

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

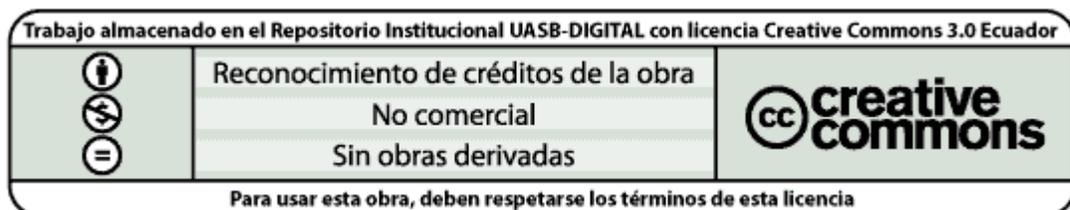
Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

**Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo
jurídico en el Ecuador**

Autor: Giovanni Francisco Bravo Rodríguez

Director: Dra. Libia Rivas

2015



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Giovanni Francisco Bravo Rodríguez, autor de la tesis intitulada *Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Estudios de la Cultura en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

El 12 de agosto de 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Palio, en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, por parte de autoridades indígenas pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Palio. Dicha causa se denominó “Caso La Cocha”.

El 30 de julio de 2014, dentro del ámbito de sus competencias, la Corte Constitucional del Ecuador expidió la sentencia N°113-14-SEP-CC, en la cual se dejó sentado precedentes jurisprudenciales que motivan la presente investigación. Entre otros puntos importantes, señalamos principalmente dos: 1) al existir un sanción en la justicia indígena sobre delitos contra la vida, no existe doble juzgamiento y por tanto es susceptible de ser conocido y sancionado en la justicia ordinaria; y, 2) desde la fecha de expedición de la sentencia, todos los casos relativos a delitos contra la vida deberán ser conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria.

La presente tesis de maestría, pretende analizar la sentencia en su contexto y la argumentación de la Corte Constitucional para declinar la competencia de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para juzgar los delitos contra de la vida.

El lector, además, verificará la desacertada interpretación constitucional que realiza la Corte Constitucional en el fallo del caso “La Cocha” en cuanto al *non bis in idem*, el respeto a las decisiones de las autoridades indígenas y el retroceso en los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Agradecimientos

Agradezco a todas las personas que colaboraron en la realización del presente trabajo; y, de manera especial a la Dra. Libia Rivas, profesional quien con su conocimiento y experiencia ha aportado de manera invalorable a la presente investigación.

Tabla de contenido

Introducción	7
Capítulo 1.....	9
Justicia constitucional y pluralismo jurídico	9
1. Pluralismo jurídico	9
1.1. Generalidades	9
1.2. Pluralismo jurídico. Clasificación.....	16
1.3. Pluralismo jurídico y derecho indígena.....	17
2. Límites a la jurisdicción indígena en el marco del pluralismo jurídico en Ecuador	25
2.2. Límites subjetivos	30
Capítulo 2.....	36
Jurisprudencia ecuatoriana sobre justicia indígena y el principio internacional del <i>non bis in ídem</i>	36
1. El principio <i>non bis in ídem</i> en la justicia indígena y el derecho comparado	36
1.1. La justicia intercultural	36
1.2. Jurisprudencia ecuatoriana y principios de justicia intercultural	43
1.3. Principio de <i>non bis in ídem</i> y la jurisprudencia ecuatoriana	53
1.4. El <i>non bis in ídem</i> en la jurisprudencia de derecho comparado.....	59
Capítulo 3.....	65
Análisis de la sentencia N°113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador	65
1. Antecedentes del caso “La Cocha”	65
2. Análisis de la sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional y sus efectos negativos en la comprensión del pluralismo jurídico en el Ecuador.....	69
2.1. Pregunta No. 1: ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?	69
2.2. Pregunta No. 2: ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?.....	70
2.3. Análisis del informe pericial sobre el caso La Cocha	74
2.4. Algunas consideraciones sobre la Sentencia No. 113-14-SEP-CC.....	79

3. Desafíos de la justicia intercultural como base en el afianzamiento del pluralismo jurídico en el Ecuador.....	87
4. Perspectivas de la Corte Constitucional en la consolidación del pluralismo jurídico en el Ecuador	94
Conclusiones	99
Bibliografía	104

Introducción

Desde la Constitución Política de 1998, el Ecuador reconoce otros sistemas de justicia –dejando de lado la teoría del monismo jurídico–, como, por ejemplo, los sistemas consuetudinarios de derecho de los pueblos indígenas. El derecho indígena está dotado de autonomía; el artículo 191 señalaba que las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.¹

Desde 1998, la idea de un pluralismo jurídico concebido como el reconocimiento de la existencia de otros sistemas jurídicos, aparte del estatal, generó que los emergentes órdenes de justicia indígena ocuparan un lugar de subordinación. Esto se refleja en la continua y sistemática negación de legitimidad que se emprende en su contra desde la justicia ordinaria, y en el constante bloqueo de la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre su bienestar e integridad territorial, cultural y ambiental.²

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República³, nace una nueva etapa constitucional para el país, esto es, “un Estado constitucional de derechos y justicia”, en donde la prioridad estatal es la de velar y garantizar los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los convenios y tratados internacionales. En esta nueva Carta Magna, se sigue reconociendo el pluralismo jurídico y la capacidad de los pueblos y nacionalidades indígenas, para ejercer procedimientos propios de justicia, de conformidad con el artículo 171.

Desde la consagración constitucional de estos nuevos sistemas de justicia en el Ecuador, no existió precedente constitucional alguno sobre la competencia de las autoridades indígenas frente a las autoridades de justicia ordinaria, pues se entendía que

¹ *Constitución Política de la República del Ecuador* [1998], tít. VIII, “De la función judicial”, cap. 1, “De los principios generales”, artículo 191,

<<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html#mozTocId284638>>.

² Marcelo Bonilla Urvina, “Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía Estatal y Lucha por el reconocimiento de la Justicia Indígena”. En Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal y Rosember Ariza, coordinadores, *Hacia Sistemas jurídicos plurales* (Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2008), 66.

³ *Constitución del Ecuador*, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, misma que deroga a la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 (R.O. 1, 11-VIII-1998).

las decisiones tomadas por las comunidades, de acuerdo a la Constitución, debían ser respetadas por las autoridades estatales.

En el año 2014, la Corte Constitucional ecuatoriana estableció límites a la administración de justicia de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas mediante la sentencia No. 113-14-SEP-CC. Esta sentencia ha sido objeto de críticas por parte de los juristas y de la opinión pública, pues genera un retroceso al derecho en general y, en especial, a la administración de justicia indígena, porque delimita su competencia jurisdiccional, lo que no consta en la Constitución del Ecuador. En la presente investigación nos proponemos responder la siguiente pregunta: ¿Cuál es el alcance de la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana del caso “La Cocha”, expedida el 30 de julio de 2014, y sus potenciales efectos en el pluralismo jurídico?

Capítulo 1

Justicia constitucional y pluralismo jurídico

1. Pluralismo jurídico

1.1. Generalidades

Los sistemas jurídicos modernos asumidos por la mayoría de Estados en el mundo conciben dentro de su doctrina jurídica la teoría del “monismo jurídico”. La concepción monista del derecho identifica al Estado con el Derecho, idea que proviene de la teoría jurídica formulada por Hans Kelsen⁴. Históricamente, el monismo jurídico se enmarca en la centralización del poder político en el Estado y, a través de este, la definición y especialización de las formas de control social.

Para el monismo jurídico, el Estado es el único ente que puede producir leyes, por lo que a este le corresponde un solo sistema jurídico; bajo este concepto, no pueden existir dentro de un mismo espacio territorial varios sistemas jurídicos. La clásica división de poderes del Estado complementa el concepto de un único derecho: el poder legislativo tiene la facultad de crear leyes que regulen la conducta de las personas en sociedad; el poder judicial administra justicia y materializa la aplicación de esas normas para casos concretos; y el ejecutivo administra al Estado a través de políticas públicas dentro de ese marco legal. Al referirse al tema, Antonio Pena Jumpa señala que: “[...] se piensa al Estado como único ente que produce Derecho y que administra tal Derecho a través de sus Poderes (normas, autoridades y procedimientos)”.⁵

Kelsen⁶ plantea dos ideas que resultan fundamentales para entender el monismo jurídico: la identificación entre el derecho y el Estado, y el carácter jerárquico y fundamentalmente centralizado e institucionalizado del ordenamiento jurídico. Para Kelsen el Estado no es otra cosa que “el conjunto de normas jurídicas expedidas por

⁴ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982), 164.

⁵ Antonio Pena Jumpa, “La otra justicia: a propósito del Art. 149 de la Constitución Peruana”. En *Desfaciendo Entuertos*, No. 3, 4, Publicación del Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, de Negociación y Mediación, 1999.

⁶ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982), 164.

aquél que tiene poder creador de derecho”⁷. La pertenencia de una norma a un sistema jurídico no depende de su contenido, sino de que esta haya sido creada por el ente competente, siguiendo un procedimiento indicado en una norma superior.⁸

El ordenamiento jurídico es, entonces, para Kelsen, “un sistema de normas jerarquizado, creado por un conjunto de instituciones centralizadas a través de procedimientos previamente establecidos en una Constitución que deriva su validez de una hipótesis: la norma fundamental”.⁹

De acuerdo con Cotterrell¹⁰, el monismo jurídico sostiene que el derecho:

[...] es y solo es el derecho producido por un órgano competente, aquel que estudian y aplican los abogados, en el que se basan los jueces para dictar sus sentencias y que está respaldada por el uso de la fuerza legítima del Estado. El carácter jurídico de una norma estaría determinado por su posición y creación dentro de una escala jerárquica: la existencia es al mismo tiempo la manifestación de su validez.¹¹

Más allá de los postulados teóricos, consideramos que el monismo jurídico no permite explicar y peor analizar sistemas normativos diferentes al estatal; este vacío, nos obliga necesariamente a recurrir a la perspectiva teórica del “pluralismo jurídico”. El “pluralismo jurídico”, a diferencia del monismo jurídico, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico.¹²

⁷ *Ibíd.*

⁸ “El ordenamiento jurídico tiene una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación y por consecuencia la validez de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto”. En Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982), 164.

⁹ Libardo Ariza y Daniel Bonilla “El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, pp. 19-85, en: Griffiths John, Sally Engle Merry y Brian Tamanaha, *El debate sobre el Pluralismo Jurídico* (Bogotá: Universidad de Los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2007), versión digital, <<http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>>.

¹⁰ Roger Cotterrell, “The Sociological Concept of Law”, *Journal of Law & Society*, 10, 244-246

¹¹ Libardo Ariza y Daniel Bonilla “El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, pp. 19-85, en: Griffiths John, Sally Engle Merry y Brian Tamanaha, *El debate sobre el Pluralismo Jurídico* (Bogotá: Universidad de Los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2007), versión digital, <<http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>>, 11.

¹² Raquel Irigoyen Fajardo, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999), 13.

De igual manera, la Dra. Elisa Cruz Rueda se refiere al pluralismo jurídico como la “coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social”¹³; esta académica profundiza en el tema y va más allá de una conceptualización del término al manifestar que esta coexistencia: “cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, concepción ésta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial”¹⁴.

Al referirse al pluralismo, la Corte Constitucional ecuatoriana señala en su sentencia N° 113-14-SEP-CC¹⁵ que este “representa la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. La presencia de varios sistemas jurídicos plantea la existencia de normas sustantivas y adjetivas de diverso origen que demandan su obediencia y aplicación en un mismo territorio.”. Además, agrega que:

El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, concepción ésta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial (Fitzpatrick 1998). El cuestionamiento a la centralidad del derecho estatal ha sido uno de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los Estados nacionales.¹⁶

En esta línea de análisis, Santiago Andrade Ubidia manifiesta que:

La pluralidad jurídica es consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para incidir en la posibilidad de lograr configurar un nuevo orden, capaz de respetar sistemas de derecho culturalmente diferentes del derecho positivo estatal y de disponer un espacio más autónomo para resolver los conflictos internos de cada pueblo. Este

¹³ Elisa Cruz Rueda, “Principios Generales de Derecho Indígena”, en Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal, Rosember Ariza, coordinadores, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2008), 29.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Ecuador. Corte Constitucional ecuatoriana. Caso 0731-10-EP de 30 de julio de 2014.

¹⁶ *Ibíd.*

nuevo modelo de Estado plurinacional, que da lugar al reconocimiento de la pluralidad jurídica, no significa que cada uno haga lo que ha bien tenga, bajo la errónea idea de que eso es respeto, tampoco de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles, sino como intercambio que permita construir espacios de encuentros entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas, bajo el respeto mutuo.¹⁷

En países como el nuestro, en donde existen pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas con algún tipo de identidad propia—esto es, religión, etnia, cultura, justicia, etc.—, existe un constante debate jurídico de cómo tratar el conjunto de normas, procedimientos y sistemas en base a los cuales estos grupos regulan su convivencia social y resuelven sus conflictos.

Este debate se ventiló en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 al incorporar el reconocimiento por parte del Estado de los sistemas consuetudinarios de derecho de los pueblos indígenas y la competencia de sus autoridades para ejercer justicia aplicando procedimientos propios, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y las leyes.¹⁸

Desde 1998, la idea de un pluralismo jurídico concebido como el reconocimiento de la existencia de otros sistemas jurídicos, aparte del estatal, generó que “los emergentes órdenes de justicia indígena” ocuparan “un lugar de subordinación, que se refleja en la continua y sistemática negación de legitimidad que en su contra se emprende desde la justicia ordinaria, y en el constante bloqueo de la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre su bienestar e integridad territorial, cultural y ambiental”¹⁹.

Mientras que en la Constitución de 1998a Ecuador se lo definía como un “Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y

¹⁷ Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, edit., *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009), 191.

¹⁸ *Constitución Política de la República del Ecuador* [1998], tít. VIII, “De la función judicial”, cap. 1, “De los principios generales”, artículo 191,

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html#mozTocId284638>.

¹⁹ Marcelo Bonilla Urvina, “Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía Estatal y Lucha por el reconocimiento de la Justicia Indígena”. En Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal y Rosember Ariza, coordinadores, *Hacia Sistemas jurídicos plurales* (Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2008), 66.

multiétnico”, la Constitución de 2008 amplía su visión de Estado al considerarlo como intercultural y plurinacional.

En este sentido, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada [...]”.²⁰

De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional ecuatoriana, la plurinacionalidad a la que hace referencia este artículo:

[...] comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia no solo con cierto ámbito geográfico territorial sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación.²¹

En relación a este tema, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado:

El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de 'naturaleza humana', ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como "ciudadano" en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [. . .] Este cambio de división política ha tenido repercusiones en el derecho. [. . .] La función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos. [. . .] En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho,

²⁰ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* [2008], artículo 1 (Quito: Asamblea Nacional).

²¹ Ecuador, Corte Constitucional ecuatoriana. Caso 0731-10-EP de 30 de julio de 2014

adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo.²²

La plurinacionalidad e interculturalidad establecen el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la existencia de minorías históricamente invisibilizadas y, como consecuencia de ello, discriminadas. La interculturalidad y la plurinacionalidad robustecen el concepto de Estado unitario, pues conllevan al respeto a la diversidad étnica y cultural y fortalecen la democracia sustentada en los derechos y el respeto a las minorías. La interculturalidad tiende a mantener una relación de diálogo permanente entre la cultura mayoritaria y las demás culturas existentes en el país, con el objeto de fomentar una sociedad más igualitaria que permita el reconocimiento material de los derechos de grupos invisibilizados históricamente.²³

La Constitución de la República determina los derechos que gozan los pueblos, comunidades, nacionalidades y demás colectividades ancestrales. El artículo 57 numeral 9 –alestablecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de autoridad– reconoce los territorios indígenas así como las tierras comunitarias de posesión ancestral en los cuales se desenvuelven las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.²⁴ Por su parte, el numeral 10 del mismo artículo reconoce su derecho a: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

Como consecuencia de este mandato constitucional, distintos sistemas jurídicos coexisten en el Ecuador. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional ecuatoriana, este pluralismo jurídico “pone en cuestión el monopolio de las instituciones estatales como las únicas autorizadas a crear derecho y a juzgar en derecho, y reconoce taxativamente otras fuentes creadoras de derecho y otras autoridades jurisdiccionales encargadas de su aplicación”²⁵.

²² Colombia. Corte Constitucional colombiana, sentencia T-496/96, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

²³ Ecuador. Corte Constitucional ecuatoriana. Caso 0731-10-EP de 30 de julio de 2014

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Ecuador. Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia 113-14-SEP-CC de 30 de julio de 2014

Este reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador no ha sido tarea fácil; por el contrario, ha sido el resultado de las luchas históricas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que han exigido el respeto a su identidad cultural y que han conseguido se reconozca y valore sus diferencias culturales, su organización social y sus saberes ancestrales dentro del marco constitucional.²⁶

Los antecedentes de este pluralismo jurídico, como señala Tzvetan Todorov, pueden ser encontrados en el espacio colonial:

Como resultado de la expansión europea, distintos pueblos y culturas fueron incluidos forzosamente en el proyecto de consolidación y universalización de la cultura occidental. A partir del ‘descubrimiento’ de América por parte de la Corona española, las naciones europeas asumen como justificación de su expansión la ‘noble misión’ [...] de eliminar el salvajismo de la faz de la tierra.²⁷

Esta decisión da inicio a un incansable proceso de expansión que considera que la cultura y las instituciones europeas son el modelo a partir del cual deben ser forjadas las demás naciones del mundo.²⁸ El trasplante de las instituciones jurídicas occidentales a los contextos coloniales no solo es visto como una necesidad gubernamental sino que, también, es considerado como un medio para lograr el abandono del salvajismo y la construcción de la civilización.

En el espacio colonial, se percibía la coexistencia de dos formas de ver el mundo, cada una de las cuales posee su propia cultura y, por lo tanto, su propio “derecho”. Como principio general, en los contextos coloniales la metrópolis acepta la vigencia de los “usos y costumbres” de los pueblos autóctonos, sometiendo su validez al respeto de los principios básicos del derecho oficial “representado por el Código de las Siete Partidas (1256-1265), por el Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), por los Fueros Municipales, Fueros Reales y, finalmente, por la Ley de Toro”²⁹. Las prácticas jurídicas

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Tzvetan Todorov, *La Conquista de América: El problema del Otro* (México, Siglo XXI, 1989), 292.

²⁸ Anthony Anghie, “Francisco Vitoria and the Colonial origins of International Law”, pp. 89-107, en Eve Darian Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*. (Michigan: University of Michigan Press, 2001) y Young, Robert. *Postcolonialism: An Historical Introduction*. (Oxford: Blackwell Publishing, 2001).

²⁹ José M Ots y Capdequi, *Historia del derecho español en América y del derecho indiano* (Madrid: Aguilar, 1968), 44-46.

autóctonas son conservadas en la medida en que no contradigan los valores y principios fundamentales del derecho oficial. De esta forma, el pluralismo jurídico es un resultado del colonialismo, en cuyo contexto las naciones colonizadas “cuando no fueron totalmente exterminadas, fueron sometidas al derecho del conquistador con el permiso, expreso o implícito, de seguir conservando en ciertos dominios su derecho tradicional”³⁰.

1.2. Pluralismo jurídico. Clasificación.

A manera de clasificación, André Hoekema señala dos clases de pluralismo jurídico: el pluralismo jurídico social y el pluralismo jurídico formal, y subdivide a este último en pluralismo jurídico formal de tipo unitario y pluralismo jurídico formal de tipo igualitario.

Se denomina pluralismo jurídico social a la circunstancia en la que coexisten dos o más sistemas jurídicos sin que sean reconocidos por parte del Estado. Mientras que, si se reconocen varios sistemas de derecho por parte del Estado, estamos frente a un pluralismo jurídico formal.

En el pluralismo jurídico formal de tipo unitario, el Estado conserva para sí la prerrogativa unilateral de determinar la validez, legitimidad y el ámbito de los sistemas de derecho. Generalmente, se manifiestan a través de las expresiones de costumbre, sin embargo, están sujetas al reconocimiento del Estado³¹, por lo que dichos sistemas jurídicos son débiles y restringidos en la práctica. Es por esto que este tipo de pluralismo jurídico es el más recurrente en los ordenamientos jurídicos estatales, pues se mantiene una relación de subordinación entre el Estado respecto de los otros sistemas³².

En el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario, se evidencia una coexistencia igualitaria de diferentes sistemas jurídicos; es decir, el derecho estatal no puede modificar las reglas que mantienen el reconocimiento de los demás derechos no

³⁰Boaventura De Sousa Santos, *Estado, Derecho y Luchas Sociales* (Bogotá: ILSA, 1991), 70-71.

³¹ El artículo 2 del Código Civil ecuatoriano establece que “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.”

³² Entre los ejemplos de esta categoría pueden mencionarse algunos Estados que han suscrito el Convenio 169 de la OIT.

estatales³³. Estos tienen “su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y por tanto tiene derecho a que su Derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional por los demás”.³⁴

Arnaud, por su parte, distingue dos tipos de pluralismo jurídico: el pluralismo jurídico interno y el pluralismo jurídico de tipo externo. El primero de ellos se presenta cuando dentro de un único sistema jurídico existen diferentes reglas que se pueden aplicar a una misma situación. El segundo es en el que “coexisten una pluralidad de diferentes órdenes legales con vínculos entre ellos”³⁵.

Siguiendo estas ideas, Manuel Atienza, al referirse al pluralismo jurídico, indica que este puede ser de dos clases: por un lado, el pluralismo jurídico externo que se manifiesta en la coexistencia en un mismo espacio geográfico y sociopolítico de dos o más ordenamientos jurídicos; y, por otro, el pluralismo jurídico interno, que es la aceptación en el marco de un mismo ordenamiento jurídico de un número de fuentes normativas³⁶.

