

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

**Aproximaciones sobre pluralismo jurídico y la justicia indígena en el  
Derecho Constitucional ecuatoriano**

**Análisis a partir de la regla jurisprudencial contenida en la sentencia  
No. 113-14-SEP-CC, caso “La Cocha 2”**

Nadia Sofía del Cisne Añazco Aguilar

Tutora: Lina Victoria Parra Cortés

Quito, 2020





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Nadia Sofía del Cisne Añazco Aguilar, con cédula número 0703410852, autora de la tesis intitulada “Aproximaciones sobre pluralismo jurídico y la justicia indígena en el Derecho Constitucional ecuatoriano: Análisis a partir de la regla jurisprudencial contenida en la sentencia No. 113-14-SEP-CC, caso “La Cocha 2”, 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 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 formato virtual, electrónico, digital u 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.

Fecha: .....

Firma: .....



## Resumen

La presente investigación examina el reconocimiento constitucional de la Justicia Indígena, a través de una discusión en torno al Pluralismo Jurídico a partir de los hechos ocurridos en los casos “La Cocha 1” y “La Cocha 2”. Esta temática además pertenece al marco del Estado Plurinacional e Intercultural ecuatoriano, particularmente a la aplicación de los sistemas de justicia indígena en crímenes contra la vida.

Así, en el primer capítulo se realiza un acercamiento a lo que comprende el pluralismo jurídico como el contexto en el cual se enmarca el caso denominado “La Cocha”, desde el monismo jurídico hasta el desarrollo y evolución del pluralismo jurídico en Latinoamérica, concretamente en Ecuador. De igual forma, se examina las implicaciones de la interculturalidad y plurinacionalidad sobre el pluralismo jurídico, seguido de un breve estudio de la justicia indígena en nuestro país, a fin de comparar y analizar sus cuerpos legales, así como su relación con la Constitución.

A continuación, en el segundo capítulo revisan los estándares internacionales sobre justicia indígena para el Ecuador, como las normativas de la ONU, la OIT y la OEA. Por consiguiente, se verán algunas sentencias que servirán de preámbulo para el análisis del caso “La Cocha 2”. También se analiza la jurisprudencia constitucional sobre justicia indígena, concretamente del caso “La Cocha 2”, antecedentes, fallo, así como la aplicación de las disposiciones normativas pertinentes. El capítulo cierra con un análisis crítico sobre la regla jurisprudencial de cumplimiento obligatorio dictada en el caso “La Cocha 2”, para aproximarse a sus causas y repercusiones en el pluralismo jurídico ecuatoriano.

Se espera que el estudio de este caso pueda aportar a futuras investigaciones sobre conflictos similares con relación a la justicia indígena, de forma que no se imponga un derecho sobre otro, y se hagan las consideraciones necesarias para que prevalezca el sentido de justicia, respetando los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, conforme a la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.



A las comunidades indígenas que han sabido conservar sus rasgos culturales y tradiciones ancestrales, a pesar de los años de represión de la cultura occidental.



## **Agradecimiento**

A mis padres por haberme ensañado el valor de los estudios, la preparación académica, por impulsarme a seguir formándome profesionalmente, por su apoyo y confianza incondicional. A todos quienes formaron parte de este camino, a mi esposo, familia, profesores y compañeros, por su respaldo y aliento en todo momento.

Especialmente, a mi bebé por acompañarme en la recta final de este camino y llenarme de amor, inspiración y fortaleza.



## Tabla de Contenidos

Introducción .....	13
Capítulo primero El sistema jurídico ecuatoriano y el pluralismo jurídico .....	15
1. Del monismo al pluralismo jurídico.....	15
1.1 Configuración histórica del pluralismo jurídico.....	23
1.2 Breves antecedentes del pluralismo jurídico en Latinoamérica .....	30
2. Pluralismo jurídico en el Estado Constitucional de derechos y justicia.....	34
3. Las implicaciones de la interculturalidad y de la plurinacionalidad sobre el pluralismo jurídico .....	46
4. La(s) justicia(s) indígena(s).....	51
5. Una mirada general al tratamiento del pluralismo jurídico en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.....	60
Capítulo segundo Análisis de la regla jurisprudencial sobre justicia indígena dictada en el caso La Cocha 2 .....	69
1. Los estándares internacionales sobre justicia indígena para el Ecuador.....	69
1.1 Normativa específica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) .....	71
1.2 Declaraciones de las Naciones Unidas .....	75
1.3 Instrumentos y mecanismos de protección de la Organización de los Estados Americanos.....	78
2. Análisis del caso La Cocha 2. Contenido y repercusiones.....	81
2.1 Antecedentes: Caso La Cocha 1 .....	82
2.2 Caso La Cocha 2: Hechos y argumentos de la demanda .....	85
2.3 Estudios antropológicos realizados dentro del caso La Cocha 2.....	87
2.4 Contenido de la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, caso La Cocha 2.....	91
3. Análisis crítico sobre la primera regla jurisprudencial dictada dentro del Caso La Cocha 2 .....	101

4. Alcances y límites de la jurisdicción especial indígena desde la normativa legal en el Ecuador .....	108
Conclusiones .....	113
Bibliografía .....	121

## Introducción

Ecuador reconoce otros sistemas de justicia a partir de la Constitución Política de 1998 como el sistema indígena consuetudinario, con ello el país empezó a considerar una perspectiva diferente al monismo jurídico. Concretamente, los pueblos y nacionalidades indígenas de Ecuador han administrado su propia justicia desde hace mucho tiempo, por lo que no es casual los conflictos generados con el sistema de justicia estatal, ya que tienen orígenes, concepciones y objetivos distintos. Por ejemplo, en lo que a sentido de justicia se refiere, la justicia indígena busca restablecer el orden, la armonía y la paz social, ya que tiene un fuerte sentido de comunidad; es más, sus principios fundamentales son *ama killa, ama shua, ama llulla* (no mentir, no robar, no ser ocioso).

Con la vigencia de la nueva Constitución de Ecuador, tuvo lugar un precedente jurisprudencial sobre la competencia de las autoridades indígenas frente a las autoridades de la justicia ordinaria. Por ello, la presente investigación examina el reconocimiento constitucional de la Justicia Indígena, a través de una discusión en torno al pluralismo jurídico y el análisis de la jurisprudencia emanada por el máximo órgano de justicia, control e interpretación constitucional en el Ecuador.

Por consiguiente, en el primer capítulo se realiza un acercamiento al pluralismo jurídico, partiendo del monismo jurídico, en Latinoamérica y especialmente en Ecuador; esto se complementará con un breve estudio de la justicia indígena en nuestro país. Mientras, en el segundo capítulo se revisan los estándares internacionales sobre justicia indígena para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para luego, examinar de forma concreta y crítica la sentencia expedida por la Corte Constitucional en el caso La Cocha 2.

La importancia de esta temática radica en examinar cómo confluyen dentro de un mismo espacio varios sistemas jurídicos, los posibles conflictos que su aplicación puede generar en contextos jurídicos plurales y cómo se puede ejercer una coordinación eficaz que permita la aplicación y el desarrollo de otros sistemas como la justicia ancestral, de forma paralela al derecho estatal; en tanto, en la praxis se ha evidenciado que a pesar de que la justicia indígena se encuentre reconocida por la Constitución e instrumentos internacionales como el Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas, persiste la negación de su legitimidad y los problemas en su aplicación.



## Capítulo primero

### El sistema jurídico ecuatoriano y el pluralismo jurídico

En este capítulo se realiza un acercamiento a lo que comprende el pluralismo jurídico como el contexto en el cual se enmarca el caso denominado “La Cocha 2”, desde el monismo jurídico hasta el desarrollo y evolución del pluralismo jurídico en Latinoamérica y particularmente en Ecuador. Asimismo, se examina las implicaciones de la interculturalidad y plurinacionalidad sobre el pluralismo jurídico, seguido de un breve estudio de la justicia indígena en nuestro país, a fin de comprender sus procedimientos y formas de impartir justicia. Posteriormente se examinará el tratamiento que ha recibido el pluralismo jurídico en Ecuador, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

#### 1. Del monismo al pluralismo jurídico

Para definir al monismo jurídico es preciso remitirse a la visión tradicional y positivista del Derecho, aquella que entiende a este concepto como la existencia de un único sistema de normas que regula la sociedad, en donde la producción jurídica se encuentra reservada al Estado. Se habla de monismo jurídico para referirse al reconocimiento de un solo sistema legal, y que precisamente se trata del derecho estatal, de ahí que, también se lo denomina como *centralismo jurídico*.

El autor Farit Rojas cataloga al monismo jurídico como una forma de concebir el poder donde el Estado ostenta el poder, es el único generador de normas y por tanto es el encargado de configurar el sistema jurídico.<sup>1</sup> Consecuentemente, no se reconocen sistemas paralelos que regulen las relaciones jurídicas.

Por otra parte, Libardo Ariza y Daniel Bonilla sostienen que el monismo jurídico: “oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y elimina por definición el que, en ocasiones, sea

---

<sup>1</sup> Farit Rojas Tudela, “Del Monismo al Pluralismo Jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional”, en *Los derechos individuales y los derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina*, ed. Eddie Córdor (La Paz: Garza Azul, 2011), 22 <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54330.pdf>

normativamente adecuado que coexistan diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado [...]”.<sup>2</sup>

El Derecho, analizado desde la teoría monista, se refiere entonces única y concretamente al ordenamiento jurídico producto de la actividad legislativa del Estado, de ahí que, cuando hablamos de monismo jurídico se lo asocie con determinados principios generalmente aplicables al positivismo jurídico, como la igualdad, unidad política, seguridad jurídica.<sup>3</sup>

El *principio de igualdad*, entendido como la aplicación del sistema jurídico vigente a todos los ciudadanos y como la igualdad de estos ante la ley; el *principio de unidad política* que se refiere a la coherencia que debe existir entre las normas que integran un ordenamiento jurídico, en tanto estas emanan de una misma autoridad, lo que permite que el derecho constituya un todo, a lo que Boaventura de Sousa Santos define como *homogeneidad del Derecho*<sup>4</sup>; el *principio de seguridad jurídica* entendido como la certeza que genera la existencia de normas previas, respecto a su aplicación en la diferentes situaciones jurídicas; el *principio de soberanía*, a través de cual el Estado se consagra como el único ente generador de derecho; y, el *principio de autonomía del derecho*, que se refiere a que la producción del derecho y la administración de justicia son monopolio del Estado<sup>5</sup>.

Bajo esta línea de ideas, se puede establecer en primer término que el monismo jurídico se encuentra vinculado conceptual e históricamente al *liberalismo*<sup>6</sup>, doctrina de orden político, social y económico que surge a finales del siglo XVIII y que coincide con el centralismo jurídico en establecer como principios fundamentales, la existencia de un único poder soberano (el Estado), y el imperio de la ley como límite a cualquier tipo de ejercicio discrecional del poder y como garantía de los derechos a la libertad e igualdad de los ciudadanos. Esta precisión, nos permite acercarnos al origen histórico de la teoría

---

<sup>2</sup> Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, “El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, en *Pluralismo Jurídico*, (Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2002), 31.

<sup>3</sup> Ery Castro, “Monismo versus pluralismo jurídico”, *Metamorfosis jurídica*, 26 de mayo de 2013, <https://veronica-alfaro.weebly.com/monismo-y-pluralismo-juridico.html>

<sup>4</sup> Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad” , en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez (Quito: Abya Yala / Fundación Rosa Luxemburg, 2012), 20. [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia\\_Indigena\\_Ecuador.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf)

<sup>5</sup> *Ibid.*, 22.

<sup>6</sup> Daniel Bonilla Maldonado, “Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico”, *SELA*, (Universidad de Palermo: 2008), 4 [https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo\\_SELA\\_2008-Pluralismo-Juridico.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf)

monista del derecho, ligada también de forma directa al auge del *iuspositivismo*, como se revisará más adelante.

A inicios del siglo XIX la existencia de un único ordenamiento jurídico parecía ser la solución a los conflictos presentes antes del Estado Moderno, como la multiplicidad de sistemas jurídicos, la existencia de una diversidad de legisladores y autoridades con potestad de aplicar las normas. Así como sus consecuentes arbitrariedades dentro de los sistemas feudales, caracterizados, según Antonio Carlos Wolkmer, por una estructura difusa, sistemática y pluralista, donde cada estructura organizativa se regía por su derecho propio, fundado en las costumbres locales o precedentes de los juicios de tierras.<sup>7</sup>

Conforme sostiene el autor, la ideología política medieval se fundamenta en el reconocimiento de múltiples cuerpos sociales con su propia autonomía, lo cual permite advertir una marcada descentralización administrativa, política y jurídica dentro de la sociedad feudal; además, el autor recalca que siendo una sociedad fundada en la propiedad de la tierra y en la producción agraria, el Derecho de la época medieval tenía entre uno de sus objetivos legitimar la existencia de distintas clases sociales, a saber el clero, la nobleza y el campesinado.<sup>8</sup>

No obstante, el modelo de regulación jurídica existente hasta la época (pluralismo normativo o jurídico) dejó de mostrar su funcionalidad a medida que el feudalismo como modelo de producción y desarrollo económico fue perdiendo terreno, en virtud del surgimiento del *capitalismo* como una nueva forma de producción, caracterizada por la preponderancia del capital y por una economía netamente mercantil, donde la propiedad privada de los medios de producción adquiere relevancia.

Ahora bien, el fortalecimiento del capitalismo se encuentra estrictamente ligado al surgimiento del *liberalismo*, ideología política que permitió hacer frente al régimen absolutista, cuyos postulados centrales constituían la libertad y la igualdad. Wolkmer sintetiza los fundamentos del liberalismo en tres ámbitos: *económico*, *político-jurídico* y *ético-filosófico*; así, sostiene que en lo económico la doctrina liberal se fundamenta en la libre iniciativa empresarial, propiedad privada y en la economía de mercado; en lo político-jurídico el liberalismo se basa en la vigencia del Estado de Derecho, la soberanía popular, la separación de poderes, la representación política y el reconocimiento de

---

<sup>7</sup> Wolkmer, *Pluralismo Jurídico, Fundamento de una nueva cultura del Derecho*, 39.

<sup>8</sup> *Ibid.*

derechos civiles y políticos; y, en el sentido ético-filosófico, sus postulados son la libertad personal, libertad de creencia e individualismo.<sup>9</sup>

El monismo jurídico, de la mano de la corriente liberal, configuraba un panorama completamente distinto al existente en la época feudal, generando en la sociedad moderna un orden y una unidad política, construidos sobre la base de un sistema de normas exclusivo, creado y aplicado por el Estado. Esta presencia de un solo sistema normativo dentro del Estado Moderno facilitó las relaciones jurídicas entre las personas, en acuerdo con Libardo Ariza y Daniel Bonilla.

Estos autores señalan que el monismo jurídico de corte liberal, en relación al antiguo régimen, presentaba un escenario político y jurídico mucho más fértil y amigable para resolver problemas de esta índole, en tanto ofrecía un soberano único frente a la multiplicidad de sistemas jurídicos del sistema feudal.<sup>10</sup> Es decir, el centralismo jurídico pretendía, precisamente, terminar con la diversidad de creadores y aplicadores de normas, y por el contrario, contar con un solo sistema normativo que otorgue a los ciudadanos la certeza de respuestas jurídicas previsibles frente a sus actuaciones, amparándose en principios como la igualdad y seguridad jurídica.

Los filósofos Thomas Hobbes y Jhon Locke, dentro de sus teorías contractualistas desarrolladas entre los siglos XVII y XVIII, evidencian la necesidad de contar con un único ordenamiento jurídico promulgado y aplicado por una sola autoridad (el Estado); de ahí que, autores como Wolkmer, Ariza y Bonilla, resaltan en el *contractualismo* indicios de la teoría monista del Derecho, en la medida que el surgimiento del estado civil, en acuerdo con las teorías del contrato social, resolvería los conflictos derivados del *estado naturaleza* en el cual se encontraban los hombres antes de la creación de la sociedad organizada.

Al respecto, Ariza y Bonilla señalan que la teoría del pacto social desarrollada por Hobbes refleja en mayor grado los postulados de lo que hoy se entiende como monismo o centralismo jurídico en un contexto previo a la existencia del estado político, la sociedad se encontraba en un *estado de naturaleza* donde los hombres eran iguales entre sí. No obstante, en virtud de esta igualdad, cada individuo se encontraba legitimado para perseguir sus intereses individuales y buscar su propia conservación, sumándole el hecho de que bajo este estado originario no existía autoridad alguna entre los hombres que regule

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, 47.

<sup>10</sup> Ariza y Bonilla, *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, 23.

o limite sus acciones<sup>11</sup>. Consecuentemente, desde la visión hobbesiana, según refieren los autores antes indicados, la igualdad de los individuos y la ausencia de normas que regulen la convivencia humana generaba un ambiente propicio para la confrontación entre los hombres, una guerra de todos contra todos en busca de la satisfacción del instinto de conservación individual.

Concebida así la sociedad, resultaba necesario constituir una forma de organización política y jurídica que permita establecer y aplicar las normas que regulen la conducta humana y las relaciones entre personas, a través de un ente imparcial. Para ello, según la teoría de Hobbes, se debía establecer un pacto social entre los individuos con el fin de otorgar o ceder parte de sus derechos a una instancia superior (el Leviatán), creada a través de este acuerdo de voluntades, con la finalidad de la protección de derechos y velar por el orden establecido. En virtud de este pacto social, los individuos ya no se regían por la ley natural, sino por los límites a sus libertades absolutas, impuestos por una ley creada por un tercero imparcial, a la cual todos debían someterse en función del contrato social celebrado.

Entonces, según Hobbes, el *pacto social* consistía en un acuerdo entre todos los individuos de la sociedad para otorgar su representación a un soberano, sea esta un hombre o una asamblea. Para Wolkmer, con esta teoría hobbesiana se plantea un concepto de *comunidad política absoluta*, el cual implica que la esencia del Estado está concentrada en una sola persona o en un parlamento, quien ostenta el poder soberano e inclusive tiene la potestad de usar la fuerza y los recursos necesarios a fin de asegurar la paz y la defensa común.<sup>12</sup>

De este modo los planteamientos de Hobbes, conjuntamente con las teorías postuladas por Locke o Maquiavelo respecto al surgimiento del estado político y el sobresaliente auge de la ideología liberal-individualista, propiciaron el surgimiento del denominado Estado moderno. Consecuentemente, se estableció un orden estatal secularizado con autoridad suprema para promulgar y aplicar leyes, soberanía ilimitada, que a su vez gozaba de total obediencia de los individuos. Por esto el brasileño Wolkmer sostiene que en el moderno estado occidental “el proyecto de legalidad que acaba

---

<sup>11</sup> Ariza y Bonilla, *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, 3.

<sup>12</sup> Wolkmer, *Pluralismo Jurídico, Fundamento de una nueva cultura del Derecho*, 49.

imponiéndose es aquel creado, validado y aplicado por el propio Estado, centralizado en el ejercicio de su soberanía nacional”.<sup>13</sup>

Por otra parte, como se había manifestado inicialmente, la relación entre la concepción monista del Derecho y el *positivismo jurídico* es evidente pues, en términos generales, este último representa la teoría jurídica del Estado moderno. Además, se fundamenta principalmente en los postulados de Hans Kelsen, autor que rechaza rotundamente la existencia de sistemas jurídicos plurales. Es más, Kelsen afirma que los ordenamientos jurídicos vienen dados exclusivamente por el derecho legislado, entendiéndose por tal el conjunto de normas promulgadas por el Estado, en acuerdo con un procedimiento establecido previamente por una norma jerárquicamente superior. Para el filósofo austriaco, el positivismo jurídico va ligado a la concepción democrática del Estado, pues considera que esta teoría busca la defensa de ciertos valores, tales como la legalidad, el orden y la certeza, todos ellos fundados en la existencia de un ordenamiento jurídico único y expedido por un ente estatal; por ello Estado y Derecho son conceptos indisolubles para Kelsen.<sup>14</sup>

La teoría del positivismo jurídico para Bobbio se encuentra igualmente ligada al surgimiento del concepto de Estado, en cuanto afirma que es aquella concepción del derecho que “vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercer la coacción: el Estado”.<sup>15</sup> De esta manera, Norberto Bobbio afirma que el positivismo jurídico consiste en la monopolización del poder de producción jurídica únicamente por el Estado. Consecuentemente, entendiéndolo al positivismo jurídico como la teoría que se fundamenta en la existencia de normas jurídicas establecidas por el Estado, y que a su vez constituyen un todo o una unidad, a ser aplicada estrictamente dentro de un conglomerado social, se evidencia su clara vinculación con lo que se había definido previamente como centralismo jurídico.

Dentro de este contexto, configurado por un sistema económico capitalista y fundamentado en la corriente filosófica liberal, surge el derecho estatal como única forma de producción jurídica en la sociedad moderna; a través del cual se pretendía también garantizar la supervivencia de la burguesía como clase dominante y la protección de sus derechos, bienes e intereses de orden económico mediante el establecimiento de un ente

---

<sup>13</sup> *Ibíd.* 51

<sup>14</sup> Hans Kelsen, “¿Qué es el positivismo jurídico?”, *Juristenzeitug*, n° 15, 16, trad. Mario de la Cueva, (Tuebingen: 1965),134, <https://www.jstor.org/stable/i20807605>

<sup>15</sup> Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*. (México: Ediciones Fontamara, 2007), 49.

que concentre el poder, cree, valide y aplique el Derecho<sup>16</sup>. El centralismo jurídico tiene también como uno de sus principales aspectos el fortalecimiento de la soberanía del Estado, en tanto, como se había señalado es el único creador y aplicador de las normas que regularán las conductas y relaciones sociales, a las que estarán sometidos todos los individuos como también el propio Estado; en tal sentido, A. Wolkmer afirma que:

El Estado moderno atribuye a sus órganos legalmente constituidos, la decisión de legislar (poder legislativo) y de juzgar (poder judicial) a través de leyes generales y abstractas, sistematizadas formalmente en un cuerpo denominado Derecho positivo. La validez de estas normas se da, no por la eficacia y aceptación espontánea de la comunidad de individuos, sino por haber sido creadas en conformidad con los mecanismos procesales oficiales, revestidos de coacción punitiva, provenientes del poder público. [...] Ocurre que, al crear leyes, el Estado se obliga frente a la comunidad a aplicar y resguardar tales presupuestos. Al respetar ciertos derechos de los individuos y al limitarse a su propia legislación, el Estado moderno oficializa una de sus retóricas más aclamadas: el “Estado de Derecho”.<sup>17</sup>

Siguiendo la línea del autor brasileño, es preciso destacar las cuatro etapas que identifica dentro del desarrollo del monismo jurídico, estas son: “la formación, la sistematización, el apogeo y la crisis del paradigma”<sup>18</sup>. En lo que respecta a la fase de formación del centralismo jurídico (siglos XVI y XVII), el autor la asocia históricamente a hechos como el fortalecimiento del capitalismo y del poder aristocrático, en detrimento del declive de la Iglesia y del pluralismo corporativista medieval, además, sugiere que la formación del centralismo jurídico se relaciona directamente a la filosofía política de Thomas Hobbes en la cual la producción jurídica estaba subordinada a la voluntad de quien ostentaba el poder político; como ya se revisó previamente para Hobbes, el Derecho es únicamente aquel que proviene del Estado.

La segunda etapa denominada sistematización (siglo XVIII y XIX), para el autor tiene lugar a partir de la Revolución Francesa y se trata de la consolidación del Derecho estatal, influenciado ya por las teorías de la separación de poderes y de la soberanía nacional, en virtud de las cuales se fortalece la idea de la ley escrita como fuente principal de Derecho. En esta fase, se advierte ya un proceso de codificación de las normas, de ahí que se establece su relación con el positivismo jurídico. Para Wolkmer, la etapa de sistematización evidencia una gradual reducción del Derecho estatal al Derecho positivo, en tanto “se consagra la exigencia de que todo el Derecho no es sólo es Derecho en cuanto

---

<sup>16</sup> Wolkmer, *Pluralismo Jurídico, Fundamento de una nueva cultura del Derecho*, 50.

<sup>17</sup> *Ibíd*, 53.

<sup>18</sup> *Ibíd*, 54

producción del Estado, sino, sobre todo, de que sólo el Derecho positivo es verdaderamente Derecho”.<sup>19</sup>

El tercer momento de la evolución del monismo jurídico (siglo XX), Wolkmer lo identifica con la construcción técnico formal de una ciencia del Derecho, *legalidad dogmática*, representada principalmente por la Teoría pura del Derecho de Kelsen. En esta fase del desarrollo del centralismo jurídico se afianza la idea de que el Derecho está compuesto por normas imperativas impuestas en la sociedad a través de la coacción que reside únicamente en el Estado. Ya para este momento, se entiende a Estado y Derecho como un mismo concepto, constituyen un todo único.

Finalmente, el autor expresa que, en la cuarta etapa de evolución denominada *pluralismo jurídico y legalidad alternativa*, se crean y se aplican derechos provenientes de las luchas y prácticas sociales comunitarias, independientes de los organismos del Estado. Así, surge una nueva lógica, una nueva forma de justicia, caracterizada por ser consensual. Por lo tanto, en un espacio tan diverso como el latinoamericano, han surgido nuevos modelos plurales y democráticos de justicia que persiguen el desarrollo de ciertas prácticas llamadas de *legalidad alternativa* que no se refieren a un uso alternativo del derecho, sino a la construcción de otras formas jurídicas.<sup>20</sup> En tal sentido, resulta comprensible que actualmente se busque re conceptualizar el derecho oficial, debido al involucramiento cultural con sus respectivos diversos discursos.

En breve, no cabe duda que el monismo jurídico dejaba de lado a las otras sociedades y grupos sociales. Cuando finalmente se empieza a tomar consciencia de ello es que se vislumbra un pluralismo jurídico que, en el caso ecuatoriano, fue impulsado tanto por el movimiento indígena, como por algunos teóricos, abarcando, proponiendo y definiendo conceptos como la pluri y la interculturalidad. De esto, cabe destacar la complementariedad de estos términos, además relacionados con una propuesta teórica de las teorías de la decolonialidad, las cuales reflexionan sobre las consecuencias coloniales en la cultura. Estas teorías se oponen a otra manera de analizar el fenómeno de la independencia de las colonias europeas en Sudamérica, parten de investigaciones poscoloniales, por ejemplo, con autores como Edward Said y con énfasis en otros aspectos tales como los conflictos políticos en temas de derechos civiles e inmigración.

---

<sup>19</sup> *Ibíd*, 58.

<sup>20</sup> *Ibíd*, 67.

## 1.1 Configuración histórica del pluralismo jurídico

Ciertamente, la idea de orden ha sido una constante en las relaciones sociales, como resultado de la convivencia, el sentido de conservación, y la necesidad de cierta figura de autoridad para evitar o reducir, en lo posible, el caos social. Esto puede observarse en el comportamiento humano a lo largo de la historia de la humanidad, desde el hombre primitivo hasta el señor feudal. Con respecto a este sentido de orden, cada ciencia lo examina desde su perspectiva; por ejemplo en la filosofía, a partir de los postulados de Hegel y Luhmann, donde el primero expresa que la identidad resulta de articular la identidad y la no identidad, mientras que el segundo define el orden como la unidad de orden y desorden, sistemas son rutinas y azares; se puede inferir una domesticación parcial del desorden.<sup>21</sup> En cambio, la ciencia política relaciona orden con la idea de mantener la estabilidad. Por consiguiente, el tema del pluralismo jurídico atraviesa diferentes etapas de la historia occidental, medieval, moderna y contemporánea, en las que hubo numerosas interpretaciones, enfoques y diversidades sociales, cada cual con su propia doctrina, política o espiritual.

En cuanto a la ciencia jurídica, el orden está ligado a la noción de orden jurídico y sistema jurídico; el primero, más que el conjunto de normas se refiere a la entidad creada por las mismas; el segundo comprende tanto a las normas jurídicas como ideologías propias de cada territorio sobre lo que es el Derecho y su función en la sociedad. Concretamente, el renombrado jurista Hans Kelsen distinguió entre órdenes y sistemas jurídicos, donde los primeros se caracterizaban por ser consistentes, es decir, convierten al caos en cosmos, mientras que la multiplicidad de normas jurídicas producidas por los órganos jurídicos se convierte en un sistema unitario y consistente.<sup>22</sup>

Asimismo, el pluralismo jurídico abarca múltiples sistemas jurídicos en un mismo territorio. Al respecto, Rojas lo define como “el reflejo de una postura que disemina el poder, éste ya no está aquí o allá, sino que se multiplica, se desplaza, haciendo mucho más complejo el entendimiento de la soberanía”.<sup>23</sup> Es decir, tiene algunos principios básicos, como que no hay un solo Derecho del estado y que existe una diversidad de grupos sociales que proyectan leyes. Por ello, hay otros espacios de administración de

---

<sup>21</sup> Danielin Nerarity, “Pensar el orden y el desorden: una poética de la excepción”. *CONVIVIAM* n°19, (2006): 174, <https://www.raco.cat/index.php/Convivium/article/view/73246/98875>

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, (México: Porrúa, 1991), 85.

<sup>23</sup> Rojas Tudela, “Del Monismo al Pluralismo Jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional”, 22.

justicia, ya que el Estado no representa la centralidad del derecho, pues se plantea una pluralidad.

Por otra parte, Bobbio se refiere a la existencia de un derecho espontáneo o derecho diverso, que emana directamente del comportamiento de los individuos, teoría que surge como crítica al formalismo del positivismo jurídico, particularmente al de las fuentes del derecho bajo esa óptica.<sup>24</sup> Mientras que Boaventura de Sousa, si bien identifica esta tensión en la articulación de los diferentes ordenamientos jurídicos, también sostiene que dicha interrelación da origen a lo que él denomina *hibridaciones jurídicas*.<sup>25</sup> Estas hibridaciones comprenden a los conflictos que surgen entre los ordenamientos jurídicos que, a su vez, permiten que las relaciones entre estos sean más permeables a las influencias mutuas, por lo que los límites entre uno y otro ordenamiento resultan más difíciles de identificar.

