

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

Penas alternativas y juzgamiento de personas indígenas

Estudio de casos en la Provincia de Orellana

Vicente Aurelio Chamba Paucar

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Vicente Aurelio Chamba Paucar, autor de la tesis intitulada “Penas alternativas y juzgamiento de personas indígenas: Estudio de casos en la Provincia de Orellana” 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 Derecho Constitucional, 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 le 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 en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 05 de agosto de 2021

Firma: _____

Resumen

La Constitución de la República de Ecuador aprobada en el año 2008, define al Ecuador como Estado plurinacional e intercultural, dando paso al pluralismo jurídico donde reconoce a la jurisdicción indígena sobre la base de la igualdad con la jurisdicción ordinaria, para ello el presente trabajo expone una visión crítica respecto a la justicia indígena y su derecho consuetudinario y su forma de permanecer en el tiempo en un medio donde prevalece la justicia ordinaria y la superposición que ella ocupa. En este contexto ha sido importante abordar la problemática desde la constitucionalización del derecho indígena, el reconocimiento y la convivencia del pluralismo jurídico en el país y su existencia a partir de la Constitución del 2008 para tratar de entrelazar estas cuestiones de juzgamiento en el ámbito quizá más delicado: El derecho penal.

Y es precisamente en la justicia ordinaria, especialmente en el ámbito penal cuando una jueza o juez conoce de algún caso en el que se involucre a personas indígenas, previo a tomar una decisión jurisdiccional que involucre derechos o antes de dictar sentencia, debe empoderarse de criterios interculturales, mediante la aplicación de pericias antropológicas y sociológicas que le permitirán conocer costumbres, tradiciones, cosmovisiones, culturas de los indígenas para poder decidir en torno a estos criterios, prefiriendo en todo momento la aplicación de penas distintas al encarcelamiento, conforme lo señalan los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

También sabemos que la realidad no puede ser vista únicamente desde la doctrina y la teorización del conflicto, por lo que resulta trascendental entrar en un análisis profundo respecto de casos judiciales con visión interculturalidad, para ello tenemos el emblemático caso La Cocha II y el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional. Así finalmente este trabajo de investigación se adentra a las nacionalidades de la amazonia ecuatoriana (waoranis), que tiene cosmovisiones distintas a la cosmovisión indígena de la serranía, para enfocarnos en dos casos donde personas indígenas de nacionalidad waoranis fueron sentenciados por la justicia ordinaria, aplicando penas alternativas a la privación de la libertad, en aplicación al principio de interculturalidad.

A mi pequeño Maykel Santiago, quien llegó en el momento preciso para complementar mi vida, ser mi compañía e inspiración, mi querido hijo y amigo en todo momento y circunstancia, el ocurrido, travieso y juguetón con quien hemos tenido que sacrificar momentos de compartir juntos para poder lograr este objetivo, quien sin saber su aporte en este trabajo investigativo contribuye con su sola existencia que es la fuerza e impulso para salir adelante y cumplir con mi formación académica y otros objetivos planteados.

A mi querida esposa, quien desde que decidimos formar un hogar, se convirtió en el apoyo incondicional y fortaleza en la búsqueda de alcanzar propósitos, metas y desafíos, con quien hemos estado justos en la prosperidad y adversidades, hoy este logro alcanzado va dedicado a tu confianza, amor y respeto que me ha brindado durante todos estos años.

A mis abnegados padres de quienes recibí la mejor formación humana, los mejores valores y principios para actuar con ética y transparencia, hoy en día toda mi carrera profesional se los dedico a ellos con humildad, amor y respeto, ahora entiendo cuanto sacrificio por el solo hecho de ver cumplidos mis sueños.

Agradecimientos

Los planes no son perfectos sin la existencia del todo creador, por todo esto no puedo dejar de agradecer a Dios por darme fortaleza y acompañarme en el desarrollo de este trabajo de tesis, por ser la luz y el camino para alcanzar éste y muchos más objetivos que me he planteado.

Mi eterno agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, por la formación académica que me entregó durante estos años y a sus distinguidos maestros por todos los conocimientos aprehendidos durante el proceso de formación académica; en especial al Doctor Christian Masapanta Gallegos, quien a más de ser un excelente docente, es un amigo, quien con su acertada dirección contribuyó a la realización del presente trabajo de investigación.

A la Fiscalía General del Estado, que me ha dado el espacio necesario para la formación continua y me ha permitido materializar los conocimientos adquiridos durante toda esta maestría profesional.

Mi agradecimiento fraterno a mis familiares, amigos y compañeros de trabajo, quienes han estado conmigo desde distintos espacios durante mi formación académica y han sido parte de mis metas personales.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	13
Capítulo Uno.....	19
La constitucionalización del derecho indígena.....	19
1. El pluralismo jurídico en relación con la administración de justicia indígena en el Ecuador.....	20
1.1. Generalidades de plurinacionalidad e interculturalidad.....	21
1.2. Definiciones de pluralismo jurídico.....	33
1.3. Características en la realidad ecuatoriana.....	39
1.4. Análisis crítico de la normativa penal desde un enfoque intercultural.....	43
1.4.1. De la declinación de competencias.....	51
2. Derecho internacional sobre justicia indígena y derechos humanos.....	57
3. Análisis de la visión indígena respecto a la administración de justicia.....	63
Capítulo Dos.....	67
El derecho indígena en casos concretos. Aplicación de la justicia indígena.....	67
1. Análisis del caso La Cocha II.....	68
2. Análisis de casos suscitados en la provincia de Orellana.....	74
2.1. Caso waorani de la comunidad de Bataboro.....	77
2.2. Caso de enfrentamientos con muerte entre indígenas waorani y tribus no contactadas tagaeri taromenane en la provincia de Orellana.....	80
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	93

Introducción

En Ecuador el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se produce a partir de la Constitución de 1998, que calificaba al Estado como plurinacional, y se condensa este concepto aún más con la Constitución del 2008, por el catálogo de derechos que en ella se incorporan, el artículo 1, dice “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”¹. Este reconocimiento de Estado intercultural y plurinacional reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos colectivos con el fin de mantener, respetar y preservar sus tradiciones e identidad.

Los pueblos indígenas conciben la justicia como un elemento vivo, dinámico, mediante el cual a través de sus autoridades y de un conjunto de normas basados en la costumbre, regulan los más diversos aspectos del convivir colectivo y permite ejercer un control social efectivo en sus territorios y entre sus miembros. Por lo tanto es necesario señalar que las facultades jurisdiccionales de los indígenas se encuentran reconocidas en el artículo 171 de la Constitución de la República de Ecuador, el cual determina que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, en base a sus tradiciones ancestrales y el derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”²; las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, entonces este reconocimiento con jerarquía constitucional hace que los indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios, con amplias facultades para resolver conflictos internos, y que además la resolución que emita la autoridad indígena se sustentará en las tradiciones ancestrales y el derecho propio.

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1

² *Ibíd.*, art. 171

El 15 de mayo de 1998, Ecuador ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales. Este convenio es un instrumento legal internacional, que reconoce como titular de los derechos al sujeto colectivo culturalmente diferenciado, dentro de ella establece un régimen de reconocimiento de justicia indígena. El Convenio se centra fundamentalmente en la no discriminación, considerando además los derechos de los pueblos indígenas al desarrollo, a la no discriminación, a su derecho consuetudinario, a sus tierras, territorios, al empleo, a la educación y a la salud. En lo que respecta a la cuestión jurisdiccional indígena desarrolla principios valiosos para su ejercicio.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.³

³ OIT Convenio 169, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 15 de mayo de 1998.

El Convenio 169 de la OIT, abre un paraguas de derechos y garantías dirigido a los pueblos indígenas, obliga a los Estados suscriptores del Convenio, reconocer a los indígenas un derecho propio y justicia propia, además establece que deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros siempre que sean compatibles con los derechos humanos. De igual manera establece que, cuando las autoridades de la justicia ordinaria estén llamadas a emitir un pronunciamiento sobre delitos penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos, y al imponer sanciones penales de acuerdo a la legislación general a indígenas deberán tener en cuenta sus características, sociales y culturales, así como dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Es fundamental, por lo tanto, para quienes tienen la potestad de administrar justicia en el sistema ordinario (jueces y juezas), conocer que existen procesos diferentes cuando tiene que ver con personas indígenas, por esta razón la normativa ecuatoriana ha incorporado dentro de sus principios rectores a la interculturalidad que en artículo 24 de Código Orgánico de la Función Judicial especifica lo siguiente “En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante”⁴, al estar normado este principio, tiene como objetivo considerar la diversidad cultural que existe en nuestro territorio, de esa manera el juzgador pueda emitir resoluciones acorde a la realidad, reconociendo culturas, tradiciones y costumbres de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y así poder garantizar sus derechos constitucionales.