1.3. Pluralismo jurídico y derecho indígena

1.3.1. Derecho indígena

En países donde existen pueblos indígenas—como es el caso de Ecuador— se ha planteado el debate sobre cómo abordar a los sistemas de autoridades, normas y procedimientos mediante los cuales las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas regulan su vida social y resuelven sus conflictos, a través de mecanismos diferentes a los establecidos por el Estado.³⁷

³³ Liliana López, “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho”, en “Pluralismo Jurídico”, *Revista Umbral*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador N°4 Tomo I, 2014), 49.

³⁴ André Hoekema, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, (Bogotá: Ilsa, 2002) 269-271.

³⁵ André Arnaud, “Legal pluralism and the building of Europe”, en Hanne Petersen y Henrik Zahle (eds.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Aldershot: Dartmouth, 1995), 149- 169.

³⁶ Manuel Atienza, “Pluralismo Jurídico”, en Antonio Enrique Pérez Luño (et al), *Diccionario Jurídico. Filosofía y Teoría del Derecho e información jurídica* (Granada: Comares, 2004), 128.

³⁷ Raquel Irigoyen Fajardo, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999), 11.

Estos sistemas han sido valorados bajo diferentes posiciones teóricas que los han calificado en algunos casos como “costumbre”, “usos y convenciones”, “usos y costumbres”, “formas tradicionales de resolución de conflictos”, “derecho consuetudinario”, “derecho indígena”, entre otras.³⁸

Por “costumbre”, se alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad, y tiene como base la concepción monista del derecho, pues solo constituye fuente de derecho en medida que la Ley se refiere a ella.

En relación a esto, Juan Larrea Holguín manifiesta que "la costumbre se forma por la repetición de actos, pero no basta esto que podría llamar elemento material, corpus de la costumbre, sino que se requiere de una convicción de su necesidad u obligatoriedad jurídica, animus de la costumbre"³⁹.

Max Weber utiliza el término “usos y convenciones” para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menor al de la norma legal cuya práctica no está garantizada por la coacción estatal, sino por una sanción social difusa⁴⁰. Por otro lado, Raquel Yrigoyen, al referirse al término “usos y costumbres”, señala que tiene una raíz colonial, ya que durante el proceso de imposición colonial, solo se aceptaron los “usos y costumbres” indígenas en la medida de que no violasen la ley divina o natural, no afectasen el orden económico político colonial ni la religión católica.

Para Stavenhagen el derecho indígena es "un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado". Adicionalmente, menciona que:

[...] es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen esas normas) [...] que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía⁴¹.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ Juan Larrea Holguín, *Manual de Procedimiento Civil* (Quito: Corporaciones y Estudios, 2002), 64.

⁴⁰ Max Weber, *Economía y Sociedad, Esbozo de sociología comprensiva* (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), 264.

⁴¹ Rodolfo Stavenhagen, *América Latina: derecho consuetudinario, en Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina* (México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002), 69-70.

Julio Cesar Trujillo, de igual forma, manifiesta que el derecho indígena:

[...] debe ser el conjunto de normas producidas por los indígenas a través de las instituciones a las que ellos han confiado la tarea de fijar, con fuerza obligatoria, las normas de conducta a las que todos deben obediencia, unas porque garantizan la pacífica convivencia de los miembros de la comunidad y otras porque preservan la identidad de la comunidad, de la que aquellos tienen conciencia de ser parte y la que les reconoce la calidad de miembros suyos, y por eso espera el comportamiento que los identifica. Este derecho es creado y recreado por la comunidad indígena de acuerdo con las nuevas condiciones de la convivencia interna o de las nuevas circunstancias externas en que la comunidad se desenvuelve.⁴²

En palabras de Irigoyen Fajardo:

Cuando se habla de derecho indígena como propio de los pueblos indígenas, se alude a un concepto relacional. No se busca la descripción de un supuesto “derecho puro”, antes de la contaminación occidental, sino a lo que los indígenas perciben como suyo frente al derecho estatal u otros sistemas, en un determinado momento histórico. Tampoco se quiere decir que el derecho estatal y el indígena sean “paralelos” en el sentido de que nunca se tocan, sino que interactúan y se influyen mutuamente, pero mantienen un eje cultural propio, que es lo que les da identidad. Cuando se habla de derecho indígena no significa que los indígenas no utilicen el derecho estatal, sino que tienen una estrategia de utilización de recursos múltiples por la cual utilizan el mecanismo que les ofrece responder a alguna necesidad, interés, o evitar la represión.⁴³

Como señala Wolkmer⁴⁴, las normas especiales para el Nuevo Mundo—que constituían el derecho indígena— tenían en cuenta la diversidad geográfica, la distinción de individuos y grupos sociales. Ese derecho indígena, en lo que se refiere a su trayectoria y aplicación, buscaba, según Jesús A. de la Torre Rangel, armonizar tres factores íntimamente conectados entre sí: los intereses económicos y políticos de la

⁴² Julio César Trujillo, “Administración de Justicia Indígena”, en Judith Salgado, comp., *Justicia Indígena Aportes para un Debate* (Quito: Abya-Ayala, 2002), 102.

⁴³ Raquel Irigoyen Fajardo, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999), 11.

⁴⁴ Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, en Revista el Foro Colegio de Abogados N° 12, en (abril 2015), 14.

Corona; la política de lucro y riqueza de los conquistadores; y la “evangelización y el buen trato de los indios.”⁴⁵

Gaitán Villavicencio afirma que:

[...] en las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y la tradición. La aceptación y respeto de las reglas de este derecho consuetudinario y su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad. El respeto de las reglas establecidas emana de la colectividad.⁴⁶

Como señalan Stavenhagen e Iturralde:

[...] lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso etcétera), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, entonces, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado.⁴⁷

Por su parte, Diego Iturralde manifiesta que:

La noción del derecho consuetudinario y otros que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes

⁴⁵ Jesús A. Torre Rangel, *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas* (Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991), 16-17.

⁴⁶ Gaitán Villavicencio, “Pluricultural e interculturalidad en el Ecuador: el reconocimiento constitucional de la justicia indígena”, *Ponencia presentada en el Seminario sobre Administración de Justicia Indígena, Guayaquil, 10 de Abril del 2002*, Fundación El Universo- Universidad Andina Simón Bolívar, (mayo 2015), 39.

⁴⁷ Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, *Entre la ley y la costumbre, El derecho consuetudinario indígena en América Latina* (México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990), 29-30.

normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas.⁴⁸

El término “derecho consuetudinario” ha sido utilizado en convenciones internacionales y constituciones de varios países para referirse a los sistemas normativos indígenas superando la perspectiva integracionista y el marco del monismo legal. Como señala Yrigoyen, ello ha obligado a la Academia a reconceptualizar dicho término:

a) De una parte, se ha quitado de la definición la idea de que describe sistemas o prácticas inmutables a lo largo del tiempo, reconociéndose su carácter cambiante. b) De otra, se le ha despojado de la connotación de que los sistemas que califica son atrasados, tradicionales, no modernos o incluso inferiores. Y, c) finalmente, se deja de convalidar la subordinación política a la que se ha sometido históricamente a los sistemas no-estatales, pues no tiene porqué ser una condición permanente o para el futuro⁴⁹.

En palabras de EngleMerry: “El derecho consuetudinario sería, por una parte, una forma de describir y conceptualizar los sistemas jurídicos de sociedades consideradas – ‘primitivas’ y, al mismo tiempo, el mecanismo a través del cual los ‘usos y costumbres’ de dichas sociedades pueden ser integrados al derecho dominante dentro de una estrategia de gobierno.”⁵⁰

Para autores como Botero, Jaramillo, Correas, Stavenhagen e Irigoyen, el derecho consuetudinario o, mejor, la calificación que el derecho estatal hace del derecho indígena como “costumbre” es considerada una forma de degradación y subordinación de las minorías nacionales. Desde esta perspectiva, se da por hecho que el derecho indígena es un auténtico “derecho” que el Estado no reconoce como tal y que, por el contrario, este lo vincula de manera negativa y degradada como derecho consuetudinario.

⁴⁸ Diego Iturralde, “Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 41, (mayo 2015), 132-134.

⁴⁹ Raquel Irigoyen Fajardo, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999), 11.

⁵⁰ Libardo Ariza y Daniel Bonilla “El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, pp. 19-85, en: Griffiths John, Sally EngleMerry y Brian Tamanaha, *El debate sobre el Pluralismo Jurídico* (Bogotá: Universidad de Los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2007), versión digital, <<http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>>.

De los términos antes expuestos, la Carta Magna ecuatoriana utiliza la denominación “derecho propio o consuetudinario”, al señalar en el artículo 57, numeral 10, que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”⁵¹

De manera similar, la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 ya preveía la aplicación de normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas para la solución de sus conflictos internos, de conformidad con sus “costumbres o Derecho consuetudinario”, siempre que no sean contrarios a la Constitución ni las leyes⁵².

Esta acepción también es reconocida en convenciones internacionales como el Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 8 señala lo siguiente:

Artículo 8:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

1.3.2. Justicia Indígena

El artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador señala que:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho

⁵¹ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* [2008] artículo 57, numeral 10 (Quito: Asamblea Nacional).

⁵² *Constitución Política de la República del Ecuador* [1998], tít. VIII, “De la función judicial”, cap. 1, “De los principios generales”, artículo 191, <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html#mozTocId284638>>.

propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

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

El reconocimiento de las funciones jurisdiccionales que “ejercerán” las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que hace la Constitución de 2008 fue ya mencionado en la Constitución de 1998 en el artículo 191. Si bien el artículo 171 de la Constitución de 2008 hace referencia a funciones jurisdiccionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, Raúl Illaquiche manifiesta que:

Los conceptos de jurisdicción y competencia aplicadas al ámbito del Derecho Indígena, resultan ser completamente diferentes, en tanto y en cuanto al interior de este Derecho no podemos hablar de casos de fuero, ni de diversos tipos de jueces, con supremacía de unos sobre otros, sino más bien de diversos niveles [...] acorde eso sí a las particularidades del caso a tratar. En lo que tiene que ver a la competencia, entendiéndose esta al parámetro físico del campo de aplicación de la potestad de administrar justicia, esto aún no se lo ha determinado claramente por parte de la Constitución, o el Derecho Positivo; puesto que, en lo que respecta a las circunscripciones territoriales éstas no están aún delimitadas ni establecidas; más sin embargo en lo que concierne al aspecto meramente costumbrista, si hay competencia, pues ello deviene del campo de aplicación que tienen las autoridades al interior de sus comunidades.⁵³

En relación al procedimiento, el mismo autor señala que la justicia indígena no observa ni está atada a los procedimientos establecidos en las leyes; las autoridades actúan por medio del sistema de rogación o petición de parte. Solo los afectados o sus

⁵³ Raúl Illaquiche, “Administración de justicia indígena en la ciudad: estudio de un caso”, *Revista Yachaikuna*, (marzo, 2001): 6.

familiares pueden hacer la solicitud de intervención de las autoridades indígenas, con el objetivo de que se restablezca el orden en la comunidad y en la familia.⁵⁴

Raúl Illaqui, al referirse a los procedimientos consuetudinarios, indica que tienen las siguientes características: a) Willachina, que consiste en la formulación de la petición o lo que equivale a la demanda; b) Tapuykuna, la investigación del problema; c) Chimbapurana, el careo o entrevista cara a cara; d) Killpichirina, la imposición de la sanción; e) Allichina, el arrepentimiento del agresor; f) Kunana, el Consejo al agresor; g) Paktachina, la ejecución de la sanción; y, h) ChisquiYahsca, la limpia o purificación al agresor. A partir de esta clasificación, se evidencia una similitud con el sistema acusatorio oral ecuatoriano y los principios que lo rigen: inmediación, publicidad, contradicción, oralidad, etc. Además, cabe resaltar que es posible observar un enfoque resocializador por parte del derecho indígena.⁵⁵ Con relación a las diferencias entre las dos justicias, el sistema ordinario tiene mucho que aprender de las bondades del sistema indígena; por ejemplo: el sistema indígena tiene particularidades educativas, reivindicatorias, purificadoras y resocializadoras, todo esto, para lograr una convivencia pacífica de la comunidad.⁵⁶

De alguna manera, el derecho ancestral tiene rasgos de derecho positivo en cuanto las comunidades indígenas, a través de los Cabildos, llevan consigo libros de actas de juzgamiento.⁵⁷

Por lo tanto, los sistemas indígenas y ordinarios no son incompatibles. Las diferencias que se evidencian son más el reflejo del desconocimiento del Derecho. A la final, lo importante es la paz social con justicia, que es una aspiración de una realidad ecuatoriana que es diversa, y los mecanismos existentes no son más que medios para lograr este objetivo.⁵⁸

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Raúl Illaqui, *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en el Ecuador, estudio de caso*, ECUARUNARI, (Quito: 2006): 81-84.

⁵⁶ Carlos Poveda, "Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones", *Foro: Revista de derecho*, N° 8 (II semestre 2007): 186.

⁵⁷ Hans Jürgen Brandt, Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El Tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*, Instituto de Defensa Legal, IDL, (Lima: 2006).

⁵⁸ Carlos Poveda, "Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones", *Foro: Revista de derecho*, N° 8 (II semestre 2007): 186.

El artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial recoge el sentido del artículo 171 de la Constitución de 2008, pero adicionalmente menciona que: “No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.”

2. Límites a la jurisdicción indígena en el marco del pluralismo jurídico en Ecuador

Con el objetivo de profundizar en el análisis de la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre el caso “La Cocha” y sostener la presente investigación, es pertinente estudiar los límites de la jurisdicción indígena.

El artículo 171 de la Constitución establece que:

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

Entonces, del texto del artículo en mención, resulta evidente que la jurisdicción indígena está sujeta a ciertos límites.

2.1. Límites objetivos

La Constitución reconoce a las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades el ejercicio de facultades jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Con la finalidad de introducirnos en el análisis de los límites objetivos de la justicia indígena, debemos referirnos necesariamente a la teoría clásica del derecho procesal, que coincide en señalar como elementos de la jurisdicción la *notio*, el *iudicium* y el *imperium*⁵⁹. La *notio* se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada juez. El *iudicium* es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez. El *imperium*,

⁵⁹ *Ibíd.*

finalmente, consiste en la “potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales”⁶⁰.

Partiendo de que la jurisdicción indígena es jurisdicción en el estricto sentido de la palabra, debemos entender que estos elementos también son constitutivos de ella. Para Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo, los límites objetivos a la justicia indígena son: el territorio y los asuntos de conocimiento de autoridades indígenas. A continuación, hará referencia a los dos.

2.1.1. El territorio

Como ya se mencionó, la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en su artículo 171, reconoce a las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades el ejercicio de facultades jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

En ese sentido, el territorio constituye un elemento básico para la administración de justicia indígena. En Ecuador ninguna norma jurídica define lo que debe entenderse por “ámbito territorial”; la Corte Constitucional tampoco ha interpretado el texto constitucional a través de sus sentencias.

La Corte Constitucional de Colombia, al referirse al “carácter geográfico” como uno de los elementos que configuran el fuero indígena, ha señalado que la restricción territorial se refiere al lugar de ocurrencia de los hechos que generaron el conflicto, es decir, que cada comunidad puede juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio.⁶¹

De igual forma, al admitir la procedencia de las tutelas contra decisiones judiciales indígenas de la misma manera en la que lo hace con respecto a decisiones judiciales de los jueces ordinarios, ha indicado la validez de las decisiones de las autoridades indígenas en todo el territorio nacional. Además, se ha ordenado a la policía nacional llevar al territorio indígena respectivo a las personas que hayan escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en el territorio indígena.⁶²

Por otra parte, la misma Corte ha tendido a favorecer una definición amplia de territorio indígena, al decir que son “aquellas áreas poseídas por una parcialidad,

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencia ST.496 de 1996.

⁶² Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencia ST-349 de 1996.

comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”.⁶³

Por esta razón, la sentencia T-384 de 1994 no solo considera el ámbito geográfico, sino, asimismo, al ámbito tradicional de sus actividades. A esto hace referencia Carlos Poveda al señalar que la justicia indígena opera más allá del espacio físico determinado, pues debe ser entendido por medio de estudios antropológicos para cada uno de los casos.⁶⁴

Para Luis Ávila Lizán, “el territorio indígena tiene, además, un componente espiritual y cosmogónico que le da una dimensión que no puede ser, necesariamente, materializada”⁶⁵. Diego Zambrano Álvarez, de igual forma, dice que:

[...] el concepto de territorio indígena debe extenderse a aquellos asentamientos urbanos en los que predomina la vida cultural de estos pueblos independientemente de su ubicación geográfica, [...] la migración del indígena a la ciudad no significa un renunciamento a su identidad aunque implica la aceptación de ciertas connotaciones inevitables ante la presencia predominante del mundo mestizo [...].⁶⁶

Sin referirse a lo que se debería entender por territorio, la Corte Constitucional ecuatoriana para el período de transición estableció la importancia del arraigo de los pueblos indígenas⁶⁷ hacia su territorio. Se determinó que se trataba de un vínculo especial diferente a la concepción tradicional del territorio como mera propiedad asumida por la concepción occidental de los derechos.⁶⁸

⁶³ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-384 de 1994.

⁶⁴ Carlos Poveda, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones”, *Foro: Revista de derecho*, N° 8 (II semestre 2007): 181.

⁶⁵ Luis Fernando Ávila Lizán, “Los caminos de la Justicia Intercultural”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (edit.), *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 196.

⁶⁶ Diego Zambrano Álvarez, “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, 2009), 233.

⁶⁷ En la misma sentencia, la Corte determinó que “para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, debe implementar procesos de consulta previa e informada de conformidad con el artículo 57, numeral 7 de la Constitución. Asimismo, dispuso que se deberá adecuar mediante acto normativo las reglas provisionales establecidas por la Corte hasta que el órgano legislativo dicte la norma jurídica que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.”

⁶⁸ Secretaria Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, “La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador”, en “Pluralismo Jurídico”, *Revista Umbral*, N°4 (Tomo II, 2014): 171.

En la misma sentencia⁶⁹, al referirse al territorio, la Corte indica que: “En la perspectiva de los pueblos indígenas, lo esencial es esa conjunción que abarca no solo la integralidad de su territorio, sino su identificación con el pueblo que lo habita; esa relación que el Convenio 169 de la OIT califica como esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas, es un espacio no intercambiable por ningún otro”.

De lo dicho, y con relación al territorio, creemos conveniente plantearnos la siguiente interrogante que puede surgir del ejercicio de la administración de justicia indígena: ¿es el factor territorial suficiente para determinar la competencia de la jurisdicción indígena?

La Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-496 de 1996, con relación a la determinación de los casos que pueden ser conocidos por la jurisdicción indígena, expresa que el factor territorial no es suficiente. Se debe tener en cuenta el grupo étnico al que pertenecen las partes involucradas. En la sentencia en mención, la Corte analizó el siguiente caso: dos miembros de pueblos indígenas diferentes se vieron involucrados en un conflicto que se suscitó por fuera del territorio de los dos pueblos a los que pertenecían estos sujetos. En su resolución, la Corte tomó en cuenta dos variables: a) la existencia de normas que castigaran la conducta del individuo miembro de un pueblo indígena tanto en su pueblo como en las leyes colombianas; b) el nivel de comprensión que tenía el individuo involucrado de las normas y prácticas sociales de la población colombiana. Estas dos variables concretan el elemento personal para determinar la jurisdicción.

Juan Montaña Pinto, ligado al mismo tema, nos muestra el posible camino a seguir cuando el miembro de la comunidad realiza un acto fuera del espacio geográfico:

- 1.- Si la conducta del sujeto es punible solamente dentro del territorio indígena, serán las autoridades de la comunidad las encargadas de dirimir si conocen o no del caso. En caso de conocerlo, serán las encargadas de dirimir el hecho.
- 2.- Si la conducta es punible únicamente en la justicia ordinaria, en principio serán los jueces nacionales los llamados a conocer del hecho ilícito, siempre y cuando

⁶⁹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, dentro de las causas N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados).

determinen que el actor entendía o no del carácter atípico de su conducta con la finalidad de concederle el fuero. Para ello, se deberá realizar antes un proceso de imputabilidad, hecho del cual se desprende:

2.1.- Si el sujeto es inimputable, el juez deberá devolver al individuo a su entorno cultural con la finalidad de preservar su especial conciencia étnica.

2.2.- Si el sujeto es imputable, será la justicia ordinaria la competente para conocer del hecho.

3.- Si la conducta es punible tanto en la justicia ordinaria como en la justicia indígena, en principio, son los jueces nacionales los llamados a conocer de la conducta atípica; sin embargo, debe tomarse siempre en consideración la conciencia étnica del individuo y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. A partir de este hecho, se determinará cuál es el sistema conveniente para la aplicación del procedimiento correspondiente.⁷⁰

2.1.2. Asuntos de conocimiento de autoridades indígenas

Otro de los límites a la jurisdicción indígena tiene que ver con los asuntos que pueden llegar al conocimiento de las autoridades indígenas. En la Constitución, no se constata una limitación en cuanto a la materia o la cuantía.

La Constitución de 1998 manifestaba, en su artículo 191, que el límite de la competencia jurisdiccional indígena eran sus conflictos internos; de forma similar, la Constitución de 2008 expresa que: “Las autoridades aplicarán normas y procedimientos para la solución de sus conflictos internos”⁷¹.

