legales:

El día domingo 9 de mayo de 2010, durante una fiesta de matrimonio, entre las 7 y 8 de la noche, aproximadamente, murió por causa de asfixia por

estrangulamiento el señor Marco Antonio Olivo Pallo, en el parque central de la parroquia Zumbahua frente a la iglesia. Marco Antonio Olivo fue atado del cuello con su propio cinturón y colgado en una de las verjas del parque, lugar en el que su primo Klever Cununay lo encontró muerto y, posteriormente, lo trasladó al Hospital Claudio Benatti, centro médico en el que se confirmó su deceso.

Al día siguiente, lunes 10 de mayo de 2010, en horas de la tarde, 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. A fin de continuar con las investigaciones y establecer la responsabilidad, los familiares del extinto Marco Antonio Olivo, los parientes de los presuntos victimarios y las autoridades de Guantopolo, solicitaron a las autoridades de la comunidad de La Cocha su intervención en el asunto en calidad de jueces, por lo que amparados en el art. 171 de la Constitución y art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades de La Cocha y los dirigentes de la organización UNOCIC decidieron aceptar la jurisdicción y declararse competentes para conocer el caso.

De las investigaciones realizadas en las que participaron los involucrados, sus familiares, dirigentes, entre otros comuneros, se encontró culpables del hecho a los señores Flavio Hernán e Iván Candejeo Quishpe; Wilson Ramiro y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga, en calidad de cómplices, y Manuel Orlando Quishpe Ante, en calidad de autor material.

La Asamblea General de las comunas y comunidades de La Cocha-Zumbahua y la UNOCIC, reunidas el 16 de mayo de 2010, a las 13h00, después de escuchar a los involucrados, a los familiares de estos y a las autoridades presentes, decidieron las siguientes sanciones para los cómplices del acto: 1. Una indemnización de US \$ 5.000 a favor de la familia del fallecido; los sancionados decidieron entregar dicha cantidad a la UNOCIC para la compra de equipos y materiales en beneficio de la comunidad; 2. Prohibición de ingreso a fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por el lapso de dos años; 3. Expulsión de los implicados de la comunidad y la parroquia Zumbahua por dos años y rehabilitación por parte de familiares; 4. Baño de agua y ortiga por 30 minutos; 5. Cargar un quintal de tierra desnudos y vuelta a la plaza central, y 6. Latigazos por cada uno de los dirigentes de las comunidades.

En Asamblea General, reinstalada el 23 de mayo de 2010, a las 10h00, se fijan las sanciones para el involucrado directo, Orlando Quishpe, conforme se había decidido en la asamblea anterior. A fin de legitimar el juzgamiento se permite el ingreso de medios de comunicación, ante ellos y ante 4.000 comuneros aproximadamente, las autoridades indígenas resuelven las siguientes sanciones para el autor del hecho: 1. Vuelta a la plaza pública cargando un quintal de tierra desnudo; 2. Pedido de perdón a los familiares del fallecido y a la Asamblea

General; 3. Baño de agua y ortiga por 40 minutos; 3. Consejos por parte de los dirigentes indígenas; 4. Trabajo comunitario por cinco años, con seguimiento y evaluación, y 5. Indemnización a la madre del difunto con US \$ 1.750.

Después de la resolución de la Asamblea General y la aplicación de sanciones a los responsables del acto que quebrantó la armonía de la comunidad, el caso se dio por juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos ancestrales; empero, el Fiscal General de la Nación de ese entonces, Dr. Washington Pesantes, consideró que las autoridades indígenas no eran competentes para resolver casos de ese tipo y ordenó el inicio de dos investigaciones, una para determinar la existencia del delito de asesinato y conocer a los responsables del mismo y, otra, para establecer la responsabilidad de las autoridades en los presuntos delitos de plagio y torturas a los involucrados en la muerte.

Con estos antecedentes fácticos, el día 28 de mayo de 2010, a las 5h30, el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi, considerando que hay mérito para imputar culpabilidad por delito contra la vida, dictó auto de inicio de Instrucción Fiscal y ordenó prisión preventiva en contra de los cinco involucrados en el caso La Cocha, quienes se entregaron voluntariamente ante la justicia estatal.

Una vez apresados los imputados, sus declaraciones sirvieron de fundamento para que se dicte en su contra auto de llamamiento a juicio 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 para su liberación se solicitó el pago de una suma de dinero.

La prisión preventiva de los dirigentes Jaime Rodrigo Cuchiparte Toaquiza, Blanca Yolanda Mejía Umajinga y José Ricardo Chaluisa Cuchiparte, se hizo efectiva el 4 de junio de 2010, razón por la cual en la misma fecha los abogados defensores de las autoridades indígenas Carlos Poveda Moreno y Raúl Illaquiche Licta, presentaron una acción de amparo de libertad, ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi.

En el acta de audiencia de amparo de libertad de fecha 4 de junio de 2010, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, ordenó la libertad de las tres autoridades indígenas al encontrar una marcada contradicción en la exposición del Juez Tercero de lo Penal. La contradicción consistía en que se declaró competente para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva en contra de las autoridades indígenas y al mismo tiempo se declaró incompetente al encontrarse en duda del proceso.

Por la duda que alegó el Juez Tercero de lo Penal, este suspendió el procedimiento y elevó en consulta a la Corte Constitucional de acuerdo al art. 428 de la Constitución, a fin de que este organismo solucione la contradicción entre el art. 171 de la norma fundamental que reconoce funciones jurisdiccionales

a las autoridades indígenas y el art. 217 del Código de Procedimiento Penal que faculta al fiscal para resolver el inicio de la instrucción fiscal en cuanto considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo.

Respecto al caso La Cocha 2, se han presentado varias acciones ante la Corte Constitucional, que esperan resolución; estas son:

- Consulta de constitucionalidad de los art. 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, presentada por el Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi. (Causa 0036-10-CN).
- Acción extraordinaria de protección en contra de la decisión jurisdiccional indígena, presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del difunto, el día 8 de junio de 2010, a las 12h25, a fin de que la Corte Constitucional revise las decisiones ancestrales de 16 y 23 de mayo de 2010 y se pronuncie acerca de la competencia de las autoridades indígenas para determinar las responsabilidades relativas la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo. (Causa 0731-2010-EP).
- Comparecencia de los cinco acusados, Flavio Hernán e Iván Candejejo Quishpe; Wilson Ramiro y Cléber Fernando Chaluisa Umajinga y, Manuel Orlando Quishpe Ante, el día 16 de junio de 2010, a las 15h50, a la causa 0731-2010-EP, alegando que las decisiones de las autoridades indígenas de 16 y 23 de mayo de 2010, no deben entenderse como expresión de justicia sino como un simple linchamiento del populacho.
- Consulta de interpretación del art. 171 de la Constitución, presentada el 5 de agosto de 2010, por el Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, a fin de determinar: el alcance de la jurisdicción indígena en Ecuador; su competencia personal, material y territorial; los límites geográficos de sus territorios; los conflictos que suceden en sus ámbitos territoriales con sujetos externos a las comunidades, y el límite de las penas ancestrales (Causa 0007-10-IP).

De las acciones presentadas ante la Corte Constitucional en torno al caso La Cocha 2, el presente trabajo de investigación solo se centrará en la causa signada con el número 0731-2010-EP, que corresponde a una acción de control constitucional de decisiones de justicia indígena.

## CAUSA 0731-2010-EP: ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN EN CONTRA DE DECISIONES DE LA JUSTICIA INDÍGENA

A partir de los antecedentes fácticos y legales detallados en párrafos anteriores, el día 8 de junio de 2010 y el 20 de julio de 2010, el señor Víctor

Manuel Olivo Pallo, hermano del difunto Marco Antonio Olivo Pallo, a través de sus abogados patrocinadores doctores Carlos Poveda Moreno –de origen mestizo– y Raúl Illaquiche Licta –de origen indígena–, presenta una acción extraordinaria de protección y aclaración a esta, de conformidad con el trámite de control constitucional de decisiones judiciales indígenas que determina el art. 171 de la Constitución.