Dicho de otra forma, Sousa destaca que las hibridaciones no se dan solo a nivel estructural (nivel macro), sino también en un *nivel micro*, el cual comprende las experiencias y representaciones jurídicas de los ciudadanos y de los grupos sociales, fenómeno al que denomina como *interlegalidad*. A través de este concepto, el autor pretende resaltar la *dimensión fenomenológica* del pluralismo jurídico en tanto sostiene que “apunta a comprender las múltiples relaciones entre los sistemas jurídicos en su síntesis práctica, lo cual contrasta con las perspectivas normativas del pluralismo jurídico interesadas en mostrar las particularidades de los sistemas normativos en sus lógicas propias”.<sup>26</sup>

Según afirma Daniel Bonilla Maldonado<sup>27</sup> el pluralismo jurídico tiene tres vertientes: Pluralismo Jurídico Clásico, Nuevo Pluralismo Jurídico y Convencionalismo. El Pluralismo Jurídico Clásico analiza las relaciones entre el derecho europeo y el derecho autóctono en contextos coloniales, pues el espacio colonial sirvió para la observación y experimentación del que surgieron algunas de las técnicas punitivas y gubernamentales hoy por hoy comunes en Occidente. Además, como resultado de la violenta expansión europea, distintos pueblos y culturas fueron forzados a ser incluidos en la cultura occidental, quienes tuvieron la “necesidad gubernamental” de erradicar el salvajismo y

---

<sup>24</sup> Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, 42.

<sup>25</sup> De Sousa, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, 55.

<sup>26</sup> Boaventura de Sousa, “Pluralismo Jurídico e interlegalidad”, *Pluralismo Jurídico, Umbral, Revista de Derecho Constitucional*, n°4 (Quito, Corte Constitucional del Ecuador y CEDEC, 2014), 35.

<sup>27</sup> Bonilla, *Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico*. 20

“civilizar” América. Con todo, el derecho no era un instrumento importado, más bien sus instituciones jurídicas occidentales diferían de cierta forma de aquellas propias de las culturas ancestrales.

Por otro lado, el Nuevo Pluralismo Jurídico se enfatiza en la pluralidad de ordenamientos jurídicos, trasciende la coexistencia del derecho europeo con los sistemas jurídicos tradicionales y se ocupa de los órdenes normativos dentro de los confines de un mismo Estado. Por tanto, se desprende de los espacios coloniales y poscoloniales, atacando la exclusividad del derecho estatal, y se extiende al estudio de las relaciones entre el derecho y la sociedad en sociedades industrializadas y post-industriales. De este modo, puede considerar otras fuentes de producción jurídica dentro del espacio territorial del Estado. Así, este pluralismo jurídico se encuentra prácticamente en todas las sociedades, con o sin pasado colonial, pues también busca comprender cómo ciertos grupos producen y generan su propio derecho, tales como una organización criminal o una ronda campesina.

El Convencionalismo por su parte no busca construir un concepto del derecho a partir de la experiencia del derecho estatal, sino especificar criterios para la identificación y delimitación del derecho; es decir, en lugar de indagar por contenidos específicos, se toma al derecho como una construcción cultural. En este contexto, el pluralismo jurídico se da cuando uno o más tipos de derechos son reconocidos en las prácticas sociales de un grupo en un espacio determinado.

Se puede establecer entonces que el pluralismo jurídico es un hecho que se contrapone con el monismo jurídico y, en el caso específico de Latinoamérica, los pueblos indígenas se han vuelto un sujeto emergente que ha impactado en los diversos órdenes jurídicos y ha logrado ciertas reformas constitucionales para reivindicar sus derechos; por ejemplo, reconocimiento de sus sistemas jurídicos, sus jurisdicciones, colocando siempre como límite los derechos consagrados por la Constitución y aquellos reconocidos por los tratados internacionales pertinentes.

Por tanto, la coexistencia de diferentes órdenes jurídicos implica enormes desafíos no solamente para la sociedad sino para el Estado, pues tienen una evolución diferente que, por ejemplo, en el caso ecuatoriano y otros países de Suramérica, por un lado, responde a una legislación mestiza que se diferencia de la colonial; y, por otro lado, una legislación autóctona, indígena con mayor o menor influencia. Así, en esta coexistencia se perciben distintos valores culturales y religiosos.

En los órdenes jurídicos plurales surgen conflictos sobre la jurisdicción de los respectivos órganos y sobre la aplicación de derecho que se parecen a los conflictos entre los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados soberanos o entre el derecho estatal centralizado; tal como lo plantea Lorena Ávila en su texto *Pluralismo jurídico y comunidades indígenas*<sup>28</sup>, si un no indígena comete una infracción en territorio indígena, ¿se tendrá que someter a la jurisdicción de las autoridades indígenas o puede insistir en la persecución penal por parte de las autoridades estatales?, ¿cómo se procede en el caso inverso, es decir si un indígena comete un delito fuera de su territorio? En estos casos se usan prioritariamente dos puntos de partida en la legislación y en la jurisdicción, a saber, el territorial (¿dónde se cometió el delito?) o el personal (¿a qué cultura pertenece el infractor?).

Aparte de definir si intervienen las autoridades indígenas o las estatales, también hay que decidir qué derecho material se aplica. Una determinada conducta puede representar una mala conducta (ilícita) según el derecho indígena, pero según el derecho estatal no, o viceversa. Esto puede repercutir en la interpretación del principio de certeza jurídica o del principio *nulla poena sine lege*.

Los defensores del pluralismo jurídico sostienen que el centralismo o monismo jurídico representa una ideología que es necesario dismantelar, pues corresponde con una centralización del poder político en el Estado para definir las distintas formas de control mediante un único sistema jurídico, que a su vez imposibilita la existencia de otros sistemas. Al respecto, Antonio Pena citado por Bravo indica 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)”.<sup>29</sup> Por su parte, Kelsen agrega que la soberanía estatal efectivamente es el “principal instrumento de la ideología imperialista dirigida contra el derecho internacional”.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Lorena Ávila, “Pluralismo jurídico y comunidades indígenas”, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Accedido el 3 de septiembre de 2019. <https://www.kas.de/es/web/rspla/rechtspluralismus-und-recht-der-indigenen-gruppen.-studiengruppe-prujula>.

<sup>29</sup> Antonio Pena, *La otra justicia: a propósito del Art. 149 de la Constitución Peruana* (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, de Negociación y Mediación, 1999), 4 citado en Giovanni Francisco Bravo Rodríguez, “Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador” (tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015, 9, <http://hdl.handle.net/10644/4672>

<sup>30</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, citado en Claudio Luzzati, Más allá de Kelsen: monismo y pluralismo en el derecho internacional, DOXA 22 (Universidad de Alicante, 1999), 149, <http://hdl.handle.net/10045/10295>

Por lo tanto, se puede constatar que el monismo jurídico era una herramienta de conservación de un *statu quo* que no consideraba a los otros grupos que conformaban un conglomerado social, más que a los detentores del poder; de ahí que, se puede advertir en dicho centralismo jurídico conductas que incluso pueden ser catalogadas como discriminatorias, en relación a las minorías de una sociedad cuyas formas de impartir justicia o sistemas jurídicos no eran reconocidos. Entonces, es innegable la existencia de otros órdenes jurídicos producto de las necesidades de autorregulación que van surgiendo en las sociedades por la lucha o reclamo de grupos históricamente marginados. Así se empieza a configurar el pluralismo jurídico, primero como una visión que pretendía combinar una visión europea del Derecho y los Derechos nativos, y luego, hasta la actualidad, al reconocer múltiples órdenes jurídicos, “trascendiendo las barreras tradicionales del Derecho, dando incluso lugar a órdenes jurídico-normativos deslocalizados, desterritorializados o transnacionalizados”.<sup>31</sup>

Entonces, bajo la óptica del pluralismo jurídico, se deben distinguir las distintas categorías que la doctrina plantea respecto a este concepto, así es posible referirse al pluralismo jurídico en sentido interno, externo, aparente y fuerte.<sup>32</sup> El pluralismo jurídico *interno* se presenta cuando dentro de un único sistema jurídico existen diferentes reglas aplicables a un caso concreto; en este tipo de pluralismo Hoekema distingue dos clases, el pluralismo jurídico social, que se presenta cuando el derecho oficial no ha reconocido a los distintos ordenamientos socialmente presentes, y el pluralismo jurídico formal, presente en los casos donde el Estado reconoce la existencia de distintos sistemas jurídicos.<sup>33</sup> Mientras que en el pluralismo jurídico *externo* coexisten una pluralidad de diferentes órdenes legales vinculados entre ellos.

Dado que estas modificaciones no siempre se hicieron con el fin de mantener la coherencia de la acción estatal, la unidad del derecho fue sacudida. Además, por acción de presiones asimétricas, tanto internas como externas, sobre la actuación del Estado, la regulación estatal llegó a asumir una gran heterogeneidad interna.

---

<sup>31</sup> Iker Barbero, “Sociología jurídica”, *Corpus Iuris Regionis* n°12 (2012): 3, [http://portal.unap.cl/prontus\\_unap/site/artic/20110201/asocfile/20110201105508/corpus\\_iuris\\_12\\_\\_1\\_.pdf](http://portal.unap.cl/prontus_unap/site/artic/20110201/asocfile/20110201105508/corpus_iuris_12__1_.pdf)

<sup>32</sup> Ariza y Bonilla, “Pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”. 42.

<sup>33</sup> André Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El otro derecho*, n° 26-27 (2002): 70, [http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho\\_26\\_27/El\\_otro\\_derecho\\_26.pdf](http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf)

Por otro lado, a partir de los estudios de Libardo Ariza y Daniel Bonilla, el sentido *aparente o débil* del pluralismo jurídico se constata cuando el ordenamiento jurídico estatal reconoce la existencia de otros sistemas jurídicos únicamente con el afán de subordinarlos, por consiguiente, seguimos hablando de la existencia de un sistema jurídico *unitario* con *pluralidad de mecanismos jurídicos* a aplicarse a una misma situación.<sup>34</sup> En otras palabras, cuando dentro de un mismo sistema se incluyen normas que pertenecen otro sistema ocurre un pluralismo jurídico débil, como en el caso del reconocimiento de usos y costumbres en contextos coloniales o postcoloniales. Por tanto, Ariza y Bonilla reflexionan que el pluralismo jurídico débil es un ajuste de un sistema cuya ideología básica es el monismo jurídico.

Dentro de estas concepciones interesa principalmente el pluralismo jurídico en sentido *fuerte*, pues el mismo tiene lugar cuando se constata “la presencia dentro de un grupo social de múltiples órdenes legales, en donde la existencia de un orden legal separado conlleva la existencia de una regla de reconocimiento distinta: esto es, los órdenes legales separados no son reducibles el uno al otro”;<sup>35</sup> a diferencia de lo que ocurre con la concepción *débil* del pluralismo jurídico que, como se indicó, alude a aquellas situaciones en las que dentro de un mismo sistema jurídico se incluyen normas de otros sistemas.

En clara relación con la definición en sentido fuerte, se puede distinguir también el pluralismo jurídico de tipo igualitario planteado por Hoekema, según el cual, el derecho estatal coexiste en igualdad de condiciones con otros ordenes jurídicos, aceptando que estos surgen como manifestaciones propias de las diversas comunidades o conglomerados presentes en la sociedad; de ahí que, bajo esta óptica igualitaria, el derecho oficial no se reserva la facultad de validar o legitimar otros sistemas jurídicos.<sup>36</sup>

Si bien hasta hace poco el pluralismo jurídico se enfocó en la coexistencia de ordenamientos jurídicos locales e infra-estatales conjuntamente con el derecho estatal, hoy en día el estudio de esta corriente además identifica a los ordenamientos jurídicos supranacionales. Con todo, esto no se refiere al derecho internacional público sino a imperativos jurídicos concebidos por los estados hegemónicos, o por poderosos actores económicos, es decir, contempla dos ámbitos posibles, un pluralismo jurídico

---

<sup>34</sup> Ariza y Bonilla, “Pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, 39

<sup>35</sup> *Ibíd*, 38

<sup>36</sup> *Ibíd*, 41.

*subnacional* y otro *supranacional*. Esta idea recoge un profundo punto de vista sociológico en el análisis del Derecho y establece que el *espacio-tiempo* del derecho está constituido por tres elementos, local, nacional y global; cada uno de estos espacios tiene su propia normatividad y racionalidad jurídica, tornando así las relaciones más densas entre estos, debido a la pluralidad cada vez mayor de ordenamientos jurídicos.

Se puede decir que la legitimidad de las fuentes en el pluralismo jurídico está en la comunidad. Efectivamente, en su propia historia, por ejemplo, los pueblos y nacionalidades indígenas han tenido su propio derecho, pero al ser invadidos sufrieron injusticias como el despojo de sus territorios, recursos, así como imposición de un sistema jurídico único, rígido, inflexible que no los consideraba. En consecuencia, el accionar de esta fuente está legitimado por la población y por algunas de las autoridades locales del ámbito en donde operan. Tal como mencionan Díaz y Antúnez al referirse sobre las actuaciones de las autoridades indígenas, las consideran justas y legítimas porque “se basan en sus costumbres para la aplicación de la justicia indígena y mantienen el respeto al derecho del debido proceso, que garantiza el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los individuos”.<sup>37</sup>

Asimismo, este pluralismo abarca una interculturalidad con alcances emancipatorios, transformador desde abajo, para liberarse de cualquier clase de subordinación o dependencia, orientado contra toda forma de opresión o subordinación, o en otras palabras, desde los movimientos sociales en lugar de instancias globales. Por ello, esta interculturalidad debería proporcionar un enfoque integrador en la diversidad cultural; por el contrario, de hablarse de plurinacionalidad, se acentúan las diferencias y se tendría un efecto disgregador. Adicionalmente, existen organizaciones que enfatizan la interculturalidad y apoyan la creación de espacios institucionales que la hagan posible, ya que la entienden también como el proceso para generar y obtener espacios e instituciones que la hagan posible, y así consolidar realmente un Estado plurinacional.<sup>38</sup>

Por otra parte, existe una configuración del pluralismo jurídico como resultado de la globalización y las nuevas relaciones orientadas a la conformación y alineación de una sociedad capitalista moderna, que son un cambio en relación a la interpretación monista del Derecho, con un Estado encargado de la normativa jurídica. Así, el escenario

---

<sup>37</sup> Eduardo Díaz y Alcides Antúnez, “El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador”, *Revista Temas Socio Jurídicos*, n° 70 (2016): 99, 106, doi.org/10.29375/01208578.2503

<sup>38</sup> Agustín Grijalva Jiménez, “Del presente se inventa el futuro: Justicias indígenas y Estado en Ecuador” en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Ediciones Abya Yala, 2012), 72.

globalizado ha provocado cambios en los conceptos y efectos de lo jurídico, partiendo de la misma definición clásica de Derecho, la cual concebía lo jurídico como un conjunto de normas provenientes y exclusivas del Estado. Por consiguiente, este pluralismo también entra en el marco de las relaciones internacionales, al promover la existencia de marcos jurídicos transnacionales, así como espacios de solución de conflictos internacionales.<sup>39</sup>

Se puede deducir entonces que los Estados nacionales, gracias al pluralismo jurídico, finalmente buscan y recurren a medios para lograr una verdadera constitución de estados democráticos. El reto ciertamente radica en crear una normativa acorde a las políticas de mercado que consideran los derechos humanos, y aquellas que no, tendencias que están dividiendo la comunidad internacional actual, debido a circunstancias de políticas sociales, nuevas economías emergentes, y la adopción de medidas para proteger el medio ambiente y reducir la huella de carbono, entre otras. Esto es relevante señalar porque históricamente los Estados han priorizado el eje económico para el desarrollo del país, descuidando el aspecto cultural y la diversidad de grupos humanos que lo conforman.

## **1.2 Breves antecedentes del pluralismo jurídico en Latinoamérica**

El fortalecimiento del pluralismo jurídico en América Latina y su reconocimiento formal en los ordenamientos jurídicos es un tema contemporáneo, ligado precisamente al creciente reconocimiento constitucional de la diversidad étnica presente en los territorios latinoamericanos. La convergencia de cosmovisiones y de valores tanto culturales como jurídicos ha implicado todo tipo de conflictos, los cuales se multiplican si se añade la carga histórica de la conquista de los pueblos originarios de América, por parte de los imperios de España y Portugal alrededor del 1500.

Dicha conquista aún deja estragos en las poblaciones latinoamericanas, de hecho, justamente porque los imperios forzaron una forma de organización social, política y jurídica, es que hoy se revisa un pluralismo jurídico, el cual busca un balance, una reivindicación de las formas y poderes tras siglos de imposición cultural, por decir lo menos.

---

<sup>39</sup> Jorge Enrique Carvajal Martínez, “La Sociología Jurídica en América Latina. Diálogo con el derecho y Perspectivas”, *Espacio abierto* 25, n°3 (2016): <http://www.redalyc.org/jatsRepo/122/12249678010/html/index.html>

En particular, las concepciones estatales americanas evolucionaron durante siglos bajo un modelo jurídico continental hasta que se concretó en un convenio, las Capitulaciones de Santa Fe, fechadas el 17 de abril de 1492; con ellas, así como otros documentos despachados en los días sucesivos, Colón y los Reyes Católicos establecieron las bases jurídicas para gobernar un mundo por *descubrir*. Por obvias razones, dichas capitulaciones no consideraron las peculiaridades propias del territorio a gobernar, por lo que se basaban en otros principios, los de derecho medieval castellano (que estaban en tránsito del medioevo al modernismo), así como los derivados de la escasa experiencia obtenida por España en sus primeros contactos y conquistas en las islas de la costa africana (las Canarias).<sup>40</sup> Así, los territorios *descubiertos* fueron sometidos a la autoridad de los Reyes Católicos.

Durante la época de las colonias, e inclusive después, con territorios ya independizados, estas concepciones nutrieron al derecho nacional de cada país, enfrentándose a exigencias plurinacionales que demandaban el reconocimiento de sus culturas, así como de sus propias instituciones jurídicas. Por ello, casi cinco siglos después, gracias al incremento del respeto hacia los descendientes de los pobladores originarios, los estados plurinacionales plantean, analizan, consideran el rediseño de sus democracias, incorporando a las etnias originarias y respetando la integridad de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

El pluralismo jurídico positivo como tal se comenzó a formar con el desarrollo de los derechos humanos en general, esto es, a finales de la Segunda Guerra Mundial, época en la que se reforzó también el papel de la Organización Internacional del Trabajo, entidad que fue creada en 1919 por el Tratado de Versalles y que posteriormente paso a ser una agencia especializada de la Organización de Naciones Unidas (1945), adoptando a partir de ese momento un carácter universal y una configuración diferente que permitió un mayor desarrollo de normativo. Paralelamente, el nacimiento del pluralismo jurídico se vincula además a la creación de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial de la Salud, organismos que lograron el Convenio de los Pueblos Indígenas y Tribales N° 107 (1957). Dicho convenio fue ratificado por 27 países con el propósito de lograr la incorporación de los indígenas dentro del proyecto dominante de Estado-nación.

---

<sup>40</sup> Beatriz Bernal, El derecho indiano, concepto, clasificación y características, *Ciencia Jurídica* 7, 2015, 183.

Dentro del contexto latinoamericano, el pluralismo jurídico tuvo numerosos contratiempos, principalmente en los países que se negaban a reconocer a los pueblos indígenas, originarios. Sin embargo, el auge de movimientos indígenas a finales de los años 70 y 80 llamó la atención en los Estados latinoamericanos y en el debate internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas. Así, se acordó que los objetivos del Convenio 107 eran caducos, por lo cual, este fue reemplazado por el Convenio 169 (1989), basado en el respeto tanto de las culturas como de los estilos de vida de los pueblos indígenas y tribales, y reconocer su derecho a definir sus propias prioridades.

Con el Convenio 169 se empieza a vislumbrar un pluralismo jurídico propiamente dicho, ya que el mismo reconocía el derecho indígena, lo cual “coincide con el auge neoliberal y el multiculturalismo en la región, pero también con la emergencia a la escena política de un vigoroso movimiento indígena”.<sup>41</sup> Este convenio se fortaleció posteriormente cuando la OIT consideró a los trabajadores aborígenes de las colonias europeas y pueblos caribeños, al evidenciar que dichos pueblos necesitaban una protección especial, ya que estaban acostumbrados a ser expulsados de sus dominios ancestrales para volverse, a la fuerza, trabajadores temporeros, migrantes, serviles o domésticos.<sup>42</sup>

Por otra parte, en México, las discusiones teóricas sobre el derecho en relación con las situaciones sociales avalan el reconocimiento del carácter multicultural del Estado, la existencia de un Derecho propio y único en las comunidades, cuya normatividad comprende la diversidad étnica, la gerontocracia y la preservación de la naturaleza.<sup>43</sup> No obstante, es una cuestión que no existe del todo, ya que la Constitución mexicana no ha incorporado de manera radical el pluralismo jurídico como una manera de construir una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas y, además, una nueva concepción del propio Estado. Esto en gran parte se debe a que las reformas constitucionales en México no se realizaron a partir de un poder constituyente popular y participativo, que quedó mejor plasmado en los llamados Acuerdos de San Andrés. Estos acuerdos se habían firmado entre el gobierno mexicano y el ejército zapatista en 1996 para modificar la Constitución, otorgar derechos y autonomía a los pueblos indígenas de México. Al respecto, cabe recordar la Marcha del Color de la Tierra en 2001 encabezada por el

---

<sup>41</sup> Ortiz, “Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina Una panorámica de cuarto de siglo”, 2

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> *Ibíd.*, 369.

Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), que implicó una demanda de cumplimiento de estos acuerdos.<sup>44</sup>

En cambio, la Constitución de Brasil en su artículo 231 reconoce a los pueblos indígenas su organización social, creencias, tradiciones, sus derechos sobre sus tierras, mas no hace mención a sus sistemas normativos. El artículo 232 agrega que son partes legítimas para establecer juicios en defensa de sus derechos e intereses, pero que debe realizarse con la intervención del Ministerio Público. Asimismo, dicha constitución establece que la Unión legislar tiene la facultad exclusiva de legislar sobre pueblos indígenas, y el Estado debe proteger sus manifestaciones culturales.<sup>45</sup> Actualmente, el pluralismo jurídico en Brasil se caracteriza por consolidar las posturas doctrinales referidas, que promueven la crítica desde la teoría y la praxis jurídica, para establecer ciertas tendencias de desarrollo de la región Andina.<sup>46</sup>

Por otra parte, dentro de estas reivindicaciones de los pueblos originarios de América también se enmarca lo que a derechos de la naturaleza se refiere, pues en el año 2008, el Ecuador fue pionero en reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos, aunque en la práctica estos hayan resultado vulnerados en más de una ocasión, ya sea por la mega minería o la explotación del Yasuní, por mencionar algunos ejemplos. Otro ejemplo, es el de Nariño que mediante el Decreto 348 de 15 de julio de 2019 se convirtió en el primer departamento de Colombia en reconocer los derechos de la naturaleza.<sup>47</sup> Al respecto, existe el Derecho Internacional del Medio Ambiente, que impulsa normas internacionales para su debida protección, con una obligación general de los estados en evitar daños medioambientales de otros países o zonas más allá de la jurisdicción nacional, como está recogido en la Declaración de Río de Janeiro de 1992.<sup>48</sup> Estas nuevas cuestiones pueden englobarse dentro de lo que se denomina una búsqueda de justicia climática, cuyo propósito es evitar el incremento de nuevas amenazas.

---

<sup>44</sup> Magdalena Gómez Rivera, “Los pueblos indígenas y la razón de Estado en México: elementos para un balance”, *Nueva antropología* no.78 (2013): 44, 49, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15929710003>

<sup>45</sup> Brasil, *Constitución Política de Brasil de 1988*, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>

<sup>46</sup> Eduardo Díaz, “El Pluralismo Jurídico en América Latina”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 68 No. 271 (2018): 368-369 doi: 10.22201/fder.24488933e.2018.271.65367

<sup>47</sup> Laura Sánchez, *Nariño, primer departamento que reconoce los derechos de la naturaleza*, *RCN Radio*, 22 Jul 2019, <https://www.rcnradio.com/colombia/sur/narino-primer-departamento-que-reconoce-los-derechos-de-la-naturaleza>

<sup>48</sup> Nelson Hadad, Los desafíos de la COP 25, *El Libero, columnas de opinión*, 17 de junio de 2019, <https://ellibero.cl/opinion/nelson-hadad-los-desafios-de-la-cop-25/>

Hoy en día, los distintos estados y territorios atraviesan diversos desafíos para procurar la mejor vida posible para su gente. Es en este enfrentamiento contra la adversidad que se pueden crear alianzas entre países o descubrir oportunidades de negocios. Por lo tanto, este nuevo contexto multicultural global considera una vinculación con grupos que, por prejuicios culturales, fueron marginados o ignorados. Este es el caso de los indígenas, en particular los de Ecuador, que han progresado paulatinamente en el reconocimiento de sus principios de justicia.

## **2. Pluralismo jurídico en el Estado Constitucional de derechos y justicia**

La Constitución ecuatoriana en su artículo primero reconoce al Ecuador como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”;<sup>49</sup> en perfecta consonancia con dicha declaración, las normas constitucionales consagran la aplicación de la justicia indígena, la mediación, el arbitraje y la justicia de paz, como otro tipo de mecanismos para la resolución de conflictos, además de la justicia ordinaria o el derecho estatal. Sobre lo dicho, cabe enfatizar que el sistema jurídico ecuatoriano propone, a nivel teórico, un *pluralismo jurídico fuerte de tipo igualitario*, en tanto ofrece la idea de que nos encontramos frente a distintos órdenes jurídicos que al ser reconocidos por la norma suprema coexisten en igualdad de condiciones, sin dejar de señalar que en igual sentido podría enmarcarse en la concepción del *pluralismo jurídico subnacional*, que tal como quedó establecido previamente, comprende la coexistencia de distintos sistemas regulatorios a nivel infra-estatal.

En particular, los pueblos y nacionalidades indígenas han administrado su propia justicia en acuerdo con sus principios consuetudinarios. Empero, no fue sino hasta el establecimiento del Estado plurinacional que dichas nacionalidades fueron reconocidas dentro del aparato estatal. Desde entonces el reto radica en, como lo plantea Boaventura de Sousa Santos, concebir de manera adecuada las políticas públicas, las cuales permitan consolidar los postulados constitucionales para el desarrollo de la nación como la pachamama, el sumak kawsay, la plurinacionalidad, la democracia comunitaria, la justicia indígena, y la interculturalidad.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

<sup>50</sup> Boaventura de Santos. *Derecho y emancipación*. (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012). 27-28

En consecuencia, se pasará a revisar los medios alternativos de solución de conflictos presentes en la Constitución ecuatoriana, pues como Estado constitucional, de derechos, intercultural y plurinacional, reconoce una diversidad en la composición de su población, lo cual también se manifiesta en la diversidad cultural, y por ende, se extiende al ámbito jurídico. En este sentido, dichos medios alternativos pueden ser entendidos como formas de pluralismo jurídico en la medida en que consisten en sistemas normativos con mecanismos y procedimientos disímiles a los contemplados por el derecho ordinario, por tanto, su reconocimiento implica la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro del mismo espacio geográfico. Se trata de normas y procedimientos que circulan en el entorno de la normativa estatal, los cuales convergen en un mismo fin, resolver conflictos para lograr justicia. Entonces, para determinar estas formas alternativas previstas en la Constitución de la República, será necesario examinar de modo general los artículos más relevantes que definen y desarrollan cada una de estas expresiones de pluralismo jurídico en el contexto ecuatoriano.

Para comenzar, podría decirse que los cambios relevantes en cuanto al reconocimiento de derechos en Ecuador se empezaron a configurar desde la Constitución de 1979, la cual trajo una serie de innovaciones, primero porque no fue solamente un concilio de abogados y legisladores, sino que fue redactada por un grupo reducido de personas, de forma que resultase progresista para el Ecuador que salía de la dictadura y retornaba al régimen democrático. Entre los aspectos más importantes de esta Constitución, se puede destacar su aprobación en referéndum, que le otorgó una legitimidad social y democrática que la distinguía de las Constituciones anteriores; así también, se proclamaba que “el Estado ecuatoriano condena toda forma de colonialismo, neocolonialismo y de discriminación o segregación racial. Reconoce el derecho de los pueblos a liberarse de estos sistemas opresivos”<sup>51</sup>, y en consonancia con ello, se establecía como principio general dentro del título de derechos y garantías, la obligación del Estado de garantizar a todos los individuos, el libre ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, previstos en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes <sup>52</sup>. Con ello, el retorno constitucional a la democracia denotó un amplio avance en materia de derechos.

Posteriormente, ya en la Constitución de 1998, se reconocía al país como: “un Estado de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y

---

<sup>51</sup> Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, 4

<sup>52</sup> *Ibíd.*, 44

multiétnico [...]”,<sup>53</sup> sobre esta base, la Constitución desarrolló y avanzó notablemente en derechos humanos de tercera y cuarta generación, así se reconocen los derechos de los niños y niñas, de las mujeres, de las personas con discapacidad y los derechos de los pueblos indígenas, para estos últimos, se consagra todo un catálogo de derechos colectivos.

La aparición de nuevos actores sociales y sus luchas, como la del movimiento indígena, generó la denominación del Estado como *pluricultural* y *multiétnico*. No obstante, los indudables avances alcanzados en materia de derechos y garantías no pudieron concretarse pragmáticamente debido al escaso apoyo y desarrollo institucional, esto es, la falta de mecanismos efectivos y concretos de realización de los derechos.<sup>54</sup> Paralelamente, el régimen económico previsto por la Constitución de 1998 mantenía los rasgos de un modelo liberal, contempló privatizaciones, leyes aplicables para buenos negocios, una fusión Estado-Empresa Privada no sustentada en el largo plazo, e introdujo por otro lado conceptos como *autonomía* y *descentralización*.<sup>55</sup> En particular, en materia de pluralismo jurídico, el artículo 191 establecía que:

Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.  
De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.  
Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.  
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. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.<sup>56</sup>

El artículo en referencia consagraba entonces, además de la vigencia del derecho oficial, la justicia de paz, el arbitraje, la mediación, los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos y la justicia indígena; reconociendo a esta última la facultad de ejercer atribuciones y funciones de justicia, tradicionalmente conferidas únicamente al sistema judicial estatal.