El principio de interculturalidad es crucial, por no decir imprescindible a la hora de juzgar dentro del sistema penal ordinario a una persona indígena, la toma de decisiones

⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo de 2009, art. 24.

finales dentro de una causa penal es elemental el principio antes mencionado, el juzgador resuelve de forma intercultural, basándose en el respeto de la cosmovisión, con la finalidad de que el acusado pueda entender que su conducta antijurídica no es aceptable tanto en la cultura hegemónica como en la suya propia.

La presente investigación se encuentra dividida en dos capítulos, en el Capítulo I aborda las cuestiones relativas a la constitucionalización del Derecho Indígena, para lo cual parte de conceptos de pluralismo jurídico en relación con la administración de justicia indígena en el Ecuador, se define el término pluralismo jurídico desde el punto de vista constitucional como por la doctrina, las características en la realidad ecuatoriana como se encuentra el pluralismo, se realiza un análisis crítico de la normativa penal desde un enfoque intercultural, además se realiza un análisis de la visión indígena respecto a la administración de justicia, lo que conlleva a las distintas formas de cosmovisión desde el indigenismo ecuatoriano, así como el abordaje jurídico y constitucional que ha conllevado la práctica, desde la presencia y el reconocimiento del pluralismo jurídico, concatenado al estado pluricultural y multiétnico.

En el Capítulo II, luego de tener una base conceptual, aterrizamos en la práctica jurisprudencial del caso La Cocha II, ya que ésta sentencia constituye el primer precedente de la Corte Constitucional del Ecuador, en poner límite a la competencia material de la jurisdicción indígena, cuando dice que la competencia para conocer el bien jurídico vida, es exclusivo y excluyente de la justicia Ordinaria; con este lineamiento de la Corte Constitucional, abordaré dos casos sentenciados por el Tribunal de Garantías Penales de Orellana, en los cuales los procesados son personas indígenas, pertenecientes a nacionalidades Waoranis de reciente contacto, asentados en la provincia de Orellana, como son: caso waoranis de la Comunidad de Bataboro y caso de enfrentamientos con muerte entre indígenas waoranis y tribus no contactadas tagaeri taromenane en la Provincia de Orellana, nacionalidades indígenas y tribus de la Amazonía, se analiza la visión de justicia de ciertos pueblos no contactados, y pueblos de reciente contacto, sus prácticas ancestrales, analizando incluso desde un enfoque antropológico, para poder apreciar las cuestiones

relativas a las penas alternativas proferidas por parte de la justicia ordinaria a las comunidades indígenas.

Finalmente se presentan conclusiones a la problemáticas abordadas desde la perspectiva del autor de la investigación en base a criterios doctrinales.

Por los enunciados relatados la presente investigación, tiene como objetivo analizar si es necesario aplicar penas alternativas a personas indígenas sancionadas con la justicia ordinaria, ya que, según la legislación penal ecuatoriana y en cumplimiento al principio de interculturalidad, los jueces deben aplicar penas distintas al encarcelamiento, así lo dispone el numeral 2 del Art. 10 del convenio 169 de la OIT.

Capítulo Uno

La constitucionalización del derecho indígena

Los actuales sistemas jurídicos se encuentran totalmente plagados de normas de orden constitucional, y es que la tendencia neo constitucional pretende que todo derecho sea contemplado y enunciado desde aquella normativa para incluir un derecho y sus respectivas garantías dentro de un ordenamiento jurídico. La constitucionalización del derecho comprende una extrema invasión de normas constitucionales que termina irradiando todo el compendio legal y las actuaciones de los diferentes actores sociales.

Ecuador durante la historia Republicana ha tenido veinte Constituciones desde 1830 y en ellas no se habla del reconocimiento a un derecho indígena sino hasta la Constitución del año 1998, aquello sería el resultado de varios aspectos coyunturales del orden mundial, pero fundamentalmente es el resultado de luchas permanentes de las organizaciones indígenas que a lo largo de la historia buscaban una reivindicación en lo político, social, económico y cultural, demandando ser considerados como parte integrante del Estado a partir del reconocimiento de su identidad y la autodeterminación. Pero es a partir de la vigencia de la Constitución del año 2008, en el Art. 1 declara al Ecuador como un Estado intercultural y plurinacional.

En el caso ecuatoriano resulta evidente que los derechos han sido constitucionalizados a su máxima expresión, basta ver el catálogo en la Constitución para entender que no existiría uno solo que haya quedado fuera de ella. Resalta también y pese a no ser sorpresivo en las épocas modernas, las cuestiones del derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas, lo que significa a su vez un reconocimiento a sus luchas históricas, su resistencia por mantenerse en el tiempo y en el espacio sin perder su esencia, por lo que resulta lógico y hasta meritorio el hecho que actualmente sus derechos colectivos se encuentren expresados desde la Constitución. “La convivencia de distintos sistemas jurídicos en un mismo Estado, por tener éste las características de multiétnico y pluricultural, permite a cada uno de los individuos de los pueblos indígenas y al pueblo en sí, vivir su juridicidad propia y fortalecer su identidad con base a sus diferencias

específicas, así como en valores éticos y culturales concretos, no necesariamente conforme a los valores de la sociedad mayoritaria o según lo definido por los estados liberales unitarios y monoculturales”⁵

En virtud de lo antes precisado, el presente capítulo abordará las cuestiones relativas al pluralismo jurídico y el enfoque del mismo en la administración de la justicia indígena; así también la cuestión que quizá es la que genera mayor dificultad a la hora de abrazar y conciliar los sistemas de justicia ordinaria y de justicia indígena, como es la esfera de lo penal y la interculturalidad con la que se la ejerce desde la cosmovisión indígena.

1. El pluralismo jurídico en relación con la administración de justicia indígena en el Ecuador

La cuestión del pluralismo jurídico está concatenada y relacionada estrechamente con el reconocimiento de la plurinacionalidad por parte del Estado ecuatoriano y la existencia de pueblos y nacionalidades con sus distintos modos, concepciones sobre la vida, administración de justicia. A partir de ello el pluralismo se evidencia por las innumerables prácticas culturales de índole ancestral, basadas en sus costumbres propias y que difieren en gran medida entre los distintos pueblos o nacionalidades.

Este reconocimiento y los consecuentes derechos derivados del mismo se producen a partir de su presencia en la Constitución de 1998, que calificaba al Estado ecuatoriano como plurinacional, y se condensa este concepto aún más con la Constitución del 2008, por el catálogo de derechos que en ella se incorporan. Es importante el salto que se ha dado desde el monismo jurídico hacia el pluralismo jurídico, pues significa un afianzamiento de la plurinacionalidad en todos sus ámbitos y expresiones.

El pluralismo jurídico entendido como la diversidad de fuentes productoras de normas jurídicas y vinculantes para una determinada comunidad de sujetos de derechos, contempla que esas fuentes sean previamente determinadas y aceptadas por el Estado ya que es “un proyecto jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes,

⁵ Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia ST-496/96 de 04 de junio de 1996 (Fuero indígena)”, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>.

motivadas para la satisfacción de necesidades esenciales”⁶. Ello implica la aceptación de varios órdenes jurídicos paralelos que puedan convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la posibilidad de que sea únicamente el ente estatal el productor de normas jurídicas.

La Constitución de la República de Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449, del 20 de octubre de 2008, en su artículo 1, en la parte pertinente define, que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”,⁷ lo que guarda relación directa con el artículo 171 que al respecto, dice: “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, en base a sus tradiciones ancestrales y el derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”,⁸ en concordancia con el artículo 57, numeral 10 ibídem, que: reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio y consuetudinario”.⁹

1.1. Generalidades de plurinacionalidad e interculturalidad

Para entender de mejor manera los términos plurinacional e intercultural, recurriré a definiciones doctrinarias, en los siguientes términos:

De acuerdo con Walsh, Plurinacional “Generalmente implica el reconocimiento político de la presencia y coexistencia de dos o más naciones o pueblos étnicamente distintos”¹⁰. El Estado plurinacional es el reconocimiento de la diversidad de los pueblos y naciones originarios y su cultura dentro de un país, es el reconocimiento de la diversidad como un derecho legítimo donde el Estado debe valorar la diversidad cultural y lingüística

⁶ Antonio Carlos. Wolkmer, “Pluralismo Jurídico: *Nuevo marco Emancipatorio en América Latina*”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coordinador) *Pluralismo Jurídico, Teoría y Experiencias*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007, p. 24.

⁷ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

⁸ Ibíd., art. 171.

⁹ Ibíd., art. 57 numeral 10.

¹⁰ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad Luchas (De) Coloniales de nuestra época*, (Quito, Abya Yala, 2019).

de un país, para promover la convivencia armónica de pueblos y nacionalidades.