En esta acción Víctor Manuel Olivo Pallo, a propósito de las decisiones jurisdiccionales indígenas de fecha 16 y 23 de mayo de 2010, solicita que la Corte Constitucional ejerza control de constitucionalidad y revise la resolución de las autoridades indígenas de La Cocha, pronunciándose acerca de nueve puntos:

1. Si las autoridades indígenas podían o no establecer responsabilidades respecto a la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo;
2. Si la resolución de las autoridades indígenas se apega o no al mandato del art. 171 de la Constitución 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 conocido el caso por las autoridades indígenas debía o no ser interferida por la justicia estatal;
7. Si es procedente o no 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 jurisdicción indígena.

Además, como medidas cautelares, se solicitó la suspensión de los procesos judiciales estatales iniciados; la inmediata libertad de los cinco jóvenes, y la revocación del acto administrativo que suspendió al Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, por haber otorgado el amparo de libertad a las autoridades indígenas.

Posteriormente, dentro del mismo proceso 0731-2010-EP, con fecha 16 de junio de 2010, comparecen los cinco infractores patrocinados por tres defensores públicos –todos de origen mestizo–, presentando una impugnación a la acción extraordinaria de protección presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, tachándola de «ilegal, absurda e infundada».

Los argumentos principales de los involucrados en contra de las resoluciones indígenas fueron: la vulneración de su integridad física y sexual mediante torturas y la exigencia de someterse a desnudos públicos, y la violación del debido proceso, por no haber sido el procedimiento de juzgamiento público sino en una audiencia a puerta cerrada y no contar con un abogado defensor.

Este último argumento evidentemente responde a la lógica occidental o eurocéntrica que requiere el patrocinio de un defensor durante la litis, sin duda sugerido y utilizado por los juristas de origen mestizo que patrocinaron a los infractores en la impugnación que presentaron, debido a que en la resolución de conflictos en pueblos indígenas no es necesaria la asistencia de un defensor, sino que cada persona puede ejercer su propia defensa.

Con fecha 12 de agosto de 2010, la Corte Constitucional para el período de transición, 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, quienes no dieron cumplimiento al requerimiento de aclaración que les hiciera la Corte Constitucional acerca de cuál es la decisión específica con la que están en desacuerdo.

El 30 de septiembre de 2010, el doctor Manuel Viteri Olvera, avoca conocimiento de la causa 0731-2010-EP como juez sustanciador y solicita a las autoridades indígenas de La Cocha, a los jueces de la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, al fiscal provincial de Cotopaxi, al presidente de la Corte Provincial de Cotopaxi, al juez primero de Garantías Penales de Cotopaxi y demás autoridades que hayan intervenido, que en el término de 10 días informen documentadamente sobre los hechos ocurridos en La Cocha.

Por otro lado, el 8 de octubre de 2010, comparecen nuevamente los cinco infractores, esta vez con un abogado defensor distinto de los anteriores, también de origen mestizo, con el fin de dejar sin efecto la oposición presentada a la acción extraordinaria de protección de Víctor Manuel Olivo Pallo y más bien adherirse a la mencionada acción aduciendo que fueron erradamente asesorados por sus anteriores defensores.

### **Peritaje en antropología jurídica en la causa 0731-2010-EP**

Con las contestaciones al requerimiento de información por parte de las autoridades indígenas y estatales que intervinieron en el caso La Cocha 2 y habiéndose celebrado la audiencia el 14 de octubre de 2010, a las 10h00, antes de emitir el fallo en la causa, la Corte Constitucional solicitó la asistencia de la señora Esther Sánchez Botero, perita en antropología jurídica, para que presente un análisis cultural en el campo de la antropología para esclarecer asuntos que por su singularidad no son sencillos de comprender por parte de los jueces.

El peritaje en antropología jurídica fue presentado el 24 de enero de 2011 y para su realización la autora estudió los documentos que constan en el proceso 0731-10-EP; revisó bibliografía relacionada con las actuaciones jurisdiccionales de las comunidades involucradas y datos etnográficos específicos; analizó la normativa nacional e internacional a la luz del caso planteado; entrevistó a diversas personas relacionadas con la cultura indígena y la cultura occidental, y examinó escritos periodísticos sobre el caso en medios de circulación nacional.

El peritaje empieza por responder las preguntas que formuló en su demanda el accionante Víctor Manuel Olivo Pallo y que constan en folios 43 a 55 del expediente, de ellas me permito escoger por interesantes las siguientes preguntas y respuestas:

A la pregunta: «Si las autoridades indígenas al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no establecer responsabilidades respecto al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrida en territorio indígena de la parroquia de Zumbahua», la perito menciona que las comunidades indígenas tienen derecho a mantener sus propias formas de organización social, política y jurídica y por tanto tienen derecho a regirse de acuerdo con sus propias normas y aplicarlas.

En el caso La Cocha 2 las autoridades tomaron la decisión jurisdiccional fundamentada en los art. 8, 9, 10, 11, 12 del Convenio 169 de la OIT y en el art. 171 de la Constitución del Ecuador de 2008, normativas que determinan la existencia de autoridades indígenas y la facultad de las autoridades para ejercer funciones jurisdiccionales.

Según refiere Esther Sánchez, en el mundo indígena las autoridades con competencia jurisdiccional son personas socialmente reconocidas y nombradas para prestar servicios a la colectividad. Sus funciones además de la resolución de conflictos, abarcan prestación de servicios a la comunidad, organización de fiestas ceremoniales, entre otras. En la comunidad La Cocha, de acuerdo con la entrevista realizada al señor Ricardo Chaluisa –autoridad indígena que participó en la decisión– los dirigentes de la comunidad son elegidos por la asamblea general.<sup>76</sup>

Una vez nombrados, los dirigentes tienen la responsabilidad de resolver los conflictos que se presenten con la ayuda de diversas personas que gozan de la confianza de la comunidad como los padrinos o las autoridades de otras comunidades, proceso que se denomina «autoridades en cadena». En el caso La Cocha 2 los familiares de la víctima activaron el proceso de autoridades en

76. Peritaje en antropología de Esther Sánchez Botero, contenido dentro de la causa de acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales indígenas, No. 073-10-EP, Corte Constitucional del Ecuador, p. 20.

cadena al solicitar a las autoridades de La Cocha que resuelvan el conflicto, en razón de que Zumbahua no tiene ni el órgano ni las autoridades para ejercer justicia (Sánchez, 2011: 20).

Así, las autoridades de la comunidad La Cocha, aceptaron ejercer la jurisdicción del caso en razón del pedido que les hicieran los familiares del fallecido y las autoridades de Guantopolo, lugar de donde son oriundos los victimarios, debido a que La Cocha tiene más experiencia en resolución de casos graves. En consecuencia, las autoridades indígenas de La Cocha están facultadas para ejercer funciones jurisdiccionales y fueron autorizadas por los familiares de las víctimas y victimarios y las autoridades de la jurisdicción de los infractores para resolver la muerte de Marco Antonio Olivo.

Por otro lado, a la pregunta «Si la resolución de las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi, se apega o no al mandato Constitucional del art. 171 y al art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial», Esther Sánchez responde que la atribución de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas equivale a un derecho de los pueblos indígenas relacionado directamente con su derecho a la autodeterminación.

Para la antropóloga colombiana el reconocimiento constitucional de esta facultad tiene como consecuencia que cuando el derecho es ejercido, las resoluciones gozan del mismo valor jurídico que las sentencias emitidas por autoridades jurisdiccionales estatales. Al ser las resoluciones indígenas equiparables a las judiciales estatales, también están comprendidas por los mismos poderes de sus símiles, esto es, *notio*, *iudicium*, e *imperium*.