---

<sup>53</sup> Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de Agosto de 1998, 1

<sup>54</sup> Ramiro Ávila Santamaría, Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3821/1/PI-2012-05-Avila-Evoluci%C3%B3n%20de.pdf>

<sup>55</sup> Juan José Paz, Visión histórica de las constituciones de 1998 y 2008, Institut-gouvernance.org, <http://www.institut-gouvernance.org/en/analyse/fiche-analyse-449.html#h1>

<sup>56</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 191.

Asimismo, dicha Constitución reconocía las prácticas ancestrales como un método alternativo de resolución de los conflictos internos, dentro de las distintas comunidades indígenas, marcando así los primeros indicios de un pluralismo jurídico en el contexto ecuatoriano. Empero, es a raíz de la Constitución de 2008 que esto se ha visto potencialmente reafirmado, con el reconocimiento del Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural, principios que como veremos más adelante, implican una transformación integral en la forma de concebir el Estado y sus instituciones, y además se inscribe dentro del Ecuador la noción del pluralismo jurídico, a través del reconocimiento de sistemas jurídicos y otras nacionalidades existentes en el territorio ecuatoriano.

Sin embargo, como señala María Bernarda Carpio,<sup>57</sup> es importante mencionar que tanto en la Constitución de 1998 como en la de 2008 no se han fijado o establecido límites claros en cuanto a la competencia por materia; lo que invita a pensar que en teoría la jurisdicción indígena podría extenderse a todos los ámbitos, incluyendo el penal.

Como bien se señaló en líneas anteriores, la Constitución de la República del Ecuador se adscribe a la corriente del pluralismo jurídico no solo por el reconocimiento de la justicia indígena y del derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades, sino porque además contempla otros procedimientos alternativos al sistema judicial estatal para la solución de conflictos como el arbitraje, la mediación, entre otros; por ejemplo, en materia de contratación pública la propia norma suprema reconoce la aplicación del arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.<sup>58</sup>

Esta diversidad de procedimientos sirve para incorporar en un mismo espacio geográfico dos o más sistemas jurídicos; de hecho, el derecho consuetudinario muestra que algunas comunidades indígenas, según la gravedad del caso, se remiten al ordenamiento jurídico de otras autoridades, dando lugar a una mediación o conciliación comunitaria.<sup>59</sup> Por ello, puesto que el derecho indígena procura recuperar una armonía quebrantada, puede haber casos en que sus miembros busquen justicia en otras jurisdicciones.

---

<sup>57</sup> María Bernarda Carpio Frixone, “Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?”, *USFQ Law Review* 2, n° 1 (2015): 207–30, doi:10.18272/lr.v2i1.882.

<sup>58</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 190.

<sup>59</sup> Eduardo Díaz, “El Pluralismo Jurídico en América Latina”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 68 No. 271 (2018): 379, doi: 10.22201/fder.24488933e.2018.271.65367

Ahora bien, iniciando el análisis de las formas de pluralismo jurídico previstas en la Constitución ecuatoriana, la mediación en un sentido general, consiste en un procedimiento de solución de conflictos donde las partes son asistidas por un mediador, neutral para lograr un acuerdo voluntario de las partes. En cuanto a mediación concerniente al contexto de justicia indígena, esta es una forma alternativa de resolución de conflictos, junto con el arbitraje, por su similitud con el derecho indígena, aunque su campo de acción es limitado (asuntos como herencia, bienes, divorcio, entre otros). Si bien la mediación no constituye un órgano de la Función Judicial, sus funciones jurisdiccionales son reconocidas por la Constitución.<sup>60</sup> No obstante, cabe recordar que anteriormente los grupos indígenas no contaban con una intermediación durante el periodo colonial y a inicios del periodo republicano, por lo cual el siguiente artículo de la actual Constitución representa un aporte significativo y evidencia cómo la mediación puede ser aplicada también por organizaciones indígenas:

Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir. Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.<sup>61</sup>

Adicionalmente, el artículo 58 del Título III sobre Mediación Comunitaria en la Ley de Arbitraje y Mediación especifica el reconocimiento de la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para solucionar conflictos, al establecer que las comunidades indígenas y negras [afro ecuatorianas], así como organizaciones barriales y organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.<sup>62</sup>

Otro medio alternativo de solución de conflictos es el arbitraje que, junto con la mediación, se aplicarán con sujeción a la ley en materias en las que, por su naturaleza, se pueda transigir, con la diferencia que en el arbitraje es el árbitro quien dispone la solución para las partes, en lugar de un mediador que procura llegar a un acuerdo. En particular, la Ley de Arbitraje y Mediación expresa que es un mecanismo alternativo para solucionar

---

<sup>60</sup> Agustín Grijalva Jiménez y José Luis Exeni Rodríguez. “*Coordinación entre justicias, ese desafío*” en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012, 582.

<sup>61</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 190

<sup>62</sup> Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006, 16.

las controversias susceptibles de transacción. Es una antigua forma de solución que no interfiere con la Función Judicial, por lo que resulta ágil, con carácter imparcial y confidencial.<sup>63</sup>

Concretamente, el arbitraje es un procedimiento donde las partes delegan la solución de un conflicto a un tercero, el cual ha sido previamente designado. El árbitro, tras conocer el caso, conversar con las partes, pronuncia su fallo que es de cumplimiento obligatorio. Con todo, dichos métodos alternativos reconocidos por la Constitución son de aplicación legal limitada, con una validez restringida al ámbito privado o familiar. Esto, en el caso indígena, requeriría una mediación que además considere los diferencias de conceptos entre la justicia indígena y ordinaria, para llegar a un acuerdo justo para ambas partes, sin vulnerar ni desvalorizar la cosmovisión indígena. Por tanto, el arbitraje como la mediación, requieren una interpretación intercultural para comprender por qué la justicia indígena, en su concepción de justicia y derecho, no desvincula sino que conecta la armonía social con la natural.

Ahora bien, la justicia como principio y fin del Derecho tiene diversas formas de proyectarse, y sin duda ha sido una piedra angular en la construcción del Estado. De ahí que, en cuanto a los jueces de paz la Constitución establece que estos tendrán competencia para conocer y resolver en equidad aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción y de conformidad con la ley; utilizarán mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, respetando los derechos previstos en la Constitución.<sup>64</sup> En el caso de los jueces de paz, además del respeto a los derechos constitucionales y a la justicia indígena, se establece como límite para sus decisiones el dictaminar medidas de privación de la libertad.

Cabe mencionar que actualmente el sistema judicial ordinario se está diversificando, por lo cual existe un proceso de creación e implementación de nuevas unidades judiciales que limita a la justicia de paz para resolver ciertos conflictos, justamente porque hay nuevas unidades o juzgados especializados como los de familia o de violencia contra la mujer y la familia. Este tipo de justicia se refiere a un órgano jurisdiccional generalmente unipersonal de jurisdicción local, como un municipio o

---

<sup>63</sup> Soraya Borja Jácome, “La Constitución y la Justicia en el Ecuador”, *Educación y cultura* (2011): 44, <http://repositorio.unemi.edu.ec/handle/123456789/2979>

<sup>64</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Art 189.

comuna donde no hay un juzgado de primera instancia, por lo que tiene competencias exclusivas.

En Ecuador la justicia de paz puede resolver conflictos y controversias concretas determinadas en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial,<sup>65</sup> además, los juzgados de paz constitucionalmente son uno de los cuatro órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia. Sin embargo, a pesar de estar consagrados constitucionalmente y desarrollados en la norma legal indicada, falta mucho en materia de justicia de paz, para poder hablar de su real aplicación. Sobre este tema, desde la doctrina se considera que dicha jurisdicción debería contar con un modelo normativo propio, que incluya todos los elementos para que su aplicación sea viable a mediano plazo.<sup>66</sup>

De igual forma, existe el Arbitraje internacional, originado en convenciones, protocolos y tratados internacionales, suscritos y ratificados por el Estado, contemplado expresamente en el Art. 422 de la Constitución, en los siguientes términos:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. ***Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.*** No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional. (Resaltado fuera del texto)

No está de más recordar que el término internacional precisamente diferencia un arbitraje nacional, trasciende los límites territoriales del Estado y puede darse en las siguientes situaciones:

- Cuando las partes tienen distintas nacionalidades;
- Naturaleza de la controversia, de carácter internacional, por ejemplo, cuando los intereses de comercio exterior se ven afectados;

---

<sup>65</sup> José Ignacio Almeida Hernández, “Justicia de paz en el Ecuador: características principales, ventajas y problemática en su implementación” (tesis de grado, Universidad Internacional SEK, 2013), 93, <http://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/509>

<sup>66</sup> Cristina Cecilia Toro Morales, *La Implementación de la Justicia de Paz en el Ecuador*, (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2011) <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/899>, 82

- Otros criterios como el establecimiento de una sede extranjera para el arbitraje, el cual debe ser un país extranjero respecto de las partes.<sup>67</sup>

Asimismo, otra forma alternativa de solución de conflicto es la justicia comunitaria, la cual remite a las instituciones y prácticas de resolución de conflictos en contextos socioculturales definidos, es decir, se refiere a la organización socio política comunitaria. Este tipo de justicia llama la atención sobre la procedencia de los sistemas jurídicos, por lo que resalta la especificidad sociocultural organizativa de donde estos se derivan para administrar justicia. Estas prácticas socioculturales existen como sistema gracias a la persistencia de la comunidad como estructura social donde se desarrollan campos de acción, en lo político, religioso, económico y jurídico.<sup>68</sup>

Por todo lo anterior, queda visto que hay un pluralismo jurídico ecuatoriano amparado en la Constitución, cuya práctica inicia también con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, lo cual significó el compromiso de hacer lo necesario para introducir los principios del Convenio en la legislación nacional. Como se indicó previamente, esto se empezó a configurar desde la Constitución de 1998, donde se determinaba la posibilidad de que las autoridades indígenas ejerzan funciones de justicia, mientras que la actual Constitución, en la que se reforzó notablemente la corriente del pluralismo jurídico, reconoce a las poblaciones indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Aunque dicha diferencia parece ser menor, posee una amplia distinción conceptual, porque al referirse a funciones jurisdiccionales la Carta Magna les atribuye automáticamente un poder más completo a las autoridades indígena, pues jurisdicción comprende juzgar y ejecutar lo juzgado.

Visto de esta forma, el cambio de Constitución fortaleció al derecho indígena, valorando y reconociendo las normas y procedimientos basados en su propio derecho, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. En consecuencia, la Carta Magna de 2008 determinó el carácter pluralista del sistema judicial en Ecuador, particularmente en el artículo 171 que señala que las autoridades de las comunidades, pueblos y

---

<sup>67</sup> Iliana Isabel López Borja, “Análisis del arbitraje internacional en el Ecuador en la relación a las últimas reformas a la Constitución de la republica del ecuador y sus consecuencias”, (tesis de grado, Universidad de las Américas, 2013), 34, <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/130>

<sup>68</sup> Comisión Andina de Juristas, “Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los Países Andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia”. (Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009): 212, [https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/98CAJ\\_Estadodelarelacion.pdf](https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/98CAJ_Estadodelarelacion.pdf)

nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, como ya se destacó previamente.

En relación a la denominada justicia indígena, la Constitución de la República en el cuarto capítulo se refiere a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Antes de revisar el mismo, para esta investigación es pertinente examinar cada uno de estos conceptos. Para comenzar, comunidad tiene varias acepciones en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de las cuales la número cuatro delimita que es un “conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes”.<sup>69</sup> Pueblo en cambio, acorde con la segunda definición, sería una “población de menor categoría”.<sup>70</sup> Mientras que nacionalidad, en su tercera definición, comprende a “una comunidad autónoma a la que, en su Estatuto, se le reconoce una especial identidad histórica y cultural”.<sup>71</sup>

Cabe mencionar que, en ocasiones, estas acepciones pueden observarse como sinónimos, por lo cual se ha escogido los significados más útiles a la presente investigación, al momento de clasificar la diversidad étnica y cultural que engloba el pluralismo jurídico de Ecuador, considerando lo previsto en el artículo 56 de la Constitución: “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.”

Complementariamente, el artículo 57 es más exhaustivo, al manifestar que se reconoce y se garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución, pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, varios derechos colectivos, entre estos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 3 (Madrid: Mateu Cromo), 412.

<sup>70</sup> Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 8, 1260

<sup>71</sup> Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 7, 1059

<sup>72</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 57.

Estos derechos comprenden el libre ejercicio de una identidad propia de la comunidad, que corresponden con los derechos humanos, por ser inherentes a la especie humana, pero particularmente con los derechos indígenas, que constituyen derechos colectivos que surgieron justamente para reconocer las condiciones específicas de los pueblos originarios, por lo que además de los derechos humanos, estos abarcan derechos sobre territorio, idioma, entre otros que constituyen elementos propios de su identidad. A continuación, también se reconocen los derechos a:

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.<sup>73</sup>

Los derechos de estos numerales en cambio se podrían enmarcar en lo que son derechos indígenas y derechos territoriales, pues por un lado pertenecen a los derechos indígenas y la protección de sus tierras ancestrales, y por otro lado dictaminan las facultades sobre un territorio determinado donde los pueblos pueden ejercer su poder y soberanía. Por su parte, el numeral 7 se refiere a la consulta previa, obligatoria y oportuna, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, propios de sus tierras, que puedan tener efectos ambientales o culturales. De igual manera, la comunidad debe participar en los beneficios que esos proyectos reporten, así como recibir indemnizaciones por los perjuicios causados. El derecho a la consulta previa representa uno de los grandes avances en esta materia, su contenido ha sido ampliamente desarrollado en la región, principalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha establecido los parámetros para su reconocimiento y ejercicio

Los numerales 8, 9 y 10 van más allá, pues comprenden desde las prácticas de manejo de la biodiversidad hasta la creación y aplicación del derecho consuetudinario. En particular, el numeral 8 añade que el Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. Mientras, el numeral 9 menciona que las comunidades tienen derecho a

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*

conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia, de organización social, así como establecer autoridades en sus territorios, legalmente reconocidos, y en las tierras comunitarias de posesión ancestral. Por otro lado, el numeral 10 se refiere a la creación, aplicación y práctica de su propio derecho, sin vulnerar los derechos constitucionales, principalmente el de niños, niñas y adolescentes.

En cambio, los numerales 12, 13 y 14 abarcan desde los conocimientos colectivos hasta el sistema de educación. Concretamente, el numeral 12 expresa mantener proteger y desarrollar sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, junto con su diversidad biológica, su agro biodiversidad, sus prácticas de medicina tradicional y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Asimismo, el numeral 13 comprende la preservación de su patrimonio cultural e histórico como parte del patrimonio del Ecuador. Por su parte, el numeral 14 consagra el derecho a desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, para el cuidado y preservación de las identidades, conservando su propia pedagogía.

Como queda visto, los derechos reconocidos en el artículo 57 de la Constitución comprenden tanto derechos indígenas como derechos ambientales. Lo primero porque reconoce las figuras jurídicas propias de los pueblos, así como sus propias formas de organización social, resaltando los saberes ancestrales que sobrevivieron a las colonias. Y se complementan con derechos ambientales porque determinan su relación con la naturaleza, para preservar el medio ambiente, o explotar razonablemente los recursos naturales, y así prevenir la contaminación y preservar la biodiversidad.

Para una mejor comprensión de los derechos consagrados a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas es necesario tener claro las particularidades de la cosmovisión indígena, que difiere ampliamente de las visiones occidentales; así, para las poblaciones indígenas de forma cíclica y cada cierto tiempo se da un cambio en el mundo, lo que en la cultura quichua se llama *Pachacutic*, que puede traducirse como el regreso al origen, o cambio a algo nuevo integrando lo original. En 1992, con ocasión de los 500 años de la llegada a América, los pueblos indígenas organizaron una serie de eventos de carácter nacional, continental y mundial, donde, entre otros documentos y memorias expresaron sus pensamientos, denuncias y aspiraciones de la siguiente manera:

Nuestra concepción de territorio se sustenta en la forma de entender el sentido de lo humano y de la naturaleza así como la interrelación de estos. Las formas organizativas, políticas, económicas, de producción, en fin todos estos elementos que conforman

nuestras culturas, están enraizados y orientados por lo comunitario; por ello la tenencia de la tierra debe ser colectiva; por ello la cultivamos en comunidad y entre esta distribuiremos sus frutos; por ello si creemos en la solidaridad y por ello nuestros hijos son de la comunidad [...] es este valor de lo comunitario desde el cual entendemos el sentido de lo humano y la posibilidad de todos y cada uno de lograr una vida armónica. Asimismo, este convivir fraterno lo es también con los seres, es decir con la naturaleza.<sup>74</sup>

Entonces, se infiere que para los indígenas el territorio no se limita al aspecto topográfico del terreno, sino que se corresponde con su concepto de cosmovisión, de forma que todos los elementos que la conforman están entrelazados y sustentados en un sentido comunitario, entre los miembros y la naturaleza; de ahí que, la Constitución ecuatoriana al reconocer los derechos de los pueblos originarios busca abarcar la integralidad de los aspectos que conforman su cultura.

De igual manera, su concepto de comunidad alude a una familia ampliada, es decir, no solamente un grupo de personas; esta comunidad coexiste con la *pacha*, el espacio que genera y regenera la vida. En relación con la Constitución, las comunidades indígenas están reconocidas como sujetos de derecho, con un gobierno comunitario anterior a los Estados nacionales, a la invasión europea, e inclusive al estado incásico; es más, el *Ayllu* era una organización socio-política autónoma que precedió a la formación incásica.<sup>75</sup>

Sobre esta temática, cabe resaltar lo afirmado por Boaventura de Sousa Santos, quien refiere que la justicia indígena no debe considerarse como un método alternativo de solución de conflictos como los analizados previamente, por el contrario, afirma que “Estamos ante una justicia ancestral de pueblos originarios anclada en todo un sistema de territorios, de autogobierno, de cosmovisiones propias. Tiene una historia muy larga y una memoria igualmente prolongada [...]”.<sup>76</sup>

En resumen, los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, reconocidos en la Constitución, implican la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos en el territorio ecuatoriano. A más de ello, cabe resaltar que la Justicia Indígena constituye uno de los órganos jurisdiccionales previstos por la norma suprema, conjuntamente con la Justicia Ordinaria y los Jueces de Paz; así, el artículo 171 establece que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y

---

<sup>74</sup> Juan Hidalgo, *Cosmovisión y participación política de los indígenas en el Ecuador* (San Pablo: CLACSO, 2006), 267.

<sup>75</sup> Raúl Llasag Fernández, *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes*. (Quito: Huaponi ediciones, 2018) 21-2

<sup>76</sup> De Sousa, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, 55.

su derecho propio, siempre que no contravengan la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Por tanto, se puede hablar de un verdadero pluralismo jurídico, al finalmente reconocer los derechos de las comunidades originarias.

Contrastando las definiciones previamente anotadas sobre pluralismo jurídico en relación a las disposiciones de la Constitución ecuatoriana que garantizan la aplicación del derecho propio de la población indígena, así como la existencia de otros mecanismos alternativos para la resolución de litigios, se puede ratificar que el ordenamiento constitucional ecuatoriano ha adoptado lo que doctrina cataloga como la teoría del *pluralismo jurídico fuerte*, en la medida en que la *norma suprema* reconoce la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos –el sistema estatal y la justicia indígena– a la cual se le concede una serie de facultades que van desde la creación hasta la aplicación de normas y procedimientos propios por parte de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

A partir de estas diversas formas de pluralismo jurídico encontradas en la Constitución, se puede decir que con las reformas constitucionales de 2008 el Estado es responsable de impulsar la plurinacionalidad y la interculturalidad ecuatoriana; en tanto, ha otorgado una serie de derechos colectivos a las distintas nacionalidades y pueblos al interior de Ecuador, de forma que realmente se puede hablar de la construcción de un proyecto intercultural y democrático para transformar toda la sociedad ecuatoriana.

### **3. Las implicaciones de la interculturalidad y de la plurinacionalidad sobre el pluralismo jurídico**

Es necesario explicar qué debe entenderse por interculturalidad y plurinacionalidad en el contexto de esta investigación. Para empezar, interculturalidad es un término que puede definirse a partir tres ejes semánticos y complementarios:

- 1) la distinción entre la interculturalidad como un concepto descriptivo en oposición a otro prescriptivo; 2) la subyacente asunción implícita de una noción de cultura estática, en oposición a una noción dinámica; y 3) la aplicación más bien funcionalista del concepto de interculturalidad, a fin de analizar el statu quo de cierta sociedad, versus su aplicación crítica y emancipatoria, para identificar los conflictos inherentes y las fuentes de transformación societaria.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Gunther Dietz, “Interculturalidad: una aproximación antropológica”. *Perfiles educativos* 39, n°156, México: 2017, <http://ref.scielo.org/v8xdsq>, 192.

Entonces, el concepto de interculturalidad que sirve a esta investigación es el de término descriptivo en lugar de prescriptivo, ya que de esta forma se enfatiza en el tipo y la calidad de las relaciones de los grupos dentro de una sociedad. Al respecto, Walsh afirma que la interculturalidad es algo que debe construirse, en tanto trasciende el reconocimiento de la diversidad, pues en el caso de la *colonialidad* falta un cambio de cosmovisión, memoria ancestral, entre otros, para que se procure una verdadera interculturalidad.<sup>78</sup> La autora al hablar de este concepto marca una clara diferencia con la multiculturalidad, pues señala que mientras el segundo busca únicamente el reconocimiento de las diferencias culturales y su incorporación dentro de un orden nacional y establecido, por su lado, la interculturalidad apunta a una transformación radical, alude a “reconceptualizar y re-fundar estructuras que ponen en escena y en relación equitativa lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, actuar y vivir”,<sup>79</sup> por ello, se concibe a la interculturalidad como una propuesta, proceso y proyecto.

El pluralismo busca que tanto el sistema de justicia ordinaria como el indígena, sean reconocidos dentro de un mismo territorio a fin de obtener un Estado intercultural en el que el Derecho se presente como un mecanismo integrador y vinculado a la sociedad que pueda responder de manera adecuada a todos los ciudadanos; tomando siempre en consideración sus diversas culturas, prácticas y creencias. Todo esto con el propósito de evitar una aplicación arbitraria y cerrada de las normas y principios occidentales por sobre las prácticas ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Por otro lado, en relación a la plurinacionalidad, Walsh indica que en el contexto sudamericano este es un término que reconoce y describe la realidad de un país donde los pueblos indígenas y negros conviven con blancos y mestizos. En este sentido, casi todos los países de la región serían plurinacionales, no obstante, esto no ocurre debido a la existencia de un marco uninacional, en lugar de una estructura plurinacional que no divida sino que integre y unifique.<sup>80</sup> En el mismo orden de ideas, Raúl Llasag afirma que el Estado plurinacional implica la edificación de un proyecto de país que parte del cuestionamiento de la vigencia de la colonialidad del Estado, la sociedad, la familia, la

---

<sup>78</sup> Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa* 9, 2008, <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>, 140

<sup>79</sup> Catherine Walsh, Interculturalidad y plurinacionalidad. Elementos para el debate constituyente, <http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100412.pdf> (2), 8

<sup>80</sup> Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, 142

educación y la economía, para lo cual, este concepto propone: el reconocimiento y participación de los colectivos tradicionalmente marginados; una nueva estructura del Estado; y la transformación de las relaciones sociales, de las relaciones del Estado con dichos sectores tradicionalmente marginados, y de las relaciones del Estado con la naturaleza.<sup>81</sup>

En Sudamérica, en gran parte de la región, se podría hablar de un sistema de derechos positivista, puesto que las normas jurídicas de cada Estado son dadas (y están escritas) por un órgano estatal que ejerce la función legislativa. Ahora bien, el sentido de justicia como tal ha tenido ciertos matices con el tiempo; es necesario recalcar esta evolución o modificación de su significado, pues al abordarlo en la cuestión indígena, se debe considerar las diferencias de contexto y las diferentes maneras de resolver conflictos. Concretamente en Ecuador, la justicia indígena es considerada como una forma de mantener la paz dentro de la sociedad, con una autoridad encargada hacer cumplir las normas comunitarias, reconociendo derechos a todos los integrantes de la comunidad. Sobre esta cuestión, Edwar Vargas manifiesta que:

Antes de la conquista española, los pueblos indígenas que eran muy diversos, se encontraban en un proceso de construcción de una gran nación, [...] contaban con un acervo diverso de conocimientos en astronomía, técnicas agrícolas, medicina (en especial lo relacionado a las cualidades curativas de plantas y animales) y un sistema de solución de conflictos.<sup>82</sup>

Por otro lado, otros países pueden recurrir a otros sistemas de derechos basados en la jurisprudencia, el derecho natural (inmanente al ser humano) y el consuetudinario (costumbre). Inclusive, la normativa puede estar compuesta tanto por la justicia natural como de normas de derecho positivo, o en parte naturales y en parte convencionales. Por ejemplo, territorios como Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, tienen un sistema de derechos basado en la jurisprudencia, cuyos jueces deben fundamentar sus decisiones o sentencias judiciales mediante un estudio minucioso de los precedentes, hechos, pruebas que incriminen al detenido, cuidando de no vulnerar sus derechos principales. Por otra parte, en el derecho continental, la jurisprudencia era una fuente formal, cuyo valor y fuerza variaba según las legislaciones locales de cada país, por lo que los fallos de cierto

---

<sup>81</sup> Raúl Llasag Fernández, “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”, en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Ediciones Abya Yala, 2012), 321.

<sup>82</sup> Edwar Vargas, *El pluralismo jurídico y la administración de justicia indígena en el Ecuador*, (Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales), 2011.

tipo de tribunales superiores son de aplicación obligatoria para supuestos equivalentes en tribunales inferiores.

En la actualidad, el pluralismo jurídico cultural y social, con los nuevos paradigmas, globalización, facilidad de acceso a relaciones internacionales, culturales y económicas mundiales han llevado a reconsiderar la noción de Estado y nación. Bajo esta perspectiva es que se han logrado organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que de hecho fue el primer tribunal que receptó el derecho a la propiedad colectiva de la tierra como derecho humano.

Ahora bien, la noción de pluralismo jurídico recogida por la Constitución ecuatoriana se encuentra estrechamente ligada a los principios de interculturalidad y plurinacionalidad consagrados por la norma suprema como elementos constitutivos del Estado, y que, en virtud de aquello, irradian todo el ordenamiento jurídico. El reconocimiento de estos principios fundamentales representa no solo el resultado de la lucha de los pueblos indígenas, afro ecuatorianos, montubios y otras minorías en la defensa de sus derechos, sino que busca además proponer una transformación a fondo en la estructura del Estado, que procure el intercambio de valores y prácticas entre las diversas culturas en orden a alcanzar lo que Boaventura de Sousa denomina como *conviavilidad*.<sup>83</sup> Así que, para la cultura indígena y la juridicidad ecuatoriana, se vislumbra esperanza cultural donde los territorios ancestrales se han vuelto una señal del cambio de la sociedad ecuatoriana.

Al respecto, Agustín Grijalva señala que los principios de interculturalidad y plurinacionalidad resultan complementarios, pues la plurinacionalidad apunta a las estructuras institucionales que permitan reflejar la diversidad en un marco de unidad, y la interculturalidad destaca los tipos de relaciones entre diferentes que permiten la unidad en un contexto de diversidad. Así el autor agrega que:

La plurinacionalidad sin interculturalidad se reduciría a un agregado de nacionalidades sin proyecto común ni relaciones; mientras la interculturalidad sin plurinacionalidad quedaría reducida a un ideal de relaciones intersubjetivas igualitarias sin la transformación política e institucional que esta nueva igualdad requiere.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Boaventura de Sousa Santos propone el concepto de *conviavilidad*, el cual describe como: “encuentro cultural y político basado en intercambios tendencialmente iguales y en la autoridad compartida”. Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Abya Ayala, Fundación Rosa Luxemburgo, 2012) 42-43

<sup>84</sup> Agustín Grijalva, “Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador”, en Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva, edit., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, (Quito: Abya Ayala, Fundación Rosa Luxemburgo, 2012) 74

Consecuentemente, la justicia indígena puede ser concebida como una dimensión cultural, jurídica y política, parte de un proceso más extenso, complejo: el Estado plurinacional. Estos principios de interculturalidad y plurinacionalidad imponen parámetros especiales al pluralismo jurídico, tal es así que el Estado está obligado a garantizar los derechos de los pueblos indígenas y otras minorías, bajo un contexto de igualdad en las relaciones y a través de un intercambio cultural transformador.

Por ello la coordinación entre la justicia indígena y la estatal suele dar problemas en más de una ocasión, peor aun cuando ciertas leyes incluyen restricciones inconstitucionales a la justicia indígena. Ante esto, al hablar sobre esta coordinación entre jurisdicciones, de Sousa explica que “una ley es un instrumento insuficiente y no indispensable para esta coordinación. Insuficiente porque la interacción entre justicia indígena y estatal desborda los aspectos procesales e incluso la casuística que podría incluir una ley de coordinación”.<sup>85</sup>

En Ecuador, los instrumentos del constitucionalismo occidental readaptaron en su momento algunas prácticas comunitarias, por ejemplo, la *mita*, que significa turno, se convirtió en un trabajo obligatorio (esclavitud) destinado a las minas. Esto se explica porque la independencia de España fue una independencia criolla que también miró con desprecio a lo indígena, originando un sistema racista. A nivel latinoamericano, el constitucionalismo “legitimó el neocolonialismo interno, con ello la invisibilización y el silenciamiento de colectivos como los indígenas, afro ecuatorianos, y otros, así como sus sistemas de vida y organización”.<sup>86</sup>

Ante el temor de las consecuencias de que los indígenas se identifiquen como naciones y formasen pequeños Estados dentro del Estado ecuatoriano, Llasag explica que este cuestionamiento de la estructura del Estado colonial y capitalista logró una alianza fuera del movimiento indígena, lo que obligó a crear una propuesta donde todos los sectores del país se sintiesen representados: asamblea constituyente y Estado plurinacional.<sup>87</sup> De esta forma, el autor explica que el Estado plurinacional se plantea a partir de la plurinacionalidad, lo cual significaría la “construcción de un poder propio o contrapoder de la institucionalidad del Estado (...)”.<sup>88</sup> Por tanto, las implicaciones de la interculturalidad y de la plurinacionalidad sobre el pluralismo jurídico radican en los

---

<sup>85</sup> *Ibíd.* 67.