En esta misma línea doctrinaria el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), hace una aproximación de plurinacional refiriéndose a “Estado plurinacional es el reconocimiento constitucional de la coexistencia de varias naciones, nacionalidades, pueblos o culturas, como entidades milenarias o ancestrales, dentro de un mismo Estado, sus propios sistemas de vida, formas de organización y convivencia social conforme al derecho propio o consuetudinario, reconocido por la Constitución”.¹¹ La base de la igualdad, unidad, respeto, reciprocidad, de los pueblos y nacionalidades indígenas es que se construirá y consolidará un verdadero Estado plurinacional.

“El movimiento indígena ecuatoriano viene desarrollando desde los años ochenta una definición de los pueblos indígenas como nacionalidades y por lo consiguiente necesidad de un Estado plurinacional”¹². Ecuador es un país donde existen diversos grupos sociales tiene su propio estilo de vida, de pensamiento, forma de actuar, diversidad cultural; por lo tanto, la lucha constante de los pueblos indígenas hace que la Constitución del 2008 reconozca y se declare al Estado como pluricultural e intercultural.

En 1990 hay un levantamiento indígena de trascendental importancia para los mismos, marcha encabezada por la ECUARUNARI, organización indígena fundada en Chimborazo en 1972, la cual “reclamaban que los indígenas sean reconocidos en igualdad de condiciones a la “nacionalidad” mestiza”¹³, planteamientos centrales que pedían como tal el reconocimiento de Estado plurinacional donde se incluyan propuestas de carácter político, económico, social, relaciones internacionales, derechos colectivos, además proponen la instauración de un nuevo orden económico, una nueva democracia, un nuevo Estado alternativo como es el plurinacional.

En 1994, el planteamiento de Estado plurinacional es la articulación de poderes políticos, económicos, social de todos los pueblos y nacionalidades, el proyecto político de

¹¹ Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, *Legislación para el Fortalecimiento de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador*, Quito, 2012, p. 16

¹² Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito – Ecuador, 2012), 30

¹³ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad, elementos para el debate constituyente*, (2008), 17, <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100412.pdf>

la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) en 1994 consistió:

Unidad, respeto, reciprocidad y solidaridad de todas las nacionalidades que conformamos el Ecuador. Reconoce el derecho de las Nacionalidades de su territorio, autonomía política administrativa interna, es decir, a determinar su propio proceso de desarrollo económico, social, cultural, científico y tecnológico; garantizar el desarrollo de su identidad cultural y política; y por ende el desarrollo intercultural de la Nación. En base a la igualdad. Al reconocimiento de los derechos específicos, y a la unidad indisoluble de las nacionalidades, es que se constituirá y consolidará la verdadera Nación Plurinacional Ecuatoriana.¹⁴

En este contexto para el movimiento indígena, significo una alternativa frente al colonialismo, una propuesta de vivir en plurinacionalidad, no ser individualistas, si no permanecer en colectividades para trabajar juntos y hacer prevalecer sus derechos, cumplir con sus obligaciones tanto colectivas como individuales.

En 1998 en el Contexto de la Asamblea Nacional Constituyente regresa nuevamente a discusión pública la plurinacionalidad, “en la Constitución de 1998, cuyo artículo 83 hacía referencia a los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales”¹⁵, en este artículo se codifica parcialmente los derechos colectivos, reconocidos en el Convenio 169 de la OIT.

Por esta razón, en el caso del movimiento indígena y los movimientos sociales, sus propuestas de construir un Estado plurinacional e impulsar transformaciones profundas en el sistema político y modelo económico quedaron muy lejos de ser acogidos; es así que en el año 2003 partiendo de los documentos anteriores la CONAIE proponen nuevamente un proyecto de plurinacionalidad ya que el anterior sobre todo en el tema de interculturalidad es vista solo como un principio ideológico y no garantiza la participación de los pueblos y nacionalidades indígenas en la toma de decisiones, por lo tanto da una propuesta donde señala un proceso de transición:

Desde el Estado Capitalista, burgués y excluyente, hacia un Estado Plurinacional incluyente que integra en los aspectos social, económico, político, jurídico y cultural a todos los sectores de nuestro país. También es el paso del Estado clasista

¹⁴ CONAIE, *Proyecto Político de la CONAIE*, (1994), <https://es.scribd.com/document/292576751/Proyecto-politico-de-la-CONAIE-1994>

¹⁵ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, (Quito – Ecuador, 2012), 30.

y elitista del poder dominante, hacia el Estado Plurinacional constituido por todos los sectores sociales existentes en el Ecuador, con una representación y poder. La finalidad máxima del Estado Plurinacional es resolver paulatinamente las lacras sociales, tales como: el analfabetismo, la pobreza, el desempleo, el racismo, la incipiente producción, etc., hasta llegar a satisfacer las necesidades básicas materiales, espirituales y culturales... garantizando el ejercicio de sus derechos individuales y colectivos.¹⁶

Como se puede precisar en esta síntesis la propuesta de la CONAIE sobre el Estado Plurinacional ofrece elementos cruciales para el reordenamiento del estado, pero como ocurrió en otros momentos el proyecto de planteamiento de Estado Plurinacional no fue tomado en consideración por parte del gobierno, “el Estado Plurinacional todavía estaba visto como un proyecto divisionista indígena”¹⁷, y no como bienestar de la sociedad en general.

En su lucha constante los movimientos indígenas-campesinos rompieron las cadenas del neocolonialismo y hacen un llamado “al reordenamiento de las estructuras políticas, jurídicas, administrativas y económicas, así como al reconocimiento de la legitimidad del reclamo por el derecho que tienen los pueblos indígenas a determinar sus propios procesos de desarrollo económico, social, cultural, científico y tecnológico”¹⁸, como consecuencia se vería reflejado en el bienestar de la sociedad.

En definitiva y a miras de la Asamblea Constituyente actual (2007-2008), la CONAIE lanza nuevamente la propuesta de Estado Plurinacional, en la cual presento un documento más detallado al respecto:

Por todo ello, el **Estado Plurinacional** no implica solamente una declaratoria formal en el artículo primero de la Constitución. La plurinacionalidad fortalecerá al nuevo Estado, mediante la consolidación de la **unidad en la diversidad**, destruyendo de este modo el racismo y el regionalismo. La plurinacionalidad promueve la equidad social y política, la justicia económica, la interculturalidad de toda la sociedad y el derecho de las nacionalidades y pueblos al control territorial y su gobierno comunitario dentro del Estado unitario, en igualdad de condiciones con los demás sectores de la sociedad. Implica ante todo una construcción desde abajo, desde las comunidades y pueblos del Ecuador, en cuya edificación trabajamos y

¹⁶ CONAIE, *Políticas para el Plan de Gobierno Nacional el Mandato de la CONAIE*, (Quito, 2003)

¹⁷ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad, elementos para el debate constituyente*, (2008), 19, <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100412.pdf>

¹⁸ *Ibíd.*, 20.

seguiremos trabajando todos los días, con cambios legales, sin ellos o contra ello.¹⁹

En el 2008, con la aprobación del artículo 1 de la Constitución de la Republica en la parte pertinente reza “El Ecuador es un Estado intercultural, plurinacional”²⁰ queda consolidado la lucha de los pueblos indigenas a ser reconocidos, respetados a ser tratado en igualdad de condiciones, “al margen de sus diferencias históricas, políticas y culturales, para, a su vez, garantizarles una vida económicamente justa y equitativa, y socialmente intercultural e incluyente”²¹ , donde se fortalezcan y se construyan proyectos sociales, con autoridad política , proyectos de justicia, equidad, dignidad y solidaridad.

La Constitución vigente declara al Estado ecuatoriano como “intercultural” y en esta línea de ideas, el concepto de interculturalidad va mucho más allá del simple hecho de relacionarse entre dos o más culturas, para Catherine Walsh, significa:

En su forma más general- el contacto e intercambio *entre culturas* en términos equitativos; en condiciones de igualdad. Tal contacto e intercambio no deben ser pensados simplemente en términos étnicos, si no a partir de la relación, comunicación y aprendizaje permanente entre personas, grupos, conocimientos, valores, tradiciones, lógicas y racionalidades distintas orientadas a generar, construir y propiciar un respeto mutuo, un desarrollo pleno de capacidades de los individuos y colectivos, por encima de sus diferencias culturales y sociales.²²

La interculturalidad se basa en la convivencia respetuosa de dos o más culturas en un mismo Estado, la interculturalidad debe ser pensada más allá de simples términos, involucra negociaciones e intercambios culturales, busca el desarrollo y la relación entre personas, respetando su cultura, sus costumbres, tradiciones, impulsando activamente intercambios que permitan construir espacios de acuerdos, diálogos, comunicación entre personas y los saberes, trasciende al hecho de tener la libertad para que las expresiones culturales o de identidad de cada una de estas culturas puedan fluir libremente sin que esto

¹⁹ CONAIE, *Propuestas de la CONAIE frente a la Asamblea constituyente*, (Quito-Ecuador, 2007), 10

²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1

²¹ Catherine Walsh, *Interculturalidad y Plurinacionalidad, elementos para el debate constituyente*, (2008), 20, <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/100412.pdf>

²² Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad Luchas (De) Coloniales de nuestra época*, (Quito, Abya Yala, 2019), 41; https://reflexionesdecoloniales.files.wordpress.com/2012/08/catherine-walsh_interculturalidad-estado-sociedad-luchas-de-coloniales-de-nuestra-c3a9poca.pdf

implique cortar libertades de la otra cultura, y que por el contrario estas puedan complementarse.