En el caso de los pueblos indígenas la *notio* responde a un factor territorial en razón de que las autoridades solo pueden conocer conflictos que surjan en el ámbito territorial de la comunidad y a un factor personal en cuanto a que, por lo menos, uno de los involucrados en el conflicto debe ser indígena. Mientras que la *iudicium* está delimitada por la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Por otro lado, el *imperium* está delimitado por patrones fácticos, es decir, por los hechos de cada caso concreto que deben ser considerados sancionables previamente.

En consecuencia, siendo que en el caso La Cocha 2, las autoridades indígenas que juzgaron el conflicto ejercieron los poderes *notio*, *iudicium*, e *imperium*, la resolución jurisdiccional de las autoridades indígenas sí se apegó a lo establecido en la normativa constitucional y legal nacional, en razón de haber ejercido funciones jurisdiccionales de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y derecho propio en la resolución de un conflicto ocurrido dentro de su ámbito territorial.

De manera similar a la pregunta «Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamen-

tales y si estas son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido», al respecto, Esther Sánchez contesta que el concepto de sanción para el mundo indígena implica la imposición de mecanismos energéticos para restablecer las condiciones de existencia individual y social, debido a que el sujeto transgresor se considera enfermo.

Para promover la curación del enfermo las autoridades utilizan dos medidas: 1. Afectar el cuerpo del individuo, mediante sanciones como baño de agua fría o tocar el cuerpo con ortiga, y 2. Acciones de control social en las que la comunidad supervisa la sanación. En consecuencia, a pesar de que estos actos pueden causar dolor, este solo es provocado para lograr la sanación del sujeto enfermo o transgresor, por tanto las sanciones aplicadas por la justicia indígena no violan derechos humanos, salvo que se examine a estas sanciones desde los conceptos del derecho positivo.

En cuanto a la consideración de barbarie y primitivismo, Esther Sánchez señala que se suele confundir los linchamientos con la justicia indígena, así algunas autoridades estatales aprovechan la confusión que crean los medios de comunicación para deslegitimar la jurisdicción indígena con equivocados calificativos como bárbara, salvaje, etc., como en efecto ocurrió con el caso La Cocha 2, cuya cobertura mediática fue extremadamente negativa.

De otro lado, a la pregunta «Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio», Esther Sánchez cita el art. 188 del Código Penal ecuatoriano que identifica como delito de plagio:

Artículo 188.- El delito de plagio se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño, sea para venderla o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, o para obligarla a pagar rescate, o entregar una cosa mueble, o extender, entregar o firmar un documento que surta o pueda surtir efectos jurídicos, o para obligar a un tercero a que ejecute uno de los actos indicados, tendientes a la liberación del secuestrado.

En el caso La Cocha 2 no puede hablarse de la comisión del delito de secuestro o plagio por parte de las autoridades indígenas, debido a que la actuación de las autoridades de la comunidad no encaja con el tipo penal de plagio. En las comunidades indígenas cuando una persona ha cometido un acto que quebranta la armonía de la comunidad y se lo ha encontrado responsable después de un proceso de juzgamiento, previo a aplicársele la sanción, se lo aísla en un lugar que solo es conocido por las autoridades a fin de evitar que se cometan represalias en contra del sujeto si el conflicto es demasiado grave.

En el caso La Cocha 2 no existió un delito de plagio, debido a que las autoridades indígenas aislaron al responsable en «reclusión reservada» para salvaguardar su integridad, con conocimiento y aprobación de sus familiares;

por tanto el inicio de acciones legales en contra de las autoridades indígenas por un supuesto delito de secuestro o plagio, no era procedente, de conformidad con el peritaje antropológico.

Finalmente, a la pregunta: «Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferida por las autoridades de la justicia ordinaria», precisa la perito que solo era posible la intervención de la justicia estatal en la aplicación de la justicia indígena si la sanción ponía en el peligro el derecho a la vida, sin embargo, siendo que las sanciones no implicaron muerte de los transgresores tal intervención no debió darse.

En consecuencia del análisis del peritaje en antropología jurídica en el caso La Cocha 2, se puede concluir lo siguiente:

1. Que las autoridades indígenas de la comunidad tenían facultad constitucional para resolver el conflicto que se suscitó a través de una decisión con carácter jurisdiccional.
2. La competencia territorial recayó en las autoridades indígenas de La Cocha debido al acuerdo al que llegaron los familiares de la víctima y los victimarios, junto a las autoridades de Guantopolo, para solicitar a las autoridades de La Cocha la resolución del conflicto, debido a su experiencia.
3. Las sanciones aplicadas a los infractores no violentaron derechos constitucionales ni derechos humanos en razón de ser prácticas culturales para lograr la sanación de los sujetos transgresores, por considerarlos enfermos.
4. Las autoridades indígenas de La Cocha no debieron ser acusadas del delito de secuestro y plagio, ya que los familiares de los victimarios sabían que se encontraban bajo resguardo de las autoridades para evitar represalias.

#### PARÁMETROS QUE DEBERÍA CONSIDERAR LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA EN LA SUSTANCIACIÓN DE ACCIONES EXTRAORDINARIAS DE PROTECCIÓN CONTRA DECISIONES JURISDICCIONALES INDÍGENAS

En el escenario ecuatoriano los únicos límites materiales que fija la Constitución de 2008 a las decisiones jurisdiccionales indígenas son dos: la propia Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, esto en concordancia con el Convenio No. 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que esta-

blecen como límites el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Debido a que la Asamblea Nacional y la Corte Constitucional no han determinado o interpretado a través de ningún acto normativo o judicial cuál es el alcance y significación de la disposición constitucional que establece límites a la jurisdicción indígena, la pregunta que surge es ¿Debería considerarse que todos los derechos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, sin excepción, limitan a la justicia indígena? Como casi todas las respuestas adecuadas, entiendo que a esta pregunta no le merece un sí o un no categórico, sino una contestación un tanto más compleja.

Quizá podría tomarse como referencia que la propia Constitución de 2008 establece en el art. 57, num. 10, que trata de los derechos colectivos, que el derecho consuetudinario está limitado primordialmente por los derechos constitucionales de mujeres, niñas, niños y adolescentes o, podría considerarse como modulación a estos límites, el gran número de reglas y principios que para sustanciar procesos interculturales fija el Código Orgánico de la Función Judicial en el art. 344; la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el art. 66, y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional en el art. 44.

De cualquier modo la tarea de aclarar este confuso panorama le corresponde principalmente a la Corte Constitucional ecuatoriana (en adelante CCE) que a falta de ley y de precedente jurisprudencial debe empezar delineando algunos parámetros para sustanciar un caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas a fin de armonizar la cosmovisión de la cultura indígena con la que caracteriza a la sociedad mayoritaria.

Sin que sean las únicas consideraciones que debe observar la Corte Constitucional al momento de resolver una acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, tomando como referencia los principios y reglas para sustanciar procesos interculturales que constan en la normativa nacional y en la jurisprudencia comparada en Colombia, sugiero por importantes y significativos los siguientes parámetros:

### **Pluralismo jurídico**

Es el primer aspecto que debe considerar la CCE como antecedente constitucional para sustanciar un proceso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas. La autodefinición en nuestra Constitución del Ecuador como Estado plurinacional (art. 1) lleva implícita la existencia de un pluralismo jurídico en la nación que reconoce: a) Formas de resolución de conflictos indígenas como órdenes jurídicos de igual jerarquía que la justicia

estatal, y b) Facultades jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y derecho propio (art. 171).

Siguiendo la misma lógica si Ecuador como Estado plurinacional reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos de los pueblos y nacionalidades indígenas, en este caso la Corte Constitucional debe considerar este particular que en su decisión debe actuar como límite.

Así, la comunidad de La Cocha, según su reglamento y la autodefinición de su población, es una comunidad perteneciente al pueblo indígena Panzaleo, de la nacionalidad quichua de la Sierra, que mantiene sus propias formas de resolución de conflictos y sus autoridades emiten decisiones en procesos de juzgamiento. Por tanto, si las resoluciones del 16 y 23 de mayo de 2011, fueron emitidas por la Asamblea General de La Cocha, máxima autoridad indígena del sector, en un proceso de juzgamiento seguido de acuerdo a sus tradiciones, estas decisiones deben ser consideradas como legítimas y de igual jerarquía que una decisión jurisdiccional dictada por una autoridad estatal.