Al referirse a los derechos de las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades, la Corte Constitucional ecuatoriana señala que estos no son absolutos:

[...] lo que equivale a decir que no existen derechos ilimitados; esto es, el derecho de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, así como la facultad de ejercer administración de justicia en casos de conflictos internos de la comunidad, están garantizados en tanto y en cuanto no se coloquen al margen de los

⁷⁰ Juan Montaña Pinto, “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, 2009), 270 y 271

⁷¹ Artículo 198 de la Constitución de la República del Ecuador.

convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República del Ecuador.⁷²

En la sentencia N° 113-14-SEP-CC, la Corte Constitucional ha establecido que las autoridades indígenas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, al tener conocimiento de delitos en contra de la vida, como bien jurídicamente tutelado, no serán competentes para conocer estos casos. De ahí que las autoridades indígenas, partiendo de esta sentencia, no son competentes para resolver todos los conflictos internos. Como se expresa en la sentencia:

[...] pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida.

Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida⁷³.

2.2. Límites subjetivos

El inciso final del artículo 191 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 establecía:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando

⁷² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 113-14-SEP-CC.

⁷³ *Ibíd.*

normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a *la Constitución y las leyes*[cursivas añadidas]. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.⁷⁴

A diferencia de la norma constitucional invocada, que consideraba como límites de la justicia indígena la “Constitución y las leyes”, el artículo 171 de la Constitución vigente determina lo siguiente:

[...] Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

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

De esta norma se desprende que las autoridades indígenas en la administración de justicia no pueden aplicar normas y procedimientos contrarios a la Constitución y los derechos humanos. Adicionalmente, se infiere que, al ser la norma suprema uno de los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena, en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia, sus decisiones están sujetas al control de la Corte Constitucional.

De acuerdo con la Corte Constitucional, el Estado constitucional de derechos y justicia se caracteriza por: el carácter normativo superior de la Constitución, su aplicación directa como norma jurídica y el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

La actual Constitución es norma suprema, porque según el artículo 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades. Asimismo, el artículo 426 de la Carta Magna habla de aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de normas para su desarrollo.

⁷⁴ *Constitución Política de la República del Ecuador* [1998], tít. VIII, “De la función judicial”, cap. 1, “De los principios generales”, artículo 191, <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html#mozTocId284638>>.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, deberán tomar a la Constitución como una norma de decisión con las siguientes consecuencias:

a) Habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales para determinar, de forma legítima, si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución.”⁷⁵

De acuerdo con la Corte Constitucional, el constitucionalismo:

[...] representa en la actualidad una fuerte corriente de renovación del Derecho, evidenciándose de esta forma lo que suele denominarse como ‘supremacía de la Constitución’, en donde todos los poderes públicos así como los particulares nos hallamos sometidos a las normas contenidas en la Carta Fundamental. Empero no solo las personas y autoridades están sujetas a esta ‘supremacía’; sino que todo el ordenamiento jurídico de un determinado Estado debe guardar relación con esta.”⁷⁶

Como señala Ramiro Ávila:

[...] en el constitucionalismo se conjugan estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio. Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos⁷⁷.

La protección y garantía de los derechos humanos es uno de los deberes primordiales del Estado, tal como señala el artículo 3, numeral 1 de la Constitución de la

⁷⁵ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC, dentro de las causas N° 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados)

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y justicia”, en Ávila Santamaría, Ramiro Fernando, ed.; *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, 19-38 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 22.

República del Ecuador. De ahí que el artículo 57 numeral 10 de la Constitución—al referirse a los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas— reconozca también como límite a la creación, desarrollo, aplicación y práctica de su derecho propio o consuetudinario, la no vulneración de los derechos constitucionales, en especial de los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Esta restricción que se hace de la jurisdicción indígena—sustentándola en los derechos humanos— se denomina etnocentrista o absolutista,⁷⁸ 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.

Existen ciertas restricciones que han sido recogidas en las constituciones de otros países andinos que reconocen la jurisdicción indígena. Por ejemplo: Colombia, Venezuela y Bolivia sitúan a la Constitución como uno de los límites a sus jurisdicciones especiales, mientras que Perú lo hace con los derechos fundamentales⁷⁹.

De igual forma, el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su artículo 9, numeral 1, establece como límites a la jurisdicción indígena el sistema jurídico nacional y los derechos humanos: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”⁸⁰

Como señala Agustín Grijalva:

[...] la defensa de los derechos humanos es la justificación más frecuente para restringir o anular la justicia indígena. Tanto la normativa internacional como el Convenio 169 de la OIT o la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas proclaman a los derechos humanos como linderos infranqueables para

⁷⁸Juan Montaña Pinto, “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, 2009), 263.

⁷⁹ Ximena Ron, “El Control Constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en el Ecuador”, (tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2011), 70.

⁸⁰*Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (2005)*, artículo 9, numeral 1

los sistemas de justicia indígena, criterio que a su vez es repetido por la jurisprudencia comparada e internacional en la materia⁸¹.

La Corte Constitucional ecuatoriana, en las sentencias 0008-09-SAN-CC y 004-14-SCN-CC, cita la jurisprudencia constitucional colombiana. Al delimitar la autonomía jurisdiccional indígena, esta destaca a los derechos fundamentales constitucionales como el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares y califica al derecho fundamental al debido proceso como un límite intangible de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas.⁸²

La Corte Constitucional colombiana ha establecido límites a las decisiones jurisdiccionales indígenas, argumentando la necesidad de dicha posición al mencionar que: “se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas”⁸³.

De igual forma, la Corte ha mantenido el principio de maximización de la autonomía de las decisiones jurisdiccionales, aduciendo que las relaciones que mantienen las autoridades jurisdiccionales al interno de sus comunidades son “puramente internas”, y a esto, justamente, se debe la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Como se define en la sentencia: “Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”⁸⁴.

Sin embargo, esta visualización de los derechos humanos como un límite, implica mantener una concepción uniforme y universal de los derechos humanos, como valores claramente definidos que deben imponerse desde afuera a los pueblos indígenas, como vehículos de colonización occidental⁸⁵.

⁸¹ Agustín Grijalva, *Coordinación entre justicias, ese desafío, en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia* (Quito, AbyaYala, 2012), 716.

⁸² Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 811-04

⁸³ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 349/96

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Agustín Grijalva y José Luis Exeni Rodríguez, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, editores, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La PAZ-Bolivia, octubre 2012), 716.

Cabe entonces preguntarnos: ¿existe una concepción uniforme y universal de los derechos humanos? Al respecto, Boaventura de Sousa Santos realiza dos afirmaciones: por un lado, los derechos humanos no son universales en su aplicación, por ello identifica cuatro regímenes internacionales de derechos humanos en el mundo actual—el régimen europeo, el interamericano, el africano y el asiático—; y por otro, los derechos humanos son universales solo cuando se consideran desde un punto de vista occidental⁸⁶.

Es justamente apelando a la supuesta defensa de los derechos humanos que se excluyen de la jurisdicción indígena y se atribuyen a la justicia ordinaria determinadas materias. Como en el fallo que será objeto de análisis, esto ocurre en el caso de delitos contra la vida; adicionalmente, se proscriben sanciones físicas y rituales que desde una mirada occidental etnocéntrica pueden ser vistas como contrarias a la dignidad de las personas.⁸⁷No obstante, en un Estado plurinacional como el nuestro, los derechos humanos deben ser definidos como resultado del diálogo intercultural y transcultural sobre la dignidad humana y los derechos inherentes a ella⁸⁸.

⁸⁶Boaventura de Sousa Santos, *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos* (México: UNAM, 1998), 152-153.

⁸⁷Ibíd., 717.

⁸⁸Ibíd.

Capítulo 2

Jurisprudencia ecuatoriana sobre justicia indígena y el principio internacional del *non bis in ídem*

1. El principio *non bis in ídem* en la justicia indígena y el derecho comparado

1.1. La justicia intercultural

En las últimas décadas, gobiernos latinoamericanos han enfrentado los reclamos de grupos sociales que persiguen la reivindicación de derechos territoriales, políticos y ciudadanos, partiendo de características étnicas. A pesar de las reformas constitucionales realizadas en varios países que han recogido—de cierta forma— estas reivindicaciones, la desigualdad y la injusticia social no han desaparecido; es decir, la respuesta de los Estados a estos reclamos no ha logrado resolver los problemas de fondo. Cuando la diversidad origina tensiones polarizadas en la convivencia diaria, los gobiernos parecen tener menos herramientas jurídicas y administrativas para implementar políticas multi/pluriculturales efectivas.⁸⁹

Desde esta lógica, para Fernando García Serrano, la interculturalidad no solamente implica la existencia de diferencias culturales y una alternativa de reparación (acciones afirmativas), sino que implica un cambio de las relaciones de poder: “No se trata solamente de cómo alcanzar la equidad económica sino cómo aprender a vivir con la diferencia afirmando las diversas identidades.”⁹⁰

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 171 reconoce a la justicia indígena. Lo novedoso de esta propuesta no es la introducción de nuevos elementos, sino el intento de construir enlaces entre los conceptos y prácticas de vida ancestrales del país y aquellos conceptos y prácticas desde la perspectiva monocultural.⁹¹

⁸⁹ Fernando García, “La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad”, en Santiago Andrade Ubidia y Luis Ávila Linzan, compiladores, *La transformación de la justicia* (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 483.

⁹⁰ *Ibíd.*, 484.

⁹¹ *Ibíd.*, 488.

En este orden de ideas, con el objetivo de desarrollar el texto constitucional, el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial detalla los principios de la justicia intercultural. De manera que servidores de justicia y demás funcionarios públicos deben atenerse a ellos en sus actuaciones y decisiones. Estos principios son:

- a) diversidad;
- b) igualdad;
- c) *non bis in idem*;
- d) pro jurisdicción indígena;
- e) e interpretación intercultural.

A continuación, nos referiremos a cada uno de ellos:

a) Diversidad.- Prestando atención a este principio, los operadores de justicia deben tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural.

La *diversidad* se muestra como aquella práctica que surge de las costumbres de cada comunidad, pueblo o nacionalidad, a través de las cuales las autoridades regulan sus diferentes formas de vida y los tipos de conflictos que puedan ocurrir entre los miembros dentro de su comunidad. Al referirse a la diversidad como un principio cultural, la Corte Constitucional ecuatoriana señala que esta “comporta un reconocimiento y una nueva cosmovisión del Estado y del rol que aquel debe cumplir para satisfacer las necesidades de sus habitantes.”⁹². Adicionalmente, expresa que:

[...] a partir del cual la función de la ley, en este caso de las normas es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino "las identidades entre los pueblos", es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.⁹³

Además, la Corte señala asertivamente que, hasta ese momento, se había concebido al Estado y se habían reconocido sus derechos desde una lógica occidental:

⁹² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 004-14-SCN-CC.

⁹³ *Ibíd.*

[...] en donde los únicos derechos tutelables solían ser los denominados derechos individuales, y particularmente los de una mayoría blanco-mestiza [...] empero con el advenimiento del Estado constitucional de Derechos y Justicia, es deber de la Corte Constitucional como principal órgano de garantía y control de la supremacía de la Constitución establecer una nueva interpretación integral del marco constitucional a la luz de los aportes que nos brindan las nociones de las cuales son portadoras los pueblos y nacionalidades indígenas, para de ese modo, hacer efectivo el pleno ejercicio de sus derechos en sociedades pluriculturales.⁹⁴

Al hacer referencia a la diversidad, la Corte Constitucional colombiana, de igual forma, señala que:

El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural [...] ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como 'ciudadano' en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo.⁹⁵

Por otro lado, la Corte Constitucional ecuatoriana, señala que al reconocerse al Estado como intercultural y plurinacional se “establece el reconocimiento de uno de los principios transversales: la diversidad étnica y cultural.”⁹⁶ También agrega que:

Es necesario resaltar, que para respeto y ejercicio pleno de la diversidad cultural, el Estado reconoce a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra (Art. 11.2), pero además, en aras de materializar esa diversidad cultural, reconoce

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496-96.

⁹⁶ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 004-14-SCN-CC

derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (Art. 10).⁹⁷

b) Igualdad.- De acuerdo con este principio, la autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, de la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

Con relación a la igualdad como principio de la justicia indígena, la Corte Constitucional ecuatoriana ha dicho que: “Si bien dentro de la normativa tanto constitucional como legal se produce una especie de igualdad formal, aquella se ve mancillada en la práctica por una serie de variables que operan para que se produzcan procesos de exclusión interna que terminan convirtiéndose en prácticas discriminatorias hacia los sectores más sensibles, en el caso *sub júdice*, pueblos originarios”⁹⁸. Es por ello que para lograr un reconocimiento material de este principio se “exige esta necesidad de respeto de las diferencias culturales existentes entre los diversos grupos sociales que conforman la sociedad ecuatoriana, para quienes su cosmovisión del mundo tiende a ser diferente al modelo tradicional vigente en la población blanco - mestiza”⁹⁹.

Como consecuencia de lo planteado: “el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente ante otras situaciones”¹⁰⁰. Con el objetivo de garantizar esa igualdad formal, la Corte ha manifestado que este principio:

[...] impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas: 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común: 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y, 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)”¹⁰¹.

c) Non bis in idem.- Este principio hace referencia a que las acciones tomadas por las autoridades de la justicia indígena no podrán ser juzgadas ni revisadas por los jueces y juezas de la función judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional. Este principio se desarrollará con posterioridad.

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible. En relación a los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria e indígena, la Corte Constitucional de Bogotá señala que:

[...] los conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional -en este caso la jurisdicción penal ordinaria-, deberán ser dirimidos por el Consejo Superior de la Judicatura. [...]

De lo contrario, es decir, de suscitarse un conflicto de competencias y no acudir al Consejo Superior de la Judicatura, existe una violación al derecho al debido proceso y a ser juzgado por el juez natural, de atribuciones entre funciones del estado u órganos establecidos en la Constitución.¹⁰²

En Colombia, a diferencia de Ecuador, los conflictos de competencia que se generen entre la jurisdicción indígena y ordinaria son resueltos por autoridades distintas. No obstante, en todo caso, en los procesos de dirimencia de competencias, estas autoridades deben garantizar, partiendo del reconocimiento constitucional de justicias especiales—en este caso de la justicia indígena—, el derecho que tienen las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a ser juzgados por sus propias autoridades,

¹⁰¹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia N.0 008-09-SAN-CC, caso N. 0 0027-09-AN.

¹⁰² *Ibíd.*

conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial. Esto se realiza para garantizar el respeto de la particular cosmovisión de estos pueblos.

El artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que:

Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

Este artículo—que en teoría obliga al juez ordinario al reconocimiento de la justicia indígena en un proceso concreto— contiene implícitamente un mecanismo de coordinación entre la justicia indígena y ordinaria, pero lo hace desde una lógica de desigualdad. Así, se violan los principios de diversidad cultural, igualdad y principio pro jurisdicción indígena establecidas en los artículos inmediatamente precedentes del COFJ. Quien decide sobre el problema de competencia es el mismo juez ordinario, por lo que existe un conflicto de interés evidente, ya que el mismo juez es parte del conflicto.¹⁰³ En palabras de Grijalva y Exeni Rodríguez:

Lo correcto aquí hubiera sido derivar el conflicto de competencia entre ambas jurisdicciones a la Corte Constitucional, que según el artículo 436 numeral 7 de la Constitución y el artículo 144 numeral uno de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene la competencia para dirimir conflictos entre órganos establecidos en la Constitución, y este es el caso de la jurisdicción ordinaria y la indígena. También el artículo 161 de la Constitución somete a control constitucional las decisiones de la jurisdicción indígena, y entre esas decisiones está justamente la de asumir competencias, incluso en conflicto con la justicia ordinaria.¹⁰⁴

¹⁰³ Agustín Grijalva y José Luis Exeni Rodríguez, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, editores, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La PAZ-Bolivia, octubre 2012), 707.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

e) Interpretación intercultural.-Este principio hace referencia a que, en el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, se interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. Como consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.¹⁰⁵

La Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia N° 004-14-SCN-CC, al referirse a la interpretación intercultural como principio de la justicia intercultural señala que esta “no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas”¹⁰⁶.

Desde un enfoque pluricultural, plurinacional e intercultural, la Corte se ha pronunciado sobre este tema, para dejar de lado un “constitucionalismo monocultural que tenía como eje de acción a la cultura occidental en donde no se incluía las realidades ni las racionalidades de los pueblos y nacionalidades indígenas consideradas como ‘minorías’.”¹⁰⁷

Al asumir, entonces, que la interculturalidad es “el diálogo entre nociones diferentes, entre las distintas formas de producir conocimiento, a las instituciones del Estado intercultural les corresponde conocer y considerar las nociones de los pueblos indígenas para superar la exclusión histórica.”¹⁰⁸. Por lo que “Precisamente, una interpretación intercultural será la vía para encontrar caminos para el pleno ejercicio de los derechos y la convivencia entre distintos.”¹⁰⁹

En definitiva, se debe llegar a un consenso en donde se produzca el respeto de las diferencias, en donde no se mire a las comunidades y pueblos indígenas como "el otro"—empleando términos *habermasianos*—, sino más bien permitir un Estado inclusivo en

¹⁰⁵ Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*, artículo 344.

¹⁰⁶ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 004-14-SCN-CC

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*

donde se respeten las diferencias y se conozca la cultura de pueblos y nacionalidades que también forman parte del Ecuador.¹¹⁰

1.2. Jurisprudencia ecuatoriana y principios de justicia intercultural

Dentro del marco del pluralismo jurídico y derechos colectivos a grupos étnico-culturales, tanto la Corte Constitucional para el período de transición como la primera Corte Constitucional del Ecuador generaron jurisprudencia acerca del contenido de los derechos de los pueblos originarios.

De conformidad con el artículo 436 numeral 6 de la Constitución, el desarrollo progresivo de los derechos de las personas se lo realiza mediante la jurisprudencia. Este sistema de fuentes de la Corte Constitucional y generadora de derecho objetivo configuró de alguna manera la aplicación de la perspectiva intercultural en las causas que conoce y resuelve.

Para ello, la Corte Constitucional ha generado jurisprudencia con relación a varios ámbitos étnico-culturales, con decisiones que, de alguna manera, originaron protección para los pueblos indígenas. Esto fue hecho tomando en consideración los derechos humanos prescritos a nivel nacional e internacional, es decir, partiendo de una interpretación intercultural para resolver cada uno de los casos.

Así, encontramos algunos casos que detallamos a continuación.

1.2.1. Sentencia Nro. 001-10-SIN-CC

Marlon René Santi Gualinga—Presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE)—y Carlos Pérez Guartambel—Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui—Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería, el 17 y 31 de marzo de 2009 respectivamente. Dichas causas fueron signadas con los números 0008-09-IN y 0011-09-IN. Una vez sorteadas las causas y en virtud de la identidad de sujeto pasivo, objeto y de acción de las mismas, la Corte Constitucional dispuso la acumulación de estas, indicando que se remita el

¹¹⁰ *Ibíd.*

expediente a la Segunda Sala, que es la que previno el conocimiento de la causa mediante el sorteo correspondiente.

En estas acciones se señaló que la Ley de Minería era inconstitucional, pues era contraria a los principios de protección superior de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y violatoria de los derechos a la consulta previa y a la consulta pre-legislativa.

Las normas constitucionales supuestamente violadas por la Ley de Minería eran los artículos: 11–numeral 2–; 57–numerales 4, 7, 8, 11, 17–; 66–numerales 4, 22, 26–; 133; 316; 326; 408; y 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

Esta ley, adicionalmente, atentaba normas contenidas en los siguientes instrumentos internacionales: artículos 4, 6, 13, 14, 15 y 16 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (OIT); los artículos 8, 10, 19, 23, 25, 26, 29 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Adicionalmente, no respetaba los artículos 1–numeral 1–, 21, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 2, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Asimismo, los accionantes señalaron que en cuanto a la inconstitucionalidad de forma:

[...] la antes mentada Ley Minera es violatoria del derecho a la consulta previa prelegislativa de las nacionalidades indígenas. La Ley Minera afecta los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, por cuanto las actividades mineras concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios. La Ley en cuestión atenta contra el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. De igual manera, atenta contra el artículo 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. Ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional, ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador, pese a que la Constitución de la República, en su artículo 57, numeral 17 establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, por lo que sin el cumplimiento del requisito de la Consulta Previa a las comunidades

indígenas, la Ley Minera no podía ser adoptada; por ende, la Ley Minera es inconstitucional por la forma y debe ser declarada como tal, entre otros aspectos.¹¹¹

En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo, los accionantes plantearon que la Ley atenta en contra del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 57 de la Constitución; que la Ley Mineravigente contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador, mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera. En la Ley se consagra la libertad de prospección, se permite a cualquier persona irrumpir en el territorio de las nacionalidades indígenas para realizar las actividades de prospección.¹¹²

Después del análisis correspondiente, la Corte Constitucional señaló que cada vez que el Estado intente iniciar actividades mineras en los territorios indígenas, primero deberá implementar procesos de consulta previa e informada en cada una de las comunidades que se verán afectadas:

Toda actividad minera que se pretenda realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias, en todas sus fases, a partir de la publicación de la presente sentencia, deberá someterse al proceso de consulta previa establecido en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución, en concordancia con las reglas establecidas por esta Corte, hasta tanto la Asamblea Nacional expida la correspondiente ley.¹¹³

Por lo tanto frente a las peticiones de inconstitucionalidad de fondo por parte de los accionantes, esta decisión, de cierta forma recoge de manera parcial dichas necesidades.