Los pueblos indígenas, según ha destacado la Organización de las Naciones Unidas (ONU), “tienen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población dominante”²³, por lo tanto la interculturalidad no radica únicamente en la tolerancia mutua de dos o más culturas si no en construir enlaces de relación personal y sobre todo colectiva que garantice una interacción generadora; no con el simple hecho de reconocer al otro, si no también, de entender que la relación enriquece a todo el conglomerado social, creando un espacio no solo de contacto si no de generación de una nueva realidad común.

“Quienes pertenecen a cada una de las culturas no solo tienen valores, ideas, palabras y gestos característicos para comunicarse, sino que además ordenan y clasifican de modo peculiar esos elementos. Una cultura es el resultado de lo propio, de lo apropiado de otras sociedades, e incluso de lo que les ha sido impuesto”²⁴, el reconocimiento de la identidad son impulsados por comunidades indígenas, destacando los aspectos relevantes de su cultura, donde se desestimen los prejuicios, racismo o desigualdades y la resistencia por cambios favorables a toda la población por sobre intereses particulares, bajo condiciones de igualdad con lo cual se podrá lograr un verdadero desarrollo de integración plena.

“la interculturalidad tiene especificidad propia, pues, teniendo en cuenta el pluralismo cultural y la nueva hermenéutica filosófica, se revela un horizonte de diálogo”²⁵, donde no se trate únicamente de tolerancia recíproca, sino que debe existir una conexión ciudadana con instituciones, siendo estas últimas las garantes de la coexistencia de la diversidad, no basta con el simple reconocimiento de las culturas, sino que debe asimilarse que es un beneficio para toda una sociedad, por lo tanto la interculturalidad tendrá lugar al

²³ Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*, Ginebra, 2008, 6.

²⁴ Esther Sánchez Botero, *Algunos Presupuestos Epistemológicos y Metodología de la Antropología Jurídica*, 144.

²⁵ Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico, Derechos Humanos y Globalización*, 146.

respetarse las diferencias y la igualdad de condiciones.

En el contexto latinoamericano, es haber pasado del reconocimiento de la pluriculturalidad a la interculturalidad. Para ello abordar la interculturalidad en la justicia indígena en palabras del profesor Boaventura es “la construcción de una verdadera interculturalidad que permita impregnar e intercambiar valores, prácticas, conocimientos, sabidurías, modos de ver el mundo, en un dialogo equitativo y sin imposiciones”²⁶. La interculturalidad da un reconocimiento a la diversidad y a la riqueza que tiene un país, es la construcción de relaciones que permiten poner en práctica valores desarrollados en la sociedad así garantizando la diversidad y la interrelación en todo el conglomerado social.

La “Interculturalidad”, como fenómeno político, fue desarrollada por las organizaciones indígenas de la región, tales como la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador en Ecuador o el Consejo Regional Indígena del Cauca, en Colombia. Sus orígenes los encontramos en la reivindicación por la Educación Intercultural Bilingüe desde la década de 1980. Tanto la educación como la justicia son las instituciones que mantienen los más fuertes vestigios coloniales y, sin embargo, son las más renuentes a los cambios estructurales. Por este motivo, la propuesta de interculturalidad pretende una transformación de los Estados en plurinacionales para la construcción de un pluralismo jurídico que reconozca la diversidad cultural y lingüística en igual jerarquía.²⁷

Como menciona el acápite anterior la educación intercultural bilingüe ha prevalecido es importante, para fortalecer la cultura de grupos e individuos para que se establezca relaciones de igualdad y se vaya dejando de lado las culturas dominadas y dominantes para que haya una integración global en el área educativa de la sociedad en general; pero no solamente la educación debe ser intercultural si no que la sociedad debe ser intercultural, debe haber procesos de relaciones permanentes, comunicación y aprendizaje entre personas, grupos, conocimientos, valores y tradiciones culturalmente distintas orientadas a generar, construir, propiciar un respeto mutuo, un desarrollo pleno de las capacidades de los individuos por encima de las diferencias culturales.

²⁶ Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Abya Yala, 2012), 72, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf

²⁷ Adriana Rodríguez Caguana, *Los derechos humanos lingüísticos de los pueblos indígenas: Construyendo horizontes interculturales*, Universidad Andina Simón Bolívar, (Ecuador, 2019), 30.

La interculturalidad desde la perspectiva crítica se presenta como un paradigma que propone cambios, transformación de las culturas, “intercambio entre culturas entre términos equitativos, que intenta romper con la relación histórica de dominación y subordinación entre ellas, con el fin de lograr una convivencia”²⁸, y de esta forma suprimir las causas de la injusticia colonial al enfrentar a los poderes hegemónicos, es una lucha que surge a la par de la reivindicación de la autonomía de los pueblos desde leyes, instituciones, principios y prácticas. “La interculturalidad pretende una transformación de las estructuras sociales, jurídicas y políticas del Estado plurinacional que entra en conflicto con la estructura histórica del estado moderno (monista y monocultural)”²⁹.

“Ecuador es considerado como un país privilegiado por su diversidad biológica y cultural que actualmente es reconocida como patrimonio a ser preservado y valorado”³⁰, reconocimiento que se ha ganado dentro del tema cultural, ya que ha tenido procesos de construcción y sus inicios parten con la lucha de los pueblos indígenas.

En Ecuador, la Constitución de 1998 marcó el nacimiento de una nueva forma de concebir el Estado y sus manifestaciones, la participación política y las relaciones sociales, mediante lo que se podría llamar “constitucionalismo multicultural. Por medio de la resistencia del movimiento indígena, “representado por Pachacutik-Nuevo País y se codificaron las garantías constitucionales, los principio de justicia, los mecanismos de la independencia judicial externa.”³¹

A partir del reconocimiento multicultural de 1998, la lucha continua, es así que en el 2008 se da por sentado el reconocimiento constitucional de derechos, derechos que ha tenido un proceso histórico, socio – político y cultural de los pueblos indígenas, el cual tiene como objetivo establecer y aplicar el derecho consuetudinario, la aceptación de la justicia comunitaria y la validez de las decisiones indígenas ante el sistema jurídico tradicional a los miembros de su comunidad.

²⁸ Adriana Rodríguez Caguana, *Los derechos humanos lingüísticos de los pueblos indígenas: Construyendo horizontes interculturales*, Universidad Andina Simón Bolívar, (Ecuador, 2019), 31.

²⁹ *Ibíd.*, 31.

³⁰ Galo Ramón Valarezo, *Territorio, Identidad e Interculturalidad*, (Abya-Yala, Quito – 2019), 32

³¹ Carlos Espinoza Gallegos, *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, (Quito – 2009), 179, 180.

Luego de la conquista de 2008, en el ámbito constitucional, la interculturalidad no es más que ese reconocimiento de las diferencias radicales (etnia y cultura) al interior de una sociedad determinada, los derechos colectivos de los pueblos indígenas tienen garantía de ejecución y aplicación, por lo tanto el derecho indígena ya tiene plena vigencia por el mismo hecho que ya existe y reconocimiento constitucional y sin la necesidad que la interculturalidad transforme la estructura del Estado, ya es un derecho colectivo vigente. Por lo tanto se debe tener claro lo que es la interculturalidad ya que no es lo mismo que multiculturalidad, como bien lo distingue Walsh “la multiculturalidad es un término descriptivo, que hace referencia la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente, como los inmigrantes”³².

Mientras la interculturalidad para el jurista Llasag es:

Un proyecto social, político, epistémico y ético, dirigido a la construcción de la sociedad, relaciones y condiciones de vida nuevas que se asientan en la necesidad de una transformación radical de las estructuras, instituciones y relaciones de la sociedad neoliberal y del Estado nación; por lo tanto como un proyecto histórico alternativo, que no se queda simplemente en reconocer, tolerar ni tampoco incorporar lo diferente dentro de la matriz y estructuras establecidas, sino refundar estructuras que ponen en escena y en relación equitativas lógicas, prácticas y modos culturales diversos de pensar, razonar, actuar y vivir.³³

La búsqueda y el reconocimiento de los derechos indígenas, así como la participación más activa dentro de la sociedad inciden en que el Estado les reconozca sus derechos y poder convivir con distintos grupos culturales, cada uno con su propia sabiduría, tradiciones, “reconoce la presencia en la sociedad de culturas no eurocéntricas”³⁴, la interculturalidad promueve el dialogo de saberes, de pensamiento, conocimiento, espiritualidad en una ruta de ida y vuelta de intercambio de aprendizaje, en condiciones de igualdad, tallando un proyecto histórico alternativo donde tiene como meta la construcción de sociedades nuevas, distintas, equitativas, armónicas entre los pueblos originarios que

³² Ramiro Ávila Santamaría, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Abya Yala, 2012), 155, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf

³³ Raúl Llasag Fernández, “*Constitucionalismo y pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho Indígena en el Ecuador*”, ed. Luis Fernando Ávila Linzán (Quito: Corte Constitucional, 2011), 255

³⁴ Boaventura de Sousa Santos, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Abya Yala, 2012), 22, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf

permitan ejercer plenamente los poderes político, económico, social, cultural dentro del Estado plurinacional y la sociedad intercultural.