<sup>86</sup> Llasag, *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes*. 55

<sup>87</sup> *Ibíd.* 121

<sup>88</sup> *Ibíd.* 125

órganos e instrumentos que verdaderamente permiten dicha alteridad, ya que, tradicionalmente, la justicia ordinaria ha sido considerada superior gracias a su propia ideología y normativa.

El origen de dicha superioridad jurídica puede remontarse hasta la independencia de España, la cual como ya se señaló, fue una independencia mestiza, donde hubo un elemento indígena poco considerado más allá de su capacidad obrera. Por lo tanto, desde la concepción de República, para la administración del territorio ecuatoriano no se tomaron en cuenta las formas de organización autóctonas, sino que se siguió el modelo occidental; como se mencionó anteriormente, la primera constitución ecuatoriana se basó en la constitución chilena, misma que se fundamentó en la constitución francesa. Lamentablemente, dicha omisión hacia las tradiciones y valores indígenas se perpetuó durante un largo tiempo, por lo que hoy en día, a pesar del reconocimiento a las culturas ancestrales, persiste una superioridad subjetiva que se basa en el desconocimiento, inclusive voluntario, de las costumbres, saberes y actitudes indígenas. En tal razón, existe hasta la actualidad una deuda en el desarrollo a nivel pragmático e incluso jurídico (normativo) de los principios constitucionales de interculturalidad y plurinacionalidad que permitan una verdadera inclusión de las minorías étnicas y culturales en un plano de igualdad y equidad.

#### **4. La(s) justicia(s) indígena(s)**

A través de este acápite se pretende realizar un acercamiento a la realidad de la población indígena en el Ecuador, concretamente en lo concerniente a sus formas de impartir justicia, partiendo del hecho de que nos encontramos en un escenario mega diverso en el que conviven varias nacionalidades, comunidades y pueblos indígenas, cada uno con su tradiciones y rasgos propios.

En tal sentido, como preámbulo a la examinación de estas justicias, se comparte el siguiente análisis en cuanto a las nacionalidades y grupos existentes en Ecuador:

Grupos étnicos.- El 77,4 % de la población del Ecuador es mestiza, heredera de vertientes culturales indígenas y europeas. Junto a la población mestiza, se reconocen 13 nacionalidades indígenas: Chachi (Esmeraldas), Tsáchila (Santo Domingo), Awa (Carhi y Esmeraldas), Epera (Esmeraldas), Cofan (Sucumbíos), Siona- Secoya (Sucumbíos), Quichuas amazónicos (Sucumbíos, Pastaza), Waorani (Sucumbíos), Zápara (Pastaza), Shuar (Zamora Chinchipe), Achuar (Morona Santiago, Pastaza y Zamora Chinchipe), Shiwiar (Amazonia) y Quichuas andinos y la presencia de pueblos afro descendientes y montubios. Además, la existencia de entre 20 y 25 pueblos con identidades diferenciadas

conforme sus tradiciones culturales, realidades geográficas y reivindicaciones sociales (...).<sup>89</sup>

A partir de esta descripción se puede identificar claramente que existe una mayoría étnica, mestiza, que convive con diversas minorías indígenas, andinas, afros, montubias, todas minorías que han sufrido algún tipo de discriminación, principalmente afros e indígenas. Concretamente, el indigenismo surgió en un contexto de cuestionamiento y reconsideración del mestizaje, nacido a partir de una profunda noción del ancestro indígena precolombino, y el respectivo respeto hacia los pueblos indígenas contemporáneos.

En una breve mirada histórica al derecho indígena en Latinoamérica, con especial atención a Ecuador, se puede encontrar que sus antecedentes se ubican en la legislación colonial y las luchas de independencia. Es oportuno mencionar este antepasado de las colonias, pues en el territorio de Ecuador y en tierras vecinas existía un régimen estructurado que dominaba, el imperio Inca. Su sistema de justicia era estrictamente riguroso, con sanciones basadas en la tradición y las costumbres sagradas.<sup>90</sup>

Los pueblos y nacionalidades indígenas tenían su propia administración de justicia, las cuales se ubican en las culturas precolombinas, que abarcan Valdivia, Tolita, Manteño-Huancavilca, Chorrera, Machalilla y Capulí o Carchi. Todas las cuales fueron terriblemente interrumpidas por una invasión forastera entre cuyas consecuencias hubo despojo de territorios, tierras y recursos indígenas. Aún después de la colonia, los estados independientes impusieron un sistema jurídico único que no consideraba la heterogeneidad de las culturas que formaban parte de su territorio nacional.<sup>91</sup>

Debido precisamente a esta diversidad de orígenes, territorios y tradiciones, es que se pueden encontrar ciertas características de la justicia indígena que en apariencia son comunes, desde una mirada externa; no obstante, en el fondo no se puede homogeneizar ni referirse a un solo tipo de ejercicio de justicia de las comunidades indígenas, pues cada una cuenta con sus propias particularidades, tanto por su forma de vida como por su manera de relacionarse. Asimismo, su derecho a participar en los planes nacionales ha sido una lucha permanente en América Latina ya que, a causa de la invasión europea, los pueblos ancestrales quedaron subordinados con una ideología de inferioridad que hasta

---

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> Franklin Pease, "Concepto de Derecho entre los Incas", *Foro Jurídico* 12, 2013, 7

<sup>91</sup> Eduardo Díaz y Alcides Antúnez, "El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador", *Revista Temas Socio Jurídicos* 70, n° 35, 98

hoy frena “el reconocimiento pleno de la dignidad de los diferentes pueblos y culturas, así como de los diversos sistemas jurídicos indígenas”.<sup>92</sup>

Al respecto, la Dra. Yrigoyen llama la atención sobre lo que la normativa, como el Convenio 169 de la OIT, llama como pueblos indígenas, y explica que el convenio está dirigido a poblaciones aisladas o no integradas al Estado. Sin embargo, lo que destaca son los criterios normativos de la OIT para identificar, en lugar de definir, a qué colectivos se aplican los derechos establecidos en el mismo. Con todo, Yrigoyen destaca dos reconocimientos del Convenio, primero, un sistema de normas o de derecho consuetudinario, y una función jurisdiccional especial, o con la potestad de impartir justicia.<sup>93</sup>

Por otra parte, en estudios pasados sobre el contexto de políticas integracionistas y constituciones de América Latina, recién se empieza a reconocer la existencia y algunos derechos específicos a las comunidades indígenas, aunque sin un reconocimiento formal de las autoridades indígenas, pues aún dominaba la figura del Estado-Derecho, con su respectivo sistema normativo. Con el establecimiento de las nuevas repúblicas, la mayoría de países latinoamericanos adoptaron distintos enfoques sobre la forma de establecer un modelo de relación entre los pueblos indígenas y el resto de la sociedad. Roque Roldán explica que, en Colombia, nunca se acogió, ni se practicó un solo modelo de política para atender los asuntos indígenas; es más, “durante las primeras seis décadas de vida independiente del país, el propósito de las leyes y programas de gobierno era el de alcanzar la pronta asimilación de los indígenas colombianos al modelo de vida económica, social, política, religiosa y cultural de la mayoría de la sociedad nacional”.<sup>94</sup>

En el caso de Ecuador, casi 50 años luego de independizarse de la corona española, se suprimió el tributo indígena en 1857, exigido durante aproximadamente tres décadas. Esto implicó una cesión de soberanía hacia los terratenientes, quienes pasaron a ocuparse de la administración social y política de la diferencia étnica. Al respecto, Andrés Guerrero denomina a esto una *administración de poblaciones*, pues hasta ese año, el Estado republicano había reconocido legalmente una clasificación jurídico-política de los habitantes: los blancos, exentos de contribución; y los indios, obligados de tributar. En

---

<sup>92</sup> Raquel Yrigoyen, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, *El otro derecho* 30, 2004, 171

<sup>93</sup> *Ibíd*, 175

<sup>94</sup> Roque Roldán, *Pueblos Indígenas y Leyes en Colombia. Aproximación Crítica al Estudio de su Pasado y su Presente*, (COAMA-OIT-The Gaia Foundation, Bogotá, 2000), 13

otras palabras, persistía la división colonial, la separación de grupos de habitantes, instaurado por el Estado con derechos y obligaciones discriminantes.

Por otro lado, las élites latinoamericanas buscaron emular el espíritu del progreso y de la modernidad europeas entre los siglos XIX y XX, por lo cual se mostraron reacias a aceptar su realidad pluricultural y multiétnica, es decir, discriminar, hacer a un lado a su población negra, mulata, indígena y mestiza. José Carlos Mariátegui explica que el criollo latifundista peruano quería “saltar la historia y volverse empresario sin pasar por la necesaria desintegración de la propiedad feudal”.<sup>95</sup>

Así, mientras algunos países lidiaban por la degeneración del mestizo, en países como México y Colombia la mezcla se volvió un símbolo de identidad; cabe mencionar que se trataba de una mezcla sesgada hacia lo blanco, pues el Estado fomentaba la inmigración europea. Es más, en México y Perú los indígenas se convirtieron en símbolos fundamentales de la identidad nacional, al punto de crear departamentos gubernamentales exclusivamente para asuntos indígenas, igualmente, se creó una agencia para ocuparse de la *protección de los indios*.

En el contexto ecuatoriano, la historia de la justicia indígena puede resumirse en avances y retrocesos con el Estado, principalmente debido a alianzas políticas basadas en promesas para obtener el favor indígena y lograr una mayoría en las elecciones presidenciales. No obstante, una cuestión fundamental en la que no se profundizó fue que la Constitución ecuatoriana de 1998 no reconocía dos sistemas jurídicos en igualdad de condiciones. En otras palabras, a pesar de que se aceptaba que las autoridades indígenas podían usar sus procedimientos, aplicando el derecho consuetudinario, en última instancia estaba supeditado al sistema ordinario. Así también lo menciona el catedrático Carlos Poveda, al expresar que los principios constitucionales que reconocían la potestad de las autoridades indígenas no estaban desarrollados en una ley.<sup>96</sup>

Ahora bien, al examinar los procedimientos que se dan dentro de la justicia indígena, se puede observar de forma general que esta trata al acusado de forma diferente que la justicia ordinaria lo hace, pues el sistema indígena pretende purgarlo para que, posteriormente, pueda reintegrarse a la comunidad. Las autoridades indígenas perciben a la justicia como un proceso orientado a la resolución de un conflicto, donde lo prioritario

---

<sup>95</sup> Ortiz, “Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina Una panorámica de cuarto de siglo”, 3.

<sup>96</sup> Carlos Poveda Moreno, “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, *FORO Revista de derecho*, n.º. 8 (2017): 179-189, <http://hdl.handle.net/10644/1425>

es superar el problema a través de la reflexión y el entendimiento de las partes para conseguir una conciliación o reconciliación. También debe existir equidad en el procedimiento, mismo que tiene que ser gratuito, participativo, democrático y transparente. El proceso de las diversas etapas de justicia comunitaria es el siguiente:

1. Aviso o demanda (Willachina o Willana): un acto mediante el cual el ofendido formula una petición a los dirigentes del cabildo para que se solucione un problema, con un detalle oral de lo acontecido. En ocasiones, los dirigentes pueden intervenir directamente para reestablecer el orden en la comunidad y la familia.
2. Averiguación o investigación del problema (Tapuykuna o Tapuna): se investiga el problema con observación y constatación en el lugar de los hechos. Esto ocurre con el fin de comprender la dimensión del conflicto y determinar responsables mediante testimonios de los involucrados; en ocasiones se puede ingresar al lugar de los hechos por pruebas.
3. Confrontación entre el acusado y el acusador (Chimbapurana o Wahuichina): comienza por instalar una asamblea, la cual será informada del contenido de la petición y los resultados de la investigación. Posteriormente se aclaran los hechos entre las partes, tras lo cual el acusado contesta la demanda aceptando o negando los fundamentos presentados; al aceptar los hechos puede manifestar su arrepentimiento buscando una rebaja parcial o total de las sanciones.
4. Imposición de la sanción (Killpichirina): la asamblea determina la imposición de multas; devolución de objetos robados más indemnizaciones; baño con agua fría; ortiga, fuste o látigo; trabajos comunales; y, de manera excepcional, ocurre una expulsión de la comunidad.
5. Arrepentimiento del agresor (Allichina o Wanachina): el agresor reconoce de manera pública el delito y el daño generado.
6. Consejo al agresor (Kunana): los miembros de la Asamblea, la familia del agresor y la familia de la víctima realizan consejos durante el proceso; esto sucede previo a la sanción y durante su ejecución.
7. Ejecución de la sanción (Paktachina): corresponde a la ejecución de las sanciones; en el caso de las sanciones corporales, estas se llevan a cabo por hombres o mujeres de buena reputación.

8. Chisqui Yahsca: tras la sanación comunitaria la Asamblea lleva a cabo el ritual de sacar la mala energía causada por el agresor a razón de su delito, con lo que vuelve la armonía a la comunidad. (Los responsables de aplicar el castigo no pueden posteriormente ser víctimas de venganzas posteriores.<sup>97</sup>

Como se puede apreciar en el proceso indígena de justicia, este posee características propias, que como ideología difieren de la justicia ordinaria. Por otro lado, las sanciones también discrepan, ya que esta podría ser civil o penal, según corresponda con la justicia estatal, lo cual muestra que debido al fuerte sentido comunitario que existe en el mundo indígena, no se puede encontrar una diferenciación específica entre lo jurídico y lo no jurídico.

Ciertamente, se destaca que el carácter de las sanciones físicas en las comunidades no es el mismo que para la justicia ordinaria, y menos aún para los miembros de la sociedad ecuatoriana ajenos a la cultura indígena, cuya impresión puede acentuarse todavía más por la forma en que los medios informan sobre los castigos indígenas, donde el uso de la ortiga, por ejemplo, cumple una función de purificación que no es comprendida desde la visión occidental.

Sin embargo, debido a la influencia del sistema que rige en el resto del territorio ecuatoriano, las comunidades se encuentran divididas entre quienes aceptan y quienes se distancian del derecho estatal. Esto es posible encontrar, por ejemplo, cuando el grupo exige la participación de los órganos de administración estatal de justicia, como en el caso de homicidio y violación, mientras que delitos menores como los que se cometen contra la propiedad, o las calumnias, se resuelven según las prácticas consuetudinarias de la comunidad. No obstante, en el caso de que la justicia ordinaria no responda a los requerimientos del grupo, existen mecanismos de apoyo y solidaridad para ayudar a quien ha sufrido una sanción de dicha justicia, ya que es un deber de la comunidad; esto es aún más importante si el sancionado es dirigente de la misma.<sup>98</sup>

En cuanto a los sistemas de justicia propios de las comunidades, no hay mecanismo para nombrar autoridades que administren justicia en las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de la Sierra-Centro. Esto se debe a que dicha potestad corresponde a la comunidad a través de una Asamblea General, como

---

<sup>97</sup> Hans-Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador*, 2007, 31, 33.

<sup>98</sup> *Ibíd.* 34

máxima autoridad. En caso de que esta no logre un consenso, solución o resolución, se busca la intervención de directivos de la organización a la que pertenece la comuna, u organizaciones vecinas, para que colaboren en la búsqueda de solución, así como evitar la intervención de terceros, o pase el asunto a otra autoridad.<sup>99</sup>

Por ejemplo, en Zumbahua, Cotopaxi, un individuo que adopta un estilo de vida inaceptable ha salido del ideal social y moral de la comunidad, en tanto roba, maltrata a la esposa, viola o mata. Es un ser en desgracia que necesita ser curado mediante un rito que busca su sanación. En otras palabras, las sanciones que la asamblea o las autoridades indígenas imponen y buscan sanar al individuo para que vuelva a tener una vida apropiada.<sup>100</sup>

Una vez revisadas las características y divergencias del sistema de justicia indígena en comparación con el sistema ordinario, se encuentra que para su análisis es necesaria una interpretación intercultural para evitar calificarla de forma peyorativa, pues eso responde a una visión sesgada del Derecho, ciencia que, debido a su factor humano, es susceptible de mejoras. De manera que, si bien no es posible determinar una justicia perfecta, es factible decir que los límites de una justicia serían los derechos humanos. El beneficio de la interpretación intercultural sería precisamente mediar entre los sistemas de justicia de culturas distintas, considerando las intenciones de las decisiones que se adopten dentro de estas y analizando su magnitud desde una perspectiva antropológica. Solamente con este tipo de enfoque se puede llegar a resolver un conflicto sin condenar o repudiar un proceso distinto de justicia.

Entonces, si bien se encuentra cierta similitud con el derecho positivo, también existen diferencias e intenciones que, no obstante, buscan un fin común, de paz y justicia. Es en las sanciones, su rigurosidad o su ejecución que estas justicias difieren, ya que mientras la justicia indígena castiga el cuerpo o exige algún tributo, la justicia ordinaria exige multas económicas o dispone un periodo en la cárcel, según la gravedad del crimen. Por ejemplo, la violación a una mujer puede ser sancionada en la justicia indígena con la entrega de animales, mientras que la justicia ordinaria la sanciona con una pena privativa de libertad de 19 a 22 años.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Pedro Torres, *Runa justicia en Ecuador*, diciembre de 2012, 42.

<sup>100</sup> Esther Sánchez, *Peritaje en antropología jurídica*, en Corte Constitucional del Ecuador, caso N.º 0731-10-EP.

<sup>101</sup> La República, “Justicia indígena”, *Opinión*, accedido 13 de abril de 2020, <https://www.larepublica.ec/blog/opinion/2019/10/16/justicia-indigena/>

Con este ejemplo se puede comprobar el por qué el analizar la justicia indígena puede generar polémica, principalmente al juzgarla desde una perspectiva diferente, ajena de la cosmovisión andina. Por este motivo es que inclusive, debido a las sanciones físicas como golpes con ortiga o baños de agua helada, dicho modo de justicia ha sido repudiado, o catalogado de inhumano. Esto no es fortuito, sino que el reconocimiento del sistema de justicia indígena ha ocurrido en forma muy lenta. Para analizar esto, cabe remontarse hasta la Constitución ecuatoriana de 1998, con la que Ecuador progresó en derechos humanos de tercera y cuarta generación, y por primera ocasión el país fue declarado pluricultural y multiétnico.

De esta forma, si bien el Capítulo 5 estaba dedicado a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, indicando su pertenencia al Estado ecuatoriano, no había una mención del sistema de justicia indígena. La única referencia a las autoridades de los pueblos indígenas estaba en el tercer párrafo del artículo 191, señalando que estas:

(...) 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. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.<sup>102</sup>

Por tanto, a partir de la Constitución de 2008 Ecuador comienza a concebirse realmente como un Estado plurinacional e intercultural, el cual reconoce la existencia de la diversidad de pueblos y nacionalidades, con sus respectivas costumbres, sistemas de organización, sistemas jurídicos, entre otros, con la correspondiente libre determinación de los pueblos.

Por todo esto, el país tuvo un cambio en las relaciones interculturales a las que estaba acostumbrado, pues si bien la diversidad cultural siempre existió, según la Carta Magna Ecuador era un Estado uninacional, con una sola cultura. Entonces, a partir de 2008, inicia una lucha mas radical contra la herencia colonial de principios racistas que, lamentablemente, aún persisten en la sociedad actual, aunque no tan explícitos como antes.

Así, se comprende la necesidad de un “neoconstitucionalismo”, partiendo de la definición del Doctor Hernán Hermosa Mantilla, ya que si bien el constitucionalismo tradicional comprende el ordenamiento jurídico mediante una constitución escrita suprema, el prefijo *neo* conlleva a considerar un nuevo ordenamiento de la sociedad

---

<sup>102</sup> Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*.

política, con el cual se busca corregir justamente los errores conceptuales o procedimentales de la anterior Constitución.<sup>103</sup>

Ciertamente, este planteamiento de Mantilla responde a una necesidad, a un sentimiento de los pueblos andinos, ya que han estado subordinados al Derecho constitucional europeo, puesto que los mismos procesos independentistas de la colonia fueron protagonizados por criollos, donde los indígenas no tuvieron mayor participación, debido a su condición de esclavos, o porque justamente huían de la esclavitud.

En otras palabras, la manera en que las comunidades indígenas eran percibidas, no varió mayormente, pues seguían bajo una perspectiva de dominación, heredada de las colonias. Consecuentemente, se omitió sus diversos valores culturales en la consolidación del nuevo estado ecuatoriano.

Lo que la sociedad ecuatoriana no puede negar, es que en la actualidad son una fuerza que puede lograr cambios en el país, no solo a través de convocar sus miembros para hacer manifestaciones, sino precisamente a su capacidad de unión, como lo han demostrado anteriores líderes indígenas como Tránsito Amaguaña, Dolores Cacuango y Fernando Daquilema que, en su momento, protestaron y lucharon por los malos tratos, físicos o sociales, que padecía su comunidad. Gracias a estos movimientos sociales indígenas es que se empezó a considerar sus conocimientos sobre el derecho ancestral, todo lo cual ha sido un proceso bastante largo y que aún puede mejorar.

Sin duda, los movimientos sociales indígenas han sido promotores de una reflexión sobre las mismas fuentes del Derecho, por lo que se han logrado ciertos cambios en la Constitución, gracias a la introducción de principios basados en el pluralismo jurídico, o la valoración de las culturas autóctonas. Así, ha surgido el llamado Constitucionalismo Andino, que incluye y protege las culturas jurídicas andinas, del cual se han tomado principios ancestrales de la cultura incaica como el derecho al “buen vivir”.<sup>104</sup> Este Constitucionalismo Andino se puede observar también en países como Perú y Bolivia, lo que evidencia un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural junto con sus valores y principios ancestrales, el cual implica una continua comunicación y reflexión entre las concepciones jurídicas ancestrales y las occidentales.

---

<sup>103</sup> Hernán Hermosa Mantilla, “Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, *UNIVERSITAS Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, n.º 20 (2014): 151-182, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476147260007>

<sup>104</sup> Luis Alfonso Fajardo Sánchez, “El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia y Venezuela”, *Revista Diálogos de Saberes*, (47)55-75 (2017). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.2017.1696>

En relación a lo mencionado, cabe destacar el criterio de Ramiro Ávila Santamaría, quien llama la atención sobre mirar al derecho indígena para aprender del mismo y plantear reformas al sistema penal estatal. El autor argumenta que jurídicamente la interculturalidad es un mandato normativo, ya que atraviesa toda la Constitución ecuatoriana; lo que faltaría sería conocer más la diversidad y pluralidad jurídica existente en Ecuador: “El imperativo normativo, cuando se acepta el precepto, se torna efectivo. La interculturalidad nos enriquece como cultura y como sociedad y, por ello, conviene desentrañar las consecuencias jurídicas de su reconocimiento”.<sup>105</sup> Entonces, esta importancia de la interculturalidad no solamente debería reconocerse en los textos normativos, sino vivirse, para lograr comprender plenamente el sentido de las disposiciones constitucionales, considerando los contextos sociales, políticos e históricos de las diferentes comunidades ecuatorianas.

Esta mirada a la cosmovisión indígena se hace necesaria en el contexto contemporáneo donde las ideologías tradicionales no logran responder a las problemáticas locales, donde cada vez se integran más en los discursos políticos y económicos conceptos como reciprocidad, colectividad, respeto y cuidado del medio ambiente, los cuales siempre han sido parte fundamental en el contexto indígena. Por supuesto, el Sumak Kawsay o Buen Vivir, planteado en la Constitución de 2008, se fundamentó en la ideología indígena, y puede ser un ejemplo de lo mucho que se puede aprender:

El principio básico sobre el que se sustenta el mundo andino y la filosofía andina es la armonía entre la comunidad, la naturaleza y la energía cósmica. Para garantizar este principio se han creado subprincipios, como:

- i) Ama llakichina (no agredir, no hacer daño).
- ii) Ama shua (no robar).
- iii) Ama llulla (no mentir), por ello se justifica que el chisme es sancionado en las colectividades indígenas.<sup>106</sup>

## **5. Una mirada general al tratamiento del pluralismo jurídico en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana**

---

<sup>105</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?” en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

<sup>106</sup> Raúl Llasag Fernández, “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, accedido 27 de abril de 2020, párr. 3, <https://vlex.ec/vid/inda-gena-contexto-principios-515871862>.

En orden a desarrollar esta temática es necesario analizar casos sometidos a la jurisdicción de la Corte Constitucional ecuatoriana, de ahí que, se revisarán algunas sentencias de casos concernientes o relacionadas a justicia indígena, poniendo especial atención a los siguientes puntos: recuento del fenómeno emancipatorio indígena en el Ecuador a partir de la configuración del Estado bajo los principios de interculturalidad y plurinacionalidad; compromiso por contribuir a la interpretación de los derechos procurando una línea jurisprudencial que alumbre decisiones posteriores; y compromiso en fortalecer las características de plurinacionalidad e interculturalidad del Estado ecuatoriano mediante jurisprudencia.

En consecuencia, se han escogido dos grupos de sentencias que abordan los derechos garantizados por la Constitución a la población indígena. En el primer grupo, se revisarán sentencias en las que Corte ha desarrollado los derechos colectivos garantizados por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y por los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como algunos fallos que se refieren a los límites y alcances de la administración de la justicia indígena. Por su parte, en el segundo grupo de sentencias, se pretender enfocar lo que ha señalado la Corte Constitucional en cuanto a la importancia de la interculturalidad y de una interpretación basada en este enfoque, para alcanzar una eficiente administración de justicia.

- Sentencia No. 001-10-SIN-CC: En esta sentencia la Corte se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley de Minería, desechando la impugnación de inconstitucionalidad por la forma y declarando la constitucionalidad condicionada de varias disposiciones la ley. Dentro del fallo, la Corte realizó importantes puntualizaciones respecto a los requisitos fundamentales y el procedimiento mínimo de la consulta prelegislativa; así también, estableció la necesidad de implementar procesos de consulta previa al inicio de cualquier actividad minera en territorios ancestrales y determinó los estándares mínimos bajo los cuales se debe realizar este procedimiento.<sup>107</sup>

Cabe apuntar que la jueza constitucional Nina Pacar, emitió voto salvado respecto al fallo de mayoría, declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Minería por

---

<sup>107</sup> La Corte posteriormente, con la Sentencia No 008-09-SAN-CC, determinó que en todos los casos que involucren a individuos o colectividades indígenas se necesita aplicar principios con perspectiva intercultural, señalando los siguientes criterios interculturales reconocidos en el Derecho internacional: Continuidad Histórica; Diversidad Cultural; Interculturalidad; Interpretación intercultural.

contravenir, expresamente, las disposiciones contenidas en el artículo 57, numeral 17; artículo 1, 3.3, 10, 11 numerales 3, 4 y 7; así como los derechos colectivos consagrados en los artículos 57 y 133 de La Constitución. En el voto salvado se establece claramente la importancia de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad, así como la necesidad de su materialización, a través de la construcción de un modelo de democracia inclusiva que permita la participación de las comunidades históricamente marginadas, sobre todo en cuanto a la expedición normas que puedan afectar los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.<sup>108</sup>

- Sentencia No. 008-009-SAN-CC: A través de esta sentencia la Corte Constitucional determino que en aquellos casos en los que se encuentren involucrados individuos o colectividades indígenas, será necesario la aplicación de parámetros especiales con perspectiva intercultural; entre estos se mencionan: continuidad histórica, diversidad cultural, interculturalidad e interpretación intercultural.
- Sentencia No. 113-14-SEP-CC: En este fallo, que será analizado con mayor detenimiento en el siguiente capítulo, aparentemente, se suscitó una superposición entre la aplicación de la justicia indígena y la estatal en el juzgamiento de un delito contra la vida.
- Sentencia No. 004-14-SCN-CC: En esta sentencia se analizó la legitimidad de la administración de justicia ordinaria en casos que involucran a pueblos ancestrales; también se destaca la inadecuación de la privación de la libertad aplicada a los integrantes de la comunidad indígena involucrada en los hechos. La Corte, frente al caso penal por genocidio contra los Waorani, resaltó la importancia de la interpretación del derecho interno armonizada con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde el principio de interculturalidad.
- Sentencia No. 006-14-SCN-CC: Sentencia dictada dentro de la resolución de una consulta de norma, con la que la Corte garantizó el respeto a la administración de justicia indígena, fundamentándose en la Sentencia N° 113- 14-SEP-CC; pues se cuestionaba la facultad de juzgar por segunda ocasión a miembros de una comunidad indígena que ya habían sido juzgados por las autoridades de dicha comunidad.

Este fallo marca un importante precedente en el reconocimiento del pluralismo jurídico garantizado en la Constitución, al indagar sobre el procedimiento efectuado

---

<sup>108</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia” en *Juicio n.º* 001-10-SIN-CC casos No.: 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 23 de marzo de 2010, 57, 18 de marzo del 2010. “Voto Salvado de la Dra. Nina Pacari Vega”.

por los órganos decisorios indígenas, destacando su carácter participativo para la toma de decisiones en conjunto con la comunidad; competencias constitucionales y legales que estos órganos jurisdiccionales ostentan para resolver sus conflictos internos.<sup>109</sup>

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, cabe examinar otras sentencias para procurar una mejor comprensión de las complejidades y los espacios de interpretación que surgen cuando convergen los sistemas de justicias ordinaria e indígena. De igual manera, es importante precisar la necesidad de una interpretación intercultural en estos casos, ya que al examinar la configuración de un Estado plurinacional significa justamente precisar los inconvenientes jurídicos a considerar, tomando en cuenta las concepciones culturales de los pueblos ancestrales. Dicha interpretación intercultural adquiere mayor importancia al considerar que el tribunal constitucional tiene la última palabra cuando se trata de interpretar los derechos constitucionales, por lo que esta interpretación contribuye a hacer justicia mediante el cumplimiento de los principios y valores protegidos por el derecho.