Ante las circunstancias expuestas, la Corte Constitucional consideró no solamente el derecho nacional e internacional para emitir su criterio, sino que utilizó conceptos de diversidad cultural. Esto se puede observar en el hecho de que esclareció la importancia del arraigo hacia el territorio de los pueblos indígenas como una

¹¹¹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*

connotación especial que difiere de la tradicional interpretación del territorio como mera propiedad—asumida por la concepción occidental de los derechos—. Tal como lo señala la sentencia, tomando como referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia: “El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales”.¹¹⁴

De igual forma, la Corte estableció el proceso de información, consulta y recepción de opiniones, previsto y garantizado en el numeral 17 del artículo 57 de la Constitución. Este proceso es llevado a cabo por la Asamblea Nacional en la expedición de normas que impliquen la afectación de derechos colectivos o que, eventualmente, puedan ser afectados. La Corte expresa que se deberá cumplir, al menos, con tres requisitos fundamentales:

“1) Organizará e implementará la consulta prelegislativa, dirigida de manera exclusiva a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, sin perjuicio de que se consulte a otros sectores de la población.

2) La consulta previa prelegislativa, en tanto derecho colectivo, no puede equipararse bajo ninguna circunstancia con la consulta previa, libre e informada contemplada en el artículo 57, numeral 7, ni con la consulta ambiental prevista en el artículo 398 de la Constitución.

3) Que los pronunciamientos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades se refieran a los aspectos que puedan afectar de manera objetiva a alguno de sus derechos colectivos.”¹¹⁵

Con relación a la inconstitucionalidad de forma la Corte Constitucional del Ecuador, no aceptó el planteamiento de los accionantes pese a que la Constitución de la República, en su artículo 57, numeral 17 establece a la consulta previa prelegislativa como un requisito procedimental para la adopción de una ley, en el proceso de tratamiento de la misma no fue consultada a los actores directos, esto es a las comunas, comunidades, pueblos y nacionales indígenas, que se veían afectados por la

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

expedición de esta. La Corte Constitucional, manifestó que si bien es cierto que la Asamblea Nacional no realizó el proceso de consulta previa prelegislativa como requisito para la expedición de una Ley, ante la ausencia de una regulación infraconstitucional previa que establezca el procedimiento de la consulta prelegislativa, se implementaron mecanismos de información, participación y recepción de criterios a un segmento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas representados por sus máximos dirigentes, argumentando el envío de algunos oficios por parte de las autoridades indígenas y asumiendo estos al cabal y pleno conocimiento del proyecto de Ley de prácticamente todas las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador. Este argumento de la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia es absolutamente criticable, reconoce que en el tratamiento de la Ley, el órgano llamado a realizar la consulta previa prelegislativa no lo hizo, y se resguarda en algunos oficios remitidos por autoridades indígenas para equiparar de forma integral todo un proceso de consulta previa.

De igual forma, se considera que las reglas y procedimientos mínimos planteados por la Corte Constitucional para la consulta previa prelegislativa, no responden al planteamiento Constitucional y a una necesidad de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades para exigir sus derechos en el proceso de consulta previa prelegislativa.

1.2.2. Sentencia Nro. 0008-09-SAN-CC

La Corte Constitucional conoció una acción por incumplimiento presentada por los doctores Luis Fernando Sarango Macas y Manuel Enrique QuizhpeQuizhpe—en sus calidades de rector (e) y procurador (e) de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas AMAWTAY WASI— en contra del ex Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP). Los demandantes expresaban el incumplimiento del artículo 4 de la Ley de Creación de la Universidad AmawtayWasi¹¹⁶ y el artículo 31 de su Estatuto Orgánico¹¹⁷. La demanda dio inicio a la causa N° 0027-09-AN, dentro de la cual se emitió la sentencia N° 0

¹¹⁶ [...] Art. 4.- La Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, AmawtayWasi, para el cumplimiento de sus finalidades, contará con los siguientes centros del saber:

- Centro del Kawsay o de la Vida;
- Centro Ushay- Yachay o de la Interculturalidad;

08-09-SAN-CC.

En su sentencia, la Corte Constitucional señaló que en todos los casos que involucren a individuos o colectividades indígenas es necesaria la aplicación de parámetros interculturales—como la historia— que servirán para el análisis de los casos en los cuales estén inmersos pueblos originarios.

El principio de continuidad histórica que invoca la Corte Constitucionalse centra en palabras de Francisco López Barcena:

Tanto en la teoría cuanto en la práctica se evidencia que desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas regulaban su existencia, lo cual muestra que “los sistemas sociales generan su propia regulación a través de reglas, costumbres y símbolos. [...] y defienden un concepto amplio de derecho y el interés de enfocarse particularmente en las practicas jurídicas no estatales, lo que significa cuestionar el axioma occidental de identificar lo jurídico con el derecho del estado”.¹¹⁸

Con el mencionado principio histórico se puedendiferenciar los pueblos que aún conservan su propia identidad y mantienen una cultura propia; de tal manera que las comunidades indígenas en tiempos modernos practican aún sus costumbres, tradiciones, normas, organizaciones socio-políticas, religión, entre otras.

Por tanto, el principio de continuidad histórica podría configurar una línea entre los indígenas originarios y aquellos que se identifican como descendientes directos, “situación que debe ser considerada por los administradores de justicia para efectos de asegurar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos ancestrales, considerados

-Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la vida;

-Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo; y,

-Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones [...].

¹¹⁷ [...] Iniciará sus actividades académicas, por medio de los Centros del saber de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas AMAWTA Y WASI, que son unidades organizativas de carácter académico y administrativo que se estructuran en torno a grandes campos de conocimiento y están coordinadas por un Consejo Centro.

Son los siguientes:

a) Centro Ushay- Yachay o de la Interculturalidad;

b) Centro Ruray-Ushay o de las Tecnociencias para la vida;

e) Centro Munay-Ruray o del Mundo Vivo~ y,

d) Centro Yachay-Munay o de las Cosmovisiones

e) Se excluye al Centro Kawsay o de la vida, pues no contiene trazas de especialización

[...].

¹¹⁸ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 008-09-SAN-CC

como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueve a su vez los derechos individuales de sus miembros.”¹¹⁹.

La Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional habla en un segundo plano sobre la diversidad cultural—como “segundo estándar de interculturalidad”— cuyo objeto es esencialmente el respeto y el reconocimiento de las distintas identidades culturales. Esta diversidad se sustenta en la base de la existencia de múltiples culturas que son la muestra de la diversidad humana; a través de ellas, se explican las diferentes realidades, formas de organización social y política, así como los diferentes rasgos espirituales, entre otros, que caracterizan a cada grupo diferenciado.

El artículo 4.1 de la Convención para la promoción y la protección de la diversidad de expresiones culturales define a la diversidad cultural de la siguiente manera:

La ‘diversidad cultural’ se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades.

La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados¹²⁰.

Otro análisis que realiza la Corte Constitucional en la presente sentencia trata sobre la interculturalidad y su interpretación, la cual tiene que ver con el diálogo—“fundamentalmente epistémico”—, con la forma en que las diferentes comunidades y pueblos producen y aplican el conocimiento.

Bajo este contexto intercultural, la Corte Constitucional dispuso “que el CONESUP incorpore en y para todos sus actos jurídico-administrativos, que tengan relación con nacionalidades y pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios,

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ *Convención para la Promoción y la Protección de la Diversidad de Expresiones Culturales* (2005).

principios con perspectiva intercultural, en aras de aplicar a cabalidad los derechos de estos pueblos, en el marco de lo expuesto y considerado en esta sentencia.”¹²¹.

1.2.3. Sentencia Nro. 004-14-SCN-CC

Mediante sentencia No. 004-14-SCN-CC de 6 de agosto de 2014, la Corte Constitucional resolvió el proceso constitucional No. 0072-14-CN. Tiene como antecedente la consulta elevada por el Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana sobre la constitucionalidad del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, dentro del proceso penal signado con el Nro. 223-2013.

La causa penal Nro. 223-2013 corresponde al proceso en el cual se inició una instrucción fiscal por el supuesto delito de genocidio, en contra de miembros de la nacionalidad waorani que, al parecer, habrían participado en el asesinato de varios miembros del pueblo Taromenane.

La instrucción fiscal fue instaurada en contra de varios integrantes de la nacionalidad waorani por el presunto delito de genocidio; como consecuencia de una posible venganza por el asesinato de dos ancianos de la comunidad waorani por parte de miembros de la comunidad Taromenane.

La Corte Constitucional en la presente sentencia se pronunció de la siguiente manera:

Aceptar la consulta de norma remitida por el juez segundo de garantías penales de Orellana.

Declarar que en el caso concreto la aplicación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucionales.

De conformidad con artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la figura penal del genocidio solo podrá ser aplicada en el caso concreto por el juez consultante, siempre que se verifique de manera argumentada el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos convencionales determinados en la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de

¹²¹ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia Nro. 0008-09-SAN-CC.

Genocidio”, todo ello en observancia a los parámetros de interculturalidad, en los términos previstos en esta decisión.

Para proceder a una interpretación intercultural en el caso concreto se dispone:

Que el juez segundo de garantías penales de Orellana, que conoce el caso, previo a la aplicación de la norma consultada, implemente las medidas urgentes necesarias, entre otros peritajes sociológicos, antropológicos, con el fin de asegurar que el proceso penal sea sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural, con observancia de los parámetros señalados en la parte motiva de esta sentencia (ratio decidendi).

Todo lo resuelto se implementará de manera celeré, sin perjuicio de las medidas y acciones procesales inmediatas que deberá adoptar el juez segundo de garantías penales de Orellana, en conocimiento del caso, para subsanar las actuaciones y omisiones establecidas.

Las normas penales que fueren aplicables en el presente caso, de conformidad con el criterio del juez, deberán observar los principios constitucionales analizados y deberán ser interpretadas desde una perspectiva intercultural.¹²²

En su sentencia, la Corte Constitucional utilizó la interpretación de la norma consultada bajo el principio de interculturalidad, que contiene algunos parámetros como la continuidad histórica, la diversidad cultural, la interculturalidad y la interpretación cultural, tal como lo hiciera en la sentencia No. 0008-09-SAN-CC.

Cabe recalcar la importancia de esta sentencia en la jurisprudencia nacional, ya que la Corte Constitucional hizo un análisis del artículo 57 de la Constitución. Este artículo prescribe la obligación del Estado ecuatoriano de garantizar la vida de los pueblos en aislamiento voluntario, respetar la autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento y precautar la observancia de sus derechos.

La Corte Constitucional fue enfática al indicar que aun cuando la norma jurídica descrita—artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal— guarda conformidad con la Constitución, según deriva de un análisis a priori, no se trata de una simple interpretación del tipo penal, sino de su aplicación en el caso concreto. La

¹²² Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 004-14-SCN-CC de 6 de agosto de 2014.

aplicación generaría afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral.

Además, la Corte Constitucional, al igual que en la sentencia No. 0008-09-SAN-CC, se afianzó en la sentencia No. T-254/94 de la Corte Constitucional colombiana en los parámetros de interpretación intercultural. Los cuales son: a) a mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía; b) los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; c) las normas legales imperativas (de orden pública) 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; y, d) los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Así, la aplicación de una norma penal a miembros de pueblos indígenas debe ser analizada desde peritajes antropológicos, sociológicos y de derechos humanos para determinar si los procesados conocen la norma penal y los delitos que se les imputó.

Finalmente, cabe señalar que la sanción con privación de libertad no es el mecanismo idóneo para solucionar conflictos existentes entre comunidades indígenas no contactadas o de reciente contacto. Esto se debe a que, desde una visión intercultural, se puede advertir que a los miembros de las nacionalidades no contactadas no se los puede incorporar a un ambiente diferente (cárceles) al entorno social, pues esto generaría una fractura en su relación con la comunidad.

Por lo expuesto y en resumen, cuando a la administración de justicia le llegue el conocimiento de un posible delito contra la vida en donde exista participación de individuos pertenecientes a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades debe, previo a llegar a una resolución, generar un estudio antropológico, sociológico y de los posibles derechos colectivos afectados, para cada uno de los casos concretos, bajo interpretaciones de interculturalidad. La sentencia en este aspecto puede ser considerada como un logro para los pueblos indígenas y al mismo tiempo una garantía en los procesos de juzgamiento, en el caso ecuatoriano, solamente de delitos contra la vida en donde se encuentren inmersos individuos pertenecientes a comunidades indígenas. Ahora, los procesos de deslegitimación y subordinación de la justicia ordinaria a la justicia indígena siempre han sido un obstáculo para la realización y respeto a la

existencia de esta última; partiendo del análisis de algunos casos que se han mencionado en la presente investigación, parecería que la coexistencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena es cada vez más lejana.

1.3. Principio *non bis in ídem* y la jurisprudencia ecuatoriana

El vocablo *non bis in ídem*, término de origen latino, significa “no dos veces sobre lo mismo”. Este principio tiene su origen en el derecho romano, con los efectos del postulado restringidos a la esfera procesal. De sus remotos orígenes en el derecho romano, la prohibición fue adoptada por otros ordenamientos; así, los sistemas normativos germánico, italiano, inglés y español realizaron una interpretación de este principio, pero siempre respetando su sentido genuino: la prohibición de que por un mismo hecho se abran dos expedientes a una misma persona.¹²³

Este principio está reconocido en el artículo 14 numeral 7 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo texto se señala: "Nadie puede ser procesado o penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido definitivamente absuelto o condenado de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

El artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

El *non bis in ídem* no es otra cosa que la prohibición que tiene el Estado de ejercer por segunda ocasión el *ius puniendi* contra una misma persona en el ámbito de las sanciones administrativas, penales y de otra clase, sobre un mismo hecho.

Para el Tribunal Constitucional de España, el principio del *non bis in ídem*:

“[...] supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin una existencia de una relación de

¹²³ María Lourdes Ramírez Torrado, María de Jesús Illera, Alexandra García Irigorri, "Justicia de Paz y Conciliación en Equidad: ¿opción alternativa de Resolución de conflictos comunitarios en Barranquilla?". *Revista De Derecho* ISSN: 0121-8697, Ediciones Uninorte, 2012. Pp. 307-329. En <https://www.google.com/search?q=Mar%C3%ADa+Lourdes+Ram%C3%ADrez+Torrado%2C++Articulo+de+Investigaci%C3%B3n%2C+universidad+del+norte%2C&ie=utf-8&oe=utf-8>

supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...– que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración”¹²⁴.

El artículo 344 literal c) del Código Orgánico de la Función Judicial determina, entre los principios interculturales, que las actuaciones y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos observarán en los procesos el principio del *non bis in ídem*. Esto es abordado de la siguiente manera: “Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional”¹²⁵.

De estas normas se desprende que no se puede acusar y sancionar, cuando existe *identidadde objeto, sujeto y causa*, con el fin de brindar seguridad jurídica a las personas ya procesadas, tal como se colige del artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, que señala “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”¹²⁶

Según lo transcrito podemos ratificar que el principio de *non bis in ídem* dentro del sistema jurídico ecuatoriano determina que una persona que fue juzgada por los jueces y tribunales competentes después del correspondiente debido proceso–derecho constitucional del que todas las personas gozan de conformidad con el artículo 76 de la Norma Suprema– no puede ser juzgado nuevamente por la misma causa y materia.

En base al principio de supremacía constitucional, el *non bis in ídem* de aplicación obligatoria para los administradores de justicia, que deben considerar también su aplicación en la justicia indígena; esto está prescrito en la Norma Suprema en el literal i) del artículo 76: “los casos resueltos por la justicia indígena deberán ser considerados para este efecto”¹²⁷.

¹²⁴ España. Primera Sala del Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. STC 2/1981, de 30 de enero de 1981

¹²⁵ Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 344 literal c).

¹²⁶ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* [2008] artículo 76 numeral 7 literal i) (Quito: Asamblea Nacional).

¹²⁷ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* [2008] (Quito: Asamblea Nacional).

El debido proceso es un principio que determina que toda persona tiene derecho a garantías procesales mínimas en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas. De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia para garantizar el debido proceso:

a) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio; b) En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable; c) Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. d) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.¹²⁸

Uno de los principios que conlleva el derecho al debido proceso es el ser juzgado por un juez natural; en otras palabras, por un tribunal competente. Este principio está relacionado con las competencias orgánicas establecidas por la Constitución, de tal suerte que “un juez es competente cuando le corresponde el conocimiento de un proceso con prescindencia de los demás que ejerzan igual jurisdicción”¹²⁹. Lo mismo ocurre con la competencia de las autoridades indígenas otorgadas por Constitución.

En materia civil, con relación al principio *non bis in ídem* sucede algo similar. El Dr. David Gordillo Guzmán, en su tesis de maestría de la Universidad Técnica del Norte, señala que los tres requisitos para que proceda la excepción de cosa juzgada, establecida en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil, son:

1. **Identidad subjetiva (caedempersonae):** constituida según nuestra legislación por la intervención de algunas partes. Debe tratarse del mismo accionante y accionado (...) identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho.

¹²⁸ Colombia. *Constitución Política de Colombia*. Artículo 29.

¹²⁹ Colombia. Sentencia T-416 de 1998, de la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá.

2. **Identidad objetiva (eadem res):** consiste en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho. El objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir lo que se reclama “...identidad objetiva consiste en que se demanda la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho”;

3. **Identidad de la causa de pedir (eadem causa petendi):** el hecho jurídico material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Es decir, el por qué se reclaman¹³⁰.

Como se ha expuesto, si un procesado ya fue juzgado y se dictó sentencia—la que deberá haber sido ejecutada—, ya no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos.

Respecto de la aplicación del principio *non bis in ídem*, existen algunos fallos vinculados a la justicia indígena que merecen ser analizados. Dentro de los casos de connotación nacional, se encuentra el caso “La Cocha de 2002”¹³¹. La Cocha es una comunidad indígena kichwa que tiene ocho mil habitantes aproximadamente, ubicada a 3.400 metros en la Cordillera de los Andes, región de la Sierra central del Ecuador, provincia de Cotopaxi. La comunidad vive de la agricultura (cebada, habas y papas) y de la ganadería. Tiene escasos y deficientes servicios públicos.¹³²

El 21 de abril de 2002, en Quilapungo, sector la Cocha, tres comuneros de Guantopolo, en estado de embriaguez, propiciaron varios golpes a un miembro de la comunidad, circunstancia que le causó la muerte dos días después del ataque. Las autoridades de la Cocha se declararon competentes para juzgar el hecho y sancionaron a estas tres personas.

Por la alarma social que este hecho causó, la justicia estatal consideró que este caso debía ser investigado y juzgado por el Estado. El fiscal competente de la provincia

¹³⁰Citado por: José GarcíaFalconí, “La garantía constitucional del non bis in ídem”, *Revista constitucional: derechoecuador.com*, 28 de julio de 2001, en <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/06/27/la-garantia-constitucional-del-non-bis-in-idem>>.

¹³¹ Es importante mencionar que este caso es distinto al caso de materia de análisis de esta presente investigación.

¹³² Raúl Llasag, “Justicia Indígena. ¿Delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”, en Sosa B. y Grijalva A (editores), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. (Quito: Fundación Rosa Luxemburgo 2012), 324.

de Cotopaxi, al conocer el suceso por los medios de comunicación, investigó y acusó a los tres implicados y, como medida para garantizar la presencia de los imputados a juicio, se ordenó la prisión preventiva de los mismos. En la etapa de juicio, la competencia para conocer el caso recayó en el Juez Tercero de lo Penal de Cotopaxi (encargado), doctor Carlos Poveda, dentro del proceso 630-2002, quien emitió auto de nulidad el 10 de Septiembre de 2002, aduciendo en lo principal:

[...] se ha argumentado por parte del señor Dr. Jorge Arguello Pasquel, que dentro del presente enjuiciamiento se ha vulnerado el principio constitucional denominado como único proceso, es decir si dentro de la comunidad donde han acontecido los actos considerados como ilícitos ya se estableció una sanción de conformidad a las costumbres ancestrales, éste proceso no tiene razón de ser, ya que estaríamos violentando el principio non bis in ídem, por lo que debe rechazarse la pretensión del Ministerio Público, en este sentido y de conformidad a lo que dispone el mandato constitucional establecido en el artículo 24 numeral 13, se considera los siguientes puntos: A) La Constitución Política del Ecuador en su Art. 191 inciso cuarto textualmente manifiesta: [...] incorporación casi textual que se lo efectiva en virtud de la suscripción y vigencia del Convenio 169 de la OIT [...] Precisamente al amparo de lo que dispone el Art. 163 de la Constitución Política al publicarse en el Registro Oficial un tratado internacional el efecto inmediato es "... formar parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecer sobre leyes y otras normas de menor jerarquía", por lo que resulta imperioso conocer el contenido de las disposiciones que sirvieron de precedente para transferir a la Constitución Política, así tenemos que en el mentado convenio dentro de sus artículos 8, 9, 10, 11 y 12 consta la parte pertinente a las relaciones y reconocimiento del Derecho Ancestral [...] Todo este bagaje de reserva legal se encuentra como ya dijimos anteriormente formando parte de nuestro ordenamiento, por lo que sí se puede asegurar a la luz de esta concepción que de ninguna manera se puede alegar falta de ley, incluso en la moderna concepción de vigencia y supremacía de este tipo de convenciones, se ha llegado a establecer que mantiene igualdad con la Constitución Política y en algunos casos como en el sistema europeo su supremacía infiere un mayor grado con el notable desarrollo del Derecho comunitario [...] lo dispuesto en el Art. 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Ecuador y el Convenio 169 de la OIT, debe ser inmediatamente aplicado, so pena inclusive de caer en las

responsabilidades extra contractuales del Estado o en su defecto en la inobservancia de derechos fundamentales que debe el juzgador supervisar para su pleno cumplimiento [...].¹³³

Aquí el juez indica que el derecho ancestral está protegido y normado por la Constitución de 1998 y los tratados internacionales de derechos humanos, por lo cual no se puede argumentar un único proceso como pretendía el funcionario del Ministerio Público, pues ya se estableció una sanción de conformidad a las costumbres ancestrales.