“La interculturalidad atraviesa toda la Constitución de Montecristi, desde el preámbulo, pasando por el Art. 1 que define y caracteriza a la Constitución y al Estado, y regulando instituciones específicas a lo largo del texto normativo. Es decir, la interculturalidad es un rasgo fundamental del estado y de derecho en Ecuador”³⁵. La declaratoria de Estado intercultural en la constitución de 2008, se refiere en el sentido de tratamiento y reconocimiento que en el país existen distintas construcciones culturales con potencialidades de poder compartir y aprender de otras cultura y transformarlas y aprender mucho más de ellas, por ello para Catherine Walsh, “la interculturalidad debiera ser pensada menos como sustantivo y más como verbo de acción, tarea de toda la sociedad y no solamente de sectores indígenas”³⁶, considerando la participación y las diferencias de hombres, mujeres, niños/as, jóvenes y ancianos.

Para la construcción de un Estado intercultural, la educación juega un papel fundamental en la consecución y reproducción de cambio, por lo que es importante quienes administran el Estado tomen decisiones oportunas y sobre todo factible de llevar a la práctica cotidiana, “como un proceso y proyecto social ético y político que buscaba transformar radicalmente las estructuras, las instituciones y relaciones de la sociedad”³⁷, para que de esta forma haya una interrelación igualitaria en situaciones de contacto se le conoce como interculturalidad, misma que intenta romper con la historia hegemónica de una cultura dominante y otras subordinadas, lograr que diferentes grupos lleguen a relacionarse y participar juntos en la vida nacional sin necesidad de abandonar o esconder su origen cultural.

La Corte Constitucional ha señalado “la interculturalidad reconoce el entramado de relaciones que tiene lugar entre las diversas culturas y propicia su convivencia sobre la

³⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, (Abya Yala, 2012), 281, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf.

³⁶ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad Luchas (De) Coloniales de nuestra época*, (Quito, Abya Yala, 2019), 41; https://reflexionesdecoloniales.files.wordpress.com/2012/08/catherine-walsh_interculturalidad-estado-sociedad-luchas-de-coloniales-de-nuestra-c3a9poca.pdf

³⁷ Carlos Espinoza Gallegos, *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, (Quito – 2009), 179, 183

base de la igualdad sin descaracterizar los elementos que configuran su identidad. En tanto que la plurinacionalidad reconoce, respeta y articula las diversas formas de organización social, política y jurídicas que deben coexistir, sin jerarquización, bajo un proyecto político común que es el Estado constitucional”³⁸. En otras palabras la interculturalidad reconoce las relaciones entre las diversas culturas y propicia su convivencia sobre la base de la igualdad. Mientras que la plurinacionalidad reconoce y articula las formas de organización social, política bajo el Estado constitucional.

“Una de las condiciones para que se concrete la interculturalidad es el respeto de los derechos humanos, puesto que la justicia intercultural pretende un tipo de universalismo – relativo o crítico que reconozca la existencia de un sistema de dominación colonial de las potencias mundiales y la lucha anticolonial de las naciones oprimidas”³⁹. Fortalecer el ejercicio de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, incrementa la participación política, promueve la igualdad de oportunidades, además genera información pertinente a la diversidad cultural para la toma de decisiones es así que, “el impulso inicial de las NNUU en aprobar/respaldar este modelo de autogobierno indígena. En 1993, el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incluye el derecho a controlarlas tierras y territorios tradicionales, el derecho a autonomía en asuntos internos, y el derecho a mantener el carácter distintivo de resolución de sus costumbres jurídicas”⁴⁰

La universalidad es la base principal de los derechos humanos, como afirman, las Naciones Unidas el diálogo intercultural “enriquece esencialmente la comprensión de los derechos humanos”⁴¹. El concepto de derechos humanos no se paraliza, sino que se desarrolla y se expande. Por eso, es posible llegar a un consenso para impulsarlos respetando la diversidad cultural ya que así se “favorece el pluralismo cultural, contribuyendo a un intercambio más amplio de conocimientos y antecedentes culturales y a

³⁸ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Juicio No. 1134-13-EP/20*, párrafo 33.

³⁹ Adriana Rodríguez Caguana, *Los derechos humanos lingüísticos de los pueblos indígenas: Construyendo horizontes interculturales*, Universidad Andina Simón Bolívar, (Ecuador, 2019), 35.

⁴⁰ Carlos Espinoza Gallegos, *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, (Quito – Ecuador 2009), 21.

⁴¹ Ministerio Coordinador de Patrimonio, *Viviendo la justicia, pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador*, (Quito – Ecuador, 2012), 21

la comprensión de éstos”⁴². Por lo tanto todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos acorde con los principios de universalidad.

La interculturalidad es un puente, o término medio, que aproxima al universalismo con las prácticas culturales que son necesarias para mantener la dignidad humana de las identidades colectivas. Se puede entender la interculturalidad como una dinámica de reconocimiento necesaria para entender el conflicto y sanar la “patología humana” de su falta, el no – reconocimiento. Es decir la historia de la humanidad ha sido la negación del “otro”: esclavos-esclavistas, cristianos-paganos, colonizadores-colonizados, hombre-mujer, etc. Cuando hablamos de interculturalidad hablamos de una forma radical positiva de la diversidad humana.⁴³

Cada pueblo indígena posee su propia cultura, lengua, sistema jurídico e historia, la mayoría de ellos mantiene un vínculo sólido con el medio ambiente y con sus tierras y territorios tradicionales, estos grupos tienen en común una historia de desarraigo de esas tierras y territorios, de sometimiento, destrucción de sus culturas, discriminación y múltiples violaciones de sus derechos humanos. Por lo tanto debe haber un fortalecimiento de las identidades nacionales, buscar desarrollar la interacción entre personas, prácticas, principios de vida culturalmente diferentes, con identidad y con capacidad de actuar y así mantener la dignidad humana en toda su extensión. “Para lograr el pleno goce y ejercicio de los derechos es necesario tener en cuenta las particularidades culturales y la forma de goce y ejercicio a partir de las condiciones en que viven las comunidades indígenas”⁴⁴.

Una vez analizados que han sido los términos plurinacional e intercultural, se hace necesario también desarrollar brevemente los términos comunidad, pueblos y nacionalidad, conforme lo recoge el inciso primero del Art. 57 de la Constitución”⁴⁵

⁴² Ministerio Coordinador de Patrimonio, *Viviendo la justicia, pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador*, (Quito – Ecuador, 2012), 21

⁴³ Adriana Rodríguez Caguana, *Los derechos humanos lingüísticos de los pueblos indígenas: Construyendo horizontes interculturales*, Universidad Andina Simón Bolívar, (Ecuador, 2019), 35.

⁴⁴ Claudio Nash Rojas, *La interpretación culturalmente sensible de los derechos Humanos*, 71

⁴⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 57.

Comunidad o Ayllu Llakta: Es el conjunto de familias-ayllu asentados en un territorio determinado, que se identifican a un pueblo o nacionalidad, que basan su modo de vida en una práctica colectiva de economía, espiritual y cultural colectiva.

Pueblo o Hatun Ayllu Llakta: El concepto hace referencia a un grupo humano con el mismo origen histórico, y que comparten elementos identitarios, culturales y lingüísticos, recogidos por una misma estructura organizativa jurídica, económica y política, y que pertenecen a una instancia superior como es la nacionalidad.

Nacionalidades: Es el carácter de nación que representa al conjunto de uno o varios pueblos, ligados, unidos por un origen histórico, comparten los mismos rasgos cultural, un territorio, un idioma propio, una estructura sociopolítica regidos por nuestras propias leyes, costumbres, creencias, lenguas propias y formas de organización social, económica y política en nuestros territorios.⁴⁶

Estas definiciones guardan relación con la concepción que tiene el Convenio 169 de la OIT, donde establece que los pueblos indígenas por derecho deben pertenecer a una comunidad o nación indígena que vaya con sus costumbres, tradiciones, tengan sus propias formas de organización como comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Respecto a los enunciados normativos antes precisados, debemos partir del hecho que en Ecuador la administración de justicia no es homogénea, sino que tiene que convivir con las demás normas del derecho, lo que nos lleva directamente a un sistema de justicia pluralista, significa entonces aceptar que la justicia indígena es también fuente creadora de derecho dinámica, y su límite es la Constitución y los derechos humanos, que permite de alguna manera controlar la mala práctica al momento de imponer castigos.