- Sentencia No. 001-18-SPJ-CC: El antecedente de esta sentencia es la acción de hábeas corpus No. 199-2014, la cual fue presentada por la doctora Vilma Marcela Andrade Gavilánez, abogada defensora los cónyuges Juan Manuel Anrango Tocagón y Virginia Anrango Vásquez. Andrade alegó que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa durante el proceso de detención, y dentro del dictamen de prisión preventiva ordenado por la Unidad Penal y de Tránsito de Santo Domingo de los Tsáchilas, por el presunto delito de tráfico de explosivos. Dicha acción fue rechazada por los jueces que integran la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, por considerarla improcedente ya que no había evidencia de la vulneración de ningún derecho o norma constitucional. No obstante, la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, revocó dicha sentencia y aceptó la acción de hábeas corpus, disponiendo la liberación inmediata de los detenidos y la adopción de medidas alternativas a la prisión preventiva.

El principal problema jurídico encontrado por la Corte Constitucional en su análisis, es en relación a la acción de hábeas corpus, ¿fue ilegítima la privación de libertad de los ciudadanos Juan Manuel Anrango Tocagón y Virginia Anrango Vásquez?. Pues,

---

<sup>109</sup> Secretaría Técnica Jurisdiccional, La interculturalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en Umbral, Pluralismo Jurídico, 2014

considerando el origen otavaleño de los acusados, de idioma materno kichwa, y que se confirmó que no hablaban español durante la audiencia, ciertamente fueron aprehendidos sin el debido procedimiento, ya que no se les detalló sobre el proceso en su idioma. Este aspecto es trascendental, y justamente la Sala de apelación expresa que se vulneró la garantía a ser informado "de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra", contemplada en el artículo 77 numeral 7 de la Constitución de la República. De esta manera, la Corte Constitucional enfatiza en que la normativa constitucional establece como garantía básica el debido proceso y del derecho a la defensa, que un ciudadano inmerso en cualquier procedimiento sea comunicado en su propia lengua, tanto en el inicio como en toda las fases consecuentes del procedimiento. Adicionalmente, puesto que no hubo un letrado en el cuestionamientos a los procesados, se observa una deficiencia en la actuación policial al momento de la restricción de libertad de los cónyuges.

- Sentencia No. 008-15-SCN-CC: El origen de esta sentencia parte de las peticiones del juez segundo provincial de Tránsito de Cotopaxi y del juez primero de Garantías Penales de Tungurahua quienes presentaron varias consultas ante la Corte Constitucional. Su objetivo era que esta se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial. Estas peticiones se solicitaron como parte del control concreto de constitucionalidad, tal como está previsto formalmente en el artículo 428 de la Constitución, misma que asigna a la Corte vigilar la supremacía de la Constitución, con un control concreto de constitucionalidad de una determinada norma jurídica y su aplicación a un caso concreto, con una observación integral, considerando tanto los principios como las reglas contenidas en la Constitución.

La disposición legal cuestionada por los jueces de instancia establece que los jueces ordinarios que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, deben declinar su competencia a favor de estas. Asimismo, en esta sentencia, la Corte Constitucional realiza importantes precisiones respecto al objeto y alcance del artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, al determinar que los jueces ordinarios tienen la obligación de declinar el conocimiento de las causas que deben ser sometidas a las autoridades indígenas. Consecuentemente, se señala que la norma legal cuestionada materializa el mandato constitucional previsto en el artículo 76, numeral 7, literal i) de la Constitución. Dicho artículo

reconoce que las decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas tienen carácter de cosa juzgada, por lo cual se garantiza el principio constitucional y legal *non bis in idem*. La Corte recalca que, con la declinación de competencia, los jueces de justicia ordinaria garantizan el derecho de los miembros del pueblo indígena a ser juzgados por sus propias autoridades en acuerdo con sus costumbres, como lo determina la norma suprema.

- Sentencia No. 309-15-SEP-CC: La acción extraordinaria que originó esta sentencia fue presentada por parte del Consejo de Autoridades de la Justicia Indígena de la parroquia San Lucas del cantón y provincia de Loja dentro del recurso de apelación No. 414-2009, remitida por el juez Víctor Alberto Burneo Herrera a la Corte Constitucional.

En la sentencia se desarrolla el contenido del derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a aplicar su derecho propio, especificando que la ejecución de las decisiones emanadas por autoridades indígenas forma parte del ejercicio de su jurisdicción como sucede en la justicia ordinaria. Se encuentra que si bien el Art. 171 de la Carta Fundamental del Estado les reconoce a las autoridades indígenas funciones jurisdiccionales, dicha disposición suprema condiciona la aplicación de esos procedimientos que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Consecuentemente, la Corte establece que la valoración de las medidas adoptadas en la fase de ejecución de una decisión de justicia indígena por parte de jueces ordinarios, excede su competencia, en tanto estarían realizando un control de constitucionalidad de la decisión emanada de la jurisdicción indígena, circunstancia para la que existe un procedimiento específico regulado en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y que es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional.

Con lo analizado se puede concluir que la Corte Constitucional del Ecuador ha conocido casos relacionados al derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a aplicar su derecho propio, tal como es uno de los sistemas jurídicos vigentes en el ordenamiento constitucional y legal. Con todo, otras manifestaciones de pluralismo jurídico estudiadas previamente no han sido abordadas por el máximo órgano de justicia constitucional, lo que obedece también a la falta o casi inexistente aplicación de mecanismos alternativos como la mediación o el arbitraje.

Por tanto, se desprende que la Corte Constitucional en varios de sus fallos, se ha pronunciado sobre la aplicación de la justicia indígena, reconociendo en varias de las sentencias revisadas, conforme lo determina la Constitución, los procedimientos propios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas basados en sus tradiciones ancestrales. Si bien hay problemas debido al idioma, diferentes interpretaciones de conceptos, alcances y límites del derecho propio, en varias de las sentencias analizadas se puede evidenciar que se ha procurado garantizar la aplicación del derecho indígena, tal como está estipulado en la Constitución.

En tal sentido, es necesario resaltar que la interpretación cultural es fundamental en todas las sentencias revisadas ya que esta contribuye a una interpretación más adecuada de los derechos garantizados a los pueblos indígenas. Justamente, esta interpretación intercultural, permitirá comprender en el contexto occidental algo que no podría ser no viable en el derecho ordinario pero sí lo es en el derecho ancestral. Se evidencia el intento de cumplir este principio, mismo que se desprende de la Constitución ecuatoriana, aunque las complicaciones encontradas muestran que aún hay estragos ideológicos coloniales, con una perspectiva del derecho como herramienta civilizadora, donde la justicia ordinaria sigue conservando mayor jerarquía que la justicia indígena.

Ciertamente, el reconocimiento constitucional de los pueblos y las culturas ancestrales ha sido un punto de partida, sin embargo en el marco legal estatal y a nivel institucional y estructural aún se evidencia la ausencia de una verdadera materialización de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad o la falta familiarización con los conceptos y procedimientos de dichas culturas. Por esto, se puede concluir que la interpretación cultural es el recurso ideal para una mejor conciliación entre sistemas jurídicos de contextos diferentes. En consecuencia, es necesario establecer los parámetros de coordinación entre ambos sistemas jurídicos, que permitan la aplicación de cada derecho en los contextos que correspondan. sin prejuicios, ofreciendo los recursos para que ambas partes puedan lograr un acuerdo.

Para finalizar, es oportuno mencionar que la Corte Constitucional procura en algunos de sus fallos que se garantice el derecho de los miembros de los pueblos indígenas a ser juzgados por sus propias autoridades y aplicar su derecho consuetudinario. Con todo, se ha podido revisar y se lo hará con mayor profundidad en el siguiente capítulo, otras decisiones de la Corte en las que se ha delimitado el alcance y la competencia de las decisiones de la justicia indígena, lo cual merece un análisis más profundo y específico, en tanto pueden implicar una restricción y vulneración de los derechos garantizados por

la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos a los pueblos indígenas.

Como queda visto, en este capítulo se revisaron los componentes del pluralismo jurídico en sus diversas formas, como justicia de paz, mediación y justicia indígena, así como el contexto que rodea al caso denominado “La Cocha”, desde el monismo jurídico hasta el pluralismo jurídico en Latinoamérica y en Ecuador. También se examinaron las implicaciones de la interculturalidad y plurinacionalidad del pluralismo jurídico, con un estudio de la justicia indígena en nuestro país para comparar, analizar sus cuerpos legales y su relación con la Constitución.

Con ello se ha podido percibir las distintas vertientes del pluralismo jurídico que se proponen a través de la doctrina, para determinar cual de ellas se encuentra plasmada en las normas constitucionales en el Ecuador, que conforme ha quedado expuesto previamente reconocen la existencia y aplicación de otros sistemas jurídicos distintos a la justicia ordinaria.

A partir de un pluralismo jurídico fuerte e igualitario que se advierte de la lectura de la Constitución ecuatoriana, se ha analizado el tratamiento que ha tenido este dentro de la jurisprudencia constitucional, remarcándose que los pronunciamientos de este órgano se han centrado concretamente en una de las formas de pluralismo jurídico estudiadas y esta es la justicia indígena. Y sobre esta, la máxima instancia de justicia y control constitucional, ha tenido pronunciamientos variados que no han logrado aportar mayor desarrollo para el derecho de los pueblos indígenas a aplicar su sistema de justicia de ancestrales. De ahí, se aprecia que el pluralismo jurídico en el contexto ecuatoriano es susceptible de mejoras, a través de normas legales y mecanismos de coordinación que garanticen la efectiva aplicación de los sistemas jurídicos que la propia Constitución reconoce.



## **Capítulo segundo**

### **Análisis de la regla jurisprudencial sobre justicia indígena dictada en el caso La Cocha 2**

En el siguiente capítulo se revisarán los estándares internacionales sobre justicia indígena para el Ecuador, como son las normas de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de Estados Americanos. Además, se examinará la jurisprudencia constitucional sobre justicia indígena, concretamente del caso La Cocha 2, antecedentes, fallo, así como la aplicación de las disposiciones normativas pertinentes. Para cerrar el capítulo, se llevará a cabo un análisis crítico sobre la regla jurisprudencial relativa a la facultad de las autoridades indígenas para aplicar su derecho propio dictada en el caso La Cocha 2, para aproximarse a sus causas y repercusiones en el pluralismo jurídico ecuatoriano.

#### **1. Los estándares internacionales sobre justicia indígena para el Ecuador**

Cabe revisar la función del estándar internacional dentro del derecho internacional, antes de analizar su relación con la justicia indígena en Ecuador. Ciertamente, son herramientas que pueden orientar al Estado, tanto para la creación como para el accionar en su normativa interna. Sin embargo, puesto que el Estado, junto con los poderes Legislativo y Judicial tiene el Político, este último poder, según la ideología del gobierno de turno, puede afectar la interpretación de las recomendaciones internacionales. Así, inclusive la misma noción de Derechos Humanos podría verse afectada, de manera que los estándares internacionales pierdan fuerza, legitimidad.

Al respecto, Marcela Molina Vergara llama la atención sobre la necesidad de una adecuada conceptualización de lo que es un estándar internacional en Derecho, de manera que sirva para determinar cuándo y para qué su aplicación.<sup>110</sup> Así sería más factible reconocer sus funciones en relación al derecho internacional ya que, debido a la multiplicidad de sus usos adheridos, así como las valoraciones políticas de las personas involucradas, termine perdiendo los motivos que justamente propiciaron la creación de

---

<sup>110</sup> Marcela Molina Vergara, “Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual”, *Revista de derecho (Coquimbo)*, 25 (2018): 233-256. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100233>, 21.

dichos estándares. Por supuesto, no se puede negar que han sido útiles en el derecho internacional, hasta volverse norma en los Estados.

Molina profundiza en la etimología de estándar internacional, y en su investigación al respecto concluye que su trabajo puede ser útil para la formación de una nueva doctrina sobre dicha temática, la creación y entrega de guías técnico jurídicas a los operadores del sistema de justicia, todo ello considerando el estar ante un sintagma jurídico separado de las valoraciones personales, morales o políticas del objetivo de una estricta aplicación del derecho.<sup>111</sup> El propósito de Molina es comprensible, pues la creciente tecnificación, junto con la casuística en constante crecimiento, claramente dificultan el establecimiento de estándares fijos, por no mencionar, por ejemplo, el papel del juez internacional al desarrollar nuevos estándares, la existencia de algún indicativo sobre cuáles aplicar, y las principales consecuencias de su amplio margen de apreciación.

La justicia indígena está garantizada en la Constitución ecuatoriana, concretamente en el artículo 171, donde se menciona que las autoridades de las comunidades indígenas ejercerán su derecho propio. Por su parte, el artículo 84 determina que entre las potestades de la Asamblea Nacional está adecuar las normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales. Además, el artículo 424 establece que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público; en igual sentido, se garantiza que los derechos consagrados en la norma suprema y en dichos instrumentos internacionales serán de inmediato cumplimiento y aplicación.<sup>112</sup>

Entonces, al amparo del bloque de constitucionalidad consagrado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, resulta incuestionable la importancia de los instrumentos internacionales en materia derechos humanos; consecuentemente, se mostrará a continuación la normativa internacional que sustenta a la justicia indígena, así como algunos casos y sus respectivos fallos donde se podrá identificar los motivos por los que se tuvo que apelar a órganos internacionales en materia de derechos humanos.

---

<sup>111</sup> *Ibíd.*

<sup>112</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 426

### 1.1 Normativa específica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Desde su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha atendido las problemáticas de los pueblos indígenas y tribales, organización a la que Ecuador se adhirió en 1934. La OIT en 1957 logró un primer instrumento internacional vinculante denominado Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales pertenecientes a países independientes. Sin embargo, tal como se establece en el Folleto N° 8: La OIT y los pueblos indígenas y tribales, en 1986, la desazón suscitada por el criterio integracionista del Convenio N° 107, impulsó a la OIT a revisar el Convenio.

En 1988 y 1989 la OIT preparó un nuevo texto, el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales; ratificado por el Ecuador en 1998<sup>113</sup>. En su propósito de lograr la cooperación entre gobiernos, empleadores y trabajadores, estableció normas y políticas para que todos tengan el mismo derecho al voto, así como los gobiernos en sus deliberaciones. La Organización Internacional del Trabajo se fundamenta en un diálogo tripartito y complementa sus funciones con tres órganos fundamentales:

- Conferencia Internacional del Trabajo, encargada de dictar las normas internacionales del trabajo y definición de políticas generales;
- Consejo de Administración, es el órgano ejecutivo de la OIT, el cual decide sobre la política de la organización, y establece el programa y el presupuesto;
- Oficina Internacional del Trabajo, es la secretaría permanente de la OIT, responsable por las actividades de la OIT, ejecutadas bajo la supervisión del Consejo de Administración y la dirección del Director General.<sup>114</sup>

En concreto, el Convenio 169 postula, primeramente, el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, sus formas de vida y sus instituciones propias, además, enuncia su derecho a participar en las decisiones que les afectan. Estas premisas forman la base del Convenio, el que también garantiza el derecho de los pueblos

---

<sup>113</sup> Organización Internacional del Trabajo, “NORMLEX”, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200\\_COUNTRY\\_ID:102616](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102616)

<sup>114</sup> Organización Internacional del Trabajo, “Historia de la OIT”, *Acerca de la OIT*, s.f., <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-supervisory-system-mechanism/lang-es/index.htm> <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>

indígenas y tribales a decidir sobre sus prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, según afecte sus vidas, y en la medida de lo posible de lo convenido.<sup>115</sup>

Los siete primeros artículos del Convenio establecen el ámbito de aplicación del mismo; y definen los objetivos, propósitos y finalidades que se persiguen a través de su implementación. Para resumir, se puede destacar que entre los postulados de los artículos se menciona que “los gobiernos desarrollen programas que brinden protección e integración progresiva en la vida nacional a las poblaciones en cuestión, evitando la asimilación artificial (...) busquen la colaboración de las poblaciones al aplicar las disposiciones de protección e integración”.<sup>116</sup> Y también mencionan tomar en cuenta su derecho consuetudinario, utilizar sus penas o infracciones dentro de lo compatible con el ordenamiento jurídico del país.

En concreto, el artículo 8 numerales 1 y 2 establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán considerarse sus costumbres, su derecho consuetudinario, su derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias; no obstante, se señala que siempre y cuando estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Es importante precisar que acorde a lo previsto en el Convenio 169, los pueblos indígenas poseen garantías en la legislación ecuatoriana, las cuales también establecen que pueden aplicar su derecho ancestral. Por ejemplo, el artículo 57 de la Constitución, como se revisó previamente, reconoce y garantiza derechos colectivos, tanto los concernientes a la identidad como a las formas de organización social. En lo pertinente al doble juzgamiento, el artículo 76 en su literal i) determina que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa, lo que también comprende a la jurisdicción indígena. En cuanto a las funciones jurisdiccionales, las autoridades de las comunidades indígenas las ejercerán con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, aplicando sus normas y procedimientos. Es más, el Estado garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

Retomando el análisis de los artículos de la OIT, el artículo 9 en su numeral 1, indica que la aplicación de su sistema de justicia será en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos internacionalmente reconocidos, por

---

<sup>115</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (Organización Internacional del Trabajo: 2014) 8

<sup>116</sup> *Ibid.*, 19-30

lo que se deberá respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. El numeral 2 añade que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Por tanto, de este artículo se desprende que en cierta medida es un logro jurídico de los pueblos indígenas el reconocimiento de la legitimidad de sus procedimientos de sanción, principalmente en el caso particular de Ecuador donde el sistema de justicia indígena no pocas veces ha sido visto como linchamiento, por decir lo menos. Esto, añadido a la falta de interés por comprender la ideología detrás de la cosmovisión andina, ha hecho que se omita una interpretación cultural para calificar el sistema de sanción indígena como acto de salvajismo y/o en contra de los derechos universales. Sin embargo, las normas recogidas en el Convenio 169 llaman a los Estados que lo han ratificado, a observar los mecanismos de sanción previstos en el derecho ancestral en el juzgamiento de delitos por la justicia ordinaria, para que así no haya una imposición de un sistema jurídico sobre otro, sino que haya una mediación cultural para lograr justicia.

En relación al Convenio 169, Miguel Vargas e Ian Miranda señalan que uno de los aspectos donde se percibe una brecha de implementación del mismo es en el derecho sobre la consulta previa a los pueblos indígenas, y que, al revisar la jurisprudencia en casos de Colombia, Ecuador, Perú, y Bolivia, constataron que la legislación y reglamentación dictada por los Estados no siempre ha dado recepción plena a este derecho, es decir, sin cumplir del todo los estándares del Convenio 169.<sup>117</sup>

Concretamente en Ecuador, podemos apreciar una recepción amplia de los derechos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT. Así, conforme quedo examinado en el capítulo anterior, el numeral 10 del artículo 57 de la Constitución, sobre el reconocimiento de los derechos colectivos, menciona que los pueblos indígenas pueden “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario (...)”.<sup>118</sup> Mientras, el numeral 9 hace referencia a la conservación y desarrollo de sus propias formas de convivencia y organización social, así como la generación y ejercicio de su propia autoridad, tanto en sus territorios legalmente reconocidos como en las tierras comunitarias de posesión ancestral.

---

<sup>117</sup> Miguel Vargas e Ian Miranda, "Consulta previa – Una mirada a 25 años del Convenio 169", *Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación*, Copenhague, IWGIA, 2014, 81.

<sup>118</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Asimismo, en sus numerales 7 y 17, establece de forma obligatoria la aplicación de la consulta previa a las poblaciones indígenas sobre programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentran en sus tierras y antes de la adopción de medidas legislativas que puedan lesionar sus derechos colectivos; no obstante, el artículo 398 de la misma norma suprema, otorga la potestad al Estado de ejecutar o no los proyectos que puedan afectar al medioambiente, a pesar de haber obtenido en el proceso de consulta previa una oposición mayoritaria a los proyectos estatales.<sup>119</sup> El ejemplo citado evidencia la relativización del derecho a la consulta previa en el contexto ecuatoriano, como lo señalan Vargas y Miranda; por ello se afirma que a pesar del reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional, en determinados casos no existe desde los Estados un desarrollo normativo apropiado.

En relación al criterio de Vargas y Miranda antes citado, sobre la falta de materialización de las normas contenidos en el Convenio, cabe por último indicar que no existe un mecanismo concreto de reforzamiento de los instrumentos emanados de la OIT, en el ámbito contencioso, que permita establecer sanciones a los estados cuando incumplen con las obligaciones internacionales. No obstante, los instrumentos internacionales de la OIT se encuentran respaldados por mecanismos de control que tienen como finalidad garantizar y dar seguimiento a la aplicación de los tratados por parte de los Estados, para ello se establecen dos herramientas: mecanismos de control periódico y procedimientos especiales. Estos mecanismos se encuentran regulados en la Constitución de la OIT y contribuyen a garantizar que los países apliquen los convenios que ratifican.

Por ello, los mecanismos de control periódico se sustentan, por un lado en el examen de los informes sobre la aplicación por la ley y en la práctica que envían los Estados Miembros, y por otro en las observaciones pertinentes remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores. En cambio, los procedimientos especiales se basan en la presentación de una reclamación o una queja, y pueden ser:

- Procedimiento de reclamación con respecto a la aplicación de Convenios ratificados;
- Procedimiento de queja con respecto a la aplicación de Convenios ratificados;

---

<sup>119</sup> Miguel Vargas e Ian Miranda, "Consulta previa – Una mirada a 25 años del Convenio 169", 85

- Procedimiento especial de queja por violación de libertad sindical.<sup>120</sup>

En estos procedimientos especiales la actuación de los comités o comisiones a cargo de dar respuesta a las solicitudes se limita a emitir recomendaciones para los Estados miembros. Los casos que ameritan estos procedimientos especiales se deben a reclamaciones por organizaciones de empleadores y trabajadores contra cualquier estado perteneciente a la OIT; o también la reclamación puede efectuarse de un Estado miembro a otro, por el mismo motivo.<sup>121</sup> Las recomendaciones emitidas dentro de estos procedimientos, carecen de mecanismo concretos dentro de la normativa de la OIT que obliguen a los Estados miembros a su plena observancia; por tal razón, los procesos indicados no pueden ser considerados como medios eficaces para garantizar el cumplimiento de las normas internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, y consecuentemente, sancionar su vulneración.

## 1.2 Declaraciones de las Naciones Unidas

La Declaración de Naciones Unidas Derechos de los pueblos indígenas en 2007 se basó en una recomendación por parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas realizada un año antes. Dicha declaración, así como sus postulados generaron tanto expectativas como incertidumbre; expectativas debido al reconocimiento y valoración de las culturas autóctonas y ancestrales, e incertidumbre puesto que algunos de los Estados adherentes tenían antecedentes de violaciones de los Derechos Humanos. Ambas posturas son justificadas ya que el derecho internacional de los derechos indígenas ha sido una búsqueda para armonizar la relación entre los Estados y los pueblos nativos ancestrales.

Ciertamente, a pesar de no ser un instrumento jurídico vinculante, esta declaración representa una norma moral cuyos propósitos no deben omitirse, y la necesidad de especificar que está dirigido hacia los pueblos indígenas era algo que debía incluirse desde la independencia de las colonias europeas. No obstante, debido a su origen occidental, inglés y francés en cuanto a nociones del Derecho, hay discrepancias en los términos

---

<sup>120</sup> Organización Internacional del Trabajo, “Mecanismos de control”, *Como funciona la OIT*, s.f., párr. 3, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-supervisory-system-mechanism/lang-es/index.htm>

<sup>121</sup> Renato Mejía Madrid, “Los Mecanismos Especiales de Control de la Organización Internacional del Trabajo en Materia de Libertad Sindical”, *Derecho y sociedad*, n° 30 (2008): 113, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1369>

cuando alguna organización indígena invoca a la Convención de las Naciones Unidas, por ejemplo, al denunciar el genocidio de pequeñas comunidades, generalmente aisladas. Se puede deducir entonces que hay otros criterios que pueden afectar la interpretación de los derechos, así como la gravedad y naturaleza de las denuncias indígenas.

Por otra parte, también se podría decir que los pueblos indígenas no gozan los derechos humanos por completo, debido a los vacíos en cuanto a términos que provienen de culturas distintas, o deficiencia por parte del Estado ante denuncias de las comunidades indígenas, lo cual podría solventarse, por ejemplo, con el mejoramiento de los mecanismos de administración de justicia.

Concretamente, en las afirmaciones de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas*<sup>122</sup> se encuentra que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos, por lo que se reconoce su derecho a ser y considerarse diferentes y, consecuentemente, ser respetados como tales. Asimismo, se manifiesta que todos los pueblos contribuyen a la diversidad, riqueza de las civilizaciones y culturas que forman parte del patrimonio común de la humanidad. Concretamente, cabe resaltar una de las afirmaciones, con relación al derecho a la no discriminación de las poblaciones indígenas:

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas, Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación, (...)<sup>123</sup>

En este sentido, cabe resaltar los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, donde se especifican sus derechos y libertades, bien como individuos o como parte de un colectivo:

Artículo 1: tienen derecho al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 2: son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad.

Artículo 4: en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

---

<sup>122</sup> Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, 2007, [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf), 1

<sup>123</sup> *Ibid.*, 2.

Artículo 5: tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.<sup>124</sup>

Como se puede observar, a pesar de que dichos postulados están presentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en virtud de las violaciones de los mismos, basadas en prejuicios raciales, fue necesario apuntarlos pero especificando su contenido para los pueblos indígenas, cuya humanidad se dejó de reconocer debido a una ideología racista. No es de extrañar, puesto que la misma concepción de Derecho pertenece a un contexto diferente al de las comunidades indígenas y, al no considerarlos aptos o dignos en la creación de la normativa ordinaria, se los ha excluido de esta esfera. Entonces, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto supranacional es tardío pero necesario y, puesto que el racismo todavía persiste en algunos ámbitos, seguirá habiendo nuevos reconocimientos según prosiga el desarrollo la cultura indígena y la lucha por la garantía de sus derechos.

En lo que a la mujer indígena se refiere, la Declaración en su artículo 44 menciona que todos los derechos y libertades reconocidos en la misma serán garantizados por igual al hombre y a la mujer indígena. De igual forma, el artículo 22 en su numeral 2 señala que los Estados adoptarán medidas eficaces, o especiales de ser necesarias, con atención especial a los derechos y necesidades de ancianos, mujeres, jóvenes, niños y personas indígenas con discapacidad. De este modo, se percibe que tanto en las nacionalidades indígenas como en la población mestiza, permanecen grupos vulnerables que necesitan una protección adicional por parte de la ley.

Así, se puede inferir que las normativas locales e internacionales en ocasiones resultan insuficientes, las fuentes tradicionales se van quedando cortas ante los nuevos procesos de globalización y conexión interestatal, cada vez más fuertes. En este contexto, el Derecho ya no puede ser considerado como un sistema cerrado, limitado, ya que las circunstancias sociales han originado otros modos de creación de normas jurídicas, que inclusive pueden surgir de una comunidad internacional.

En este ámbito es que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas podría considerarse como lo que actualmente se denomina *soft law* o *weak law*, por circunscribirse al derecho internacional, con las respectivas diferencias políticas e ideológicas que existen entre los países. Por ejemplo, en lo que a gobierno local se refiere, Juan Carlos Covilla explica que los instrumentos de *soft law*

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, 4-5

pueden resultar “positivos, cuando el ente local adopta políticas sugeridas por la administración pública, y negativos cuando el ente local se siente constreñido por la falta de financiación para el ejercicio de sus competencias”.<sup>125</sup> Entonces, se observa que dichas declaraciones no tienen un carácter jurídico vinculante *per se* para los miembros de los organismos internacionales, no obstante, son instrumentos que por encontrarse en el ámbito político de las comunidades internacionales deben ser observados por los Estados como principios morales de sus actuaciones. Por ello es que, en el contexto internacional, se puede observar que en algunos Estados los derechos de las comunidades y poblaciones indígenas tienen mayor tutela y protección que otros, mientras que otras comunidades indígenas se siguen organizando para reclamar la garantía y el cumplimiento de sus derechos.

### **1.3 Instrumentos y mecanismos de protección de la Organización de los Estados Americanos**

La OEA en su *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* abarca, desde el ámbito de aplicación y alcances, hasta la identidad cultural, los derechos organizativos, políticos, sociales, económicos y de propiedad, pasando por los Derechos Humanos y los Derechos Colectivos. La Declaración aprobada por la Asamblea General de la OEA el 14 de junio de 2016, en sus artículos II y III, dispone que los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a la libre determinación. Es así que, en virtud de ese derecho, pueden “determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural”.<sup>126</sup> En otras palabras, la OEA procura que los pueblos indígenas no solamente sean libres sino además autónomos. En concordancia con esto, el artículo IV determina que nada de lo contenido en la Declaración:

se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar

---

<sup>125</sup> Juan Carlos Covilla Martínez, “El soft law como instrumento para dirigir al gobierno local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n° 12 (2019): 108, doi:10.24965/real.i12.10693.

<sup>126</sup> Organización de los Estados Americanos, *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 2016, 3

o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.<sup>127</sup>

En el caso de que una persona pertenezca a varias comunidades indígenas, la OEA especifica que tanto las personas como las comunidades tienen derecho a pertenecer a varios pueblos indígenas, en acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Adicionalmente, en el numeral 2 del artículo XXX se menciona que los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y respeto de sus propias instituciones para el mantenimiento de su organización y control de sus comunidades y pueblos. En otras palabras, que no necesitan de la jurisdicción del Estado para resolver sus propios conflictos.