Sin embargo, el fiscal apeló la decisión y 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.

Una vez establecida la sanción, los señores José CuchiparteToaquiza—presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas “La Cocha”— y Nelson Rodrigo ChiguanoUmajinga—presidente del Cabildo de “La Cocha”— presentaron una solicitud de dirimencia de competencias al Tribunal Constitucional del Ecuador, con el objetivo de que el Estado a través del Tribunal Constitucional establezca los límites y mecanismos de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria,

Dentro del caso No. 0002-2003-CC, el Tribunal resolvió: “1. Inadmitir la demanda de dirimencia de competencia formulada por los señores José CuchiparteToaquiza, en su calidad de Presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas ‘La Cocha’, y Nelson Rodrigo ChiguanoUmajinga, en su calidad de Presidente del Cabildo de ‘La Cocha’”¹³⁴. Para ello, argumentaron que los personeros no se encuentran habilitados “por la Constitución de la República para solicitar la presente dirimencia de competencia porque carecen de legitimación, sin que esta circunstancia signifique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sometido a conocimiento de este Tribunal”¹³⁵.

Dicha resolución por parte del Tribunal Constitucional del Ecuador ocasionó que no exista un precedente constitucional sobre las limitaciones de la justicia ordinaria en

¹³³ Auto de nulidad emitido por el Juez Carlos Poveda dentro del proceso 630-2002, de 10 de Septiembre de 2002

¹³⁴ Ecuador. Tribunal Constitucional, causa No. 0002-2003-CC, de 17 de junio de 2003.

¹³⁵ *Ibíd.*

correspondencia con la justicia indígena, hasta el año 2014 cuando la Corte Constitucional emitió la sentencia sobre los hechos suscitados en la comunidad de la Cocha en el año 2010.

1.4. El *non bis in ídem* en la jurisprudencia de derecho comparado

1.4.1. Sentencia T-866/13 de la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá-Colombia

La sentencia T-866/13 de 27 de noviembre de 2013—de la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá— tiene el siguiente antecedente: en representación del gobernador del Cabildo Muisca de Bosa, un ciudadano presentó acción de tutela contra el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha. Realizó esto con el objeto de que fuesen amparados sus derechos al debido proceso, a la jurisdicción especial indígena, a la diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al principio de *non bis in ídem*, presuntamente desconocidos por la actuación de la entidad accionada.

La noche del 20 de marzo de 2003, fueron hurtados varios elementos —entre ellos unos electrodomésticos y una motocicleta— de la finca “Miolindo”, zona rural del municipio de Fusagasugá (Cundinamarca). Al día siguiente, miembros adscritos a la Estación Séptima de Policía de Bosa capturaron en flagrancia al señor Jaime Chiguasuque Neuta y a cinco personas más, mientras descargaban de una volqueta los elementos materia del hurto y se disponían a guardarlos en la residencia del accionante, quien había autorizado la descarga. Además, en el lugar fueron encontradas algunas armas de fuego.

Posterior a ello, la justicia ordinaria, mediante investigaciones y diversos procesos, sancionó a los implicados con la pena privativa de libertad de veinte meses.

El Gobernador del Cabildo Muisca de Bosa elevó un derecho de petición ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha. Allí señaló que el comunero ya había sido juzgado y condenado por las autoridades tradicionales indígenas y que estaba cumpliendo con la sanción impuesta en

esta jurisdicción, al punto que cuando fue capturado se encontraba trabajando en su tierra.¹³⁶

Dentro de esta causa, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá resolvió:

Esta Corporación, en diversos pronunciamientos ha señalado que los derechos de las comunidades indígenas pueden ser defendidos por sus dirigentes o sus miembros, pues estos “gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de los cuales goza su comunidad. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”, e incluso terceros, cuando los hechos así lo demanden.¹³⁷

Por otra parte, se manifiesta sobre la jurisdicción especial indígena en los siguientes términos:

El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además reafirmar la existencia de un poder de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica, normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento, y se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos “como manera de afirmación de su identidad”. Se debe señalar que el derecho de los pueblos indígenas a gozar de una jurisdicción especial, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, tiene dos dimensiones: en primer lugar es “un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas en cuyo beneficio se establece”. Y en segundo lugar, constituye un fuero especial para ciertos individuos, por cuenta de su pertenencia a una comunidad.¹³⁸

Se puede advertir en esta sentencia que la existencia de una jurisdicción especial para los indígenas es una manera de afirmación de su identidad. A través de esta afirmación, se protege la diversidad étnica y cultural de los pueblos, así como la

¹³⁶ Colombia. Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá. Sentencia T-866/13 27 de noviembre de 2013.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

concesión de un fuero especial en referencia a su condición de comuna, comunidad pueblo o nacionalidad indígena.

Con relación al *non bis in ídem*, la Corte colombiana determinó que:

El debido proceso es un principio de acuerdo al cual toda persona tiene derecho a unas garantías procesales mínimas, en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas. De acuerdo con el artículo 29 constitucional y, en relación con el asunto que nos ocupa, implica i) que nadie puede ser juzgado “sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente” y, ii) que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.¹³⁹

En relación al caso en concreto, la Sala de la Corte Constitucional, después del análisis correspondiente, se expresó de la siguiente manera:

La violación al derecho fundamental de debido proceso y al principio de *non bis in ídem*, que se presentó en este caso, obedeció en parte a una actitud negligente por parte del juez ordinario que decidió no elevar en su oportunidad el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura y, además, por cuanto no indagó sobre la condición indígena del procesado, quien como miembro de una comunidad étnica podía ser sujeto de excepción por diversidad etnocultural –art. 33 Código Penal- o de error de prohibición culturalmente condicionado en el caso que el vínculo cultural le impidiese conocer la ilicitud de la conducta¹⁴⁰.

Según la jurisprudencia de la Sala de la Corte Constitucional de Colombia, el principio implica la prohibición de: a) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada en un proceso penal anterior terminado; b) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia en firme; c) penar a una persona por un hecho por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme; y, d) agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*

virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.¹⁴¹

Como ha establecido la Corte, no se puede acusar, enjuiciar y sancionar, cuando existe identidad *de objeto, sujeto y causa* en los procesos judiciales por los mismos hechos y contra los mismos sujetos. Tampoco se puede realizar investigaciones o iniciar nuevos procesos a una persona que ya fue sentenciada y cuya sentencia se encuentra en firme, por los mismos hechos.

Bajo estas consideraciones, la Sala resolvió conceder al procesado el derecho fundamental al debido proceso por vulneración al principio del *non bis in ídem*.

1.4.2. Sentencia No. 218-2003 de Corte Suprema de Justicia Penal de Guatemala, de 7 de Octubre de 2004

Esta causa se refiere a un recurso de casación interpuesto por Francisco Velásquez López contra la sentencia dictada por la Sala Novena de la Corte de Apelaciones, por cuanto fue sentenciado por la justicia ordinaria a seis años de prisión por el robo agravado de un vehículo.

Con fecha dos de marzo de dos mil dos, Velásquez López y otras personas, bajo amenazas de muerte, despojaron al señor Juan Yat Chach del vehículo de su propiedad, automotor que fue encontrado posteriormente totalmente desmantelado en el cantón Pamesebal. Él participó directamente en la acción, pues ató las manos y vendió los ojos al dueño del vehículo. Luego condujeron el vehículo hacia la entrada del cantón Tzancaguip, lugar en donde dejaron abandonada a su víctima.

Posteriormente, los procesados fueron llevados a declarar ante la comunidad en una asamblea que se realizó en Panaxit, Quiché. En dicha asamblea, Velásquez López aceptó haber participado en el hecho, mencionó los nombres de los que fueron sus cómplices y, arrepentido de lo hecho, ofreció el resarcimiento del daño causado a la víctima. La Asamblea le impuso como castigo nueve azotes y solicitó al abogado defensor que este a su vez pidiera la libertad inmediata al juez penal. El juez penal accedió a liberar a los cómplices, mas no a Velásquez, aduciendo que existía una orden de aprehensión en su contra.

¹⁴¹ Colombia. Corte Constitucional de Bogotá, Sentencia C-521 de 2009.

Varios meses después de la prisión preventiva, Velásquez fue juzgado por el Tribunal de Sentencia de Santa Cruz del Quiché y se le impuso la sanción de seis años de pena privativa de la libertad.

Con posterioridad, un defensor del Instituto de la Defensa Pública Nacional apeló esta sentencia. Esta recayó en la Sala Novena de la Corte de Apelaciones que resolvió que era improcedente el recurso de apelación interpuesto por el imputado en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente, del Departamento de El Quiché.

El recurrente presentó recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia. Luego del análisis de las normas aplicables, conforme a la Constitución de Guatemala y las normas aplicables a los pueblos y nacionalidades indígenas prescritas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte estimó:

[...] que le asiste la razón al casacionista, por cuanto que del estudio de los argumentos vertidos por el Tribunal de segunda instancia, para no acoger el recurso interpuesto, se fundan en normas de carácter ordinario, las cuales a la vista de la interpretación correcta del artículo 46 Constitucional, no pueden ser superiores jerárquicamente a la normativa internacional aceptada y ratificada por el Estado de Guatemala en materia de Derechos Humanos, ya que el procesado Francisco Velásquez López, ya había sido juzgado por las autoridades tradicionales de su comunidad de Payajxit, en donde le fue impuesta una pena. En el presente caso, la norma constitucional citada abre la posibilidad de aplicar la normativa internacional en materia de derechos humanos, correspondiéndole la prevista en el artículo 8.4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que regula la prohibición de juzgar dentro del Estado de Guatemala, a una persona dos veces por el mismo hecho, lo cual ocurrió en el caso bajo examen.¹⁴²

Aquí la Corte Suprema determinó que “el recurso de casación promovido deviene procedente estimando innecesario entrar a analizar las otras normas citadas como infringidas y en ese sentido [...] CASA el fallo recurrido y dicta sentencia conforme a

¹⁴² Guatemala. Corte Suprema de Justicia Penal de Guatemala. Sentencia No. 218-2003 de 7 de Octubre de 2004

derecho, resolviendo: a) ABSUELVE al acusado FRANCISCO VELASQUEZ LOPEZ del hecho acusado por el delito de Robo...”.¹⁴³

De esta manera, podemos advertir que la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en aplicación del principio al debido proceso y concretamente en garantía a la no violación al principio *non bis in ídem*, acogió el recurso de casación y sentó jurisprudencia.

¹⁴³ *Ibíd.*

Capítulo 3

Análisis de la sentencia N°113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador

1. Antecedentes del caso “La Cocha”

El caso “La Cocha” es muy relevante dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, puesto que establece límites a la administración de justicia indígena. Por esta razón, la sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana ha sido objeto de críticas por parte de los juristas y de la opinión pública en general.

Esta sentencia de alguna manera resuelve puntos álgidos dentro de la administración de justicia indígena, pues delimita la competencia jurisdiccional de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Los antecedentes del caso son los siguientes:

El señor Víctor Manuel Olivo Palio presentó una acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, por parte de autoridades indígenas pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Palio.

El legitimado activo manifestó que—tal como señala el acta de resolución adoptada por las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha— el domingo 9 de mayo de 2010, en el centro urbano de la parroquia Zumbahua, de población indígena kichwa hablante, cantón Pujili, provincia de Cotopaxi, se produjo el asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Palio.

El caso citado fue conocido por las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo, en base a los artículos 171 de la Constitución de la República y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El domingo 16 de mayo de 2010 y el domingo 23 de mayo de 2010, en Asamblea de las autoridades indígenas de la comunidad de “La Cocha”, se estableció la culpabilidad de cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Guantopolo y se impusieron sanciones conforme a la justicia indígena.

De los antecedentes del caso se desprende que el Fiscal General del Estado, el 19 de mayo del 2010, pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha, con el fin de rescatar a uno de los principales involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Palio. De igual forma, el Ministro de Gobierno y Policía intentó usar la fuerza pública para rescatar a los involucrados y el Ministro de Justicia solicitó se iniciaran las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas. Ellos fueron apresados el 4 de junio de 2010 y posteriormente liberados por la Corte de Justicia de Latacunga, en razón del “amparo de libertad” interpuesto.

De acuerdo con lo señalado en el texto del recurso constitucional, en casos anteriores los jueces y fiscales han actuado dentro del marco de respeto, coordinación, cooperación; y, en apego a las normas constitucionales y legales, han aceptado lo resuelto por la jurisdicción indígena.

Víctor Manuel Olivo Palio cita en su demanda el artículo 10 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, referente a la aplicación de las sanciones propias de la cosmovisión indígena –la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc.– que representan la filosofía y la cosmovisión de la justicia indígena, lo que según “La Corte Constitucional de Colombia, no constituyen un atentado a los derechos humanos fundamentales”¹⁴⁴.

Con relación a las sanciones propias de la cosmovisión indígena, Agustín Grijalva, manifiesta que:

No obstante, al momento que se adopta una mirada intercultural, se observa empíricamente cómo los sistemas de justicia indígena han solucionado adecuadamente faltas graves como las de homicidio, incluyendo la reparación a los familiares de las víctimas. Desde su propia visión cultural las sanciones/curaciones impuestas en los pueblos indígenas se orientan a la rehabilitación y reincorporación social del infractor.¹⁴⁵

En su demanda, Olivo Palio manifiesta que los cinco responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron que se les aplicara el sistema jurídico indígena, y que ahora pretenden acogerse a la jurisdicción

¹⁴⁴ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

¹⁴⁵ Agustín Grijalva y José Luis Exeni Rodríguez, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, editores, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La PAZ-Bolivia, octubre 2012), 717.

ordinaria, por lo que están siendo procesados y se encuentran en la cárcel número 4 de la ciudad de Quito, lo que evidencia “un proceso de doble juzgamiento”.

Afirma, además, que en calidad de hermano del occiso de manera voluntaria solicitó la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha, junto con las de la comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados. Lo que se aplicó de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 171 de la Constitución de la República, 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT. Las autoridades indígenas solucionaron el caso y los familiares de la víctima estuvieron de acuerdo con la resolución.¹⁴⁶

El legitimado activo argumentó que los derechos constitucionales vulnerados son los artículos 10, 11 –numerales 3, 4 y 5–, 57 –numerales 1, 9 y 10–, 76 –numeral 7, literal i– y 171 de la Constitución de la República; artículos 343, 344 –literales a, b, c, d y e–, 345 y 346 del Código Orgánico de la Función Judicial; y la disposición general de las reformas de marzo de 2010 al Código de Procedimiento Penal vigente a la época del proceso.

La petición del accionante fue que se determinara:

a. Si las autoridades indígenas de La Cocha, al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Palio, ocurrido en el territorio indígena de la parroquia de Zumbahua.

b. Si la resolución de las autoridades de la comunidad de La Cocha se apega o no al mandato constitucional del artículo 171 y artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

c. Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estos son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido.

d. Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio.

¹⁴⁶Ibíd.

e. Los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes.

f. Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferido por las autoridades de la justicia ordinaria. Que se disponga cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las autoridades de los dos sistemas jurídicos, para lograr la eficacia y armonía entre sí.

g. Si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Palio, que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento, bajo órdenes de la justicia ordinaria.

h. En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena, cuáles son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar, y

i. Sírvase resolver si las autoridades de la Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución.¹⁴⁷

Además, solicitó que de acuerdo a los artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se ordenaran las siguientes medidas cautelares: a) se disponga la suspensión inmediata de todos los procesos judiciales iniciados en contra de los dirigentes indígenas de La Cocha por parte de la Fiscalía y juzgados de Garantías Penales de Cotopaxi; b) se ordene la inmediata libertad de los cinco jóvenes indígenas “que están siendo procesados dos veces”, conforme al artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República; c) se disponga la suspensión en la adopción de cualquier resolución interpretativa sobre jurisdicción indígena por parte de la Corte Nacional de Justicia.¹⁴⁸

En otras palabras, la acción extraordinaria de protección se interpuso contra las decisiones de la justicia indígena adoptadas por la Asamblea Comunal del pueblo Kichwa Panzaleo, por el delito de asesinato, con el fin de establecer si las autoridades

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*

indígenas podían o no resolver sobre el asesinato y, de ser el caso, si se ajusta al modelo constitucional y legal.

2. Análisis de la sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional y sus efectos negativos en la comprensión del pluralismo jurídico en el Ecuador

La sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador es la primera jurisprudencia relacionada con la aplicación de los artículos 171 de la Constitución del Ecuador y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales reconocen la administración de justicia indígena.

En atención a las pretensiones del accionante, el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, previo a emitir su sentencia, resolvió agrupar las solicitudes del demandante en dos preguntas, de conformidad con las técnicas de economía procesal, precisión y celeridad. A continuación, se hará un acercamiento a estas preguntas.

2.1. Pregunta No. 1: ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

En un primer momento, la Corte Constitucional realizó algunas puntualizaciones sobre la definición del Estado ecuatoriano como intercultural, plurinacional y unitario. Como resultado de este análisis, el Estado debe reconocer, conocer y garantizar la riqueza de diversidad cultural que convive dentro de su territorio.¹⁴⁹

En un segundo momento, analizó la competencia de quienes ejercen autoridad en los pueblos indígenas. Se llegó a la conclusión de que la comunidad donde se realizó el proceso de juzgamiento contó con un procedimiento preestablecido, conformado por normas previas, claras y públicas, que son conocidas y respetadas por la comunidad, pese a no estar registradas o escritas.

Adicionalmente, la Corte Constitucional dictaminó que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno era la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la comunidad. Por lo tanto, declaró que, en el

¹⁴⁹ *Ibíd.*; ver artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador 2008.

caso concreto, era la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente para conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios en los pueblos kichwa Panzaleo.¹⁵⁰

En un tercer momento, la Corte Constitucional realizó un análisis de las resoluciones adoptadas el 16 y 23 de mayo del 2010 por parte de las autoridades indígenas. Esto se hizo con la finalidad de determinar el bien jurídico que protege la justicia indígena y su relación, similitud o diferencia con el bien jurídico que protege la justicia penal ordinaria.

Luego de un estudio histórico y normativo, la Corte Constitucional declaró que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo “no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona”, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad. En este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Como está escrito en la sentencia: “Por tanto, la Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.”¹⁵¹.

2.2. Pregunta No. 2: ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?

Para dar respuesta a esta pregunta, la Corte Constitucional se remitió al artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República. Este artículo reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida, como derecho inherente de toda persona y a su vez como una obligación de la sociedad y en particular del Estado, que es el encargado de garantizarla y protegerla frente a cualquier posible amenaza.

Por otra parte, hizo alusión al artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que determina el derecho de todo individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

¹⁵⁰ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

¹⁵¹ *Ibíd.*

En base a la doctrina y jurisprudencia de derecho comparado, la Corte Constitucional señaló que la protección jurídica de la vida implica dos dimensiones:

[...]la primera, una dimensión negativa mediante la cual el Estado tiene la prohibición de atentar contra la vida de las personas; y la segunda, una dimensión positiva que obliga a los poderes públicos a establecer un sistema de protección que sancione cualquier agresión a la vida con independencia de su origen público o privado y sin distinción respecto de los involucrados.¹⁵²

Por lo tanto, la Corte Constitucional determinó que “el Estado deberá sancionar toda agresión a la vida sin importar la raza, sexo, religión o pertenencia a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena del agresor y/o del agredido”¹⁵³.

En este sentido, la Corte hace una diferenciación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en cuanto al *bien protegido*, pues señala que la vida de la persona es protegida en tanto aporta a la materialización del bien jurídico protegido—que es la comunidad (justicia indígena)— a diferencia del derecho común, *iuscommune*, en donde el derecho a la vida es protegido en sí mismo, esto es, por el solo hecho de su existencia.

En este sentido, para la Corte Constitucional, es en el Estado donde recae la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y tomar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra la vida. Por consiguiente, cualquier atentado contra la vida debe ser conocido, juzgado y sancionado, no solo en tanto derecho objetivo, es decir, que establece una obligación jurídica que busca subsanar el impacto social que una muerte provoca, sino también en tanto derecho subjetivo, esto es, inherente de cada persona.

La Corte Constitucional advierte, además, que la inviolabilidad de la vida es un derecho protegido por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en *eliuscogens*. Por esta razón, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones. De manera que ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione a sus autores, con el fin de evitar la

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ *Ibíd.*; cita de la Corte Constitucional: Fernando Rey Martínez, “La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: Un derecho en transformación y expansión”. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 7, N.º 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. 2009, pp. 331-360.

impunidad y prevenir y erradicar conductas contrarias al derecho a la vida, tomando en cuenta,asimismo, los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad.Por lo tanto, la vida, revestida de un alto valor para el orden de los Estados, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección frente a toda situación y en todo el territorio nacional.¹⁵⁴

Bajo estas consideraciones, aunque las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, no se encuentran condicionadas a proteger la inviolabilidad de la vida. Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al formar parte de la sociedad ecuatoriana, tienen también la responsabilidad de precautelar el derecho consagrado en los artículos 66, numeral 1, de la Constitución y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Como consecuencia, deben garantizar que todo atentado contra la misma sea juzgado de conformidad con la Constitución, los convenios internacionales y la ley.