1.2. Definiciones de pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico es participativo, es la coexistencia de varios órdenes o sistemas jurídicos que reclaman obediencia dentro de un mismo espacio, cuya fuente de derecho es el mismo ser humano proyectado en acciones colectivas que incorporen juridicidad, reconocimiento de la plurinacionalidad, como en el caso ecuatoriano, expresado desde la Constitución. Es indispensable entonces realizar una aproximación al pluralismo jurídico que en las palabras de Miguel Hernández es entendido como “la

⁴⁶ Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, *Legislación para el Fortalecimiento de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador*, (Quito, 2012), 42.

diversidad de fuentes, previamente autorizadas por el Estado producto de las normas jurídicas válidas y vinculantes para una determinada comunidad de sujetos de derecho”.⁴⁷

En tal razón, resulta complejo entender el alcance del pluralismo jurídico dentro de un mismo espacio y la armonía o coexistencia que debería mantener con los otros sistemas jurídicos. Pues si bien, pueden resultar extraños para un cierto grupo poblacional, para otros, quizás las minorías es una conquista para el ejercicio de sus derechos, costumbres, tradiciones y la “existencia simultánea dentro del mismo espacio de un Estado de diversos sistemas de regularización social y resolución de conflictos”,⁴⁸ basados generalmente en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan sus actores.

Entonces, en un mismo espacio (Estado) a primera vista indivisible, coexisten o conviven varias culturas, etnias, religiones, cultos, creencias, costumbres, ideologías, cuestiones geográficas que hacen que un solo sistema jurídico sea insuficiente e incluso inequitativo para ciertos grupos sociales, y por lo tanto, se hace necesario y obligatorio para los estados adoptar diferentes sistemas jurídicos para resolver con justicia los problemas de cada individuo y de cada grupo social conforme a sus propias realidades y necesidades, pues deberemos entender que el pluralismo “implica la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos de regulación y acción social”,⁴⁹ en donde existen diferentes sistemas de resolución de conflictos.

Para el profesor Wolkmer, el ser humano es la raíz de todo derecho “resalta la importancia de buscar formas plurales de fundamentación para la instancia de la juridicidad, contemplando una construcción comunitaria cristalizada en la plena realización existencial, material y cultural del ser humano”⁵⁰, tiene que ser un pluralismo comunitario – participativo, donde la base principal es Derecho propio del ser humano, derechos que han sido ganados mediante luchas y no por las vías tradicionales (legislativa y judicial).

⁴⁷ Miguel Hernández, *Justicia indígena derechos humanos y pluralismo jurídico* (Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2017), 103.

⁴⁸ Raquel Z. Irigoyen Fajardo, *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia, en Desafaciendo Entuertos* (Lima: Ceas, 1995), 9.

⁴⁹ Boris Espezúa Salomón, *El derecho desde la mirada del otro. Bases para la construcción del pluralismo jurídico en el Perú*, (Lima: MACF, 2016), 289.

⁵⁰ Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, (Sevilla: MAD, 2006), 143

Silvina Ramírez explica, que “el pluralismo jurídico ha estado presente en cada Estado, a partir de la elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales, alcanza su máxima expresión en el Convenio 169 de la OIT, es que se produce un salto hacia la confrontación de un verdadero salto pluralista”,⁵¹ cuya pretensión consiste en la democratización del Estado y la sociedad, partiendo de la existencia de pluralidad de lenguas, culturas, y por ende la presencia del pluralismo jurídico.

Siguiendo esta línea doctrinaria, el pluralismo jurídico se empezó a utilizar para hacer referencia a diversas formas de resolver los conflictos en sociedades complejas, y así poder demostrar el modo como los sistemas de administración de justicia, más o menos formales, convivían, se superponían, en ocasiones se solapaban. La administración de justicia tiende a contribuir en gran medida a generar diferentes modelos de Estado que van paulatinamente receptando instituciones interculturales, lo que es saludable para sociedades complejas alejándonos de un rígido monismo a un pluralismo jurídico más tolerante, donde cada cultura tiene diferentes maneras de concebir la justicia. Dicho de otro modo, no es lo mismo la concepción de “sanción” por parte de un mestizo, que la concepción que tiene un indígena, y más distinto aun a la idea de los indígenas de pueblos en aislamiento voluntario.

De los conceptos antes precisados, resulta innegable que “el pluralismo jurídico a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico”⁵² y que además esos sistemas incluyen sus propias normas que establecen cómo éstas se crean o cambian, así como procedimientos, instituciones y autoridades.

Como se ha dicho en líneas anteriores, el pluralismo jurídico es la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico, a diferencia del monismo jurídico o legal que implica que los sistemas políticos (Estados) cuentan con un solo sistema jurídico, así lo explica Paolo Grossi “drama del mundo moderno consistirá en la

⁵¹ Silvina Ramírez, “Justicia penal y comunidades indígenas”, *Revista Latinoamericana de política criminal* (1999), 67

⁵² Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, (Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999), 9.

absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley”⁵³, esto significa que el monismo es rígido, no toma en cuenta la diversidad cultural, creencias, nacionalidad o grupos minoritarios, es decir, sin observar la igualdad real. Cuando los sistemas jurídicos reconocen en sus constituciones y adoptan instrumentos internacionales que coadyuvan a reconocer el derecho propio de cada pueblo y nacionalidad lo que a su vez les permite normar la vida en sociedad y resolver los conflictos, como seres humanos distintos e individuales, entonces estamos frente a un verdadero pluralismo jurídico.

La cuestión de aceptación del pluralismo jurídico dentro de un determinado cuerpo político constituye una práctica democrática que reconoce a la justicia indígena como un sistema completamente independiente de la justicia ordinaria “es romper el monismo jurídico para aceptar y reconocer el pluralismo jurídico, romper el imperialismo jurídico, de extender categorías, principios, reglas jurídicas obligatorias que han impuesto a lo largo de la historia a los pueblos indígenas”⁵⁴, que la justicia indígena adopte procedimientos que le permitan regular su propia vida social y resolver sus conflictos sin la intervención judicial del Estado macro. A medida que las sociedades progresan, también avanza el derecho; y el pluralismo jurídico ha ganado un espacio de vital importancia en la sociedad civil, política y jurídica, que deja en vergüenza al positivismo como lo explica Wolmer “el iluminismo técnico científico, que hizo posible el dominio de la naturaleza, fracaso por no haber logrado la realización del hombre y el pleno dominio de sus instituciones sociales, estatales, morales y jurídicas”⁵⁵, dando a entender que la estructura normativista del moderno Derecho positivo es ineficaz, no atiende a toda las sociedades de un Estado provocando crisis de legitimidad en la aplicación de justicia.

Los criterios a favor o que defienden la existencia o el reconocimiento del pluralismo jurídico tienen como base los principios de equidad y de colectividad, cuya esencia es la cosmovisión indígena. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas y no se

⁵³ Paolo Grossi, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, (Madrid: Trotta, 2003), 36.

⁵⁴ Eduardo Díaz Ocampo, *La Justicia Indígena y el Pluralismo Jurídico en Ecuador*, Revista Jurídica Nro. N: 2224-4131, (2016).

⁵⁵ Antonio Carlos Wolmer, *Pluralismo jurídico, movimiento sociales y prácticas alternativas*”, <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr007/elotrdr007-02.pdf>.

condicione al Estado a definir ámbitos de competencia sobre los alcances del ejercicio de derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que significa el reconocimiento de la justicia indígena pero no sometida o subordinada por parte de la justicia ordinaria.

El ejemplo fehaciente de esta cuestión es el denominado caso *La Cocha* en el cual la Corte Constitucional de Ecuador, emitió reglas jurisprudenciales que limitan las competencias jurisdiccionales de la justicia indígena, pues señala que dicha jurisdicción está para resolver conflictos internos en sus comunidades, pero no delitos contra la vida; generando un conflicto interno en el ámbito de jurisdicción, tomando en cuenta que partiendo del análisis constitucional, en Ecuador existen dos sistemas de justicia paralelas. Por otra parte, también manifiesta que la justicia indígena no está preparada para conocer de casos cuando se comprometa la vida como derecho fundamental, cuya competencia exclusiva la tiene la justicia ordinaria, lo que constituye una evidente pérdida de competencia y a su vez minimiza el alcance de la justicia indígena. Respecto de este caso se analizará en el siguiente capítulo con mayor profundidad.

En cuanto al pluralismo jurídico desde la perspectiva del positivismo, es considerado “anacrónico frente a la nueva tendencia del derecho internacional, y del derecho interno, que producen normas que reconocen la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas”⁵⁶. Estas normas están reconociendo que esas prácticas tradicionales que los pueblos desarrollan y han desarrollado, para mantener la cohesión social y solucionar sus conflictos, constituyen derecho y es la prueba de la existencia del pluralismo jurídico.