No obstante los argumentos que preceden, creo necesario resaltar importantes criterios en contra del concepto de pluralismo jurídico. Para Enrique Ayala Mora, no existen dos sistemas jurídicos paralelos en el país, sino más bien un solo sistema para todos los ecuatorianos. Sin embargo, Ayala Mora considera que así reconocida como está la justicia indígena solo debe regular asuntos internos y ningún problema capital como un crimen.<sup>77</sup>

A criterio de Ayala Mora la democracia de un país y la igualdad de sus ciudadanos depende de la unidad del sistema jurídico, que puede no ser uniforme debido a las variadas e innegables prácticas jurídicas de cada cultura pero que reconociendo la diversidad no por eso debe dejar de ser único. Una de las principales consecuencias que acarrea el fraccionamiento del sistema jurídico, es la vulneración al derecho a la igualdad.

En el mismo sentido, el Convenio No. 169 de la OIT señala en el art. 8, num. 2, que los pueblos indígenas tienen el «derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos». Con lo cual se ratifica el argumento de la existencia de un sistema jurídico único pero no uniforme.<sup>78</sup>

77. Enrique Ayala Mora, «No existe una justicia indígena paralela», Revista *Vistazo*, Guayaquil, 2010, en <<http://www.vistazo.com/ea/pais/?eImpresa=1027&id=3361>>. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2013.

78. Enrique Ayala Mora, «El derecho ecuatoriano y el aporte indígena», en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para un debate*, Quito, UASB-E / Embajada Real de los Países Bajos / Abya-Yala, 2002, p. 106-108.

En coincidencia, Will Kymlicka menciona que los críticos de la pluralidad jurídica argumentan que la justicia necesita instituciones estatales imparciales para ser «ciega al color racial», por tanto el establecimiento de derechos específicos o sistemas jurídicos especiales a grupos étnico-culturales generaría una odiosa discriminación y la creación de ciudadanos de primera y segunda clase.<sup>79</sup>

De la misma manera, Vanessa Saltos precisa que el reconocimiento de pluralismo jurídico en el país abre una suerte de paradoja, por un lado, los pueblos indígenas reclaman el derecho a la igualdad ante la ley y al mismo tiempo demandan un tratamiento diferente. Sumado a ello, la inclusión del derecho indígena en la Constitución requiere su forzoso sometimiento al derecho nacional reduciendo su independencia al limitar su ejercicio solo a conflictos internos.<sup>80</sup>

### **Interpretación intercultural**

Luego de reconocer el pluralismo jurídico existente en el país y, por tanto, las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, es necesario que la CCE analice las resoluciones emitidas en ejercicio de esas funciones a través del lente apropiado que equivale al principio de interpretación intercultural.

En un Estado plurinacional es inevitable la pugna entre sistemas de valores y en consecuencia entre sistemas normativos y judiciales, siendo tarea primordial del Estado lograr la coordinación y cooperación entre estos sistemas mediante una adecuada conciliación de las justicias indígenas y la justicia estatal, a fin de alcanzar la compleja conciliación.

Para conseguir esta conciliación debe considerarse en primer lugar como uno de los obstáculos para su consecución, la procedencia cultural de la autoridad encargada de resolver. La Corte Constitucional ecuatoriana está formada por jueces que responden a una sola cosmovisión cultural, denominada occidental o eurocéntrica, cuyo sistema de valores aunque algunas veces suele coincidir con el sistema de valores de las cosmovisión indígena, en otras ocasiones suele entrar en indiscutible contradicción.

Con el propósito de que Corte Constitucional emita una decisión lo más imparcial posible debe garantizarse el involucramiento del principio de «interpretación intercultural» mediante una reflexiva lectura integral e intercultural del catálogo de derechos humanos.

79. W. Kymlicka, *op. cit.*, p. 84.

80. Vanessa Saltos Cisneros, «Derecho indígena: ¿Reconocimiento del <otro> derecho?», en *Juris Dictio*, año III, No. 6, Quito, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002, p. 26.

Lo anterior significa que en un proceso en que intervengan personas o colectividades indígenas deberán interpretarse interculturalmente los derechos controvertidos en litigio, considerando los elementos culturales relacionados con costumbres y prácticas ancestrales de los pueblos indígenas en coordinación con derechos constitucionales y derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales.

Para cumplir con el principio de interpretación intercultural es necesario que la autoridad que debe decidir un proceso intercultural solicite la asistencia de expertos como: traductores, antropólogos jurídicos o especialistas en derecho indígena, evitando así que la autoridad caiga en una interpretación etnocéntrica y monocultural. En el caso 0731-10-EP, la Corte Constitucional hizo bien en solicitar la asistencia de la señora Esther Sánchez Botero, perito en antropología jurídica con larga trayectoria, cuyo informe fue entregado a la institución el 24 de enero de 2011.

Si se analizan las sanciones impuestas a los infractores del caso La Cocha 2, a la luz del principio de interpretación intercultural, el baño de agua helada, la aplicación de ortiga, cargar un quintal de tierra desnudos o los latigazos, no implican la vulneración al derecho humano que prohíbe toda forma de tortura, trato cruel, inhumano o degradante, mientras estas sanciones respondan a una costumbre o práctica ancestral, no produzcan daño a la integridad física de los condenados y no sean desproporcionadas.

Un caso similar puede encontrarse en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349-96 ante la impugnación de la sanción del «cepo» por parte de un miembro de la comunidad indígena *embera-chami*. Después de analizar la sanción del cepo con el sustento de estudios antropológicos, la Corte Constitucional colombiana concluyó que se trata de una forma de pena corporal que hace parte de la tradición *embera-chami* y que la misma comunidad la considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración, sin producir ningún daño en la integridad del condenado. Además según consta de un estudio realizado por el antropólogo Fernando García, el azote, el baño en agua fría o la ortigada, constituyen prácticas ancestrales aplicadas como sanciones por parte de los pueblos indígenas pertenecientes a la nacionalidad quichua de la Sierra ecuatoriana ante la comisión de faltas graves (García, 2002: 38).

En este mismo sentido, vale resaltar que puede resultar útil la denominada «traducción intercultural de los derechos humanos» del profesor Boaventura de Souza Santos, según la cual debe partirse de dos ideas: los derechos humanos no son universales en su aplicación y todas las culturas son relativas e incompletas. De esta manera cada cultura tiende a definir como universales los valores que de acuerdo a su perspectiva considera fundamentales; ergo, los derechos humanos solo pueden considerarse universales desde el punto de vista occidental (De Souza Santos, 2010b: 67-69).

En tal medida, si cada cultura considera que sus valores propios son absolutos, conforme sostiene el profesor De Souza Santos, es necesario establecer un diálogo intercultural a través de una «hermenéutica diatópica», por medio de la cual se determina que todos los *topoi*<sup>81</sup> de una cultura son tan incompletos como la cultura misma a la que pertenecen. No obstante, esta incompletitud no es visible desde la propia cultura debido a criterios sesgados, por lo que la tarea de la hermenéutica diatópica lejos de intentar alcanzar la completud, pretende elevar al máximo la conciencia de la recíproca incompletitud de cada cultura a través de un diálogo en que ambas reconozcan esta situación (72-73).

### Debido proceso en la justicia indígena

Conforme al parámetro anterior, es necesario analizar el concepto de debido proceso en la jurisdicción indígena mediante una interpretación intercultural que comprende el análisis del procedimiento de justicia indígena alejado parcialmente de la óptica occidental. Es necesario señalar que, aunque el concepto de debido proceso responde a una lógica eurocéntrica, se utilizará el término para referirse al procedimiento establecido por los pueblos indígenas para el juzgamiento de actos que quebrantan la armonía de la comunidad.