Sin embargo, a pesar de este reconocimiento por los instrumentos internacionales a las instituciones propias de los pueblos indígenas, en donde se infiere se encuentran comprendidos sus sistemas de justicia ancestral, en la práctica existen aún algunas complicaciones para su ejercicio y desarrollo. No obstante, es claro que la *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* es de directa aplicación y cumplimiento obligatorio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, conforme lo determina la Constitución de la República en sus artículos 11, numerales 3 y 7; 424 y 426; y, como lo ha ratificado la Corte Constitucional del Ecuador en su jurisprudencia, señalando que:

Para efectos de las fuentes de derechos, tanto para invocar derechos ante operadores jurídicos o funcionarios públicos, como se desprende del artículo 11 (7) de la CRE, cuanto para aplicar normas cuando se trate de derechos y garantías, en Ecuador se puede recurrir a la Constitución, a los tratados y convenios y a las demás normas de instrumentos internacionales.<sup>128</sup>

De esta manera, el máximo órgano de interpretación constitucional ha ratificado la vinculatoriedad de los instrumentos internacionales, por lo tanto, todos los derechos contemplados en estos integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En el mismo sentido, resultan vinculantes para los Estados miembros de la OEA, de ahí que estos sean invocados en los procesos que sustancian ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano que se ha encargado de su protección.

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*, Art. 4

<sup>128</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia” en *Juicio n.º : 11-18-CN (matrimonio igualitario)* 12 de junio de 2019. párr. 29.

Cabe comentar además, cómo esta Declaración contribuye a fortalecer la relación entre los derechos humanos de los pueblos indígenas, pues se presenta como una manera efectiva de integrar un marco legal que considera tanto los derechos humanos como los del medio ambiente, aspecto fundamental dentro de la cosmovisión indígena. Su enfoque jurídico está acorde con el sistema interamericano de derechos humanos, en lo concerniente al valor instrumental del medio ambiente; inclusive señala la importancia de la relación entre derechos, pueblos indígenas y medio ambiente. No obstante, por el hecho de remitir a una concepción de derechos humanos ajena a la cultura indígena, se fundamenta en principios igualmente ajenos, de manera que siempre habrá un espacio para la interpretación intercultural.

Entonces, se deduce que la Declaración otorga una base legal para el encuentro de los derechos de los pueblos indígenas y la protección del medio ambiente, en la cual siempre será necesario una perspectiva antropológica para mediar entre las diferentes formas de concebir a la naturaleza. Esto se puede observar en lo relacionado a la “consulta previa”, donde se exige a los Estados informar a los pueblos indígenas sobre proyectos relacionados a la explotación de recursos naturales antes de ejecutarse.

Asimismo, cabe resaltar que existen, como se ya se ha mencionado, varios órganos internacionales que velan por los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, tales como la OIT, cuyos parámetros normativos sobre el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, así como su derecho a participar en las decisiones que les afecten, han contribuido a una mejor comprensión de los derechos indígenas, tanto a nivel local como internacional.

Por su parte, la OEA es una organización integrada por todos los países del continente americano que procura la paz, seguridad, democracia y derechos humanos; en su interior funciona el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que tiene como órgano jurisdiccional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), la cual se encarga de conocer y resolver los casos en los que determinado Estado ha vulnerado un derecho protegido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuando ya se han agotado los procedimientos propios e internos de dicho país.<sup>129</sup>

Además, se encuentra también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que tiene como función receptor las peticiones de quienes consideran que los Estados integrantes de la OEA han transgredido sus derechos humanos, la CIDH analiza

---

<sup>129</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Corte IDH”, *Acerca de*, accedido 7 de octubre de 2019, <http://www.corteidh.or.cr>

e investiga tales solicitudes y tiene la facultad de formular recomendaciones o requerir medidas cautelares a los Estados miembros, así como someter los casos a conocimiento de la Corte Interamericana.

En síntesis, los estándares internacionales revisados fomentan procedimientos para que los Estados examinen y reformen su legislación interna, de ser el caso. Es decir, contribuyen a que los pueblos y nacionalidades indígenas ciertamente determinen y elijan sus estructuras jurídicas, en conformidad con sus propios procedimientos. Así, efectivamente, se puede proteger los derechos de los pueblos indígenas y sus jurisdicciones.

## **2. Análisis del caso La Cocha 2. Contenido y repercusiones**

En la práctica se constatan varias complicaciones al plantear y establecer un Estado plurinacional, pues cada sistema jurídico corresponde a un contexto diferente, sin mencionar las propias distinciones existentes incluso entre las nacionalidades indígenas presentes en el Ecuador. Ante esta situación, la Corte Constitucional es el único órgano jurisdiccional con la facultad de analizar las decisiones emitidas por las autoridades de las comunidades indígenas del Ecuador, conforme a lo previsto en artículo 171 de la Constitución de la República, el cual prevé que dichas decisiones estarán sujetas a control de constitucionalidad; paralelamente, el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dictamina que la persona que no estuviere conforme con la decisión de las autoridades indígenas “por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión”.<sup>130</sup>

En tal sentido, la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, tiene la facultad de efectuar una revisión sobre las decisiones de las autoridades indígenas, precautelando que estas no contravengan la propia Constitución, ni vulneren derechos humanos; y simultáneamente, cooperar en la vinculación de ambos sistemas [estatal e indígena], evitando que uno prevalezca sobre otro.

Por otra parte, las diferencias de índole cultural remarcadas a lo largo de este trabajo no solamente se reflejan en elementos como la vestimenta, el lenguaje, sino

---

<sup>130</sup> Ecuador, *Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, Art. 65.

también en un pasado histórico cargado de represión, racismo y violencia que marginó a los indígenas de varias esferas del orden público; a pesar de ello, los pueblos ancestrales han mantenido sus propios procedimientos para impartir justicia, basados en sus costumbres y cosmovisión, donde la Constitución ecuatoriana y los instrumentos internacionales de derechos humanos son su principal respaldo. Con este preámbulo, cabe entrar en el análisis de la Cocha 2, donde se revisarán sus antecedentes, estudios antropológicos, sentencia, reglas jurisprudenciales y repercusiones.

## **2.1 Antecedentes: Caso La Cocha 1**

Debido a su relación con la presente investigación, es pertinente revisar en forma general el caso “La Cocha 1”, llamado así en relación al nombre de la comuna-comunidad donde se originan los hechos, conformada en 1966 por 13 comunidades indígenas, y ubicada en la parroquia rural Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi.

Los antecedentes de este caso consisten en la sanción a tres miembros de la comunidad por el delito de asesinato ocurrido dentro de su territorio, dispuesta por las autoridades indígenas de la comunidad. En lo concerniente a los hechos, se debe indicar que el 21 de abril de 2002, en la comunidad Quilapungo - La Cocha, tres comuneros de Guantopolo en estado de embriaguez propinaron varios golpes a un miembro de la comunidad, lo cual produjo su muerte.

Al respecto, las autoridades de la comunidad La Cocha juzgaron el hecho y sancionaron a las tres personas involucradas, con base en su derecho consuetudinario, y en concordancia con el artículo 191 de la Constitución ecuatoriana de 1998, el cual determinaba 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.

No obstante, debido a la forma descontextualizada en que se comunicó esta información por parte de los medios de comunicación, el suceso generó cierta conmoción social, lo cual impactó a la ciudadanía no indígena, de forma que se consideró investigar y juzgar el caso a través del derecho penal ordinario, lo cual conllevó a la prisión preventiva de los involucrados.

En la etapa de juicio, el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi emitió auto de nulidad el 10 de septiembre de 2002, dentro del proceso 630-2002, argumentando 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 [...]

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 [...] <sup>131</sup>

Se puede observar que el juez indica que el derecho ancestral está protegido y normado por la Constitución de 1998, así como por los tratados internacionales de derechos humanos, motivo por el que se puede argumentar un único proceso y por consiguiente la vulneración del principio *non bis in ídem*. Bajo este criterio, el juez de instancia reconoció la facultad de las autoridades indígenas para juzgar y sancionar los hechos suscitados en el caso concreto, de acuerdo a la normativa vigente en el sistema jurídico ecuatoriano.

Posteriormente, el fiscal apeló la decisión, por lo que una de las Salas de la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi revocó el auto de nulidad y el proceso penal continuó sustanciándose, dentro de este procedimiento se llegó a determinar que las autoridades indígenas de “La Cocha” no tenían las competencias para juzgar un delito de tan alta gravedad, por lo que declaró culpables a los tres involucrados.<sup>132</sup>

Como respuesta, José Cuchiparte Toaquiza –presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas “La Cocha”– y Nelson Rodrigo Chiguano Umajinga –presidente del Cabildo de “La Cocha”– presentaron una solicitud de dirimencia de competencia al entonces Tribunal Constitucional del Ecuador.

El Tribunal Constitucional inadmitió dicha demanda, señalando la falta de legitimación activa por parte de quienes propusieron la acción de dirimencia de competencia, es decir, no existió por parte del Tribunal un pronunciamiento sobre el

---

<sup>131</sup> Auto de nulidad emitido por el Juez Carlos Poveda dentro del proceso 630-2002, de 10 de septiembre de 2002.

<sup>132</sup> Ecuador, *Tribunal Constitucional*, Causa No. 0002-2003-CC, de 17 de junio de 2003.

fondo del caso, como tampoco se generó un precedente jurisprudencial en cuanto a los límites de la justicia ordinaria en relación con la justicia indígena.

Se ha considerado importante hacer referencia a este caso no solo por las similitudes fácticas con el caso que analizaremos a continuación, sino porque permite evidenciar que las fricciones que se producen entre la aplicación del derecho ancestral y el derecho estatal, no constituyen casos aislados; por el contrario, en un contexto social y cultural tan diverso como el ecuatoriano, la práctica de la justicia indígena se ha visto constantemente expuesta a la interferencia del sistema de justicia de ordinario, como lo evidencian los hechos y acciones judiciales antes descritas.

En este sentido, analizando la argumentación realizada por los jueces que conocieron la causa penal dentro de la solicitud de dirimencia de competencia planteada por las autoridades de la comunidad indígena, se observa una interpretación nada consecuente con lo previsto por la Constitución Política de 1998, en la cual, ya se establecían las normas que garantizaban el derecho de las poblaciones indígenas a aplicar sus procedimientos de justicia ancestral. Se puede evidenciar que se argumenta por ejemplo que los actos de la justicia indígena deben quedar en precedentes por escrito y que dichas actas escritas no fueron presentadas ante la justicia estatal a efectos de determinar la existencia de juzgamiento por parte de las autoridades indígenas, por otro lado, también se alegó que se requería una ley para hacer compatibles las funciones de las autoridades indígenas con las del sistema judicial nacional.<sup>133</sup>

Argumentos como los citados evidencian que en la cultura jurídica del momento no existía una comprensión plena de lo que implicaba el reconocimiento de que las autoridades de los pueblos indígenas ejerzan funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos;<sup>134</sup> por el contrario, se advierte una posición en la que aparentemente el derecho estatal tiene como finalidad subordinar la justicia indígena.

No obstante, por otro lado merece especial atención, el análisis efectuado por el juez de instancia en el auto de nulidad de 10 de septiembre de 2002, pues como se destacó previamente esta decisión judicial reconoce plenamente las facultades reconocidas a las autoridades indígenas para la resolución de conflictos internos, fundamentándose en lo principal, en lo establecido por el Convenio 169 de la OIT en lo referente al derecho de

---

<sup>133</sup> Ecuador, Resolución 0002-2003-CC, Registro Oficial 126, 16 de julio de 2003.

<sup>134</sup> Ecuador. *Constitución Política de la Republica del Ecuador*.

los pueblos indígenas a conservar sus instituciones propias y a respetar sus métodos para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Cabe precisar que el marco constitucional y legal de aquel momento, difiere a las normas jurídicas hoy en día vigentes; sin embargo, el juez al dictaminar la nulidad de lo actuado se fundamentó en lo principal en la obligación constitucional del Estado de garantizar la vigencia, respetar y hacer respetar los derechos humanos, y en aquellas normas constitucionales que preveían la aplicabilidad de los instrumentos internacionales en el Ecuador.

Bajo este marco normativo el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, consideró la validez de la actuación de las autoridades indígenas en el caso concreto, en tanto a criterio del juzgador, al amparo de las normas internacionales invocadas, las autoridades indígenas se encontraban facultadas para resolver conflictos independientemente de la gravedad de los hechos sometidos a conocimientos. Lo que llevó a determinar que en el caso sometido a su conocimiento se había configurado una vulneración al principio de *non bis in ídem*, debido a la intervención de la justicia estatal.

A pesar de que esta decisión haya sido revocada en lo posterior, no se puede dejar de resaltar que significó un reconocimiento importante en materia de derechos de los pueblos indígena.

## **2.2 Caso La Cocha 2: Hechos y argumentos de la demanda**

El caso La Cocha 2, denominado así por sus similitudes con el caso previamente analizado, corresponde a la acción extraordinaria de protección presentada por Víctor Manuel Olivo Palio en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas en relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Palio. Dicha acción extraordinaria se fundamentó en que el entonces Fiscal General del Estado desconociendo la resolución adoptada por las autoridades indígenas, pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena La Cocha, con el fin de rescatar a uno de los principales involucrados en la muerte de Olivo Palio; es más, en la acción se argumenta que este hecho fue respaldado por el Ministro de Gobierno y la Policía, quienes intentaron incluso usar la fuerza pública para rescatar a los involucrados.<sup>135</sup>

El 16 y el 23 de mayo de 2010, las autoridades indígenas de La Cocha, a través de su Asamblea General, establecieron la culpabilidad de cinco jóvenes indígenas de la

---

<sup>135</sup> Ecuador, *Corte Constitucional del Ecuador*, “Sentencia” en *Juicio n.º: 0731-10-EP* de 30 de julio de 2014.

comunidad de Guantopolo e impusieron sanciones conforme a los principios de la justicia indígena.<sup>136</sup> Paralelamente, el Ministro de Justicia solicitó que se iniciaran las acciones legales en contra de las autoridades indígenas. En función de aquello, el demandante argumentó que existió una intervención de una jurisdicción externa a la comunidad.

Dentro de sus fundamentos el accionante indicó además que los responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena de forma voluntaria y aceptaron ser juzgados bajo las normas y principios de esta jurisdicción; no obstante, en lo posterior decidieron acogerse a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual fueron procesados penalmente. Ante esto, el señor Víctor Manuel Olivo Palio alegó un doble juzgamiento.

En tal sentido, la acción propuesta ante la Corte Constitucional del Ecuador, pretendía entre otras cosas que se respete la decisión emanada de la jurisdicción indígena, alegando que, por su propia voluntad, los familiares del occiso y de los presuntos responsables, solicitaron la intervención y actuación de las autoridades indígenas de la comunidad La Cocha, junto con las de la comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados.

Adicionalmente, según se desprende de la sentencia objeto de análisis, el accionante solicitó a la Corte Constitucional del Ecuador mediante *acción extraordinaria protección en contra de decisiones de la justicia indígena*,<sup>137</sup> pronunciarse en lo principal sobre: si las autoridades indígenas de La Cocha, podían o no resolver sobre el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo; si la resolución de las autoridades indígenas dictada en el caso concreto, observa el artículo 171 de la Constitución de la República y el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial; si las sanciones impuestas a los involucrados constituyen o no violación a los derechos humanos; si los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes; si podían o no interferir las autoridades de la justicia ordinaria en el caso que se encontraba en conocimiento de las autoridades indígenas; y, que se

---

<sup>136</sup> Giovanni Bravo, “‘La Cocha’ un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador”, (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 65 <http://hdl.handle.net/10644/4672>

<sup>137</sup> Si bien en la demanda presentada por el accionante se señaló que se trataba de una acción extraordinaria protección en contra de decisiones de la justicia indígena, la Corte Constitucional en su análisis deja claro que la principal inconformidad del accionante guarda relación a los procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria y la falta de diligencia por parte de las autoridades indígenas para hacer eficaz su decisión y competencia. Por ello, se observa que la decisión de la Corte se sustenta en las normas que regulan la acción extraordinaria de protección (general).

disponga cuáles son las formas de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.<sup>138</sup>

En función de los argumentos destacados, el accionante alegó la vulneración de los derechos constitucionales consagrados en los artículos 57, numerales 1, 9 y 10 de la Constitución de la República, esto es, que se reconocerá y garantizará a las comunidades indígenas derechos colectivos a mantener su identidad, conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y crear y desarrollar su propio derecho. También se alegó la vulneración del derecho previsto en el artículo 76, numeral 7, literal i), referente a las garantías básicas que aseguren el debido proceso, concretamente que nadie será juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

De igual forma, el demandante sostuvo que se transgredieron los principios constitucionales previstos en el artículo 11, numerales 3, 4 y 5, según los cuales se establece que los derechos constitucionales y aquellos reconocidos en instrumentos internacionales son de directa e inmediata aplicación, la interpretación más favorable a la efectiva vigencia de los derechos, y que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos. Finalmente se alegó la afectación de los previsto en el artículo 171 de la Constitución, el cual reconoce la facultad de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales.

### **2.3 Estudios antropológicos realizados dentro del caso La Cocha 2**

El peritaje antropológico es un recurso de prueba por el cual el perito proporciona elementos cuantitativos y cualitativos sobre una cultura determinada; así, permite al juzgador determinar si la diferencia cultural es una condición de esclarecimiento en el proceso de análisis y resolución de un conflicto. También contribuye elementos en conflictos relacionados con la diversidad cultural.<sup>139</sup> Puesto que la antropología se integra por varias disciplinas, el peritaje antropológico comprende la elaboración de dictámenes en cualquiera de ellas, así como en el Derecho, asunto principal de este trabajo investigativo.

---

<sup>138</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” N.º 113-14-SEP-CC.

<sup>139</sup> Instituto Nacional de Antropología e Historia, “¿Qué es el peritaje antropológico?”, *Noticias INAH*, accedido 17 de noviembre de 2019, [https://www.antropologia.inah.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=296](https://www.antropologia.inah.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=296).

Concretamente, la rama antropológica que resulta pertinente al presente trabajo es la Social y Etnología, cuyo peritaje resulta sumamente útil en asuntos que requieren reconocer la diferencia cultural de una persona, o cuando hay una violación de los derechos colectivos de pueblos indígenas, por lo que es aplicable en un proceso penal, civil, electoral, ambiental, agrario, propiedad intelectual, juicios de amparo, entre otros.<sup>140</sup>

En breve, es medio de incorporar el criterio intercultural a los procesos judiciales y constitucionales que involucran a los miembros de pueblos indígenas, afro ecuatorianos, montubios y comuneros. Por ejemplo, este tipo de peritaje fue altamente necesario en el caso No. 0072-14-CN, el “Caso Waorani”, pues la Corte necesitó establecer, de forma excepcional, las normas constitucionales en casos de delitos contra la vida, y así evitar la afectación de los derechos colectivos del pueblo Waorani.

Para el caso La Cocha, el peritaje antropológico se solicitó precisamente a causa de las diferencias culturales entre las jurisdicciones involucradas, pues el juez constitucional puede desconocer el significado de ciertas expresiones o manifestaciones en una sociedad distinta a la suya. Así, el juez constitucional, un tercero incluido en el conflicto, pero con mayor autoridad jerárquica, puede arbitrar procurando una resolución justa e imparcial.

De la revisión de la sentencia y del expediente del proceso, se puede verificar que se efectuaron dos peritajes antropológicos dentro del caso concreto, por lo que se pasará a revisar los aspectos más relevantes de estos estudios.

Al examinar el peritaje de Esther Sánchez, se puede distinguir, por ejemplo, el análisis realizado respecto de los bienes jurídicos que protege la justicia indígena, a diferencia de los bienes jurídicos que protege el derecho penal. Como se ha mencionado en el primer capítulo, las comunidades indígenas persiguen aspiraciones de justicia ligadas estrechamente a la visión de *comunidad* y, por ser de una cosmovisión distinta, la Asamblea debe hacer interpretaciones particulares.

En igual sentido, mediante este peritaje antropológico se solventó el encuentro de sociedades pertenecientes a contextos culturales diferentes gracias a una valoración de la cultura involucrada, y diversas implicaciones que surgen a partir del cruce de cultura indígena (minoritaria) y cultura mestiza (mayoritaria). En este punto, cabe recalcar una vez más, que los castigos indígenas no son nuevos, pero pueden resultar impactantes

---

<sup>140</sup> *Ibíd.*

vistos fuera de contexto, lo que sucedió al ser transmitidos por los medios masivos de comunicación con un enfoque sensacionalista en lugar de informativo.

Asimismo, si bien hay literatura sobre la interpretación cultural, no se puede negar la complejidad de dicha tarea en la práctica, justamente por las diferentes concepciones de justicia como de sus mismos elementos, a pesar de existir cierta similitud en los términos, como las sanciones, las cuales difieren en su propósito. Por ello, la interpretación cultural necesita de este tipo de estudios antropológicos-jurídicos para que ambas partes de los sistemas de justicia puedan comprender los significados de la otra cultura, lo cual puede ser un reto para ambas. Con todo, a pesar de las intenciones de este tipo de interpretación, cabe mencionar que esta también depende de la capacidad del juez para valorar e interpelar los peritajes.

Concretamente, en el peritaje realizado por la Esther Sánchez se destacan dos puntos:

- ¿La resolución de las autoridades indígenas se apega al mandato constitucional? Para responder esto, la perito Sánchez plantea la necesidad de recurrir a las dos acepciones de resolución, en tanto competencia jurisdiccional y en tanto lo determinado por la Asamblea de la comunidad o indígena o que asamblea? Entonces, en la primera acepción, Sánchez explica que sí hubo apego a la legislación, concretamente al mandato Constitucional del artículo 171 y al artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. Mientras que, en la segunda acepción de resolución, es una forma de cerrar el problema, para lo cual siempre debe haber testigos y firmas de los responsables de todo lo que se narra en el Acta, ya que esta representa la justicia, el “espíritu de la comunidad”. En este punto se observa una de las peculiaridades de la interpretación cultural, pues a pesar de que ambas justicias plantean formas de resolver conflictos desde sus propias cosmovisiones, inclusive un término aparentemente sencillo como “resolución” requiere un análisis para permitir un mejor entendimiento entre ambos sistemas jurídicos.
- ¿Las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen una violación de los derechos humanos fundamentales?, ¿son actos de salvajismo? En estos aspectos, Sánchez reflexiona sobre dos puntos, primero, cómo la justicia indígena clasifica al sujeto transgresor, y segundo, determinar los motivos por los cuales se presume que se vulneró los derechos humanos. Por tanto, explica que las sociedades indígenas, en su cultura, un sujeto *enfermo – transgresor* requiere

compasión, para sí mismo y para su familia, avergonzada de no haber prevenido un acto atroz de pariente, tal como dar muerte a otro miembro de la comunidad asesinándolo. Entonces, el sujeto enfermo puede pasar a un estado saludable a través de rituales, procedimientos determinados que reflejan el carácter sagrado de su sistema jurídico. En el otro punto, puesto que en su cultura las sanciones físicas son prácticas ancestrales, determinadas para corregir, sanar a los transgresores, sirven para justamente prevenir que en dicha sociedad de verdad surja un salvajismo, una barbarie a causa de que no existirían sanciones para que los *enfermos* se curen y vuelvan a ser miembros activos de la comunidad.

A partir del análisis realizado, Sánchez se comprende el carácter conciliatorio y reparador de la justicia indígena, la cual busca en lo principal la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados.<sup>141</sup>

En cuanto al peritaje desarrollado por el presbítero Pedro Torres, coincide en varios aspectos en lo planteado por Ester Sánchez, así por ejemplo destaca la importancia de mantener la armonía dentro de las comunidades indígenas, señalando que todo esto radica en el elemento fundamental que constituye la comunidad para ellos; así sostiene que la misma que es percibida como una “estructura y percepción de vida que va más allá de los seres humanos y que relaciona con toda forma de existencia en una común unidad de interrelación e interdependencia recíproca”<sup>142</sup>.

Bajo este argumento, el perito sostiene que cuando esta armonía se rompe dentro de la comunidad, no se recurre a sanciones punitivas, sino a prácticas en las que incluso se encuentra involucrada la comunidad, para el perito Torres no se trata de penas o castigos, sino de reprimendas. En el mismo orden de ideas, los informes periciales coinciden en señalar que las sanciones aplicadas son más drásticas cuando se trata de hechos en los que se haya producido la muerte de uno de sus miembros.

Pedro Torres analiza también dentro de su informe lo relativo al bien protegido, para ello, partiendo de que el objeto de la justicia indígena es el *ayllukuna alli kusay* o *bien vivir*, explica que hay una diferencia ideológica con relación a la justicia ordinaria y el aspecto subjetivo de los derechos y las responsabilidades en cuanto a lo que constituye el bien protegido dentro de cada sistema. La justicia indígena apela fundamentalmente al sentido comunitario donde, por ejemplo, en el caso de un robo, así se trata de un bien

---

<sup>141</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” N.º 113-14-SEP-CC.

<sup>142</sup> *Ibid.*, 19.

particular, lo que se busca es protegerlos desde una concepción comunal de los mismos, mas no el sentido de propiedad común. Igualmente sucede con el valor de la vida, ya que un miembro pertenece a su familia y al *ayllu* o comunidad, entonces, lo que se busca proteger es la vida en cuanto convivencia en común, de entendimiento social y armonía.<sup>143</sup>

A partir de este análisis, la Corte Constitucional destaca dentro de la sentencia que según el criterio del perito Torre, el bien protegido para la justicia indígena es la comunidad y la vida en comunidad; en igual sentido, para la perito Sánchez, el bien que se protege tiene una dimensión colectiva, según lo afirman los jueces constitucionales.<sup>144</sup> Como se verá más adelante, la interpretación de este criterio por parte de la Corte Constitucional será un elemento determinante dentro de la resolución del caso.

Por tanto, acorde a los elementos resaltados de los peritajes antropológicos practicados en el caso La Cocha 2, se puede advertir que estos proporcionan una visión intercultural necesaria para que las culturas analizadas en un caso determinado, no sean consideradas superiores entre sí. Sobre esta base la Corte, en el caso concreto, podía desarrollar su análisis sin juzgar a los sistemas indígenas únicamente desde la perspectiva del derecho occidental, sino también sobre los elementos antropológicos arrojados por los informes periciales, que permitan examinar de forma objetiva los fundamentos sobre los que asientan sus costumbres, y consecuentemente, su derecho propio. Sobre esta problemática, el doctor Raúl Llasag manifiesta que la determinación del contenido del derecho indígena es una tarea por hacer, ya que persiste el prejuicio y la exclusión e, inclusive, la imposición de la justicia ordinaria.<sup>145</sup>

#### **2.4 Contenido de la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, caso La Cocha 2**

La sentencia materia de análisis, como quedó expuesto previamente, ha sido dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, en virtud de la acción extraordinaria de protección presentada por Manuel Olivo en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010 por las autoridades de las comunidades de La Cocha y Guantopolo, en relación al asesinato de Marco Olivo.

---

<sup>143</sup> *Ibíd.*, 22.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, 23.

<sup>145</sup> Raúl Llasag Fernández. “Derechos colectivos y administracion de justicia indígena”, en Aportes para un debate. Judith Salgado, compiladora. Quito: Ediciones Abya Yala. 2002

Según indicó el accionante dentro de su demanda, las autoridades de la justicia ordinaria interfirieron en lo decidido por las autoridades indígenas, al pretender juzgar nuevamente a los jóvenes declarados culpables del asesinato de su hermano, con lo cual, argumentó que vulneraron 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, al igual que otras disposiciones infra constitucionales.

A partir de dichos argumentos, la Corte Constitucional desarrolla su análisis en orden a determinar si dentro del caso se han vulnerado derechos constitucionales conforme lo alega el demandante y como corresponde dada la naturaleza de la acción constitucional incoada.

Los problemas jurídicos encontrados en la sentencia radican en dos aspectos, el primero, orientado a establecer si 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. El segundo, si las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento, particularmente las decisiones de la justicia indígena.

Para el análisis de los problemas jurídicos y la argumentación de la Corte Constitucional se utilizará la teoría del precedente jurisprudencial a efectos de materializar e ilustrar nuestro estudio, de esta manera se identificarán las *ratio decidendi* y los *obiter dicta* de la sentencia, entendiéndose por *ratio decidendi* a los fundamentos principales de los juzgadores para adoptar determinada decisión que además tienen fuerza vinculante y constituyen los precedentes para casos futuros, mientras que los *obiter dicta* se refieren a los criterios y argumentos auxiliares que carecen de vinculatoriedad pero que en igual sentido dan sustento a la decisión.<sup>146</sup>

Bajo este esquema, dentro del primer problema jurídico la Corte recalca en primer lugar los efectos y consecuencias de concebir al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República. En segundo lugar, se resalta la importancia de la normativa internacional relativa a los derechos humanos, por lo que se remite a los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT,

---

<sup>146</sup> Pamela Aguirre Castro, “El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico”, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 247 <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7107/1/SDS-006-Aguirre-El%20Precedente.pdf>

en lo cuáles, como habíamos estudiado previamente se establecen los derechos de los pueblos indígenas a conservar sus instituciones y a respetar los métodos propios para la sanción de delitos, siempre que estos no vulneren derechos humanos. Además, se sostiene que estos derechos se encuentran reconocidos en igual sentido por la Constitución ecuatoriana en el artículo 57, numerales 9 y 10.

A partir de estos presupuestos, la Corte inicia estableciendo que el reconocimiento del derecho de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas a mantener sus instituciones y a aplicar sus normas propias supone la existencia de autoridades facultadas a ejercer estas competencias, así como de una estructura procedimental para tales efectos. Para ello, se realiza todo un examen a fin de determinar si los pueblos indígenas en Ecuador cuentan con autoridades encargadas de conocer y resolver conflictos internos, determinándose de forma afirmativa la existencia de autoridades indígenas competentes para administrar justicia, cuya naturaleza además es colectiva.