En la justicia indígena no hay formalismo sino la búsqueda de la solución real, efectiva, duradera a fin de reestablecer la unidad de la comunidad la cual ha sido desquebrajada por el conflicto social, basado en el principio de equidad y de la colectividad que es la base de la comunidad indígena. Mientras que en la justicia ordinaria o estatal se percibe muchas veces un formalismo exagerado; la moral judicial y la solución de la controversia se conforman a interpretaciones rígidas del derecho.⁵⁷

⁵⁶ Juan Carlos Martínez, “Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico”, Fundación Konrad Adenaur, México 03 de noviembre de 2019, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4499/1.pdf>

⁵⁷ Valiente López Arcesio, *Los Modos de Resolver los Conflictos Sociales en el Mundo Indígena, en Derecho Indígena en Panamá. Cuadernos de Ciencias Sociales No. 5*, (Panamá-Arpiá Impresores, 2011).

En un Estado constitucional todo el orden jurídico esta irradiado por la Constitución, su núcleo son los derechos fundamentales que operan como vínculos al poder; y es que la justicia indígena no escapa a esta realidad, es la Constitución y los derechos humanos los que marcan los límites de su actuación jurisdiccional, cuyo procedimiento y rehabilitación es sencillo, equitativo y colectivo; a diferencia de la justicia ordinaria es formal y si se trata en materia penal, su interpretación en cuanto a los tipos penales y penas se la debe realizar en forma estricta, respetando el sentido literal de la norma

Desde la Constitución de 1998 y con la entrada en vigencia de la Constitución del año 2008, el pluralismo jurídico se consolida al reconocer a la jurisdicción indígena, sobre la base de la igualdad con la jurisdicción ordinaria, basándose a “una justicia ancestral de pueblos originarios anclada en todo un sistema de territorios, de autogobierno, de cosmovisiones propias.”⁵⁸

Evidentemente Ecuador cuenta con dos sistemas de justicia paralela, la justicia ordinaria y la justicia indígena, esta última dentro del ámbito territorial indígena y para el juzgamiento de sus conflictos internos, de manera independiente, en base a su cosmovisión, culturas y costumbres. Por otra parte, en cuanto a la justicia ordinaria, el Ecuador ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, que contiene la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de fecha 15 de mayo de 1998, y precisamente este instrumento internacional obliga a los operadores de justicia a emitir sus resoluciones tomando en cuenta la cosmovisión, costumbres y tradiciones ancestrales de estos pueblos.

Para la aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad conforme lo dispone el numeral 2 del Art. 10 del Convenio 169 de la OIT, considerando además que estas sanciones deberán estar acorde a las costumbres, cultura y cosmovisión ancestral, lo cual resulta un análisis profundo y minucioso que incluso trasciende la esfera legal, pues necesariamente deberá basarse en el análisis de estudios antropológicos y sociológicos que permitan empoderar al juzgador de criterios interculturales, basado en costumbres y

⁵⁸ Santos Boaventura De Sousa, *Construyendo Las Epistemologías Del Sur*, 1ra. Ed., (Buenos Aires – Argentina 2018), 253.

cosmovisión ancestral, que darán la guía necesaria para emitir el fallo acorde a la realidad de cada pueblo y comunidad.

1.3. Características en la realidad ecuatoriana

Desde antes de la conquista española las sociedades indígenas se establecieron en territorios. “Estas comunidades generaron prácticas sociales con el fin de regular las relaciones entre miembros y resolver los conflictos que pudieran presentarse, de lo que hoy se reconoce como Derecho Indígena”⁵⁹, es así que “En Latinoamérica durante la colonia se aplicaron políticas de separación de los regímenes jurídicos que buscaban preservar la diferencia cultural y radical de indios y españoles, entonces se construyeron villas de españoles y pueblos de indios, cada uno de ellos con su propio sistema de autoridades y normas”⁶⁰.

Con ello da inicio al reconocimiento de costumbres de los indígenas, los mismo que estuvieron basados en un entorno de inferioridad natural, no tenían que ser contrarias al orden político colonial y a la religión católica que imponían los Españoles. Históricamente la colonización se visibilizan en el desarrollo consuetudinario del derecho indígena, los mismos que según la historia los indígenas sufrieron interminables luchas, los indios como los denominaron los españoles no quisieron ser sometidos, se alzaron con armas en contra de la colonización, es por estas luchas que hoy se habla de derecho consuetudinario ancestral.

El ataque a la cultura y costumbres que sufrieron los indígenas en la época del colonialismo une más a las nacionalidades indígenas, con esto obligando a los ordenamientos jurídicos ordinarios a crear organismos internacionales que refuercen el apoyo a las plurinacionalidades mediante legislaciones especiales. “Los países andinos han realizado reformas constitucionales importantes a partir de la década del 90. Estas reformas han permitido reconocer la naturaleza pluricultural de nuestras sociedades y, por tanto, la

⁵⁹ Eduardo Díaz Ocampo, *El conflicto de competencia en la Justicia Indígena del Ecuador*; Revistas Temas Socio Jurídicas Vol. 35, (2016), 96

⁶⁰ German Gutiérrez Gantier, “*Complementación entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: sistematización en el Marco de la Asamblea Constituyente*” (La Paz: Fundación Konrad Adenauer, s.f.), 122

inclusión de derechos a la identidad cultural, el reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas y también el reconocimiento del pluralismo jurídico, es decir, la validez de otros sistemas jurídicos distintos al ordinario”⁶¹

“El techo recorrido desde la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 hasta el reconocimiento de su derecho colectivo a la autodeterminación y a la supervivencia social y cultural en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1994 es notable. Por ello, los movimientos indígenas han conseguido convertirse ese tiempo en interlocutores de reformas constitucionales, en negociaciones de procesos de descentralización administrativa”⁶²

Una de las mayores riquezas del Ecuador es la diversidad existente, sea esta de carácter geográfico, ambiental o cultural, así como la existencia de nacionalidades y pueblos indígenas, según información estadística del último censo de población y vivienda realizado en el año 2001 el “Ecuador ésta conformado por 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas”⁶³, cada uno con sus propios y diversos modos de administrar justicia reconocidos por el Consejo Nacional de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE).

En Ecuador ha existido desde épocas milenarias las nacionalidades y pueblos indígenas, por primera se reconoce constitucionalmente el pluralismo jurídico en la Constitución de 1998, teniendo su mayor realce en la Constitución del año 2008, donde se recogió en gran medida los derechos y propuestas exigidas durante siglos por el Movimiento Indígenas, siendo uno de ellos el reconocimiento del Estado Plurinacional e Intercultural, lo que marcó un hito importante en la región, sobre todo en la lucha constante de los movimientos indígenas, lo que garantiza de manera clara la existencia del pluralismo jurídico. Este reconocimiento dentro de su ordenamiento jurídico, permite que los miembros de las circunscripciones territoriales vivan en armonía y paz bajo un control social desde la misma comunidad.

⁶¹ Comisión Andina de Juristas, *Estado de la relación entre justicia Indígena y justicia estatal en los países Andinos*, (Lima – Perú, 2009), 9

⁶² Eduardo Díaz Ocampo, *La Justicia Indígena y el Pluralismo Jurídico en Ecuador*; (2016), 16

⁶³ Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), [http://www.mdgfund.org/sites/default/files/nacionalidades_y_pueblos_indigenas_web\(1\).pdf](http://www.mdgfund.org/sites/default/files/nacionalidades_y_pueblos_indigenas_web(1).pdf),10

Cabe entonces reconocer, que el derecho indígena es consuetudinario, no se encuentra escrito, su comunicación es oral, corresponde más a un código moral de justicia que sirven para mantener un buen comportamiento, convivencia social y pacífica respetando costumbres y tradiciones de cada pueblo indígena, vela por el interés de la colectividad, de esa manera sus miembros puedan vivir en armonía.