Por esta razón, no es posible analizar la violación o no del debido proceso indígena desde las concepciones del derecho eurocéntrico, sino más bien definir criterios interculturales que concilien las diferentes formas de lograr los objetivos que este persigue (111-112).

En cuanto a la legitimidad del procedimiento de juzgamiento indígena, la Corte Constitucional debería observar tan solo el acatamiento de las normas, usos y costumbres, tradiciones ancestrales y procedimientos que hacen parte del respectivo derecho consuetudinario indígena, considerando que no existe una sola justicia indígena sino que cada pueblo y nacionalidad tiene su propia forma de administrar justicia o resolver conflictos, con procedimientos que suelen diferir unos de otros.

Entre los objetivos principales que persigue la concepción occidental de debido proceso a la luz de criterios interculturales, podrían observarse entre otros los siguientes:

- *Existencia de una autoridad legítima.* En cuanto a la autoridad competente, la Corte Constitucional debería verificar que la autoridad cuya resolución o resoluciones se impugna, ejerza justicia indígena con re-

81. Los *topoi* son lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, que por autoevidentes, no son sometidos a debate.

conocimiento legítimo de la comunidad, pueblo o nacionalidad. En el caso La Cocha 2, las decisiones indígenas impugnadas fueron emitidas por la Asamblea General de La Cocha, máxima autoridad de la comunidad, según el art. 5 de su Reglamento Interno, con competencia para juzgar casos de extrema gravedad, como el homicidio.

- *Competencia territorial.* La Corte Constitucional debería verificar que el asunto materia del litigio haya ocurrido en territorio indígena, es decir, dentro del espacio territorial donde se encuentra asentada la comunidad y donde desarrolla su vida social, cultural, económica y política, así como los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos. En el caso La Cocha 2 es necesario precisar que la comunidad de La Cocha es una de las 11 comunidades que forman parte de la parroquia rural de Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Así, el homicidio de Marco Antonio Olivo Pallo fue perpetrado en el centro de Zumbahua, de donde era oriundo el difunto, mientras que los victimarios eran de Guantopolo, comunidad de la parroquia Zumbahua; sin embargo, los familiares de víctima y victimarios acordaron con las autoridades de Guantopolo que el juzgamiento se realice en la comunidad de La Cocha, para evitar parcializaciones, debido a que las autoridades de Guantopolo eran familiares de los infractores y en razón de la experiencia de dicha comunidad en la resolución de este tipo conflictos. En consecuencia, las partes renunciaron a sus respectivas jurisdicciones a fin de que esta recaiga en las autoridades de la comunidad La Cocha.
- *Competencia personal.* Respecto a la competencia personal, podrían surgir ciertos inconvenientes porque la calidad de indígena en Ecuador, equivale a un criterio de autoidentificación; empero la Corte Constitucional además podría verificar que el conflicto haya sido resuelto respecto de personas que pertenezcan a pueblos o nacionalidades indígenas, en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT.<sup>82</sup> En el caso La Cocha 2, tanto la víctima como los victimarios son reconocidos como miembros de comunidades indígenas, tal es el caso de parroquia rural de Zumbahua y la comunidad de Guantopolo.
- *Competencia material.* En la competencia material debería constatarse el conocimiento de asuntos de cualquier naturaleza por parte de autoridades indígenas. El caso de La Cocha 2 responde a un homicidio,

82. OIT, Convenio 169, art. 1, letra b): «pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

asunto que por su extrema gravedad debía ser conocido por la máxima autoridad de la comunidad, como en efecto sucedió. La Asamblea General conformada por toda la comunidad se declaró competente para conocer el caso de homicidio otorgando legitimidad a la decisión.

- *Derecho a la defensa.* Aunque la concepción occidental del derecho a la defensa no puede y no debe trasladarse íntegramente a los derechos indígenas en tanto estos derechos no protegen prioritariamente valores individuales como ocurre con el derecho eurocéntrico, tal como ha señalado la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-349/96, es necesario que el acusado de un acto que contraviene la armonía de la comunidad tenga la oportunidad de rebatir los argumentos que lo acusan. Esto por cuanto siempre existe el riesgo de que las razones de cargo estén erradas o no sean ciertas.

En el caso La Cocha 2, según consta del acta de juzgamiento de la comunidad, los acusados tuvieron la oportunidad de defenderse ante la comunidad e incluso presentar testigos, sin embargo, debe considerarse inadecuado el argumento de los acusados de la violación a su derecho a la defensa por no haber contado con un abogado defensor, pues este concepto responde a una lógica occidental y no a la cosmovisión indígena.

### **Mayor autonomía y menos restricciones**

Este principio debe ser considerado como un importante parámetro por parte de la CCE. Según este principio los pueblos y nacionalidades indígenas gozan de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial y de conformidad con su derecho indígena propio.

Esto coincide con la regla «maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía» que fijó la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-346/96 para sustanciar procesos en los que intervengan personas o colectividades indígenas.

Esta regla establece que en un proceso intercultural en el que se enfrenten los intereses de la sociedad mayoritaria y los de la comunidad indígena, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía indígena, cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1. Cuando se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, y 2. Cuando se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

En el caso La Cocha 2 entran en tensión el principio de diversidad cultural y los derechos humanos, específicamente aquel que prohíbe cualquier forma de trato cruel inhumano o degradante. En consecuencia, según el principio de máxima autonomía y mínima restricción no puede limitarse la autonomía de la comunidad indígena de La Cocha, salvo que lo que se pretenda defender, salvaguarde un interés superior. Tal como se analizó anteriormente, las sanciones aplicadas a los infractores como el agua helada o la ortiga, corresponden a prácticas ancestrales de la comunidad que no buscan dañar al cuerpo o mente, sino purificar al que ha contravenido; por tanto, al no existir un trato cruel e inhumano, la comunidad mantiene su autonomía y sus decisiones son legítimas.

### *Non bis in idem*

El principio de prohibición de doble juzgamiento debe ser considerado como de esencial importancia en la sustanciación de un proceso de control constitucional de decisiones indígenas y debe analizarse en doble vía, considerando tanto la prohibición en cuanto a la justicia estatal como a la misma justicia indígena.

Es decir, no puede juzgarse a una persona por un mismo acto dos veces, lo que implica que una vez que se ha sometido a un sujeto a un proceso de juzgamiento por parte de las autoridades de determinada comunidad indígena, ninguna otra comunidad ancestral pueda ejecutar un proceso distinto con identidad de sujeto y objeto; de la misma manera como tampoco es permitido que las autoridades jurisdiccionales estatales intervengan a fin de volver a juzgar el caso, salvo la acción de control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas.

En consecuencia, la Corte Constitucional debe observar que los procesos en los que intervengan personas indígenas, no sean sometidos a doble juzgamiento en atención al principio *non bis in idem*. Las resoluciones indígenas tienen la misma jerarquía y fuerza jurídica que las sentencias o decisiones emitidas por autoridades jurisdiccionales estatales, por tanto causan efecto de «cosa juzgada», debiendo ser acatadas por las partes involucradas y respetadas por las instituciones y funcionarios públicos estatales.

El único órgano público autorizado por la Constitución para revisar resoluciones jurisdiccionales indígenas es la Corte Constitucional a través del control de constitucionalidad de decisiones de la justicia indígena a fin de evitar que las autoridades ancestrales vulneren la Constitución o derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, siempre que estos sean interpretados interculturalmente.

En el caso La Cocha 2, el homicidio cometido en la humanidad del señor Marco Antonio Olivo Pallo fue juzgado debidamente por las autoridades jurisdiccionales de La Cocha por lo que no debe ser juzgado ni revisado por los jueces y/o juezas estatales, excepto en el caso de control constitucional. De esta manera, la demanda interpuesta por el hermano del difunto debe ser aceptada en tanto que esta acción se presentó a fin de que la Corte Constitucional se pronuncie respecto a las acciones que por el mismo asunto se han iniciado en la justicia estatal después de haber sido juzgado en la justicia indígena.