Sobre esta base y en función de la información proveída por los estudios antropológicos realizados dentro del caso, los jueces constitucionales examinan si las autoridades indígenas cuentan además con un procedimiento previamente establecido, a fin de determinar si en el caso concreto se ha observado dichos parámetros y si el mismo observa y respeta los derechos humanos. En este sentido, luego de examinar el procedimiento utilizado para la resolución de conflictos dentro la justicia indígena, se destaca en lo principal que esta es esencialmente conciliatoria y reparatoria, y que la sanción aplicada por las autoridades de La Cocha en el caso bajo estudio, constituye una práctica conocida por la comunidad como mecanismo de amonestación.

Así, se establece un primer *obiter dictum* dentro de la sentencia, en el cual, la Corte determina que las autoridades de la comunidad La Cocha aplicaron un procedimiento preestablecido y conocido por toda la comunidad y que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria.

Bajo estos parámetros, la Corte examina el contenido y alcance de las resoluciones adoptadas por las autoridades indígenas, a fin de establecer si existe o no relación entre el bien jurídico protegido por las decisiones de la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Al respecto, la Corte señaló que lo que se decide a través de las decisiones de la justicia indígena en el caso en concreto, no es el grado de participación de los implicados en el hecho de la muerte, sino el grado de afectación provocado a la comunidad a través

de este hecho. Para llegar a esta conclusión, la Corte resalta principalmente lo señalado por el presbítero Torres en su informe antropológico:

“Así, lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el ayllkuna allí kausay, el buen vivir entre familias y el estar “integrado” a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea...AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA, por eso suelen decir: “tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie” y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera. (...)

Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es partícipe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean. (...)<sup>147</sup>

De lo señalado por el perito Pedro Torres, la Corte advierte que lo que busca proteger la justicia indígena es la comunidad y la vida en comunidad; por lo tanto, el tribunal llega a establecer como *ratio decidendi* dentro de esta primer problemática que, la justicia indígena no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de las personas, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad y dado que estos hechos generan un conflicto entre las familias y en la comunidad, el mismo que debe ser resuelto con el objetivo de restaurar la armonía de la comunidad en su conjunto.

Respecto a la resolución del primer problema jurídico cabe precisar dos cuestiones, primero se observa como a pesar de que la Corte Constitucional reconoce las particularidades del derecho propio y establece que este opera y funciona con reglas distintas al derecho ordinario, no obstante, en su análisis aplica una categoría jurídica inherente al derecho penal como es la del *bien jurídico protegido* a lo que es la justicia indígena. Inobservando con esto las diferencias evidentes que existen entre ambos sistemas de justicia y apartándose de la interpretación intercultural que propone en un inicio.

En segundo lugar, se percibe que la Corte Constitucional al arribar a la conclusión de que la justicia indígena no sanciona la afectación a la vida como un bien protegido en sí mismo, omite analizar otros criterios expresados por los peritos en sus informes y a los cuáles los jueces se refieren expresamente dentro de la sentencia. Pues, la Corte destaca

---

<sup>147</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n° 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

en su momento que la Asamblea General comunitaria únicamente en los casos en los que existe afectación a la vida, es decir ante la muerte de un individuo, establece sanciones más drásticas que en otros, expresamente la Corte señala:

Para la Corte Constitucional es de particular importancia destacar que los dos informes especializados evidencian que la asamblea general de la comunidad, que ejerce la administración de justicia, solamente en los casos relacionados con la afectación a la vida, esto es, la muerte de uno de sus miembros que afecta la integridad y cohesión comunitaria, impone sanciones más drásticas. Es únicamente ante la muerte que se aplica, a la vez, el castigo del baño con agua fría, la ortiga, el fuate, el cargar tierra o piedras en la plaza pública y los trabajos comunales.<sup>148</sup>

Con ello se aprecia que existe dentro de la justicia indígena y el derecho propio un tratamiento especial para aquellos hechos en los que se vulnera la vida de las personas miembros de la Comunidad, por consiguiente, su afectación es debidamente sancionada.

Ahora bien, en el segundo problema jurídico, el organismo constitucional analiza si las instituciones y autoridades públicas han respetado a la comunidad indígena y a las decisiones tomadas por esta. Para ello, la Corte tomó como punto de partida el artículo 66, numeral 1 de la norma suprema que consagra el derecho a la inviolabilidad de la vida, haciendo énfasis en la obligación positiva que se deriva de este derecho y que consiste en el deber del Estado de sancionar todo tipo de agresión contra la vida.

Al respecto, la Corte hace énfasis en la distinción del rol de la justicia indígena, indicando que mientras el derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas busca proteger la vida de las personas como medio para la materialización del bien jurídico protegido que es la comunidad, en el derecho común el derecho a la vida es protegido en sí mismo. Así, se puede identificar como *obiter dictum* dentro este problema jurídico que los jueces constitucionales señalan que la inviolabilidad de la vida se encuentra protegida por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo tanto, es obligación del Estado proteger este derecho en todas sus dimensiones y garantizar que se juzgue y sancione cualquier conducta que pueda vulnerarlo.

A partir de estas consideraciones, se verifica que la Corte Constitucional establece que siendo una obligación del Estado a través de las autoridades e instituciones correspondientes sancionar los actos que atenten contra la vida de las personas, en caso de que este tipo de delitos se susciten dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará que estos sean juzgados y sancionados de conformidad con las leyes propias del derecho penal ordinario. Estableciendo adicionalmente que ello no implica

---

<sup>148</sup> *Ibid.*, 19.

interferencia ni de disminución alguna del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Al respecto, la Corte precisó:

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.<sup>149</sup>

Bajo esta línea argumentativa, el órgano jurisdiccional define expresamente los alcances y límites de la justicia indígena en relación a delitos en los que se atente contra la vida, determinando que estos deberán ser conocidos y resueltos exclusivamente por la jurisdicción penal ordinaria, la cual, estará obligada en aquellos casos que involucren a miembros de comunidades indígenas, a considerar su condición económica, social y cultural, sobre todo a la hora determinar las sanciones correspondientes, para lo cual se deberá observar lo previsto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente el Convenio 169 de la OIT. Constituyendo esta la *ratio decidendi* del segundo problema jurídico de la sentencia bajo análisis.

De acuerdo a las consideraciones anotadas hasta aquí la Corte Constitucional desarrolla los dos problemas jurídicos planteados en el fallo, no obstante realiza un análisis adicional respecto a la actuación de los medios de comunicación que difundieron los hechos en su momento, a fin de verificar si estos cumplieron con la normativa aplicable.

Al respecto, la Corte advierte que la forma en la que se difundieron los hechos por parte de los medios de comunicación, especialmente lo relativo a la ejecución de las sanciones impuestas a los involucrados en el caso La Cocha, generó alarma dentro de la sociedad y fomentó la estigmatización de las prácticas ancestrales de las comunidades indígenas. El órgano jurisdiccional advierte que existió una difusión de información descontextualizada y que no se realizó una explicación suficiente de los aspectos publicados por los medios de comunicación.

---

<sup>149</sup> *Ibid.*, 28

En función de aquello, la Corte establece una *ratio decidendi* adicional en la que se determina que la publicación de reportajes periodísticos o información en general difundida por autoridades públicas, en la que se presente a la justicia indígena como un acto de linchamiento y sin una correspondiente contextualización sobre las prácticas ancestrales utilizadas para sancionar determinadas conductas, representa una acción que vulnera derechos constitucionales, en tanto, ello fomenta los prejuicios en contra de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la Corte determinó que los medios de comunicación, así como cualquier autoridad pública o particular, siempre que difundan y analicen temas de justicia indígena, debían emitir información contextualizada, verificada y veraz, que respete las prácticas sociales y culturales diferentes y que no fomente acciones discriminatorias contra la población indígena.

Sobre la base de los argumentos y consideraciones previamente anotadas, la Corte Constitucional decidió que en el caso en análisis no se vulneraron derechos constitucionales de los involucrados; que la Asamblea General Comunitaria del Pueblo Kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios; y que, la Asamblea General Comunitaria del pueblo Kichwa Panzaleo, al conocer el caso, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que dicha muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad y determinando que no se ha configurado un doble juzgamiento.

Sobre el primer punto de la decisión en el que se establece que no se vulneraron derechos constitucionales por parte de ningún sistema jurídico, se advierte que esta decisión obedece a la argumentación efectuada por los jueces, en el sentido de que tanto las autoridades indígenas observaron los procedimientos determinados por el derecho propio en su actuación, como que la justicia ordinaria actuó en el marco de sus obligaciones y competencias a fin de proteger y garantizar la inviolabilidad a la vida. Por ello, se concluyó que la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, el Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria actuaron acorde a un sentido de justicia a través de sus propios mecanismos y recursos, sin transgredir los derechos constitucionales como lo alegó el accionante.

En el segundo punto, se puede observar que la Corte determina que en el caso concreto las autoridades indígenas que actuaron conociendo los hechos están plenamente habilitadas para conocer y resolver los conflictos internos que se produzcan en sus territorios, ello en virtud de que los jueces dentro de su análisis examinaron que en el

marco de las normas constitucionales e internacionales en materia derechos humanos vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el derecho de los pueblos indígenas a aplicar su derecho ancestral se encuentra plenamente reconocido. Con esto, se infiere un reconocimiento aparente por parte de la Corte Constitucional de igualdad jerárquica entre los sistemas de justicia ordinaria e indígena, no obstante, como se verá en breve la Corte estableció una regulación especial a la aplicación del derecho ancestral.

En relación al tercer punto de la decisión, que constituye el elemento medular de la sentencia y el aspecto más relevante para esta investigación, se verifica que los juzgadores señalaron que la justicia indígena en el caso concreto estableció distintos niveles de responsabilidad distribuidos en varios grados, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, al contrario de la labor efectuada por el Ministerio público y la justicia penal ordinaria, la misma que tiene por objetivo establecer la responsabilidad individual de los presuntos implicados en un delito en el que se atenta contra la vida.

Se advierte entonces que para llegar a esta conclusión la Corte Constitucional tomó como referencia los elementos señalados dentro de los informes antropológicos en los que se destaca, entre otras cosas, que el bien primordial protegido por la justicia indígena es la comunidad y la vida en comunidad; para llegar a determinar que en el caso en concreto la Asamblea General Comunitaria no resolvió sobre la protección del bien jurídico vida, sino a partir de los efectos sociales y culturales que la muerte de unos de los miembros de la comunidad producía para esta.

Al respecto, como se señaló anteriormente, la interpretación efectuada por los jueces para arribar a esta conclusión, a criterio de la investigadora, se aparta de la interpretación intercultural propuesta en un inicio por la Corte, en cuanto se aplica una categoría propia del derecho penal a la justicia ancestral, a fin de determinar si frente a afectaciones a la vida de los individuos ambos sistemas protegen el mismo bien jurídico.

Además, se debe considerar que los estudios efectuados por los peritos se refieren de forma general a las finalidades y elementos primordiales para la justicia indígena, dentro de los que resaltan: el bien vivir en comunidad y la importancia de mantener la armonía dentro de los miembros de la misma. No obstante y como lo reconoce la propia Corte Constitucional, dentro de los estudios antropológicos se remarca también que las autoridades indígenas al administrar justicia imponen sanciones más drásticas que las normales únicamente en los casos relacionados con la afectación a la vida. En este sentido, la Corte señaló: “Es únicamente ante la muerte que se aplica, a la vez, el castigo del baño

con agua fría, la ortiga, el fuate, el cargar tierra o piedras en la plaza pública y los trabajos comunales”.<sup>150</sup>

Lo que se pretende precisar con este análisis, es que la conclusión adoptada por la Corte a efectos de determinar que en el caso concreto no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento, no obedece a un examen integral de los informes antropológicos que se desprenden del proceso constitucional, en los que efectivamente se realizan aportes muy valiosos, se destacan las particularidades de la cosmovisión indígena y concretamente de las finalidades y procedimientos de su sistema de justicia, tal es así que dentro de estos informes se establece que a través del derecho ancestral se juzgan efectivamente las conductas que atentan contra la vida de las personas con sanciones más rigurosas.

Ahora bien, como parte de la decisión y en el punto número cuarto de esta, la Corte configura tres reglas de aplicación obligatoria que, tanto autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación, públicos, privados y comunitarios, deben observar de manera obligatoria, todo esto conforme a lo previsto en los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, normas que establecen la facultad de la Corte Constitucional de expedir jurisprudencia vinculante al ser la máxima instancia de interpretación de la norma suprema. Las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte en la sentencia bajo análisis, determinan:

- I. La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario. Esto incluye los casos donde los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas, así como los hechos que ocurran al interior de una comunidad indígena.
- II. Las autoridades de la justicia penal ordinaria aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas.
- III. Es obligación de todo medio de comunicación, público, privado o comunitario, al difundir casos de justicia indígena, obtener autorización previamente por las autoridades indígenas involucradas, asegurando una comunicación veraz,

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*

contextualizada e integral de los hechos; informando sobre todos los aspectos de la resolución y no solamente los actos de sanción. Esta disposición se aplicará de igual forma a los funcionarios públicos, judiciales o no, y a particulares.<sup>151</sup>

En dichas reglas se puede observar que han quedado establecidos los precedentes de obligatorio cumplimiento para la actuación procesal frente a delitos contra la vida que suceden dentro de las comunidades indígenas, las cuáles a pesar de contar dentro de su propio sistema de justicia con procedimientos y sanciones para juzgar dichas conductas, se encuentran impedidas de hacerlo a partir de la expedición de la sentencia No. 113-14-SEP-CC. Por tanto, todos los casos relativos a delitos contra la vida serán conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria.

Esta regla jurisprudencial se desprende directamente del análisis efectuado por la Corte Constitucional dentro de los problemas jurídicos ya analizados, en los que se concluyó que la justicia indígena no busca tutelar la vida como bien jurídico protegido en sí mismo, sino en cuanto a los efectos que su afectación genera para la comunidad. No obstante, la recepción de esta regla en el sistema jurídico ecuatoriano ha sido bastante cuestionada desde la academia y en la esfera jurídica, en tanto se percibe como una limitación al derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus sistemas de justicia propios, conforme lo garantiza la norma suprema, y además como una especie de subordinación del derecho ancestral al derecho estatal.

En la segunda regla jurisprudencial la Corte Constitucional determina que las autoridades de la justicia penal ordinaria aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, lo cual concuerda plenamente con lo previsto por la Constitución de la República respecto a la aplicación directa de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Se entiende que a través de esta regla la Corte pretender remarcar concretamente lo establecido en el artículo 9, numeral 2 del Convenio 169, donde se expresa que las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales en las que intervengan miembros de comunidades indígenas, deberán considerar los métodos propios utilizados por estos pueblos para dichos efectos.

Cabe indicar que esta regla jurisprudencial guarda concordancia con el análisis efectuado por la Corte Constitucional dentro del caso denominado como Waoranis, Sentencia N. 004-14-SCN-CC, en la que este organismo determinó la necesidad de

---

<sup>151</sup> Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 113-14-SEP-CC.

efectuar una interpretación del derecho interno armonizada con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde el principio de interculturalidad, concretamente, en dicho fallo la Corte respecto a la aplicación de una norma contenida en el Código Penal, señaló que a pesar de que la disposición jurídica sea válida y vigente, al tratarse de pueblos no contactados, esta debía ser interpretada y aplicada desde una perspectiva intercultural<sup>152</sup>.

Finalmente, en relación a la tercera regla jurisprudencial dictada por la Corte en el caso La Cocha 2, se puede evidenciar que esta guarda congruencia con el análisis efectuado por lo jueces respecto a la actuación de los medios de comunicación dentro del caso concreto. De manera que, se muestra completamente acertado el hecho de generar una obligación para que al difundir información respecto a los procedimientos y sanciones llevados a cabo por la justicia indígena, los medios lo hagan de forma contextualizada, a fin de no fomentar la estigmatización que ha existido desde siempre en relación a los procedimientos ancestrales desde la cultura occidental.

### **3. Análisis crítico sobre la primera regla jurisprudencial dictada dentro del Caso La Cocha 2**

Para contextualizar el análisis que se desarrollará en este acápite es necesario repasar la primera de las reglas jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento dictadas en la sentencia 113-14-SEP-CC, sobre la cual nos enfocaremos de forma concreta, por constituir el objeto de análisis de la presente investigación:

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

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.<sup>153</sup>

En términos generales cabe mencionar que el caso La Cocha 2 generó un amplio debate jurídico (constitucional), sociológico y antropológico en torno a la decisión adoptada por la Corte Constitucional, en la que se evidenció no solo la falta de normativa

---

<sup>152</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio n° 0072-14-CN*, 6 de agosto de 2014

<sup>153</sup> Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”, en *Juicio n°: 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

en relación al ejercicio de la jurisdicción indígena, sino también la ausencia de normas que garanticen una coordinación armónica con el derecho estatal.

En este marco, el siguiente análisis jurisprudencial es una reflexión adicional a los criterios vertidos previamente por la investigadora en relación a la sentencia No. 113-14-SEP-CC, en el cual se revisará la argumentación de los jueces y los fundamentos que llevaron a dictaminar la regla jurisprudencial previamente anotada, sobre la base de los elementos teóricos planteados en el primer capítulo. Consecuentemente, al examinar el fallo, se podrá describir cómo los jueces resolvieron la problemática entre justicia ordinaria y justicia indígena planteada en el caso concreto. De igual manera, cabe aclarar que este análisis no busca ni pretende ser absoluto, ya que otros investigadores pueden recurrir a otras metodologías y obtener resultados distintos.

Cabe entonces resaltar la trascendencia del caso La Cocha 2, ya que a partir del mismo se limitó la administración de justicia indígena, en particular, la competencia jurisdiccional de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Dentro del fallo, se observa claramente la discusión entre las autoridades indígenas, su jurisdicción, competencias, procedimientos y los parámetros de constitucionalidad y protección de los derechos humanos de la justicia ordinaria. Se encontró que debido a la diversidad de orígenes, territorios y tradiciones, desde una mirada externa se puede percibir una justicia indígena homogénea, pero en realidad cada comunidad cuenta con sus propias particularidades, tanto por su forma de vida como por su manera de relacionarse.

Como se indicó previamente, a través de la regla jurisprudencial objeto de estudio se establece que la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos en los que se atente contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema penal ordinario, descartando con ello la competencia de la justicia indígena para conocer este tipo de delitos. Adicionalmente, en la sentencia materia de la presente investigación se observa que la Corte Constitucional desconoció las resoluciones de las autoridades indígenas de la comunidad “La Cocha” emitidas el 16 y 23 de mayo de 2010, contradiciendo con ello aparentemente lo previsto en el artículo 171 de la Constitución de la República, el cual expresa que el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, y vulnerando consecuentemente el principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal i) de la norma suprema. Paralelamente, se encuentra que se transgredió lo previsto en los artículos 8 y 9 del Convenio No. 169 de la OIT, que precisan que los

Estados deben respetar los métodos e instituciones propias de los pueblos indígenas, particularmente aquellos utilizados para reprimir los delitos cometidos por sus miembros.

En consecuencia, la decisión constitucional bajo análisis terminó subordinando la justicia indígena a la jurisdicción ordinaria, en clara contradicción a lo previsto por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual, sin lugar a dudas, podría percibirse como un retroceso en los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Por otro lado, se observa cómo la Corte Constitucional al efectuar un control de constitucionalidad sobre la decisión de justicia indígena, analizó y determinó que las autoridades de la comunidad La Cocha actuaron en función de las consecuencias que los hechos juzgados generarían en la vida de su comunidad, a partir del valor que esta tiene desde su cosmovisión. De esta manera, la Corte llegó a determinar límites a la jurisdicción indígena y a establecer a favor del sistema penal ordinario la competencia exclusiva y excluyente para juzgar, en adelante, los delitos contra la vida.

Al respecto y al examinar las sanciones propias de la cosmovisión indígena, Grijalva expresa 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.<sup>154</sup>

En otras palabras, faltas graves como el homicidio no son ajenas a la justicia indígena, y no por ello dejan de primar sus principios de justicia, una justicia reparadora y conciliadora que en todos los casos propenderá a recuperar la armonía en la comunidad y cuyos castigos se basan en que el sentenciado, eventualmente, pueda sanarse y reintegrarse a la comunidad.

En cuanto a la supuesta interferencia que hubo en la ejecución de la justicia indígena, cabe indicar que los jueces constitucionales dentro de la sentencia rechazan este argumento justificando la intervención de la justicia ordinaria desde la perspectiva del derecho penal estatal; así se considera que el Fiscal General puso en relevancia el derecho a la vida sobre los derechos colectivos comprometidos, a fin de conocer y juzgar los hechos que causaron la muerte de una persona y que habían sido previamente sancionados

---

<sup>154</sup> Agustín Grijalva Jiménez y José Luis Exeni, Coordinación entre justicias, ese desafío, en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, 599

por la Asamblea General Comunitaria de La Cocha. Como se vio con anterioridad, esto tuvo como consecuencia la acción extraordinaria de protección propuesta por Víctor Manuel Olivo, cuyo fundamento principal radicaba en la intervención de una jurisdicción ajena a la comunidad indígena, y por consiguiente, la existencia de un doble juzgamiento.

En concreto, el caso y la decisión marcaron una línea jurisprudencial en relación a la limitación de competencia material de la justicia indígena, que en la actualidad se encuentra plenamente vigente, y por consiguiente, su aplicación es obligatoria. Cabe señalar que el máximo órgano de justicia constitucional ecuatoriano no se ha pronunciado en casos con un patrón fáctico similar que permitan revisar el precedente jurisprudencial establecido en el caso La Cocha 2.

Ahora bien, al ser esta una regla jurisprudencial con efectos plenamente vinculantes dentro del sistema jurídico ecuatoriano, conviene examinar si en realidad su contenido configura una limitación en la aplicación de la jurisdicción indígena. Para ello, vale anotar que, en relación a los límites y alcances de la jurisdicción especial indígena, en el peritaje antropológico realizado por Esther Sánchez se determinan tres parámetros para visibilizarlos:

1. Especificidad cultural de la jurisdicción de cada pueblo indígena: Se refiere a que la forma específica que las autoridades indígenas adquieren cada uno de los elementos de la jurisdicción depende de las características de cada nacionalidad y cada comunidad.
2. El territorio y la pertenencia étnica de las partes en la delimitación de la *notio*: Explica que la facultad de administrar justicia es un derecho de grupo, limitado al territorio (aunque para cada caso en concreto habría que examinar la definición de territorio dentro de la cosmovisión indígena).
3. La conciencia étnica: Se refiere a que en cada caso se debe tener en cuenta la nacionalidad o comunidad a la que pertenecen las partes involucradas, así como la diferencia de normas.<sup>155</sup>

Siendo estos los elementos que definen y establecen los límites y alcance para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, resulta incontestable que a través de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional en el caso La Cocha 2, se ha determinado un elemento adicional que viene dado en función del

---

<sup>155</sup> Sánchez, *Peritaje en antropología jurídica*.

tipo de delitos que se conozcan, esto es, en función de la materia a la que se refieran los hechos que originan el conflicto.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional estableció categóricamente que las autoridades indígenas no tienen competencia para conocer y resolver los casos en los que se atente contra la vida de las personas, en tanto, esta es una competencia exclusiva del derecho estatal y concretamente de la materia penal. Los fundamentos jurídicos y antropológicos, que sustentan lo decidido por la Corte Constitucional en el caso concreto y el mandato de obligatorio cumplimiento contenido en la regla jurisprudencial objeto de análisis, quedaron debidamente expuestos y analizados en los acápites anteriores, so pena de ello, es importante remarcar la forzosa interpretación que realizan los jueces constitucionales sobre los criterios aportados en los informes antropológicos.

Al respecto, es importante tener en cuenta que la decisión de la Corte de asignar competencia exclusiva al Derecho Penal Ordinario para conocer, resolver y sancionar los casos en los que exista una afectación a la vida de los individuos, obedece al análisis efectuado por los jueces respecto a los bienes jurídicos que tutelan cada uno de los sistemas jurídicos en tensión. Para la resolución de esta problemática la Corte toma como referencia los informes periciales efectuados dentro del caso, en los que se realiza un estudio antropológico respecto a la justicia indígena, con el objeto de efectuar una interpretación intercultural sobre los temas controvertidos en el caso

Dicho esto, el punto medular del análisis efectuado en la sentencia, radica en la diferenciación de los bienes jurídicos que protege la justicia indígena y el derecho ordinario. A criterio de la investigadora, en este punto no se evidencia que los jueces constitucionales realicen una comprensión integral de lo que implica la justicia indígena desde un enfoque verdaderamente intercultural, y por el contrario, se busca a aplicar un concepto ajeno a la naturaleza y contenido del derecho ancestral como es la categoría de bien jurídico protegido.

Si bien la Corte Constitucional remarca que la justicia indígena tiene una finalidad conciliatoria y reparatoria y que su fin primordial es proteger a la comunidad, bajo este argumento, que a propósito es bastante amplio y general, se pretender determinar que las autoridades indígenas al conocer casos en los que se haya suscitado la muerte de uno de sus miembros, no sancionan la afectación a la vida como tal, sino únicamente los efectos que esta muerte causa para la comunidad. En este razonamiento expresado en la sentencia, se observa que se deja de lado los criterios aportados dentro del caso por los mismos peritos, en los que se resalta la aplicación de sanciones más drásticas por parte

de las autoridades indígenas en aquellos casos que conllevan la muerte de individuos, de donde se advierte claramente que la justicia indígena efectivamente juzga y sanciona las conductas en las que se atente contra la vida de las personas.

Este es un aspecto que ha sido debidamente remarcado dentro del voto salvado de la sentencia, donde se señala que:

En el caso bajo análisis, conforme se evidencia en los peritajes antropológicos efectuados por los expertos, el pueblo Panzaleo de la nacionalidad Kichwa de Cotopaxi si juzga atentados contra la vida, es más, específicamente en la comunidad de La Cocha, por los antecedentes que han sido documentados y referidos por especialistas en la materia, ya se ha juzgado con anterioridad otros conflictos internos de la misma naturaleza, esto es derivados de atentados contra la vida.<sup>156</sup>

Concordando completamente con el criterio expuesto por el juez Marcelo Jaramillo dentro del voto salvado, se puede concluir que el razonamiento expuesto en el voto de mayoría, esto es en la sentencia estudiada a lo largo de la presente investigación, carece de un adecuado sustento, por consiguiente la regla jurisprudencial establecida sobre esta base argumentativa resulta por lo menos una limitación no justificada al derecho de los pueblos indígenas a aplicar su derecho propio.

Adicionalmente, se observa que el análisis efectuado por los jueces va más allá de determinar si la actuación de las autoridades indígenas en el caso en concreto se ajusta a lo previsto por la Constitución de la República y los tratados internacionales en materia derechos humanos. Siendo que este debería ser uno de los elementos principales sobre los cuales la Corte base su decisión, más aún porque son elementos que la Corte analiza dentro del fallo, como la competencia de las autoridades que conocieron y sancionaron los hechos y el procedimiento aplicado.

Es por esto que, además se observa una clara contradicción entre lo decidido por la Corte, pues por un lado en el numeral 2 de la decisión contenida la sentencia se establece que “la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios”;<sup>157</sup> posteriormente, se establece una regla que termina limitando la competencia reconocida a la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo y a todas las autoridades indígenas en general, bajo parámetros que no se encuentran expresamente determinados por la Constitución de la República o por los tratados internacionales de derechos humanos.

---

<sup>156</sup> Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”, en *Juicio n°: 0731-10-EP*, 30 de julio de 2014.

<sup>157</sup> Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”, en *Juicio n°: 10-EP*, 30 de julio de 2014.

Ahora bien, por otra parte, en virtud del bloque de constitucionalidad previsto por la Constitución de la República, se puede decir que Ecuador cuenta con la estructura normativa para actuar sobre la base de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales a las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, en tanto estos son de directa e inmediata aplicación. Por supuesto, aún queda bastante por hacer debido a la diversidad de las culturas ancestrales, para lo cual es necesario efectuar estudios de peritajes antropológicos que no solamente permitan mediar entre las jurisdicciones, sino que sirva para que, paulatinamente, se difumine el prejuicio de superioridad de la justicia ordinaria.

El Estado ecuatoriano plurinacional debe seguirse construyendo, y una manera de fortalecer el pluralismo jurídico sería que las instituciones no indígenas con competencia jurisdiccional conozcan y reconozcan que los indígenas son parte estructural de la nación, que si bien tienen una cosmovisión diferente, no deben ser considerados inferiores. Adicionalmente, Sánchez menciona que para establecer una cultura en torno a un pluralismo jurídico legal “necesariamente hay que tener en cuenta al derecho ordinario y los otros derechos propios como parte de un sistema”.<sup>158</sup> Es decir, conforme a las disposiciones constitucionales y la doctrina estudiada, en el sistema ecuatoriano confluyen distintos órdenes jurídicos que, al ser reconocidos por la propia norma suprema, deben ser aplicados y ejercidos en igualdad de condiciones.

Así, en el marco de la interculturalidad reconocida como elemento constitutivo del Estado, es necesario trabajar en la coordinación de los sistemas jurídicos reconocidos y aplicables en el Ecuador, concretamente respecto al derecho estatal y la justicia ancestral, en donde se han evidenciado fricciones importantes que ponen en juego el ejercicio efectivo de derechos constitucionales y derechos humanos, como son los reconocidos a los pueblos y nacionalidades indígenas no solo por el ordenamiento jurídico interno sino por instrumentos internacionales.