De lo señalado se puede colegir que, a criterio de la Corte Constitucional, las autoridades indígenas, con el fin de proteger los derechos, deben juzgar conforme a lo establecido en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes. Frente a esto, surgen varias preguntas: ¿deben aplicar leyes al momento de juzgar?, ¿cuáles?, ¿cómo entender la autonomía de la que habla la propia Corte Constitucional, y el derecho a la autodeterminación de los pueblos, en virtud del cual, deben resolver los conflictos aplicando su derecho propio y de conformidad con su cosmovisión?

Las leyes ordinarias no forman parte del derecho ancestral y propio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sino del derecho de occidente; de manera que exigir a las autoridades indígenas su aplicación al momento de juzgar implica una vulneración al principio de diversidad cultural.

De acuerdo con la Corte Constitucional, en caso de cometerse un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, no existe interferencia en el derecho de autonomía jurisdiccional de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Esto se debe a que es competencia de la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y

¹⁵⁴ *Ibíd.*

juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia. En palabras textuales de la Corte:

Esta medida en nada afecta la existencia de un derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, derecho que tiene una amplia aplicación para el conocimiento y solución de los conflictos internos producidos entre sus miembros dentro de su ámbito territorial. El ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas debe ser respetado, sin embargo, los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que los derechos que amparan a todas las personas, no son absolutos, lo que equivale a decir que no existen derechos ilimitados; esto es, el derecho de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, así como la facultad de ejercer administración de justicia en casos de conflictos internos de la comunidad, están garantizados en tanto y en cuanto no se coloquen al margen de los convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República del Ecuador.¹⁵⁵

La Corte Constitucional concluye que la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y el derecho internacional de derechos humanos—particularmente el Convenio 169 OIT—, de manera obligatoria, tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales. Y, especialmente, al momento de sancionar la conducta, los jueces deberán perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas vinculadas al caso.¹⁵⁶

En resumen, la Corte Constitucional determinó que los sistemas jurídicos indígenas no son competentes para conocer y resolver casos en lo que se atente el derecho a la vida; como consecuencia de ello, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria conocer el caso.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ *Ibíd.*

2.3. Análisis del informe pericial sobre el caso La Cocha

La Corte Constitucional se remitió a los informes periciales de Esther Sánchez¹⁵⁷ y Pedro Torres Presbítero.¹⁵⁸

Según lo determina el informe de Pedro Torres, la Corte Constitucional dentro de su sentencia identificó que:

[...] el llamado “Caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi” expresa el desencuentro entre personas y sociedades cuyos marcos culturales son diferentes, y es justamente en estas circunstancias que el juzgador, previo a su decisión, para orientar la aplicación de penas, sanciones o medidas alternativas, deberá considerar lo siguiente: a) una valoración crítica de la cultura involucrada; b) el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mestiza mayoritaria, c) el grado de afectación que genere el hecho en la estructura social y comunitaria y en los miembros de la comunidad y, e) consideraciones sociales y culturales, así como el grado de impacto, conmoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto.¹⁵⁹

Por otra parte, el informe pericial presentado por la profesora Esther Sánchez Botero, hace un análisis antropológico sumamente interesante con respecto al caso; si bien es cierto, este no fue considerado por la Corte Constitucional, creemos necesario citar algunas consideraciones que la perito, que a manera de preguntas y respuestas, menciona en el mismo:

- a) Las autoridades indígenas al momento de ejercer sus funciones jurisdiccionales, podían conocer el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrida en territorio indígena.- En el ejercicio del derecho que tienen los pueblos a organizarse y gobernarse, esto es, a crear sus propias normas y aplicarlas, la perito hace un análisis de las formalidades

¹⁵⁷ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, Quito, 2011.

¹⁵⁸ Pedro Torres Presbítero, *Runa Justicia en Ecuador, Contrato de Peritaje dentro de la causa No. 0731-10 EP*, Quito, 2012.

¹⁵⁹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

de las normativas externas a la comunidad¹⁶⁰, así como de la normativa interna de la comunidad, para concluir que estas formalidades en el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas de la Cocha“...a juicio de la perito plasmaron plenamente en sus actuaciones.”¹⁶¹

- b) En el conocimiento del caso, las autoridades indígenas siguen un debido proceso con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.- Partiendo de su modo de vida ritualizado, con un sentido de colectivo y especiales vínculos con la naturaleza siguen el debido proceso.(Willachina, Tapuykuna, Chimbapuruna, Killpichirina, Allichina, KunanaPaktachina yChiskquiyahsca.)¹⁶²
- c) La resolución de las autoridades indígenas de la Cocha, se apegan al mandato Constitucional del Art. 171 y al Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.- La resolución de las autoridades de la comunidad, se encuentra enmarcada en la legitimidad social y legalidad de ejercer su competencia jurisdiccional, por ende está apegada a la Constitución y a lo establecido en el Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial; por otro lado, las autoridades en base a su identidad de autoridad, realizan lo determinado por la asamblea que se enuncia en un acta que expresa el “espíritu de la comunidad”, que guarda como memoria escrita el relato de lo sucedido en el proceso.
- d) Las sanciones impuestas a los involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales.- Para responder este interrogante la perito primeramente busca el significado cultural de las actuaciones de las autoridades indígenas, para seguidamente examinar los derechos humanos de los pueblos indígenas contenidos en la Declaración de Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. Con relación a lo primero, se hace un análisis de la implicación de “sanción” en el ejercicio de la competencia jurisdiccional indígena y del significado cultural de “transgresor”, como

¹⁶⁰ La perito hace un recorrido por el convenio 169 de la OIT, Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas que adopto el Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos, Constitución del Ecuador de 2008 y Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano,

¹⁶¹ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, 16.

¹⁶² Procedimiento consuetudinario analizado en la página 24 de la presente investigación.

aquella persona enferma, flaca, débil, que está vulnerado y tan afectado como humano, que no han podido resistir el hacerle daño a otro. Con respecto a la vulneración de los derechos humanos, se manifiesta que “Ver en estos procedimientos que efectivamente, pueden ser dolorosos y penosos vulneración a los derechos humanos, es como determinar que también hay desafuero (...) en la aplicación de la quimioterapia para enfermos de cáncer”¹⁶³. Por otro lado, para argumentar la no violación a los derechos humanos, la perito presenta investigaciones etnográficas previas en culturas tradicionales incaicas vigentes en la actualidad. Al Concluir el análisis de estos dos temas se demuestra que los hechos no constituyen violación de los derechos humanos universales.

- e) Si las sanciones impuestas son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo como lo han mencionado varias autoridades del Estado.- La perito manifiesta que este conflicto se presenta por el objetivo que persigue la justicia indígena en la búsqueda de la convivencia pacífica, a diferencia de los objetivos claramente marcados en la justicia ordinaria. Luego de dos entrevistas realizadas a Vicente Tibán, fiscal indígena, y al abogado Jaime Olivo Pallo, que son indígenas y pertenecientes a esa nacional, concluye que no se violentaron los derechos humanos en la aplicación de las sanciones, y que estas son la expresión de su cultura y derecho propio.
- f) Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio.- Dentro del proceso indígena de juzgamiento, se analizó el proceso de investigación o tapuikuna, y el de caro o interrogatorio o chimbapurana, mismos que se realizan en privado y posteriormente en público, y que erróneamente se los ha identificado con secuestro o plagio. Los familiares conocían que los 5 implicados se encontraban bajo cuidado de las autoridades, como parte del procedimiento que fue solicitado por ellos mismos. Como segundo

¹⁶³ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, 30.

argumento, la necesidad de mantener a los implicados en “reserva” obedece a la necesidad de cuidar que familiares de la víctima o personas de la comunidad no ejerzan actos ilegales en contra de los transgresores, como linchamientos. El procedimiento de juzgamiento no nace en virtud de una ley estatuida, sino del consenso de toda la comunidad.

- g) Los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes.- “Todos las autoridades judiciales y administrativas de la jurisdicción ordinaria tienen el deber que los miembros de una comunidad indígena se sometan a la jurisdicción indígena”¹⁶⁴
- h) 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.- Por un supuesto ajusticiamiento por parte de la comunidad a los 5 transgresores, el Fiscal General del Estado intervino por encima de las decisiones de las autoridades indígenas, con posterioridad se demostró que nunca existió tal ajusticiamiento y que la llegada del fiscal se vio como una intromisión por parte de la justicia ordinaria. Ester Sánchez manifiesta que esta intromisión es el resultado de que las partes involucradas no han entrado en el conocimiento, diálogo y coordinación para apoyarse bajo el espíritu de la Constitución.

De lo dicho, y en análisis del contenido de la sentencia se puede concluir que:

1. “No se ha tenido en cuenta el “derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas”;
2. No se ha garantizado el “óptimo reconocimiento y valoración plena de la diversidad cultural”

¹⁶⁴ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, 46

3. No “se tomaron medidas para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervinieron personas y colectividades indígenas.”¹⁶⁵

En relación al juzgamiento que se estaba efectuando en vía ordinaria a los implicados, se señala textualmente lo siguiente:

[...] el encarcelamiento de los jóvenes para ser juzgados por los mismos hechos va en contra de lo establecido en la normativa vigente. Con base a esa formalidad, sí efectivamente fueron ya juzgados y corregidos por autoridades indígenas debidamente registradas y con competencia jurisdiccional, los cinco jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Olivo Palio. Es improcedente que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del Sr. Marco Antonio Olivo Palio, que ya fueron juzgados por jueces indígenas pertenecientes a la Jurisdicción indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria.¹⁶⁶

De todo lo expuesto, se desprende que en la sentencia no se consideró lo señalado en el informe, pese a que el mismo contiene una fuerte argumentación, pues mientras en este se menciona la existencia de procesos de doble juzgamiento, lo que inobserva la normativa vigente; a contrario sensu, la Corte Constitucional determina, que no existe doble juzgamiento respecto de la resolución adoptada por autoridades indígenas, en los casos de atentado contra la vida.

Respecto del debido proceso como el mínimo jurídico, el informe de Sánchez Botero señala que, por mandato constitucional, los juzgamientos se harán conforme “normas y procedimientos” del pueblo indígena particular y que las autoridades están obligadas a actuar tal como lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social.¹⁶⁷ En esta línea, la autora cita la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. ST-523/97, en la que se determina que: “los jueces no pueden imponer el cumplimiento de requisitos e instituciones procesales que no se encuentran contemplados por un pueblo, pues ello equivaldría a la

¹⁶⁵ *Ibíd.*, 60.

¹⁶⁶ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, 60.

¹⁶⁷ Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, 61-62.

imposición de una específica cosmovisión que atenta contra el principio Constitucional del pluralismo.”.

Lo anotado nos lleva a inferir que los procesos llevados a cabo por las autoridades indígenas, en la medida que guarden correspondencia con su derecho propio y sus prácticas cotidianas, observan lo establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República; puesto que son procesos que se ventilan bajo un procedimiento cierto (seguridad jurídica), ya conocido por la comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, y que son juzgados por las autoridades indígenas, en ejercicio de su competencia constitucional.

De esta manera, podemos concluir que los puntos álgidos encontrados en este informe no fueron sopesados por la Corte Constitucional al emitir su sentencia. Esto se debió a que no consideraron a las autoridades indígenas como jueces naturales con competencia de jerarquía constitucional; adicionalmente, estimaron que su procedimiento no observaba el derecho al debido proceso al estar ajustado a sus prácticas ancestrales y cosmovisión.

2.4. Algunas consideraciones sobre la Sentencia No. 113-14-SEP-CC

Es necesario en el presente estudio plantearnos algunas interrogantes sobre esta sentencia; específicamente, sobre los límites a las competencias entregadas por la Constitución a las autoridades indígenas con autonomía judicial.

Como una primera consideración nos encontramos con las fuentes doctrinarias aplicadas por la Corte Constitucional para fundamentar su fallo, entre ellas, el citar a Hans Kelsen, padre del monismo jurídico para sustentar su fallo, y tal como lo habíamos analizado en el capítulo I de este trabajo, la concepción monista se refiere a que el Estado es el único ente que puede producir leyes, por lo que a este le corresponde un solo sistema jurídico; por tal, no pueden existir varios sistemas jurídicos en una misma circunscripción territorial.

Cuando hablamos de competencia de la autoridad indígena para resolver conflictos internos, hablamos de aquello que Kelsen, en La Teoría Pura del Derecho, plantea respecto de que una autoridad es simplemente un órgano jurídico, esto es, un órgano habilitado para emitir

tal o cual especie de norma jurídica o adoptar tal o cual decisión jurídica; un órgano idóneo para crear derecho, habilitado en el sentido etimológico de la palabra, esto es, "hacer a alguien o algo, hábil, apto o capaz para una cosa determinada. Esto, porque para el jurista austriaco, la norma solo se dirige de manera indirecta al sujeto de derecho, no en virtud de la imposición de una obligación, sino únicamente en virtud de la representación del sujeto de derecho como susceptible, bajo ciertas condiciones, a la imposición de una sanción, lo que quiere decir que un sujeto, bajo determinadas condiciones, está habilitado para imponer una sanción."¹⁶⁸

De aquí se desprenden contradicciones en derecho, al fundamentarse la sentencia débilmente con doctrina relacionada al monismo jurídico, contradicción que generó un precedente notable para el retroceso de los derechos de las personas indígenas, conservando los criterios antiquísimos correspondientes a que el poder judicial administra justicia y materializa la aplicación de esas normas para casos concretos, y el poder legislativo, el ente estatal que produce normas (creador de derecho), existiendo un carácter jerárquico y fundamentalmente centralizado e institucionalizado del ordenamiento jurídico contrario a los principios prescritos en la Constitución de la República.

Otras consideraciones se desglosan partiendo de las siguientes preguntas:

2.4.1.- ¿La sentencia de la Corte Constitucional reconoce el pluralismo jurídico igualitario?

De conformidad con la Constitución, se reconoce al Ecuador como un Estado plurinacional¹⁶⁹, donde subsisten diversas comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, revestidas con jurisdicción y autonomía propia—de conformidad con lo establecido en el artículo 171 de la Norma Suprema— que aplican sistemas jurídicos de igual valor que el sistema jurídico estatal u ordinario.

En el caso de estudio en concreto, se advierte que la Corte Constitucional le otorga a la justicia penal ordinaria una jerarquía superior respecto de los demás sistemas

¹⁶⁸ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

¹⁶⁹ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* [2008] (Quito: Asamblea Nacional), artículo 1.

jurídicos, al establecer como competencia exclusiva de la misma, conocer y resolver los casos que atenten contra el derecho a la vida. Parecería que la Corte Constitucional ubica en diferente rango a las leyes penales y a los sistemas jurídicos indígenas; de ahí que, como consecuencia de esta sentencia, se haya limitado su competencia, más allá de lo que determina la Constitución y los tratados internacionales. Ahora los pueblos y nacionalidades indígenas deberán tomar en cuenta también las leyes penales y sus procedimientos, dejando de lado la cosmovisión de sus pueblos.

En efecto, mientras la justicia indígena es vista como una suerte de método alternativo o de mediación para la solución de conflictos menores y locales (una justicia informal con fuertes propensiones a la violación de derechos humanos), la justicia ordinaria es percibida como el sistema realmente jurisdiccional, de carácter nacional y formal, que puede y debe resolver los problemas verdaderamente importantes, la única que puede tutelar derechos constitucionales. Este enfoque es estructuralmente contrario y violatorio de los principios y valores propios de un Estado plurinacional, el cual se halla formalmente establecido tanto en Ecuador como en Bolivia.¹⁷⁰

2.4.2.- ¿La sentencia de la Corte Constitucional reconoce la competencia de los sistemas jurídicos indígenas para conocer casos sobre delitos contra la vida?

Conforme la sentencia invocada, solo los sistemas jurídicos penales ordinarios tienen la capacidad de juzgar y sancionar los delitos contra la vida.

El artículo 171 de la Constitución transcribe: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”. Este mandato constitucional ha sido indebidamente interpretado por la Corte Constitucional en la sentencia al desconocer la resolución dictada por las autoridades indígenas en el caso objeto de análisis. Como consecuencia, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ya no pueden aplicar su derecho propio dentro de su territorio.

¹⁷⁰ Agustín Grijalva y José Luis Exeni Rodríguez, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, editores, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La PAZ-Bolivia, octubre 2012), 715.

Recordemos que la Constitución, el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas no establecen límites a las materias sobre las cuales los pueblos indígenas pueden impartir justicia aplicando su propio derecho. Es más, el artículo 9 del Convenio N° 169 de la OIT precisa que los Estados deben respetar los métodos propios que los pueblos indígenas tengan para reprimir los delitos cometidos por sus miembros.¹⁷¹

Es importante señalar que la Corte Constitucional no garantiza a los involucrados el derecho a ser juzgados por su “Juez Natural” y, de esta manera, desconoce las competencias constitucionalmente reconocidas a las autoridades indígenas para conocer casos en los que participen integrantes de la comunidad y dentro de su territorio. Por lo tanto, se va en contra de los preceptos estipulados en los artículos 57, 76 y 171 de la Constitución, relativos al respeto al debido proceso, competencias y garantías por parte del Estado sobre la autonomía jurisdiccional de las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas.

2.4.3.- ¿Existe vulneración de derechos humanos en las resoluciones indígenas sobre los delitos contra la vida?

Tal como habíamos señalado anteriormente, los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales constituyen límites subjetivos, tanto de los sistemas jurídicos indígenas como de los ordinarios, de conformidad con el artículo 171 de la Norma Suprema.

La Constitución no otorga competencia exclusiva al sistema jurídico ordinario para conocer y resolver casos de violación de derechos, así como tampoco excluye a los sistemas jurídicos indígenas del tratamiento y resolución de los mismos.

El artículo 57 numeral 10 de la Constitución ecuatoriana establece que el derecho propio o consuetudinario no puede vulnerar derechos humanos, en particular de mujeres, niñas, niños y adolescentes. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana manifestó que en la administración de justicia indígena se deben observar las siguientes

¹⁷¹ Convenio No. 169 OIT, artículo 9 numeral 1: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”

prohibiciones en la aplicación de sanciones: a) pena de muerte, b) la esclavitud, c) la tortura, la servidumbre y los tratos crueles, inhumanos y degradantes; de igual forma, se debe garantizar el debido proceso.¹⁷²

Tal como se puede evidenciar en el informe pericial de Esther Sánchez Botero, hay que tener en cuenta que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho a utilizar la fuerza física (*imperium*) para lograr el acatamiento de las decisiones (*iudicium*); sin embargo, tienen como límite el respeto al derecho a la vida e integridad corporal. Esto implica que los pueblos indígenas pueden conducir a los reuents ante las autoridades judiciales de la comunidad, sitios de reclusión o castigo, imponer penas restrictivas de la libertad y vigilar el cumplimiento de las penas de cualquier tipo.¹⁷³

Durante las entrevistas realizadas por Esther Sánchez Botero a un fiscal indígena y a un abogado de la Defensoría Pública, servidores de la administración de justicia ordinaria manifestaron: “que el proceso para juzgar y sancionar a los indígenas transgresores se había realizado siguiendo los principios y procedimientos del derecho propio y por ende de la justicia indígena”.¹⁷⁴

Señalaron, además, que los hermanos del occiso sometieron el caso a la decisión de las autoridades indígenas, argumentando que “eran las autoridades indígenas el juez natural”.

2.4.4. ¿La sentencia de la Corte Constitucional es reflejo de garantía de los derechos humanos?

La sentencia de la Corte Constitucional señala que, en el caso de la administración de justicia indígena, la vida de la persona es garantizada en tanto aporta a la materialización del bien jurídico protegido, que es la comunidad, a diferencia del derecho común, *iuscommune*, en donde el derecho a la vida es protegido en sí mismo, por el solo hecho de su existencia.

¹⁷² Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencias No. T-254/94 y No. T-349/96. Véase también Anexo 1: Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, p. 52

¹⁷³ Anexo 1: Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, p. 52.

¹⁷⁴ Anexo 1: Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, p. 39.

Para la Corte Constitucional, el derecho a la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución, en el marco del Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos. Por esta razón, su protección constituye la máxima obligación del Estado.

En consecuencia, el Estado tiene la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y adoptar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano. No solo como derecho objetivo—esto es, como una obligación jurídica que busca subsanar el impacto social que una muerte provoca—, sino también como derecho subjetivo inherente a cada persona.¹⁷⁵

No obstante, lo que la Corte Constitucional no llega a determinar en esta sentencia es que la justicia indígena—al igual que la justicia ordinaria— persigue, investiga, juzga, sanciona y adopta acciones para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano, en observancia al principio del debido proceso.

Parecería que para la Corte Constitucional no es suficiente la sanción que en la administración de justicia indígena se impone a los involucrados en estos delitos, porquese orienta a la “sanación” y “reparación”. Esto se diferencia del sistema procesal penal ordinario, donde se asocia a la privación de la libertad como mecanismo para evitar la impunidad.

La Corte Constitucional no consideró en su sentencia que dentro de la justicia indígena existen mecanismos de reparación en casos de muerte. Además, si se determina la responsabilidad de los involucrados por parte de las autoridades indígenas, se impone sanciones conforme su derecho propio y sus costumbres.

En el caso La Cocha, sí existieron sanciones a los involucrados: la indemnización de cinco mil dólares que fueron donados a la organización UNOCIC para que sean invertidos en obras comunitarias; la prohibición del ingreso de grupos de “pandilleros” a las fiestas de la comunidad; la expulsión de la comunidad por dos años a los jóvenes con la obligación de los familiares de rehabilitarlos; las sanciones físicas y la sanción agravada al autor material del hecho.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

¹⁷⁶ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

En este caso de administración de justicia indígena, nos encontramos frente a sanciones de diferente naturaleza: primero, ante una reparación económica; segundo, sanciones físicas a los autores; y, tercero, la expulsión de la comunidad de los responsables por el lapso de dos años, tiempo en el cual los familiares están en la obligación de rehabilitarlos. La Corte hizo mal en señalar que dentro de la justicia indígena no existe reparación en casos de delitos contra la vida, la consecuente responsabilidad subjetiva de quien o quienes provocaron la muerte y, como consecuencia de ello, la impunidad del delito.