### ***In dubio pro justicia indígena***

Principio que establece que en caso de duda se estará a favor de la justicia indígena se encuentra consagrado en el Código Orgánico de la Función Judicial en el art. 344, letra d). Con la determinación de este principio parece evidenciarse la consideración de que la justicia indígena no es una generosa concesión de la Constitución ecuatoriana a las nacionalidades y pueblos ancestrales, sino más bien un reconocimiento de su existencia previa al período colonial y su permanencia en el tiempo.

Siendo un sistema jurídico y legal de tradición precolonial y habiéndose constatado su aplicación en comunidades indígenas en la actualidad, es justo que se reconozca su valor en un proceso intercultural, incluso por sobre el derecho de la sociedad blanca mestiza, a fin de evitar que la mayoría vulnere los derechos de la minoría.

Así en un proceso intercultural como ocurre en la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, siempre que surja una duda la balanza deberá inclinarse a favor de la justicia indígena, salvo que la violación de derechos humanos por parte de las autoridades tradicionales sea indiscutible y siempre que este análisis se haya realizado desde una óptica intercultural.

En el caso La Cocha 2, el juzgamiento de los infractores se realizó de acuerdo a las tradiciones y derecho propio de la comunidad, dentro del ámbito territorial indígena, por tanto se llevo a efecto un procedimiento adecuado para la posterior aplicación de la sanción a quienes transgredieron la paz y armonía comunitaria, sin embargo, si existiera una duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, la Corte Constitucional debe preferir la decisión de la comunidad de La Cocha, de tal manera que a la vez que se cumpla con el principio *in dubio pro justicia* indígena se asegure el principio de mayor autonomía y menor intervención posible.

Finalmente, debe señalarse que la enumeración de los principios de análisis que anteceden no es taxativa sino más bien ejemplificadora, con el fin de

contribuir en la búsqueda de los parámetros convenientes y apropiados para sustanciar un caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas.

Cabe señalar que cuando la Corte Constitucional ecuatoriana decida resolver el caso La Cocha 2 que tiene en sus manos, surgirán nuevos parámetros y consideraciones de trascendental importancia y, si a más de aquello, decide resolver con la responsabilidad que implica contribuir en el fortalecimiento de un Estado plurinacional y la construcción de una sociedad intercultural, esos parámetros serán verdaderos avances en materia indígena que servirán de guía para los demás países de la región.

# Conclusiones

La pregunta central planteada en esta investigación fue: ¿Cuáles son los parámetros que la Corte Constitucional ecuatoriana debe observar en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas? De esta manera, para responderla se formularon algunas reflexiones acerca del carácter plurinacional del Estado ecuatoriano; el pluralismo jurídico existente en la nación; el control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas como una forma de coordinación y cooperación entre los diversos sistemas jurídicos, y la tarea trascendental de la Corte Constitucional en la armonización del encuentro de culturas.

Del mismo modo, tomando como referencia los principios y reglas para sustanciar procesos interculturales que constan en la normativa nacional y algunas consideraciones contenidas en jurisprudencia comparada, se establecieron algunos parámetros que la Corte Constitucional debería considerar al momento de resolver un caso de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas:

1. *Pluralismo jurídico*. A fin de reconocer las diversas formas de resoluciones de conflictos indígenas como órdenes jurídicos de igual jerarquía que la administración de justicia estatal y, en consecuencia, el verdadero reconocimiento de las facultades jurisdiccionales de las que gozan las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y derecho propio.
2. *Interpretación intercultural*. Implica una reflexiva lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos. La Corte Constitucional debe considerar elementos culturales relacionados con las costumbres y prácticas ancestrales de los pueblos indígenas y solicitar la asistencia de expertos como: traductores, antropólogos jurídicos o especialistas en derecho indígena. Sirve considerar además la teoría de la traducción intercultural de los derechos humanos del profesor Boaventura de Sousa Santos, que establece el uso de la hermenéutica diatópica para realizar el análisis partiendo de la idea de que cada cultura es incompleta y que precisa dialogar con otras culturas para reconocer dicha incompletitud.

3. *Debido proceso en la justicia indígena.* El proceso que utilizan las comunidades indígenas para resolver sus conflictos no debe ser analizado desde la lógica occidental del debido proceso, en razón de la diferencia en el manejo de conflictos desde la visión y cosmovisión de cada cultura. Así, resulta necesario definir criterios interculturales que concilien las diferentes formas de lograr los objetivos que persigue el debido proceso, tales como: autoridad legítima; competencia territorial; competencia personal; competencia material, y derecho a la defensa.
4. *Mayor autonomía y menos restricciones.* Cuando en un proceso intercultural se enfrenten los intereses de la sociedad mayoritaria y los de la comunidad indígena, solo deben ser admisibles restricciones a la autonomía indígena cuando se cumplan las siguientes condiciones establecidas por la Corte Constitucional colombiana: 1. Cuando se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, y 2. cuando se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.
5. *Non bis in idem.* De conformidad al principio «no dos veces por la misma causa», las sentencias o decisiones indígenas tienen el mismo valor jurídico que las sentencias o decisiones estatales y por tanto causan el efecto de cosa juzgada. Por tanto, no pueden ser conocidas nuevamente por la justicia estatal después de la correspondiente sanción indígena, so pena de vulnerar el principio de prohibición de doble juzgamiento; así como no deberían ser conocidas por otra comunidad indígena cuando una ha declarado su competencia previamente.
6. *In dubio pro justicia indígena.* De conformidad con este principio, ante cualquier duda de parte del juzgador en un proceso intercultural, está duda deberá resolverse a favor de la persona o comunidad indígena, en atención al principio *pro* jurisdicción indígena, considerando que el derecho a crear, desarrollar, aplicar su derecho propio se encuentra reconocido en la Constitución.

En consecuencia, aunque de los parámetros desarrollados pareciera que la justicia estatal y la justicia indígena tienen campos de acciones definidos y separados de la investigación realizada y de las conversaciones que para efectos de conocer más acerca del tema se mantuvo con personas indígenas, puedo concluir que no se trata de separar competencias y actuar en forma aislada, sino como la propia Constitución establece se trata de que las justicias coordinen y cooperen recíprocamente, pudiendo incluso actuar en forma conjunta en casos de gravedad que ameriten la confluencia de participación.

La Constitución ecuatoriana de 1998 y la actual de 2008, son sin duda alguna un importante avance en la armonización cultural y jurídica de las inevitables tensiones entre el eurocentrismo y la cosmovisión indígena. Aunque

la autodeclaración constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural implica conceptos en construcción, determina también la base sobre la cual –como consta en el preámbulo– se debe establecer una nueva convivencia en diversidad para alcanzar el *sumak kawsay*.

Por otro lado, el reconocimiento de la justicia indígena por la cual es posible la acción de control constitucional de sus decisiones, ha sido consagrado en nuestra norma fundamental sin más restricciones que el procedimiento de acuerdo a sus tradiciones y derecho propio. En este orden de ideas debe considerarse además que el ámbito territorial actúa como otro límite a la jurisdicción indígena; empero, este concepto no se encuentra delimitado ni por ley ni por jurisprudencia.

Es fundamental anotar también que la normativa nacional necesita complementar las disposiciones constitucionales en relación a las facultades jurisdiccionales indígenas y su control por parte de la justicia estatal, sin que esta regulación implique limitación de atribuciones, sino contribución a las tensiones culturales que se originan en el cruce de sistemas jurídicos.

En este sentido, todos los órganos e instituciones estatales tienen la tarea de contribuir en el diálogo intercultural desde cada una de sus atribuciones y facultades, no obstante el legislador y la Corte Constitucional juegan un papel trascendental para alcanzar la coordinación y cooperación entre las justicias estatal e indígena, creando una suerte de puente para el cruce de criterios a partir de cada perspectiva.