Cabe citar finalmente lo señalado por Ramiro Ávila quien al analizar si es necesario que el derecho penal estatal se nutra de los principios y elementos de la justicia indígena, acota que, la interculturalidad implica transformaciones profundas desde un nivel individual privado hasta un plano político estatal; en este sentido el autor destaca que “la gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un

---

<sup>158</sup> Sánchez, *Peritaje en antropología jurídica*.

modelo de vida”<sup>159</sup>. Es decir, es necesario romper los paradigmas que nos han llevado a creer que la cultura occidental es todo lo que esta bien, y por el contrario, reafirmar que las culturas históricamente marginadas no solo deben ser reconocidas, sino que deben ser integradas en toda la estructura estatal, respetando sus tradiciones, prácticas, instituciones y costumbres, y porque no, aprendiendo de ellas.

#### **4. Alcances y límites de la jurisdicción especial indígena desde la normativa legal en el Ecuador**

El artículo 171 de la Constitución determina que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, sobre la base de su derecho propio y sus tradiciones ancestrales; en igual sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 343, determina el ámbito de la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, 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. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.<sup>160</sup>

Del contenido de las normas citadas se desprenden algunas precisiones respecto al ejercicio de las potestades jurisdiccionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que pueden sintetizarse bajo el siguiente esquema:

- Especificidad cultural: implica que la administración de justicia indígena debe basarse en sus tradiciones ancestrales, por lo que cada elemento de la jurisdicción depende de las particularidades de cada nacionalidad y sus comunas respectivas.
- Territorio: se corresponde con su sentido de pertenencia étnica, el que justamente no está delimitado con claridad, pues puede abarcar desde territorios no poseídos en forma de ámbito territorial, hasta territorios que, sin pertenecerle, la comunidad considera como suyo.

---

<sup>159</sup> Ramiro Ávila Santamaría. “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?” en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012, 30.

<sup>160</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

- Conciencia étnica: debe considerarse la nacionalidad o comunidad de las partes involucradas, pues existen diferencias entre la justicia indígena y la ordinaria, donde los factores territoriales y subjetivos son determinantes al momento de que las autoridades indígenas administren justicia.
- Derechos reconocidos por la Constitución: el ejercicio de la jurisdicción indígena no podrá soslayar los derechos reconocidos y garantizados por la norma suprema y por los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>161</sup>

No obstante, la problemática en relación a los alcances y límites de la justicia indígena radica, entre otras cuestiones, en que esta jurisdicción no cuenta con un corpus de derecho escrito como tal, por lo que al ejercer sus funciones jurisdiccionales pueden entrar en conflicto con los límites previstos en el derecho vigente, concretamente la Constitución y los derechos humanos. Tal como ocurrió en el caso “La Cocha” donde la justicia estatal, en principio, consideró que las represalias indígenas atentaban a los derechos humanos, esta apreciación infundada, no solo desconoce los elementos características de la cosmovisión de los pueblos ancestrales al imponer castigos o sanciones, sino que ignora el hecho que la jurisdicción indígena está reconocida en condiciones de igualdad con la jurisdicción estatal a nivel constitucional, por lo que cuenta con todas las facultades de la jurisdicción ordinaria para la aplicación de procedimiento propios.

De esta manera, se observa que la justicia ordinaria es la que determina, desde un contexto ajeno, el hecho de que las decisiones emanadas de la jurisdicción indígena vulneran derechos humanos, es decir que rige la subjetividad sobre el reconocimiento de la autonomía de ese tipo de justicia. Por otro lado, el hecho de no existir una sola comunidad, sino precisamente varias comunidades indígenas, dificulta justamente el que su derecho propio pueda plasmarse en un documento, debido a diferentes discrepancias en cuanto a términos, interpretaciones y procedimientos. Además, esto implicaría incorporar un mecanismo jurídico occidental, como es la positivización de las normas, a un sistema jurídico que no se sustenta sobre estas bases, y que por el contrario, se fundamenta en usos y costumbres ancestrales.

En lo que se refiere a los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, el Estado ecuatoriano cuenta con ciertos precedentes como el caso La Cocha 2, que precisamente

---

<sup>161</sup> Estos criterios abarcan los diferentes ámbitos culturales de las personas pertenecientes a comunidades indígenas, en concordancia con los procedimientos y normas de los juzgados y tribunales.

constituye el objeto de la presente investigación. La jurisprudencia desarrollada alrededor de este caso, no ha dejado de ser cuestionada por los defensores de los derechos de las comunidades indígenas, en cuanto se considera que con esta sentencia el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar y aplicar su derecho propio, fue severamente restringido por la Corte Constitucional.

Cabe entonces indicar que de acuerdo a lo previsto por la Constitución ecuatoriana el límite para el ejercicio del derecho colectivo previsto en el artículo 57, numeral 10 de la misma norma suprema es únicamente el respeto de los derechos constitucionales y de aquellos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en perfecta consonancia con lo que determina el artículo 171 respecto al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas. En función de aquello, se considera que la norma de obligatorio cumplimiento establecida a través de la sentencia del caso La Cocha 2, va más allá de los límites previstos por la propia Constitución.

Ahora bien, se puede advertir que la problemática que surge en relación a los límites y alcances de la justicia indígena, surgen también debido a la ausencia de mecanismos de coordinación con el sistema jurídico estatal. En este punto cabe citar lo señalado por la perito Esther Sánchez, quien brinda sugerencias para la reglamentación de la jurisdicción indígena: “Puesto que el desarrollo del derecho de los pueblos indígenas a ejercer la jurisdicción ha sido favorable, es deseable delegar en los jueces indígenas y no indígenas gran parte de la labor de especificación de las normas generales”.<sup>162</sup> Inmediatamente, Sánchez agrega que dichos jueces además deben contar con la posibilidad de estudiar los casos de manera concreta para que puedan ajustar las exigencias legislativas a las circunstancias particulares.<sup>163</sup>

En consecuencia, deberían plantearse mecanismos de mediación y de cooperación entre los sistemas de justicia aplicables en nuestro contexto, a fin de procurar el pluralismo jurídico a la luz de la interculturalidad y plurinacionalidad que establece la Constitución, ya que, en Ecuador, actualmente, no existe una ley de coordinación entre jurisdicciones, a pesar de que por mandato constitucional se determina que: “La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Esther Sánchez, *Aportes para una Ley de Coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena*, en Corte Constitucional del Ecuador, caso N.º 0731-10-EP.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, art. 171.

Al respecto, es importante precisar que la formulación de políticas y normas procedimentales de coordinación y cooperación entre la justicia ordinaria e indígena, prevista a nivel constitucional como infraconstitucional, es uno de los temas pendientes en el contexto ecuatoriano. No obstante que la Asamblea Nacional conoció en el año 2010 un proyecto de ley específico denominado *Ley Orgánica de Coordinación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria*, este no prosperó más allá del primer debate, por lo que no llegó a constituirse como ley de la República.

Con todo, esta coordinación, que sin lugar a dudas es necesaria, debe ser tratada observando los principios constitucionales de plurinacionalidad e interculturalidad, es decir, procurando el intercambio entre visiones culturalmente distintas y creando las instituciones que permitan que dicho intercambio se produzca en condiciones de igualdad. Como señala Ramiro Ávila, “El Estado intercultural no es, pues, una palabra inocente o novelera más. La propuesta no podrá limitarse a una reforma legal, a la incorporación de una materia en la escuela, a la creación de un ministerio, a un reportaje en la televisión pública. El estado intercultural tiene un rol central en la construcción de una sociedad diferente y emancipadora”.<sup>165</sup>

Por tanto, se puede observar que una de las problemáticas encontradas al concebir el pluralismo jurídico es que al concebir los derechos humanos como derechos humanos universales, aparentemente funcionan como locales pero en realidad pertenecen a una globalización.<sup>166</sup> Además, otra disyuntiva con las concepciones ancestrales de justicia es que los derechos universales necesitan de una verticalidad jurisdiccional, es decir, que estos derechos están sujetos al dictamen de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares. Debido a esto, una forma de conciliación entre las concepciones ancestrales de justicia y los derechos universales serían los derechos multiculturales, de forma que se logre un óptimo pluralismo jurídico.

---

<sup>165</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena” en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, 304

<sup>166</sup> De Sousa. *Derecho y emancipación*. 104-5



## Conclusiones

Luego del análisis desarrollado en las páginas precedentes y como había quedado previamente establecido, se puede reafirmar que el sistema jurídico ecuatoriano propone un pluralismo jurídico fuerte de tipo igualitario, pues conforme a las disposiciones constitucionales se trata de un sistema en el que confluyen distintos órdenes jurídicos, por lo que, en igual sentido podría clasificarse como un pluralismo jurídico subnacional. Esto, en un sentido estrictamente formal y con relación a las distinciones doctrinales estudiadas en la presente investigación.

No obstante, aterrizando la teoría y las normas constitucionales en un contexto pragmático, como ha sido la intención de este trabajo investigativo, a través del análisis concreto de la sentencia No. 113-14-SEP-CC expedida por la Corte Constitucional del Ecuador, se tiene que, la primera de las reglas jurisprudenciales de cumplimiento obligatorio contenida en el fallo constitucional, configura una clara limitación al pluralismo jurídico fuerte e igualitario que se desprende de la Constitución de la República. Esta regla jurisprudencial que constituye el elemento central de esta investigación, establece que la justicia indígena carece de competencia para juzgar y sancionar delitos contra la vida, rompiendo así la concepción de pluralismo jurídico plasmada en la norma suprema y vulnerando concretamente las normas constitucionales que consagran el reconocimiento del derecho propio, las autoridades y los procedimientos de justicia ancestral, cuyo único límite para su ejercicio es el respeto a los derechos constitucionales y aquellos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, con la sentencia No. 113-14-SEP-CC se determinó que en el orden jurídico ecuatoriano todos los casos relativos a delitos contra la vida deberán ser conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria; este hecho, permite advertir en primer lugar que la Corte Constitucional a través de la norma contenida en la primera de las reglas dictadas, configuró una clara subordinación de la justicia indígena al derecho estatal, al establecer que la aplicación de este primará en todos los casos relacionados con afectaciones a la vida de las personas, en relación al derecho ancestral.

En segundo lugar, es necesario precisar que la comunidad La Cocha, cuenta con autoridades facultadas para resolver los conflictos internos que se presenten en su territorio, entre estos, los conflictos suscitados por la muerte de uno de sus miembros;

adicionalmente, conforme se determina en la misma sentencia, la comunidad La Cocha posee un derecho consuetudinario propio y reconocido por sus miembros, el mismo que resulta evidentemente menoscabado, al desconocer su competencia para conocer y sancionar determinados hechos.

Paralelamente el fallo constitucional otorgó a la justicia penal ordinaria una jerarquía superior respecto de los demás sistemas jurídicos, y concretamente, en relación a la justicia indígena. Al parecer, la Corte Constitucional ubicó en diferente rango a las leyes penales y a los procedimientos ancestrales, basando sus consideraciones en elementos y aspectos no contemplados por la Constitución y los tratados internacionales; por el contrario, la decisión de la Corte se fundamenta en que las múltiples prácticas de resolución de conflictos pertenecen y protegen valores culturales distintos, lo cual, no es alejado de la realidad. Pues se trata de dos sistemas de justicia que obedecen a principios y finalidades diferentes, sin embargo de aquello, ambos cuentan con reconocimiento constitucional y su aplicación se encuentra protegida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Además, bajo el contexto de un Estado intercultural y plurinacional precisamente debe propenderse a la convivencia armónica de las culturales existentes, y por consiguiente, al reconocimiento de las diversas identidades culturales.

En relación a lo dicho, las consideraciones de la Corte Constitucional sobre la distinción en las finalidades que se buscan a través de la sanción de los delitos en los que se atenta contra la vida en el derecho penal ordinario en relación con el derecho ancestral, apuntan a destacar que lo que diferencia a la justicia indígena es que ante todo esta persigue el bienestar de la comunidad, debido a la marcada importancia que este concepto tiene dentro de su cosmovisión. Tal es así que, en la resolución de conflictos lo que las sanciones impuestas por las autoridades indígenas buscan es recuperar la armonía dentro de la comunidad a través de la reconciliación de los infractores y su sanación.

Evidentemente, estas finalidades difieren ampliamente de los fines y propósitos del derecho penal y del derecho estatal en general; es por ello que establecer una comparación o analogía entre estos resultaría una tarea complicada que no arrojaría muchas similitudes. De ahí que, efectivamente era necesario establecer una interpretación intercultural dentro del caso concreto para establecer una comprensión plena de los procedimientos utilizados por cada sistema jurídico que permita analizar y determinar la procedencia de los argumentos planteados dentro de la acción extraordinaria de protección.

En principio el análisis efectuado por la Corte Constitucional se muestra acertado, al retractar aspectos propios de la justicia ancestral como las autoridades llamadas a impartir justicia, los procedimientos utilizados, los tipos de sanciones impuestas y las finalidades de estas reprimendas. Todo ello refleja un intento valioso por comprender desde una dimensión intercultural el derecho propio de los pueblos indígenas. No obstante, en lo posterior el órgano constitucional luego de reconocer que las autoridades indígenas de la comunidad La Cocha estaban plenamente facultadas para intervenir en el caso concreto y que el procedimiento aplicado era el adecuado por enmarcarse en las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos vigentes; advierte que la Asamblea General Comunitaria no se pronunció respecto a la afectación a la vida que se dio dentro los hechos juzgados, sino únicamente respecto a las consecuencias que la muerte de uno de sus miembros generaba para la comunidad.

Es ahí donde se evidencia que el examen efectuado por la Corte Constitucional se aparta de todo el estudio antropológico realizado previamente, en tanto pasa a analizar a la justicia indígena desde la óptica del derecho penal ordinario, como se detalla a continuación.

Es innegable por un lado la obligación del Estado de garantizar la inviolabilidad a la vida y todos los deberes estatales que se desprenden a partir de lo previsto en el artículo 66, numeral 1 de la Constitución de la República; también es correcto que el derecho de los pueblos indígenas a aplicar y practicar su derecho propio se encuentra plenamente garantizado por la norma suprema y los tratados internacionales. A partir de ello cabe resaltar, como se afirma dentro del voto salvado del doctor Marcelo Jaramillo y como se lo señala en los informes antropológicos realizados en el trámite de la causa, que la justicia indígena y concretamente la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzelo, en efecto juzga y sanciona hechos que tengan como resultado la muerte de una persona, de ahí que, incluso para este tipo de conductas el derecho ancestral prevé sanciones más severas.

Dicho esto, se concluye que la distinción efectuada por la Corte Constitucional respecto a que la Asamblea Comunitaria no resolvió sobre la protección del derecho a la vida, sino en función de los efectos sociales y culturales que la muerte de un individuo provocó en la comunidad, no corresponde con los elementos y argumentos aportados dentro del proceso y en la sentencia. Pues, de los estudios antropológicos efectuados se puede determinar que dentro del caso si existió un pronunciamiento por parte de las autoridades indígenas respecto a la vulneración del derecho a la vida de la víctima; por

lo tanto, se puede afirmar que con la posterior intervención del sistema de justicia de estatal se trasgredió el principio *non bis in idem* y se inobservó lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución respecto a la obligación estatal de garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

Adicionalmente, a criterio de la investigadora, el fallo expedido por la Corte Constitucional del Ecuador no sólo que resulta contradictorio y lesivo a las disposiciones consagradas en la norma suprema, sino que además inobserva los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que integran el sistema jurídico ecuatoriano sobre la base del bloque de constitucionalidad. Así, se estudió previamente los principales instrumentos de carácter internacional en los que se han desarrollado ampliamente los derechos de las poblaciones indígenas, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT, en los que se reconoce a los pueblos indígenas como iguales a todos los demás pueblos, en consecuencia, se les garantiza el derecho a la libre determinación, a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales; se reconoce su derecho al reconocimiento y respeto de sus propias instituciones; se tutela el derecho a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, entre otros derechos.

Estos postulados, constituyen la base sobre la cual se erige un extenso catálogo de derechos colectivos a favor de las comunidades y pueblos indígenas a nivel supranacional y nacional; al respecto, la Constitución de la República del Ecuador prevé que dichos instrumentos internacionales son de inmediato cumplimiento y directa aplicación en materia de derechos humanos. En igual sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha ratificado su valor jurídico, al señalar que los derechos reconocidos por estos forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.

En tal virtud, la normativa internacional invocada en este estudio constituye innegablemente fuente de derecho en el contexto ecuatoriano, en consecuencia, representan elementos jurídicos que debían ser observados y examinados por los jueces constitucionales al emitir la sentencia No. 113-14-SEP-CC, en orden a analizar, desarrollar o regular el derecho de los pueblos indígenas *a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario*, consagrado en el artículo 57, numeral 10 de la Constitución de la República, que además guarda consonancia con el artículo 171 de la misma norma suprema.

Bajo este escenario, se concluye además que en la sentencia analizada se inobservaron los postulados consagrados en instrumentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, así como las normas constitucionales que garantizan el derecho a aplicar la justicia indígena y reconocen el pluralismo jurídico en el sistema ecuatoriano.

Lo dicho permite evidenciar que, si bien, los pueblos y nacionalidades indígenas han logrado el reconocimiento de sus derechos, a nivel nacional e internacional, aún falta mucho trabajo para consolidar un verdadero Estado plurinacional e intercultural, como lo proclama la Constitución. Para lo cual, resulta imperante materializar el contenido de ambos principios, a fin de incorporar a nuestra realidad jurídica un enfoque integrador que tome en cuenta de forma real y efectiva la diversidad cultural; y con ello, configurar, nuevas estructuras caracterizadas por relaciones equitativas de prácticas y modos culturales diversos, todo esto, en un marco de unidad y del Estado constitucional de derechos y justicia

Siendo así, al amparo de los principios constitucionales de interculturalidad y plurinacionalidad, las decisiones de la justicia indígena, sus procedimientos o sus formas de castigo deben ser respetadas en tanto no vulneren derechos humanos, menos aún podrán merecer calificaciones peyorativas que pretendan desconocer su valor; por el contrario para su análisis es fundamental partir de la consideración de que se trata de prácticas que pertenecen a otro contexto cultural y que por ello merecen un tratamiento especial desde la cosmovisión correspondiente a cada grupo étnico. En estos casos, no está por demás resaltar la importancia de los peritajes antropológicos que permiten conocer los fundamentos y fines de determinadas prácticas culturales, para con ello examinar la legitimidad en la aplicación del derecho propio a los casos concretos.

Sin duda la tarea no es del todo fácil, de ahí la necesidad de contar también con los mecanismos adecuados de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena, que permitan y faciliten el ejercicio y aplicación de cada sistema jurídico en igualdad de condiciones y conforme a lo previsto por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido, vale la pena resaltar que la función legislativa no ha cumplido con el mandato constitucional previsto en el artículo 171, el cual determina que a través de ley se establecerán mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Tal es así que conforme se pudo estudiar en los capítulos previos, el único proyecto de ley conocido por la Asamblea Nacional sobre esta

temática no prospero más allá del primer debate dentro del trámite legislativo. Esto ha sucedido también con otros derechos de los pueblos indígenas, que no obstante de gozar de aplicación directa de acuerdo a lo previsto por la Constitución, requieren un desarrollo normativo, así por ejemplo el derecho a la consulta previa y el derecho a la consulta preligaslativa; también ocurre lo mismo con la conformación de las circunscripciones territoriales indígenas, aspectos que fueron contemplados en la Constitución de 2008 y que luego de más de una década de su vigencia no se puede constatar su plena materialización, lo que entre otras cosas obedece a la falta de regulación legal al respecto.

Lo mencionado denota la falta de voluntad política de los órganos estatales por contribuir al desarrollo y a la efectividad de los derechos colectivos que consagra la Constitución de la República.

Continuando con el análisis sobre la necesidad de contar con medios de coordinación entre sistemas de justicia, luego del estudio realizado en la presente investigación, se considera que una herramienta importante para lograr que en la aplicación del derecho ordinario y la justicia indígena no se produzcan conflictos de competencia, es precisamente la jurisprudencia de las altas corte. En el caso ecuatoriano, concretamente debería ser la jurisprudencia expedida por el máximo órgano de justicia, control e interpretación constitucional, por ser el tribunal al cual corresponde la interpretación de las normas y derechos constitucionales en última instancia. Además, el ejemplo colombiano nos muestra como a través de los fallos de la Corte Constitucional se ha ido configurando y regulando el ejercicio de varios derechos, entre estos el derecho de los pueblos indígenas aplicar la justicia ancestral.

Puede que la jurisprudencia constitucional sea un elemento que resulte cuestionado al momento de regular el ejercicio de la justicia indígena o al establecer formas de coordinación con los otros sistemas jurídicos vigentes, en tanto puede interpretarse como una interferencia desde el derecho ordinario en el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y una actuación *colonialista* por parte del Estado. No obstante, no es menos cierto que esta regulación dependerá de la solvencia jurídica de las altas cortes y tribunales, para lograr contribuir a garantizar de forma efectiva los derechos colectivos de la población indígena del Ecuador. Para ello será indispensable el recurrir a métodos como la interpretación intercultural y estudios antropológicos que permitan una comprensión más rigurosa de la diversidad cultural existente, y por consiguiente, un desarrollo de derechos.

Sin lugar dudas, este tratamiento por parte de la jurisprudencia constitucional deberá enmarcarse en los principios y derechos que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad, esto es, aquellos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, pues solo así se garantizará decisiones que no terminen lesionando derechos y vulnerando las normas constitucionales, como hemos determinado que sucedió con la sentencia del caso “La Cocha”.

Finalmente, está claro que el derecho de los pueblos indígenas a crear, desarrollar, aplicar y practicar su sistema de justicia ancestral, no se trata de un derecho absoluto y consecuentemente pueda estar sujeto a limitaciones como todos los derechos; lo importante y fundamental es tener cuenta que al delimitar la competencia y ejercicio de la justicia indígena como uno de los sistemas jurídicos que coexisten en nuestro ordenamiento, se garantice su coexistencia en un plano de igualdad, en observancia de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad, y de acuerdo a los postulados del pluralismo jurídico.



## Bibliografía

- Aguirre Castro, Pamela. “El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico” , (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 246 <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7107/1/SDS-006-Aguirre-El%20Precedente.pdf>
- Auto de nulidad emitido por el Juez Carlos Poveda dentro del proceso 630-2002, de 10 de septiembre de 2002.
- Ávila, Lorena. “Pluralismo jurídico y comunidades indígenas”. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Accedido el 3 de septiembre de 2019. <https://www.kas.de/es/web/rspla/rechtspluralismus-und-recht-der-indigenengruppen.-studiengruppe-prujula>.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena?” en Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México: Ediciones Fontamara, 2007.
- Bonilla Maldonado, Daniel. “Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico”, *SELA*, (Universidad de Palermo: 2008), 4 [https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo\\_SELA\\_2008-Pluralismo-Jurídico.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Jurídico.pdf).[https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo\\_SELA\\_2008-Pluralismo-Jurídico.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Jurídico.pdf).
- Borja Jácome, Soraya. “*La Constitución y la Justicia en el Ecuador*”, Educación y cultura (2011): 44, <http://repositorio.unemi.edu.ec/handle/123456789/2979>
- Brandt, Hans-Jürgen y Rocío Franco Valdivia. Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, 2007.
- Bravo, Giovanni “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Tesis de maestría, 2015 <http://hdl.handle.net/10644/4672>

- Carvajal Martínez, Jorge Enrique. “*La Sociología Jurídica en América Latina. Diálogo con el derecho y Perspectivas*”, Espacio abierto 25, no3 (2016): <http://www.redalyc.org/jatsRepo/122/12249678010/html/index.html>
- Colombia. Corte Constitucional. “Sentencia T-522/16 de 21 de septiembre de 2016”. *Acción de tutela contra providencias judiciales*, 21 de septiembre de 2016, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-522-16.htm>
- . Corte Constitucional. “Sentencia T-617/10 de 5 de noviembre de 2010”, *Caso ocurrido en el resguardo de Mueses*, 5 de noviembre de 2010, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-617-10.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)
- . Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, Voto del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.
- De Sousa Santos, Boaventura. “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, ed. Boaventura de Sousa Santos y Agustín Grijalva Jiménez. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012. [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia\\_Indigena\\_Ecuador.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf)
- . *Derecho y emancipación*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- . “Pluralismo Jurídico e interlegalidad”, *Pluralismo Jurídico, Umbral, Revista de Derecho Constitucional*, n°4. Quito, Corte Constitucional del Ecuador y CEDEC, 2014.
- Díaz, Eduardo y Alcides Antúnez. “*El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador*”, Revista Temas Socio Jurídicos, n.º70 (2016): 106, [doi.org/10.29375/01208578.2503](https://doi.org/10.29375/01208578.2503).
- Dietz, Gunther. “Interculturalidad: una aproximación antropológica”. *Perfiles educativos* 39, n°156, México: 2017. <http://ref.scielo.org/v8xdsq>.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de Agosto de 1998.

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Juicio n.º: 0731-10-EP*. 30 de julio de 2014.
- “Sentencia”. En *Juicio n.º: 11-18-CN (matrimonio igualitario)* 12 de junio de 2019.
- “Sentencia”. En *Juicio n.º 001-10-SIN-CC* casos No.: 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 23 de marzo de 2010, 57, 18 de marzo del 2010.
- “Sentencia”. En *Juicio n.º 0072-14-CN*, 6 de agosto de 2014.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.
- *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 65.
- *Reglamento sustanciación procesos competencia corte constitucional*, Registro Oficial Suplemento 613, 22 de octubre de 2015, art. 3.
- *Tribunal Constitucional*, causa No. 0002-2003-CC, de 17 de junio de 2003.
- Ecuador Parte Constitucional para el periodo de transición, “Voto Salvado de la Dra. Nina Pacari Vega”, en caso No.: 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 23 de marzo de 2010, 57.
- Fajardo Sánchez, Luis Alfonso. “El Constitucionalismo Andino y su desarrollo en las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú, Colombia y Venezuela”. *Revista Diálogos de Saberes*, (47)55-75 (2017). <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.47.2017.1696>
- Llasag Fernández, Raúl. *Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes*. Quito: Huaponi ediciones. 2018.
- “La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad”, accedido 27 de abril de 2020, párr. 3, <https://vlex.ec/vid/inda-gena-contexto-principios-515871862>.
- “Derechos colectivos y administracion de justicia indígena”, en *Aportes para un debate*. Judith Salgado, compiladora. Quito: Ediciones Abya Yala. 2002
- Grijlava Jiménez, Agustín y José Luis Exeni. “*Coordinación entre justicias, ese desafío*”, en *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

- Hernández, José Ignacio. “*Justicia de paz en el Ecuador: características principales, ventajas y problemática en su implementación*”. Tesis de grado, Universidad Internacional SEK, 2013. <http://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/509>
- Higuera, Libardo y Daniel Bonilla Maldonado, “*El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*”, en *Pluralismo Jurídico*, Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2002.
- Instituto Nacional de Antropología e Historia, “*¿Qué es el peritaje antropológico?*”, Noticias INAH, accedido 17 de noviembre de 2019, [https://www.antropologia.inah.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=296](https://www.antropologia.inah.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=296)
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 1991.
- , “*¿Qué es el positivismo jurídico?*”. *Juristenzeitug*, n° 15, 16, trad. Mario de la Cueva. Tuebingen: 1965. <https://www.jstor.org/stable/i20807605>
- La Prensa. “Los indígenas y la independencia”. *La Prensa*, 1 de junio de 2017. <http://www.laprensa.com.ec/interna.asp?id=13017#.Xoumdy2ZPOQ>
- La República. “Justicia indígena”. *Opinión*, accedido 13 de abril de 2020, <https://www.larepublica.ec/blog/opinion/2019/10/16/justicia-indigena/>
- Mantilla, Hermosa, Hernán. “Estudio comparado de las Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009 a la luz del Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”. *UNIVERSITAS Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, n. ° 20 (2014): 151-182, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476147260007>
- Molina Vergara, Marcela. “Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 25 (2018): 233-256. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100233>, 21.
- Nerarity, Danielin. “*Pensar el orden y el desorden: una poética de la excepción*”. *CONVIVIUM* no19, (2006): 174, <https://www.raco.cat/index.php/Convivium/article/view/73246/98875>
- Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre de 2007.
- Organización de los Estados Americanos. *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 14 de junio de 2016.
- Organización Internacional del Trabajo. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Organización Internacional del Trabajo: 2014.

- Ortiz, Pablo. “*Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina Una panorámica de cuarto de siglo*”, Quito, 31 de julio de 2014. Pease, Franklin. Concepto de Derecho entre los Incas, Foro Jurídico 12, 2013, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13843/14467>
- Pena, Antonio. *La otra justicia: a propósito del Art. 149 de la Constitución Peruana* (Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, de Negociación y Mediación, 1999), citado en Giovanni Francisco Bravo Rodríguez, “Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. <http://hdl.handle.net/10644/4672>
- Poveda Moreno, Carlos. “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”. *FORO Revista de derecho*, n°. 8 (2017): 179-189. <http://hdl.handle.net/10644/1425>
- Rojas, Farit. “*Del Monismo al Pluralismo Jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional*”, en Los derechos individuales y los derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina, <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/54330.pdf>
- Salgado, Judith. Violencia contra las mujeres indígenas: entre las «justicias» y la desprotección. Posibilidades de interculturalidad en Ecuador, *Revista Deusto de Derechos Humanos* No6, 2009, DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/aahdh-6-2009pp61-7271>
- Sánchez, Esther. *Peritaje en antropología jurídica*. Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 0731-10-EP.  
----- *Aportes para una Ley de Coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena*. Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 0731-10-EP.
- Territorio indígena y gobernanza. *Fallos de la CIDH*, 2019, <http://territorioindigenaygobernanza.com/web/fallos-de-la-cidh/>
- Torres, Pedro. *Runa justicia en Ecuador*, diciembre de 2012.
- Vargas, Miguel e Ian Miranda. "Consulta previa – Una mirada a 25 años del Convenio 169", Convenio 169 de la OIT. Los desafíos de su implementación en América Latina a 25 años de su aprobación, Copenhague, IWGIA, 2014.
- Walsh, Catherine. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las

insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa* 9, 2008,  
<http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>, 140

Wolkmer, Antonio Carlos. “*Pluralismo Jurídico, Fundamento de una nueva cultura del Derecho*”. Sevilla: Editorial Mad, 2006.