Lo que buscan las sanciones de la justicia indígena es producir en el individuo que ha cometido una infracción en contra de la comunidad una sanación, para lo cual utilizan ciertos procedimientos:

- *Chiskqui yazca*, que significa el proceso de limpieza o purificación.
- La ritualidad del arrepentimiento y pedida de perdón son necesarios, pues trascienden a toda la comunidad, a fin de evitar que en el futuro se cometan infracciones, restableciéndose el orden.
- Los procedimientos judiciales se desarrollan en diferentes lugares: en la casa o salón comunal, en lugares rituales y sagrados—como el alto páramo, un río o laguna—, en el encuentro de dos vertientes de agua y en horarios especiales (particularmente en la noche).¹⁷⁷

De esta manera, las sanciones impuestas por las autoridades indígenas del pueblo kichwa Panzaleo garantizan un debido proceso en la administración de justicia desde su cosmovisión propia, sin dejar en la impunidad los delitos. Las sanciones impuestas tienen el objetivo de que los integrantes de la comunidad no incurran en este tipo de acciones que desequilibran la armonía y la paz en la colectividad.

¹⁷⁷ Anexo 1: Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, p. 26. Véase también: Carlos Poveda, “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones”, *Foro: Revista de derecho*, N° 8 (II semestre 2007): 185-186.

2.4.5. ¿Cuál es el aporte de la Corte Constitucional en relación al *non bis in ídem* y a la diversidad cultural?

Varias críticas se han realizado a esta sentencia en relación al *non bis in ídem*, pues se considera que esta presupone un retroceso al derecho en general, pero sobre todo al derecho de los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional declaró que, si bien las autoridades indígenas observaron el debido proceso y eran competentes para conocer los conflictos de la comunidad y gozaban de autonomía jurisdiccional, no eran competentes para sancionar delitos contra la vida. Se argumentó que el bien jurídico protegido era diferente al de la justicia ordinaria. De esta manera, se violentó uno de los principios de los sistemas jurídicos no ordinarios: la diversidad cultural.

La Constitución del Ecuador establece que las decisiones de la jurisdicción indígena deben ser respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Este mandato se complementa con lo regulado por el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, que establece que lo actuado por los pueblos indígenas no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la función judicial ni por autoridad administrativa alguna.

El concepto de seguridad jurídica de acudir ante el juez natural y que sus decisiones sean respetadas y garantizadas por el Estado para evitar el doble juzgamiento se derrumba; más aún, luego de haber reparado de alguna manera el daño causado y con la voluntad de querer rehabilitarse (purificarse y sanarse) para volver a obtener el equilibrio en sus vidas y en la comunidad.

A nuestro parecer, la sentencia del caso “La Cocha” vulnera el marco jurídico constitucional e internacional que reconoce los sistemas jurídicos indígenas. De esta manera, se establecen una serie de restricciones a los sistemas jurídicos indígenas.

De igual forma, se ha desconocido la aplicación del derecho propio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro de su jurisdicción territorial, así como también la capacidad de sancionar a sus miembros por la vulneración del derecho a la vida, cuya tutela se encuentra también garantizada.

En efecto, esta sentencia podría entenderse como el sometimiento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a las leyes occidentales. Es

decir, se los subyuga a procedimientos desconocidos y pertenecientes a un mundo fuera de su cosmovisión. Con ello, se provoca el desconocimiento de un Estado calificado como plurinacional e intercultural.

3. Desafíos de la justicia intercultural como base en el afianzamiento del pluralismo jurídico en el Ecuador

El modelo de Estado que nuestra Constitución establece en el artículo 1, como “intercultural y plurinacional”, representa para la administración de justicia, sin lugar a dudas, enormes desafíos.

La interculturalidad, en palabras de Luis Fernando Ávila Linzán, constituye un eje transversal en la Constitución de 2008: como integrante de la naturaleza del Estado con el fin de hacer posible la plurinacionalidad; como principio-guía de la actividad estatal y las políticas públicas; como principio de interpretación constitucional; y como principio articulador de los procesos sociopolíticos de diálogo para la construcción de una nueva sociedad¹⁷⁸.

Resultado de este modelo de Estado, las normas de derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ya no son únicamente reglas de comportamiento social para estos grupos, sino que tienen la misma obligatoriedad que las normas jurídicas estatales: un derecho objetivo de tipo igualitario que obliga al Estado, al mismo tiempo, a modificar sus estructuras jurídico-monistas¹⁷⁹.

Como consecuencia del reconocimiento del sistema jurídico indígena, el Estado renuncia al monopolio de la producción normativa vinculante y acepta que otras normas que no tienen el significado tradicional de validez existan sustentadas en un pluralismo jurídico de tipo igualitario, con potencialidades de interrelación¹⁸⁰.

En esa perspectiva, el pluralismo jurídico ecuatoriano, que se sustenta en la diversidad cultural, se proyecta como instrumento que rompe el paradigma legal de

¹⁷⁸ Luis Fernando Ávila Linzán, “Los caminos de la Justicia Intercultural”. En Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Caicedo Tapia, Danilo (edit.). *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 184.

¹⁷⁹ Gina Chávez, “El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!”, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, ed., *Desafíos constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Quito), 82.

¹⁸⁰ Luis Fernando Ávila Linzán, “Los Caminos de la Justicia Intercultural”, en Carlos Espinoza y Danilo Caicedo, *Derechos Ancestrales, justicia en contextos plurinacionales* (Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, N°15), 178.

occidente, ya que recontextualiza la relación entre sujetos sociales y poder institucional. Esta lógica favorece la radicalización de un proceso comunitario participativo, pues define mecanismos plurales de ejercicio democrático y viabiliza escenarios de reconocimiento y de afirmación de derechos humanos.¹⁸¹

El respeto al derecho a la libre determinación de los pueblos exige el reconocimiento de los sistemas de los pueblos indígenas como la necesidad de superar los factores históricos y los factores contemporáneos conexos que los afectan negativamente en el funcionamiento de los sistemas estatales. La libre determinación afirma su derecho a mantener y reforzar las instituciones jurídicas indígenas y a aplicar sus propias costumbres y leyes, a través de sus sistemas consuetudinarios y tradicionales indígenas¹⁸².

En esta línea, y con miras a fortalecer el pluralismo jurídico, se debe garantizar la coexistencia armónica de los sistemas de justicia ordinaria e indígena y evitar posiciones hegemónicas. Para ello, es necesario mantener un diálogo intercultural que permita delimitar las competencias de la administración de justicia estatal cuando entre en conflicto con los sistemas de justicia indígena.¹⁸³

La legislación y la jurisprudencia ecuatoriana han definido en este sentido, tres supuestos: a) la autolimitación de la justicia ordinaria respecto de los sistemas de justicia indígena o deber de abstención judicial; b) los principios de la justicia intercultural; y c) la potencial restricción por la trasgresión de los derechos humanos.¹⁸⁴

El primero, como ya lo analizamos en el capítulo II, se encuentra regulado en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial. Allí, se establece la obligatoriedad de la declinación de competencia por parte de las autoridades judiciales estatales cuando un hecho esté en conocimiento de una autoridad indígena, con miras a una maximización de la justicia indígena y una autolimitación de la justicia ordinaria¹⁸⁵. La aplicación de este artículo en la actualidad es imposible, puesto que de acuerdo a la

¹⁸¹ Antonio Carlos Wolkmer, “Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos”, en “Pluralismo Jurídico”, Revista Umbral, N°4 (Tomo I, Quito, 2014): 201.

¹⁸² *Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas* (2007).

¹⁸³ Luis Fernando Ávila Linzán, “Los Caminos de la Justicia Intercultural”, en Carlos Espinoza y Danilo Caicedo, *Derechos Ancestrales, justicia en contextos plurinacionales* (Quito: Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, N°15), 181.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-349/96 y C-037/96.

Sentencia materia de análisis de la presente investigación, las autoridades judiciales estatales, no declinaran la competencia cuando un delito contra la vida esté en conocimiento de una autoridad indígena; entonces, no se garantiza una maximización de la justicia indígena y peor una limitación de la justicia ordinaria.

El segundo se encuentra regulado en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial. Este establece los principios de justicia intercultural—analizados en el segundo capítulo—que los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policiales y demás funcionarias y funcionarios públicos deben observar en los procesos. Los principios, que también han sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, son: diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.

Respecto del tercer supuesto, como analizamos en el acápite anterior, la Corte Constitucional, a través de su sentencia N° 113-14-SEP-CC, limitó la jurisdicción y competencia de las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, aun que los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. Sin embargo, con independencia de las críticas realizadas a la sentencia, al ser un fallo dictado por el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en materia constitucional, su aplicación resulta obligatoria para los jueces.

Por otra parte, no se puede dejar de lado el rol que el Ejecutivo debe cumplir, de conformidad con el artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador, a través de la adopción de políticas públicas tendientes a garantizar:

- a) los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, consagrados en el artículo 57 de la Constitución;
- b) el respeto al derecho consuetudinario indígena, a sus autoridades, a sus decisiones;
- c) el fortalecimiento de sus instituciones y procedimientos;
- d) y la despenalización de la cultura y prácticas jurídicas indígenas, entre otros.

Todo ello, en un marco de participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas¹⁸⁶. Esta participación también se debe garantizar en la construcción de nueva normativa, como la que se pretende aprobar en la Asamblea Nacional, con la finalidad de lograr la coordinación y cooperación entre la justicia indígena y ordinaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 171, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador.

El “Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria”¹⁸⁷—que ya fue tratado por el Pleno, en primer debate¹⁸⁸ en la sesión N° 165 del 17 de mayo de 2012¹⁸⁹ y que se encuentra asignado a la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado— cuenta con 11 artículos, una disposición reformativa y una disposición final.

Si bien su objeto, como señala el artículo 1, es “establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre los órganos de la Función Judicial y demás instituciones y la funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, conforme a los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”, su articulado resulta insuficiente para dar respuesta a la problemática que plantean los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

Si analizamos, por ejemplo, el artículo 11 del proyecto de ley, se propone como mecanismo de cooperación y coordinación la suscripción de convenios entre los sistemas de justicia indígena y la jurisdicción ordinaria en materia de investigación sobre la infracción y responsabilidades, intercambio de pruebas, detención de personas, realización de peritajes especializados y protección a víctimas y testigos. De tal forma, los mecanismos de solución serán los establecidos en los respectivos convenios.

¹⁸⁶ Raquel Irigoyen Fajardo, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999), 11.

¹⁸⁷ Este proyecto fue presentado por la asambleísta Lourdes Tibán y otros asambleístas el 2 de febrero de 2010.

¹⁸⁸ El informe para primer debate fue presentado el 19 de diciembre de 2011, por parte del Dr. Mauro Andino Reinoso, Presidente de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado (esta Comisión estaba integrada por los asambleístas: Mauro Andino, Henry Cuji, Luis Almeida, Rosana Alvarado, Gina Godoy, César Gracias, Mariángel Muñoz, Marisol Peñafiel, María Paula Romo, Vicente Taiano y Xavier Tomalá).

¹⁸⁹ Ecuador. Asamblea Nacional. Acta de la sesión del Pleno de la Asamblea Nacional N°175 de 17 de mayo de 2012.

El Proyecto de Ley, no resuelve ni propone nada, es un mero enunciado, un ejercicio inválido desde todo punto de vista. La Asamblea Nacional tiene una enorme deuda con el País, y particularmente con las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en el ejercicio de la administración de justicia indígena, ya que la posición de subordinación de la justicia ordinaria sobre esta, es cada día más evidente.

No obstante, esto nos lleva a preguntarnos, si una ley para coordinar dos sistemas de justicia—como el ordinario y el indígena—, y dependiendo de su contenido, podría o no llegar a vulnerar los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Cuyo derechos están contenidos en el artículo 57 de la Constitución de la República—a los que ya se ha hecho referencia— y que establecen en sus numerales 1: “Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”; 9: “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”; 10 “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”. Además, no se deben olvidar los derechos contenidos en pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales.

Por otro lado, también deberíamos preguntarnos si una Ley es la respuesta a las problemáticas existentes entre las dos justicias. Una Ley, implica una respuesta política institucional a una necesidad social, y claro, en el momento de su expedición, esta puede constituirse en un planteamiento importante para resolver un problema. Pero que sucede cuando se intenta normar a través de una Ley, temas desconocidos para quienes ejercen la potestad de legislar. Existe un riesgo inminente de que en lugar de plantear una solución lógica para resolver un conflicto, esta termine agravándolo.

Estamos convencidos que el modelo adoptado por Colombia en el afán de garantizar una convivencia pacífica entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, es un modelo a seguir, puesto que ha dado buenos resultados sentando las bases de coordinación entre las dos justicias, partiendo de principios como la maximización de la justicia indígena y la mínima intervención de la justicia ordinaria.

De acuerdo con el estudio sobre acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, realizado por el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁹⁰:

[...] los pueblos indígenas a menudo siguen luchando para que se reconozcan sus instituciones y sistemas, como los sistemas jurídicos, las leyes tradicionales y los enfoques sobre la justicia. En algunos casos, las leyes consuetudinarias están reconocidas en la legislación, pero a menudo con restricciones, sujetas a limitaciones jurisdiccionales o a las denominadas cláusulas de incompatibilidad, que establecen que solo se reconocen las leyes consuetudinarias cuando no entran en conflicto con las leyes nacionales. Estas disposiciones menoscaban y discriminan los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas.

De esto se desprende que, aun cuando la finalidad de proponer alternativas legislativas de esta naturaleza sea evitar conflictos entre ambos sistemas jurídicos, la imposición de condiciones y límites al ejercicio de la jurisdicción indígena—más allá de los establecidos en la propia Constitución— implica desconocer el pluralismo jurídico vigente en el Ecuador.

Frente a esto, varios son los retos a los que se enfrentan los jueces al administrar justicia, entre los que podemos destacar:

- 1.- En aplicación del principio de interculturalidad, la relación de los pueblos indígenas con los sistemas nacionales de justicia penal no puede examinarse sin tener en cuenta los factores históricos o su actual situación económica, social o cultural.¹⁹¹
- 2.- Los derechos culturales de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento y la práctica de sus sistemas de justicia, así como el reconocimiento de sus costumbres, valores e idiomas tradicionales en los tribunales y los procedimientos jurídicos.¹⁹²
- 3.- Los jueces no pueden dejar de observar las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales, como la Convención 169 de la OIT o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Esta última debe

¹⁹⁰ Del 8 al 12 de julio de 2013.

¹⁹¹ *Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas* (2007).

¹⁹² *Ibíd.*

ser considerada—como señala el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas— como la base de todas las medidas que adopte un Estado, inclusive a nivel legislativo y de adopción de políticas públicas encaminadas a proteger y promover sus derechos.

- 4.- Como establece la sentencia N.004-14-SCN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador: a través de una interpretación intercultural, los presupuestos de continuidad histórica, diversidad cultural e interculturalidad—a los que hace referencia el artículo 8, numeral 1 del Convenio 169 de la OIT— deben ser observados al aplicar una norma penal. En una cita textual de la sentencia:

[...] generando un ejercicio hermenéutico a través de las instituciones propias, sus costumbres, filosofía y cosmovisión, generando un diálogo epistémico en el que se reflejen las diferencias que puedan existir entre las normas hegemónicas y las propias de los pueblos ancestrales, con el objeto de lograr mecanismos de coordinación y cooperación, tendientes a la solución de un conflicto sin que se genere la afectación de los derechos colectivos de estos grupos humanos.

- 5.- De acuerdo con la misma sentencia—y conforme al artículo 9, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT—, las autoridades jurisdiccionales, así como la Fiscalía, deberán contar con peritajes sociológicos, antropológicos, entre otros que puedan realizarse, que permitan identificar claramente las prácticas consuetudinarias de estos pueblos, con la finalidad de no menoscabar sus derechos ancestrales.
- 6.- De igual forma, en atención a lo establecido en el artículo 10, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, los jueces deberán considerar que la sanción de privación de libertad es la última ratio dentro de la configuración del derecho penal hacia pueblos ancestrales, más aun considerando una visión intercultural.
- 7.- En el caso de tener que conocer problemas relacionados con pueblos ancestrales, los jueces deberán aplicar los principios que la Corte Constitucional Ecuatoriana estableció como mecanismos de solución de los mismos. En la sentencia No. 008-09-SAN-CC define los siguientes mecanismos: a) continuidad histórica, b) diversidad cultural, c) interculturalidad e interpretación intercultural.

Para cumplir estos retos, resulta indispensable que el Consejo de la Judicatura—como dispone el artículo 346 de la Código Orgánico de la Función Judicial—capacite a las servidoras y servidores de la función judicial, que “deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas”.

4. Perspectivas de la Corte Constitucional en la consolidación del pluralismo jurídico en el Ecuador

La Corte Constitucional, al ser el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional del Estado, tiene un enorme reto en la consolidación del pluralismo jurídico en el Ecuador. Esto se debe a que, a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante, genera la transformación en el sistema de fuentes ecuatoriano y, en consecuencia, constituye una de las principales fuentes de resolución de conflictos.¹⁹³

En esta perspectiva, es la Corte Constitucional la llamada a interpretar el contenido del artículo 171 de la Constitución. Para ello, se enfrenta “al reto de encontrar formulaciones jurídicas que, al mismo tiempo que defiendan las demandas legítimas de los pueblos indígenas en torno a la autonomía y la libre determinación, permitan desarrollar conceptualizaciones que no esencialicen a las costumbres y las normas indígenas; reproduciéndolas como entes fuera de la historia y del poder.”¹⁹⁴

En sentencia N° 001-10-PJO-CC, la Corte Constitucional del Ecuador se autocalificó como la única institución de administración de justicia en el país capaz de dotar de uniformidad a la jurisprudencia constitucional. En similar sentido, se pronunció en la sentencia N° 003-09-SIN-CC, con lo cual aseguró su calidad de máximo órgano de interpretación y control constitucional.

¹⁹³ Pamela Aguirre, “El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de paradigma?”, *Garantías jurisdiccionales y derechos constitucionales*, *Revista de Derecho Constitucional: Umbral*, N3 (Quito, 2013): 69.

¹⁹⁴ María Teresa Sierra, “Pluralismo Jurídico e Interlegalidad”, en “Pluralismo Jurídico”, *Revista de Derecho Constitucional: Umbral*, N°4 (Tomo II, Quito, 2014): 49.

En cumplimiento de sus competencias, la Corte, a través de la jurisprudencia desarrollada en la sentencia Nro. 004-14-SCN-CC, con el objetivo de evitar vulneraciones a derechos constitucionales, hizo un esfuerzo interesante en la interpretación del artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal. Partiendo de una perspectiva intercultural, señaló que cuando a la administración de justicia llegare el conocimiento de un posible delito contra la vida, en donde exista participación de individuos pertenecientes a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, previo a llegar a una resolución, se debe generar un estudio antropológico, sociológico y de los posibles derechos colectivos afectados para cada uno de los casos concretos.

De igual forma, la Corte Constitucional ecuatoriana, en sentencia N° 004-14-SCN-CC, al referirse a la interpretación intercultural como principio de la justicia intercultural expresa que esta “no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas”.

La Corte se pronunció sobre este tema, desde un enfoque pluricultural, plurinacional e intercultural, dejando de lado un “constitucionalismo monocultural que tenía como eje de acción a la cultura occidental en donde no se incluía las realidades ni las racionalidades de los pueblos y nacionalidades indígenas consideradas como “minorías”. ”¹⁹⁵

Al manifestarse sobre el presente caso objeto de investigación, el caso La Cocha, el más alto organismo de interpretación constitucional se quedó corto en el análisis de los problemas planteados en él. La sentencia solo resuelve parcialmente los problemas y cuestiones de fondo. Sin embargo, restan otros conflictos que debieron ser analizados por la Corte. Este organismo dejó pasar la oportunidad histórica de establecer un precedente que permita garantizar, efectivamente, una coexistencia armónica entre la justicia ordinaria e indígena.

La posición asumida por la Corte Constitucional es totalmente contradictoria al concepto de interculturalidad—y a la calificación misma del Estado ecuatoriano como

¹⁹⁵ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 004-14-SCN-CC.

plurinacional e intercultural—, pues limitó las competencias de la jurisdicción indígena para conocer los delitos que se cometan contra la vida.

La sentencia constituye un precedente negativo para la administración de justicia indígena en el Ecuador y, por ende para el reconocimiento del pluralismo jurídico, puesto que ubica a la justicia indígena en una posición de subordinación frente a la justicia estatal. De esta manera, desconoce la cultura, costumbre y derecho propio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La concepción de la protección a la vida y los mecanismos de sanción que establecen, desde la cosmovisión de estos grupos, han sido desconocidos por parte de la Corte Constitucional.

La sentencia de la Corte Constitucional en el caso “La Cocha” inobserva la competencia material plena que tienen las autoridades indígenas para administrar justicia en su territorio y, como consecuencia de esto, la vigencia del pluralismo jurídico en el Ecuador.

Como ya se mencionó, en el Ecuador, el ejercicio de la jurisdicción indígena se encuentra limitado por la Constitución, los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Adicionalmente, en la actualidad, también está limitado por la sentencia N° 113-14-SEP-CC que establece que las autoridades indígenas de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el caso de delitos contra de la vida, como bien jurídicamente tutelado, no serán competentes para conocerlos, juzgarlos ni sancionarlos.