Así las cosas, el legislador debe expedir la ley que permita que las justicias dialoguen interculturalmente, sin que una se sobreponga a otra, sino más bien intentando alcanzar una labor conjunta y corresponsable. Mientras que por su lado la Corte Constitucional debe aceptar su papel histórico en la creación de precedentes jurisprudenciales en relación con el control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas. Este rol de significativa importancia atribuido a la Corte Constitucional de establecer puentes interculturales debe delinear el nuevo constitucionalismo ecuatoriano caracterizado por la plurinacionalidad y la interculturalidad.



# Bibliografía

- Albo, Xavier, *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, La Paz, CIPCA, 2008.
- Araújo, Sara, «Pluralismo jurídico em Moçambique. Uma realidade em movimento», en Antonio Carlos Wolkmer, *et al.*, org., *Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, p. 321-342, 2010.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, «Los caminos de la justicia intercultural», en Carlos Espinosa Gallegos-Anda, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plu-rinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 175-218, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Abya-Yala, 2011.
- Ayala Mora, Enrique, «El derecho ecuatoriano y el aporte indígena», en Judith Salgado, comp., *Justicia indígena: Aportes para un debate*, Quito, UASB-E / Embajada Real de los Países Bajos / Abya Yala, 105-123, 2002.
- «Interculturalidad en Ecuador», Quito, UASB-E, en <<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/380/File/Interculturalidad%20en%20el%20Ecuador.pdf>>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2013.
- «No existe una justicia indígena paralela», entrevista en *Vistazo*, Guayaquil, 2010, *Vistazo*, en <<http://www.vistazo.com/ea/pais/?eImpresa=1027&id=3361>>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2013.
- Badillo O'Farrell, Pablo, «¿Pluralismo versus multiculturalismo?», en Pablo Badillo O'Farrell, coord., *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo, reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía / Akal, p. 33-66, 2003.
- Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia, «La justicia indígena en el Ecuador», en Carlos Espinosa Gallegos-Anda, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 451-472, 2009.
- Bamba, John, «El desarrollo libremente determinado de los pueblos indígenas», en *1-2/10 Asuntos indígenas, desarrollo y derecho consuetudinario*, Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, p. 28-37, 2010.
- Barca, Enrique M., y José Manuel Pérez Prendes, *Iberoamérica, una comunidad*, t. I, Madrid, Ed. de Cultura Hispánica, 1989.
- Bonilla, Daniel, «Los derechos fundamentales y la diferencia cultural: análisis del caso colombiano», en *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2003, en *Universidad Nacional de Colombia*, <<http://www.seminario.unal.edu.co/Trabajos/Bonilla/Los%20derechos%20fundamentales%20y%20la%20diferencia%20cultural.pdf>>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.

- Borello, Raúl G., «Sobre el pluralismo jurídico», ponencia presentada en la XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, en <http://www.aafd.org.ar/archivos/15\_jornada\_Borello.pdf>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.
- Borja Jiménez, Emiliano, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- Carvajal, Patricio, «La reforma política. Una introducción al pensamiento político-jurídico del protestantismo en los siglos XVI y XVII», en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, No. 21, Valparaíso, Ed. Universitarias de Valparaíso / Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 213-247, 1999.
- Chuji, Mónica, «El Estado plurinacional», en *Yachaykuna*, No. 8, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas, p. 7-14, 2008.
- Concha, Jaime, *La sangre y las letras*, La Habana, Casa de las Américas, 1986.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.
- Córdova Vianello, Lorenzo, «Liberalismo, democracia, neoliberalismo e ingobernabilidad», en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 58, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 3-35, 1996.
- De Sousa Santos, Boaventura, «Enriquecer la democracia construyendo la plurinacionalidad», en Miriam Lang y Alejandra Santillana, comp., *Democracia, participación y socialismo*, Quito, Fundación Rosa Luxemburg, p. 23-32, 2010a.
- «The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique», en *Law and Society Review*, vol. 40, No. 1, Utah, University of Utah / Law and Society Association, p. 39-75, 2006.
- *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Plural, 2010b.
- Espinosa Gallegos-Anda, Carlos, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- García Serrano, Fernando, y Vanesa Saltos, *Formas indígenas de administrar justicia. Estudio de casos de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2002.
- Gorrotxategi Azurmendi, Miren, «La gestión de la diversidad cultural: multiculturalismo en una sociedad plurinacional», en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, No. 129, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 89-135, 2005.
- Grijalva Jiménez, Agustín, «El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008», en Carlos Espinosa Gallegos-Anda, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 389-407, 2009.
- *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Guarnieri, Carlo, y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política, poder judicial y democracia*, Madrid, Santillana, 1999.-
- Haro, Ricardo, «El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Córdoba, Konrad Adenauer Stiftung, p. 41-74, 2004.

- Jopkke, Christian, «Multiculturalism and Immigration: A comparison of the United States, Germany and Great Britain», en *Theory and Society, Renewal and Critique in Social Theory*, vol. 25, No. 4, p. 451-454, 1996, *Jstor*, <<http://www.jstor.org/stable/i227044>>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.
- Keating, Michael, *Regionalismo, autonomía y regímenes internacionales*, Ontario, University of Western Ontario, 1993.
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. en verso castellano por Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- Kymlicka, Will, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Madrid, Paidós Ibérica, 2003.
- Llasg Fernández, Raúl, «Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: el caso la Cocha», en PADH, comp., *Develando el desencanto: informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Quito, UASB-E-Programa Andino de Derechos Humanos / Abya Yala, p. 93-106, 2011.
- Lopera, Gloria, «¿Rompiendo el cerco o ensanchando las fronteras del liberalismo? Comentario al libro de Daniel Bonilla Maldonado, La Constitución multicultural», en *Revista de Estudios Sociales*, No. 26, Bogotá, Universidad de Los Andes, p. 180-182, 2007.
- Maíz, Ramón, «Los nacionalismos antes de las naciones», en *Política y Cultura*, No. 25, México DF, Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Xochimilco, p. 79-112, 2006.
- Malamud, Andrés, «Partidos políticos», en Julio Pinto, comp., *Introducción a la ciencia política*, Buenos Aires, Eudeba, p. 322-350, 2003.
- Montaña Pinto, Juan, «La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia», en Carlos Espinosa Gallegos-Anda, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 251-296, 2009.
- Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1999.
- *Constitucionalismo y positivismo*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1999.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.
- Salto Cisneros, Vanessa, «Derecho indígena: ¿Reconocimiento del «otro» derecho?», en *Juris Dictio*, año III, No. 6, Quito, Colegio de Jurisprudencia-Universidad San Francisco de Quito, p. 23-28, 2002.
- Sánchez, Beatriz Eugenia, «El reto del multiculturalismo jurídico, la justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena», en Boaventura de Sousa Santos, edit., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, t. II, Bogotá, Siglo del Hombre, p. 5-139, 2001.
- «La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional», en Manuel José Cepeda Espinosa, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez, coord., *Observatorio de justicia constitucional: Balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional, el año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre, p. 330-357, 1998.
- Sánchez Botero, Esther e Isabel Cristina Jaramillo, «La jurisdicción especial indígena», en Carlos Espinosa Gallegos-Anda, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 125-174, 2009.

- Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2002.
- Serrano Pascual, Aracely, «Manifestaciones étnicas y cívico-territoriales de los nacionalismos», en *REIS* 82, Madrid, Revista Española de Investigaciones Sociológicas, p. 97-125, 1998.
- Simon Thomas, Marc, «Legal pluralism and interlegality in Ecuador, The La Cocha murder case», en *Cuadernos del CEDLA*, No. 24, Ámsterdam, Centre for Latin American Studies and Documentation, p. 5-99, 2009.
- Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. en verso castellano por Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998.
- Smith, Anthony D., «¿Towards a Global Cultural?», en Mike Featherstone, edit., *Global, Culture, Nationalism, Globalization and Modernity*, Londres, Sage Publications, p. 171-191, 1990.
- Smith, Anthony D., *Nacionalismo y modernidad*, Madrid, Istmo, 2000.
- Stavenhagen, Rodolfo, «Derecho consuetudinario indígena en América Latina», en Laura Valladares de la Cruz, comp., *Antología. Grandes temas de la Antropología Jurídica. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica en honor a Jane Collier*, Morelos, Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, p. 15-25, 2006.
- Terceros, Elva, «El sistema jurídico de los pueblos indígenas», en Oscar Alba S., coord., *Las reformas al Estado*, Cochabamba, Instituto de Estudios Internacionales-Bolivia, p. 313-338, 2007.
- Tertsch, Hermann, «¿Hacia un nuevo orden mundial?», en Pablo Badillo O'Farrell, coord., *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural*, Madrid, Universidad Internacional de Andalucía / Akal, p. 233-243, 2003.
- Tibán Guala, Lourdes, y Raúl Ilaquiche, *Jurisdicción indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Seidel, 2008.
- Tierney, Stephen, «Reframing Sovereignty? Sub-state National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-state», en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, No. 1, Cambridge, British Institute of International and Comparative Law, p. 83-161, 2005.
- Trujillo, Julio César, «Justicia indígena y pluralismo jurídico», en Laura Giraud, edit., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, p. 265-280, 2008.
- Van Cott, Donna Lee, «Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en América Latina», en *Antología. Grandes temas de la Antropología Jurídica. V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica en honor a Jane Collier*, Morelos, Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, p. 209-235, 2006.
- Walsh, Catherine, «Estado plurinacional e intercultural: La descolonización y refundación del Estado ecuatoriano», en *Política exterior y soberanía*, No. 3, Caracas, Instituto de Altos Estudios Diplomáticos Pedro Gual, p. 19-29, 2008a.
- «Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: Refundares político-epistémicos en marcha», en *Conocimiento, capital y desarrollo: dialécticas contemporáneas*, Buenos Aires, La Crujía, 2009a, en [http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:Xn5aNKrZj6QJ:scholar.google.com/+%22Conocimiento,+capital+y+desarrollo%22+dial%C3%A9cticas+contemporaneas&hl=es&as\\_sdt=0,5](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:Xn5aNKrZj6QJ:scholar.google.com/+%22Conocimiento,+capital+y+desarrollo%22+dial%C3%A9cticas+contemporaneas&hl=es&as_sdt=0,5). Fecha de consulta: 19 de octubre de 2013.

- *Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008b.
- *Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de)coloniales de nuestra época*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala, 2009b.
- Wolkmer, Antonio Carlos, «Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina», en Mauricio García, edit., *Derecho y sociedad en América Latina, un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, Colección en Clave de Sur, p. 247-259, 2003.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, «El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos», en André Hoekema, edit., *El reto de la diversidad*, México DF, Colegio de Michoacán, p. 343-380, 1999.
- Zambrano Álvarez, Diego, «Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes», en Carlos Espinosa Gallegos-Anda, y Danilo Caicedo Tapia, edit., *Derechos ancestrales, justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 219-250, 2009.
- Žižek, Slavoj, y Frederic Jameson, *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

## Internet

- Asamblea Nacional del Ecuador, <<http://asambleanacional.gob.ec/tramite-de-las-leyes.html>>. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2013.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, <<http://www.conaie.org/nacionalidades-y-pueblos/pueblos>>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523/97, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2013.
- Sentencia ST-496/96, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013.
- Sentencia C-479/92, en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm#7581>>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 004-09-SEP-CC, Caso No. 0030-08-EP de 14 de mayo de 2009, RO No. 602, Quito, 1 de junio de 2009, en <[http://www.alfonsozambrano.com/corte\\_constitucional\\_ec/cce-004-09-SEP-CC-accion\\_proteccion.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/cce-004-09-SEP-CC-accion_proteccion.pdf)>. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2013.
- International Labour Organization, <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>>. Fecha de consulta: 17 de octubre de 2013.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, <[http://www.inec.gov.ec/cpv/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=49&lang=es](http://www.inec.gov.ec/cpv/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=49&lang=es)>. Fecha de consulta: 13 de octubre de 2013.
- La Hora, «La otra cara de La Cocha», domingo 22 de agosto de 2010, en *La Hora*, <<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101006519>>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2013.
- Organización Internacional de Trabajo, Convenio 169, en *Organización Internacional de Trabajo*, <[http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf)>. Fecha de consulta: octubre de 2013.

## Últimos títulos de la Serie Magíster

### Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

- 163** Isabel Paredes Ortiz, REPRESENTACIONES EN TENSIÓN: el cuerpo joven en los medios, la educación y el Estado
- 164** Astrid Muñoz, INFORMANTES Y COOPERANTES, ¿UNA ALTERNATIVA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA EN COLOMBIA?
- 165** Danilo Caicedo, CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y VIOLACIONES DE DERECHOS: la actuación de la Comisión de la Verdad Ecuador
- 166** Ana Jimena Bautista Revelo, LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA: ¿REALIDAD O FICCIÓN?
- 167** Carlos Baldeón, LA NORMALIZACIÓN COMO PILAR INNOVADOR EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
- 168** Viviana Olave, JOSÉ FÉLIX DE RESTREPO Y LA FILOSOFÍA ÚTIL EN LA NUEVA GRANADA, 1773-1791
- 169** Jesús Pérez de Ciriza, APRENDER A CONVIVIR DESDE LA ESCUELA
- 170** Edwin Colcha, EL RECARGO TRIBUTARIO: ¿naturaleza recaudatoria o sancionatoria?
- 171** Sandra Yépez Ríos, PARA ENTENDER A DELFÍN QUISHPE: reflexiones sobre estéticas populares e identidad
- 172** Viviane Monteiro, ENFERMEDAD MENTAL, CRIMEN Y DIGNIDAD HUMANA: un estudio sobre la «medida de seguridad» en Brasil
- 173** Vladimir Bazante Pita, EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL
- 174** Susy Garbay, LÍMITES Y ALCANCES DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN: análisis del proyecto minero Mirador
- 175** Álvaro Román Márquez, INTERCULTURALIDAD, LIBERTAD Y PENA
- 176** Francisco Albuja Varela, EJECUCIÓN DE SENTENCIAS INTERNACIONALES: mecanismos jurídicos para su efectividad
- 177** Ximena Ron Erráez, LA JURISDICCIÓN INDÍGENA FRENTE AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR: ¿pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?

Este libro discute sobre los parámetros que la Corte Constitucional ecuatoriana debería considerar para resolver una acción de control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas. La autora reflexiona respecto al pluralismo jurídico en Ecuador, a partir del reconocimiento de tensiones inevitables en la interrelación entre dos sistemas jurídicos culturalmente diversos: el hegemónico y el indígena. En este contexto, se analiza la institución jurídica del control de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales indígenas, cuya atribución corresponde a la Corte Constitucional, como uno de los más claros ejemplos de conexión entre dos sistemas de administración de justicia con diferencias culturales, con la finalidad de establecer si a través de esta garantía se alcanza la coordinación y cooperación entre las justicias o, si por el contrario, se produce hegemonía de una cultura sobre la otra. Para tal efecto, se examina el denominado caso La Cocha 2, que se sustancia en la Corte Constitucional ecuatoriana, a la luz de los estándares utilizados por la Corte Constitucional de Colombia en la sustanciación de procesos en los que intervienen personas o colectividades indígenas.



*Ximena Ron Erráez (Loja, 1983) es Abogada, con mención en Derecho Público (2010) por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (2012) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito; y candidata doctoral en Derecho, con mención en Sociología, por la Universidad de Coímbra, Portugal. Es investigadora en temas de pluralismo jurídico y género, y docente de Derecho constitucional en la Maestría en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional de la Universidad de Guayaquil y en la Universidad Iberoamericana del Ecuador. Actualmente se desempeña como coordinadora institucional de la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador.*

ISBN: 978-9978-84-855-5



9789978848555