De igual manera, la Asamblea Nacional tampoco ha cumplido con el mandato constitucional contenido en el artículo 171 de aprobar una ley que establezca mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Desde la Constitución de 1998 hasta la fecha, han pasado 17 años sin que el pluralismo jurídico reconocido en las Cartas Constitucionales haya sido efectivamente materializado; por lo que se ha convertido en un mero enunciado.

Al analizar el caso La Cocha, la Corte Constitucional se refiere exclusivamente a la vulneración al derecho a la vida; sin embargo, es imperioso preguntarnos: ¿acaso la Corte Constitucional deberá esperar a que llegue a su conocimiento todo el corolario de delitos existentes en la normativa ecuatoriana para pronunciarse sobre cada uno de ellos?,

¿o que llegue a su conocimiento casos vinculados a la afectación o violación a los derechos contenidos en el artículo 57, numeral 10 de la Constitución, es decir, de mujeres, niñas, niños y adolescentes? Es un planteamiento cuya respuesta la tiene únicamente la Corte, pero que partiendo de la posición asumida en el caso “La Cocha” resulta evidente.

De todo lo dicho, creemos que una de las perspectivas que tiene la Corte Constitucional para el afianzamiento del pluralismo jurídico en el Ecuador es la posibilidad de construir una concepción posimperial de los derechos humanos que reconozca los principios de interculturalidad, diversidad, continuidad histórica, entre otros.¹⁹⁶

Boaventura de Sousa Santos manifiesta que para llegar a esta construcción es necesario generar un diálogo entre las jurisdicciones indígena y ordinaria. Para ello, plantea dos problemas: el primero, parte de una realidad que comparten la mayoría de sistemas jurídicos indígenas en el mundo, y es que estos han sufrido violaciones prolongadas y masivas de los derechos humanos perpetradas en nombre del sistema jurídico dominante; y, el segundo, parte de la existencia de una falsa universalidad atribuida a los derechos humanos dominantes.¹⁹⁷

Una vez planteados los obstáculos para este diálogo, el reto de la Corte Constitucional ecuatoriana es construir una nueva arquitectura de derechos humanos que vaya tanto a las raíces que la cultura occidental reconoció como propias, como a las que rechazó como su exterioridad colonial. Esta lógica permitirá sentar las bases para una concepción intercultural de una política emancipadora de derechos humanos; que, en palabras de Santos, debe basarse en dos reconstrucciones radicales:

Por una parte una reconstrucción intercultural mediante la traducción de la hermenéutica diatópica, a través de la cual una red de lenguajes nativos de emancipación mutuamente inteligibles y traducibles encuentra su camino en una política cosmopolita insurgente. Por otra parte, una reconstrucción posimperial de derechos humanos centrada en deshacer los actos masivos de supresión [...] sobre los cuales la modernidad

¹⁹⁶Boaventura De Sousa Santos, *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos* (México: UNAM, 1998), 168.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 169.

occidental fue capaz de transformar los derechos de los vencedores en derechos universales.”¹⁹⁸

La Corte Constitucional debe asumir que el pluralismo jurídico es mucho más que un concepto que habla sobre el derecho exclusivamente, sino que implica, adicionalmente, un cambio estructural de la forma en que se ha estudiado y concebido el derecho. Es por ello que debe entenderse como objetivo del pluralismo jurídico: criticar, rivalizar y superar el paradigma jurídico moderno. Este paradigma dominante, que concibe al derecho de forma miope, ha partido de propuestas y principios impotentes para explicar cómo es, cómo funciona y por qué se comporta como lo hace el amplio espectro sociojurídico contemporáneo.¹⁹⁹

El pluralismo jurídico ha demostrado ser el sistema que permite entender y, sobre todo, explicar la multiplicidad de realidades y lógicas sociales que se van presentando diariamente en la administración de justicia. La Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, debería asumirlas como parte de su lógica jurídica, para poder entender, explicar y regular las necesidades sociales con perspectivas distintas a las que hegemónicamente han sido concebidas durante largo tiempo.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 186

¹⁹⁹ Liliana López, “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho”, en “Pluralismo Jurídico”, *Revista Umbral*, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador N°4 Tomo I, 2014), 58.

Conclusiones

El 30 de julio de 2014, la Corte Constitucional del Ecuador, dentro del ámbito de sus competencias, expidió la sentencia N°113-14-SEP-CC, en la cual se dejó sentado precedentes jurisprudenciales. Entre los más destacados y que fueron motivo de la presente investigación, se encuentran: 1) al existir un sanción en la justicia indígena sobre delitos contra la vida, la Corte Constitucional resolvió que no existe doble juzgamiento y por tanto es susceptible de ser conocido y sancionado en la justicia ordinaria; y 2) desde la fecha de expedición de la sentencia, todos los casos relativos a delitos contra la vida deberán ser conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria.

En razón de estos problemas, la pregunta central que se planteó en la investigación fue la siguiente: ¿De qué manera afecta negativamente la sentencia de la Corte Constitucional al reconocimiento de la justicia indígena y al pluralismo jurídico en el Ecuador? Para responder esta interrogante, nos planteamos cinco preguntas:

1.- ¿La sentencia de la Corte Constitucional reconoce el pluralismo jurídico igualitario?

Como ya se dijo, en esta sentencia la Corte Constitucional le otorga a la justicia penal ordinaria una jerarquía superior respecto de los demás sistemas jurídicos, al establecer como competencia exclusiva de la misma: conocer y resolver los casos que atenten contra el derecho a la vida. Al parecer, la Corte Constitucional ubicó en diferente rango a las leyes penales y a los sistemas jurídicos indígenas; como consecuencia de esta sentencia, se limitó su competencia más allá de lo que determina la Constitución y los tratados internacionales. Las autoridades indígenas deberán tomar en cuenta también las leyes penales y sus procedimientos, dejando de lado la cosmovisión de sus pueblos. Como señala Agustín Grijalva:

[...] mientras la justicia indígena es vista como una suerte de método alternativo o de mediación para la solución de conflictos menores y locales (una justicia informal con fuertes propensiones a la violación de derechos humanos), la justicia ordinaria es percibida como el sistema realmente jurisdiccional, de carácter nacional y formal, que puede y debe resolver los problemas verdaderamente importantes, la única que puede

tutelar derechos constitucionales. Este enfoque es estructuralmente contrario y violatorio de los principios y valores propios de un Estado plurinacional, el cual se halla formalmente establecido tanto en Ecuador como en Bolivia.²⁰⁰

2.-¿La sentencia de la Corte Constitucional reconoce la competencia de los sistemas jurídicos indígenas para conocer casos sobre delitos contra la vida?

Como ya señalamos, la Corte Constitucional en la sentencia analizada establece que solo los sistemas jurídicos penales ordinarios tienen la capacidad de juzgar y sancionar los delitos contra la vida.

El mandato constitucional contenido en el artículo 171 ha sido indebidamente interpretado por la Corte Constitucional, al desconocer la resolución dictada por las autoridades indígenas en el caso objeto de análisis. Como consecuencia, las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ya no pueden aplicar su derecho propio dentro de su territorio.

Tanto la Constitución, como el Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas no establecen límites a las materias sobre las cuales los pueblos indígenas pueden impartir justicia aplicando su propio derecho.

La Corte Constitucional no garantizó a los involucrados el derecho a ser juzgados por su “Juez Natural”. De esta manera, desconoció las competencias constitucionalmente reconocidas a las autoridades indígenas para conocer casos en los que participen integrantes de la comunidad y ocurran dentro de su territorio. Por lo tanto, se contrariaron los preceptos estipulados en los artículos 57, 76 y 171 de la Constitución.

3.- ¿Existe vulneración de derechos humanos en las resoluciones indígenas sobre los delitos contra la vida?

Los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales constituyen límites subjetivos, tanto de los sistemas jurídicos indígenas como de los ordinarios, de conformidad con el artículo 171 de la Norma Suprema.

²⁰⁰ Agustín Grijalva y José Luis Exeni Rodríguez, “Coordinación entre justicias, ese desafío”, en Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez, editores, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, La Paz-Bolivia, octubre 2012), 715.

La Constitución no otorga competencia exclusiva al sistema jurídico ordinario para conocer y resolver casos de violación de derechos, así como tampoco excluye a los sistemas jurídicos indígenas del tratamiento y resolución de los mismos.

El artículo 57 numeral 10 de la Constitución ecuatoriana establece que el derecho propio o consuetudinario no puede vulnerar derechos humanos, en particular de mujeres, niñas, niños y adolescentes. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana manifestó que, en la administración de justicia indígena, se deben observar las siguientes prohibiciones en la aplicación de sanciones: a) pena de muerte; b) la esclavitud; c) la tortura, la servidumbre y los tratos crueles, inhumanos y degradantes; de igual forma, se debe garantizar el debido proceso.²⁰¹

Del informe pericial de Esther Sánchez Botero—ya citado—, se desprende que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho a utilizar la fuerza física (*imperium*) para lograr el acatamiento de las decisiones (*iudicium*) mientras se respete el derecho a la vida e integridad corporal.²⁰²

Además de que el caso fue sometido a la decisión de las autoridades indígenas, argumentando que “eran las autoridades indígenas el juez natural”.

4. ¿La sentencia de la Corte Constitucional es reflejo de garantía de los derechos humanos?

La sentencia de la Corte Constitucional realiza una diferencia respecto del bien jurídico protegido en la justicia indígena y en la justicia ordinaria.

Para la Corte Constitucional, el derecho a la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución, en el marco del Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos. Por esta razón, su protección constituye la máxima obligación del Estado.

Como consecuencia, el Estado tiene la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y adoptar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano. No solo como derecho objetivo, esto es, como una obligación

²⁰¹ Colombia. Corte Constitucional de Colombia, sentencias No. T-254/94 y No. T-349/96. Véase también Anexo 1: Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, p. 52

²⁰² Anexo 1: Esther Sánchez Botero, *Peritaje en antropología jurídica*, p. 52

jurídica que busca subsanar el impacto social que una muerte provoca, sino también como derecho subjetivo, inherente a cada persona.²⁰³

De lo señalado en el capítulo III, parecería que para la Corte Constitucional no es suficiente la sanción que, en la administración de justicia indígena, se impone a los involucrados en estos delitos, porque se orienta a la “sanación” y “reparación”. Esto se diferencia del sistema procesal penal ordinario, donde se ha asociado a la privación de la libertad como mecanismo para evitar la impunidad.

La Corte Constitucional no consideró en su sentencia que dentro de la justicia indígena existen mecanismos de reparación en casos de muerte. Si se determina la responsabilidad de los involucrados por parte de las autoridades indígenas, se impone sanciones conforme su derecho propio y sus costumbres. Tal como sucedió en el caso La Cocha, donde sí existieron sanciones a los involucrados y que han sido detalladas anteriormente.

La Corte hizo mal en señalar que dentro de la justicia indígena no existe reparación en casos de delitos contra la vida, la consecuente responsabilidad subjetiva de quien o quienes provocaron la muerte y, como consecuencia de ello, la impunidad del delito.

Lo que buscan las sanciones de la justicia indígena es producir en el individuo que ha cometido una infracción en contra de la comunidad una sanación, empleando procedimientos como el *ckiskqui yazca*, el arrepentimiento, entre otros.

De esta manera, las sanciones impuestas por las autoridades indígenas del pueblo kichwa Panzaleo garantizan un debido proceso en la administración de justicia desde su cosmovisión propia, sin dejar en la impunidad a los delitos. Las sanciones impuestas tienen el objetivo de que los integrantes de la comunidad no incurran en este tipo de acciones que desequilibran la armonía y la paz en la colectividad.

5. ¿Cuál es el aporte de la Corte Constitucional en relación al *non bis in ídem* y a la diversidad cultural?

Uno de los problemas que se planteó en esta investigación tiene relación con la aplicación del principio *non bis in ídem*. La sentencia presupone un retroceso al derecho en general, pero, sobre todo, al derecho de los pueblos indígenas. Esto se debe que se

²⁰³ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

declaró que si bien las autoridades indígenas observaron el debido proceso y eran competentes para conocer los conflictos de la comunidad y gozaban de autonomía jurisdiccional, no estaban capacitados para sancionar delitos contra la vida. Para sustentar esta afirmación, se argumentó que el bien jurídico protegido de la cultura indígena era diverso al de la justicia ordinaria; así, se violentó uno de los principios de los sistemas jurídicos no ordinarios: la diversidad cultural.

De igual forma, consideramos que el concepto de seguridad jurídica de acudir ante el juez natural y que sus decisiones sean respetadas y garantizadas por el Estado para evitar el doble juzgamiento se derrumba; más aún, luego de haber reparado de alguna manera el daño causado y con la voluntad de querer rehabilitarse (purificarse y sanarse) para volver a obtener el equilibrio en sus vidas y en la comunidad.

A nuestro parecer, la sentencia del caso “La Cocha” vulnera el marco jurídico constitucional e internacional que reconoce los sistemas jurídicos indígenas, estableciendo, de esta manera, una serie de restricciones a los sistemas jurídicos indígenas.

Asimismo, la sentencia desconoce la aplicación del derecho propio de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro de su jurisdicción territorial, así como también la capacidad de sancionar a sus miembros por la vulneración del derecho a la vida, cuya tutela se encuentra también garantizada.

En efecto, esta sentencia podría entenderse como el sometimiento de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a las leyes occidentales. Como consecuencia de ello, se encuentran subyugados a procedimientos desconocidos y pertenecientes a un mundo fuera de su cosmovisión; con ello se provoca el desconocimiento de un Estado calificado como plurinacional e intercultural.

Bibliografía

Textos académicos

- Aguirre, Pamela. “El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de paradigma?”. En *Garantías jurisdiccionales y derechos constitucionales, Revista de Derecho Constitucional: Umbral*, N3. Quito, 2013: 69-102.
- Andrade, Santiago; Grijalva, Agustín; Storini, Claudia, edit. *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Ariza, Libardo y Bonilla, Daniel. “El pluralismo jurídico: Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”.En Griffiths, John;EngleMerry, Sally; y Tamanaha, Brian.*El debate sobre el Pluralismo Jurídico*. 19-85. Bogotá: Universidad de Los Andes/Siglo del Hombre Editores, 2007.[Versión digital]<<http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>>.
- Arnaud, André. “Legal pluralism and the building of Europe”.En Hanne Petersen y Henrik Zahle (eds.). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. 149- 169.Aldershot: Dartmouth, 1995.
- Atienza, Manuel. “Pluralismo Jurídico”.En Antonio Enrique Pérez Luño (et al). *Diccionario Jurídico. Filosofía y Teoría del Derecho e información jurídica*.128. Granada: Comares, 2004.
- Ávila Linzán,Luis Fernando. “Los caminos de la Justicia Intercultural”.En Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Caicedo Tapia,Danilo (edit.).*Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*175-218. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y justicia”.En Avila Santamaría, Ramiro Fernando, ed.; *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. 19-38. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Bonilla Urvina, Marcelo. "Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía Estatal y Lucha por el reconocimiento de la Justicia Indígena". En Ariza, Rosemberg; Huber, Rudolf; Lachenal, Cécile; y Martínez, Juan Carlos, coordinadores, *Hacia Sistemas jurídicos plurales*.51-70.Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftunge.V., 2008.
- Chávez, Gina. "El Derecho Propio. ¡Destapando la caja de Pandora!". En Ávila Santamaría, Ramiro; Grijalva Jiménez,Agustín; y Martínez Dalmau,Rubén, ed., *Desafíos constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*.67-88.Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos*. México: UNAM,1998.
- Estado, Derecho y Luchas Sociales*. Bogotá: ILSA, 1991.
- García, Fernando. "La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad". En Andrade Ubidia, Santiago y Ávila Linzan, Luis, compiladores. *La transformación de la justicia*.480-498 Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- GarcíaFalconí, José. "La garantía constitucional del non bis in ídem".*Revista constitucional: derechoecuador.com*. 28 de julio de 2001.En <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2011/06/27/la-garantia-constitucional-del-non-bis-in-idem>>.
- Grijalva, Agustín. *Coordinación entre justicias, ese desafío, en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia*. Quito, AbyaYala, 2012.
- Grijalva, Agustín y Exeni Rodríguez,José Luis. "Coordinación entre justicias, ese desafío".En de Sousa Santos, Boaventura y Exeni Rodríguez,José Luis, editores, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*.700-732. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012.
- Hans JürgenBrandt, Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El Tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*, Lima, Instituto de Defensa Legal, IDL, 2006.
- Irigoyen Fajardo, Raquel. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

- Iturralde, Diego y Stavenhagen Rodolfo, *Entre la ley y la costumbre, El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- Iturralde, Diego. “Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos N° 41*, (mayo 2015): 132-134.
- Illaquiche, Raúl. “Administración de justicia indígena en la ciudad: estudio de un caso”.*Revista Yachaikuna*.Marzo, 2001: 6.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.
- Larrea Holguín, Juan. *Manual de Procedimiento Civil*.Quito: Corporaciones y Estudios, 2002.
- Llasag, Raúl. “Jurisdicción Indígena especial y su respeto en la Jurisdicción Estatal”. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2007.
- López, Liliana. “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho”.En “Pluralismo Jurídico”, *Revista Umbral*.Quito: Corte Constitucional del Ecuador N°4 (Tomo I, 2014):31-66.
- Montaña Pinto, Juan. “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia”.En Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Caicedo Tapia,Danilo (edit.).*Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*.251-296.Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ots y Capdequi, José M.*Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Madrid: Aguilar, 1968.
- Poveda, Carlos. “Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones”, Foro: *Revista de derecho*, N° 8 (II semestre 2007): 179-189.
- Ramírez Torrado, María Lourdes; Illera, María de Jesús; García Iragorri, Alexandra "Justicia de Paz y Conciliación en Equidad: ¿opción alternativa de Resolución de conflictos comunitarios en Barranquilla?". *Revista De Derecho* ISSN: 0121-8697, Ediciones Uninorte, 2012. Pp. 307-329. En <https://www.google.com/search?q=Mar%C3%ADa+Lourdes+Ram%C3%ADre>

z+Torrado%2C++Articulo+de+Investigaci%C3%B3n%2C+universidad+del+norte%2C&ie=utf-8&oe=utf-8>

- Rey Martínez, Martínez. “La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: Un derecho en transformación y expansión”. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 7, N. ° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. 2009:331-360.
- Ron, Ximena. “El Control Constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en el Ecuador”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2011.
- Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, “La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador”, en “Pluralismo Jurídico”, *Revista Umbral*, N°4, Tomo II, Quito, 2014: 167-180
- Sierra, María Teresa. “Pluralismo Jurídico e Interlegalidad”. En “Pluralismo Jurídico”, *Revista de Derecho Constitucional: Umbral*, N°4. Tomo II, Quito, 2014: 33-56.
- Stavenhagen, Rodolfo. “*América Latina: derecho consuetudinario*”. En Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- Todorov, Tzvetan. *La Conquista de América: El problema del Otro*. México, Siglo XXI, 1989.
- Torre Rangel, Jesús. *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991.
- Trujillo, Julio César. “Administración de Justicia Indígena”. En Salgado, Judith, comp., *Justicia Indígena Aportes para un Debate*. Quito: Abya-Ayala, 2002.
- Villavicencio, Gaitán. “Pluricultural e interculturalidad en el Ecuador: el reconocimiento constitucional de la justicia indígena”, *Ponencia presentada en el Seminario sobre Administración de Justicia Indígena, Guayaquil, 10 de Abril del 2002*, Fundación El Universo- Universidad Andina Simón Bolívar.
- Wolkmer, Carlos. “Mundialización cultural, pluralismo jurídico y derechos humanos”. En “*Pluralismo Jurídico*”, *Revista Umbral*, N°4. Tomo I, Quito, 2014:197-212

-----“Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina”.*Revista el Foro Colegio de Abogados* N° 12, 2008: 197-212.

Zambrano Álvarez, Diego. “Justicias ancestrales; analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”.En Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Caicedo Tapia,Danilo (edit.).*Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*.219-250 Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Normativa

Colombia. *Constitución Política de Colombia* [1991].
<<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>.

----- Corte Constitucional de Colombia, sentencia ST.496 de 1996.

-----Corte Constitucional de Colombia, sentencia ST-349 de 1996.

-----Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-384 de 1994.

-----Corte Constitucional de Bogotá, Sentencia C-521 de 2009.

-----Corte Constitucional de Colombia.Sentencia C-037/96.

----- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-254/94.

-----Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 811-04

-----Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá.Sentencia T-866/13 27 de noviembre de 2013.

-----Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá.Sentencia T-416 de 1998

Convención Americana sobre Derechos Humanos(1969).

Convención para la Promoción y la Protección de la Diversidad de Expresiones Culturales (2005)

Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (2005).

Ecuador. Asamblea Nacional. Acta de la sesión del Pleno de la Asamblea Nacional N°175 de 17 de mayo de 2012.

-----*Código Orgánico de la Función Judicial*.

-----*Constitución Política de la República del Ecuador*, 1998.
<<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html#mozTocId284638>>.

-----*Constitución de la República del Ecuador* [2008] Quito: Asamblea Nacional

-----*Constitución del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

-----Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC.

-----Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 001-10-SIN-CC

-----Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 004-14-SCN-CC de 6 de agosto de 2014.

-----Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia N.0 008-09-SAN-CC, caso N. 0 0027-09-AN.

-----Corte Constitucional ecuatoriana. Caso 0731-10-EP de 30 de julio de 2014

----- Tribunal Constitucional, causa No. 0002-2003-CC, de 17 de junio de 2003.

España. Primera Sala del Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. STC 2/1981, de 30 de enero de 1981.

Guatemala. Corte Suprema de Justicia Penal de Guatemala. Sentencia No. 218-2003 de 7 de Octubre de 2004

Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2007).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(1966).