Para una mayor ilustración del pluralismo jurídico el profesor Ramiro Ávila⁶⁴, detalla las diferencias entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Tabla 1
Diferencia entre justicia ordinaria y justicia indígena

	Justicia Ordinaria	Justicia Indígena
fin de la pena	Retribución	Restauración
	Segregación punitiva	Paz/armonía
Resultado	Sentencia	Aconseja
Control social	Sistema penal represivo	Sistema Comunitario
concepción conflicto	Delito	dolo/desgracia
	Falla individual	Armonía rota
Pena	Cárcel solución	Restitución / Limpieza
	Adversarial	Problema comunitario
Efecto en el conflicto	Suspende y crea más problemas	Se intenta resolver el problema
Efecto en la persona	Degrada	Sana
	Daño psicológico permanente	Dolor físico
Efecto en sociedad	Proceso de etiquetamiento	Proceso participativo. Juzgado parte de la comunidad
Procedimiento	Adversarial	Dialógico
	Burocrático	Comunitario

Fuente: Ramiro Ávila Santamaría

Elaboración: Ramiro Ávila Santamaría

⁶⁴ Ramiro Ávila Santamaría “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”. Quito: UASB (2013), 28, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3826>

En Ecuador se reconoce dos sistemas de justicia. Una es la ordinaria, que plantea como solución de relevancia penal la cárcel; otra forma es la practicada por ciertas nacionalidades indígenas, que prevé la restauración como forma de solución a los conflictos; haciendo un análisis al cuadro anterior podemos denotar algunas diferencias entre justicia ordinaria y justicia indígena, el fin de la pena en justicia ordinaria es de retribución, mientras que en la justicia indígena es de restauración; el resultado en la justicia ordinaria es la sentencia en la otra se aconseja; la pena en la justicia ordinaria es cárcel como solución en la otra es restitución/limpieza; el efecto en la persona de la justicia ordinaria degrada, en la justicia indígena sana; entre otras, por lo que podemos concluir que la justicia indígena provoca menos daño y recurre a mayores posibilidades de afrontar y solucionar el conflicto suscitado de un hecho delictivo; y por otro lado está la justicia ordinaria que es más sancionadora y poco reparadora.

La cuestión jurisdiccional indígena, resulta bien desarrollada en el texto constitucional, así se lo puede evidenciar dentro de los siguientes parámetros:

- a) Los indígenas resuelven litigios internos, que no pueden restringirse exclusivamente al territorio, sino que su alcance debe determinarse con criterios antropológicos.
- b) Los intereses comunitarios traspasan una zona circunscrita y pueden presentarse conflictos inclusive fuera de un espacio físico nacional o internacional.
- c) Las autoridades de pueblos indígenas lo determinan las propias comunidades según sus reglas. La autoridad no puede restringirse a las exigencias establecidas en el Estatuto de Comunas Campesinas, que se limita a la existencia de un Cabildo debidamente inscrito o también a una organización mínima jerárquica.
- d) La competencia por la materia no es determinada. Las autoridades competentes indígenas pueden resolver todos los problemas planteados dentro de su comunidad, indistintamente de su materia.⁶⁵

Como se estableció anteriormente, la justicia indígena logra condensarse en la legislación nacional más concretamente desde su aparición en la Constitución del 2008, en donde juega un papel preponderante sobre todo a partir del reconocimiento de la existencia del pluralismo jurídico en el Ecuador. Es importante reconocer que la Constitución condensa de manera precisa y relevante los principios relativos a la jurisdicción indígena,

⁶⁵ Carlos Poveda, "Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones", UASB Revista de Derecho Foro No. 8 (2007):190.

considerando la supremacía constitucional y el principio de aplicación directa de los derechos, no existe justificación para inobservar su aplicación; también se convierte en “la más vulnerable porque su práctica sobre el terreno la expone a interpretaciones hostiles y no carentes de prejuicios por parte de los adversarios de la plurinacionalidad”⁶⁶, sabemos el gran reto que ello significa, sobre todo al pretender crear igualdad de condiciones en la convivencia de ambos regímenes sin que necesariamente signifique una superposición o sometimiento de la justicia ordinaria a la justicia indígena.

Al igual que las visiones eurocentristas tradicionales, el Ecuador no escapa a la cuestión de considerar las prácticas de justicia indígena como aberrantes y atentatorias a los derechos fundamentales, “obviamente que la justicia indígena en su enorme diversidad no está libre de excesos”⁶⁷ discusión de gran debate, más aún si se contraponen la idea que la justicia ordinaria tampoco resulta ser muy garante de derechos, cuestión que analizaremos a profundidad más adelante en lo referente a los derechos humanos en la jurisdicción indígena.

1.4. Análisis crítico de la normativa penal desde un enfoque intercultural

Como se precisó, es a partir de la vigencia de la Constitución del año 1998 que el reconocimiento de la jurisdicción indígena en Ecuador toma vida en forma de norma constitucional, pero es en la Constitución del año 2008, cuando se reconoce al “Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”⁶⁸. Somos entonces un estado constitucional de derechos y justicia social, y además con reconocimiento “intercultural”, adjetivación que en palabras de Walsh significa: “en su forma más general- el contacto e

⁶⁶ Santos Boaventura De Sousa, *Construyendo Las Epistemologías Del Sur*, 1ra. Ed., (Buenos Aires – Argentina 2018), 246.

⁶⁷ *Ibíd.*, 252

⁶⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

intercambio *entre culturas* en términos equitativos; en condiciones de igualdad”⁶⁹. La interculturalidad permite reconocer el hecho que no estamos únicamente frente a un sistema de justicia hegemónica dominante, sino por el contrario, nos enfrentamos al reto de la justicia plural y en donde los procedimientos ancestrales tienen reconocimiento constitucional para resolver conflictos internos.

El Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), determina la interculturalidad como un principio de actuación judicial, en el artículo 24, señala: “En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, practicas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante”⁷⁰

En líneas anteriores, también se trajo a colación el contenido del artículo 171 de la Constitución de la Republica de Ecuador, el cual determina que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, en base a sus tradiciones ancestrales y el derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”⁷¹. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, entonces este reconocimiento con jerarquía constitucional hace que los indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios, con amplias facultades para resolver conflictos internos, y que además la resolución que emita la autoridad indígena se sustentará en las tradiciones ancestrales y el derecho propio.

⁶⁹ Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad Luchas (De) Coloniales de nuestra época*, (Quito, Abya Yala, 2019), 41; https://reflexionesdecoloniales.files.wordpress.com/2012/08/catherine-walsh_interculturalidad-estado-sociedad-luchas-de-coloniales-de-nuestra-c3a9poca.pdf

⁷⁰ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, 09 de marzo de 2009, art. 24.

⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 171.

El reconocimiento constitucional de los derechos a la identidad cultural y a la justicia indígena ha dado lugar a que se requiera que los tribunales realicen una interpretación intercultural en los casos que involucran a indígenas o a comunidades indígenas.⁷²

El numeral 10 del artículo 57 de la Constitución, indica que el límite para la creación, desarrollo, aplicación y práctica del derecho propio o consuetudinario, es la Constitución y los derechos humanos y que no podrán vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. En el ámbito internacional, se logró de igual manera la ratificación del Convenio 169 de la OIT, que es el fundamento para el ejercicio de la Administración de Justicia Indígena, que se encuentra de manera expresa en los artículos 8, 9 y 10 del referido Convenio.

El principio de justicia intercultural es un mandato Constitucional, de obligatorio cumplimiento para los operadores de justicia, así consta escrito en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial:

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.⁷³

La interpretación intercultural, no es sino el reconocimiento constitucional de los derechos a la identidad cultural y a la justicia indígena que ha dado lugar a que se requiera que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, los operadores de justicia realice una interpretación intercultural en los casos que involucran a indígenas o a sus nacionalidades, pueblos y comunidades.

⁷² Roció Villanueva, *La interpretación intercultural en el Estado constitucional*, (2015), 89; https://www.researchgate.net/publication/282464235_La_interpretacion_intercultural_en_el_Estado_constitucional.

⁷³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, de 09 de marzo de 2009.

Tanto en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código Orgánico de la Función Judicial, dedica un espacio importante a la aplicación de la justicia intercultural, más no se dedica este espacio en la normativa penal vigente, tanto así, que si revisamos el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 5⁷⁴, determina cuales son los principios del debido proceso penal, así tenemos el principio de legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, inocencia, igualdad, impugnación procesal, prohibición de empeorar la situación del procesado, prohibición de autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, intermediación, imparcialidad, privacidad y confidencialidad, objetividad; mas no se incluye el principio de *interculturalidad* como uno de los principios que debería también regir el debido proceso penal, tomando en cuenta el mandato Constitucional del artículo 1 donde se proclama al Ecuador como un Estado intercultural, plurinacional y laico⁷⁵.

Este enunciado desde la norma penal resulta importante para que los jueces ordinarios tengan las herramientas necesarias al momento de resolver los casos donde se encuentren inmersas personas indígenas y se deba aplicar de manera preferente sanciones distintas al encarcelamiento, como garantía al debido proceso. Debió normativamente determinarse que los operadores de justicia, para resolver estos conflictos, tienen la obligación de practicar experticias antropológicas y sociológicas, para que la resolución se base en criterios interculturales para los casos cuando el procesado sea una persona indígena.

El principio de interculturalidad se encuentra plasmado en el Convenio 169 de la OIT y que posteriormente la Corte Constitucional de Ecuador, dentro del caso de consulta de norma realizada por el Juez Segundo de Garantías Penales de Orellana, dentro del juicio N°. 223-2013, por el delito de genocidio en contra de un grupo de Waoranis y Taromenanes, mediante Sentencia N°. 004-14-SCN-CC, resuelve la forma en que debe aplicarse la normativa interna con el afán de que ésta no contradiga el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización del Trabajo, el cual forma parte del *corpus juris* convencional de derechos humanos que el Estado ecuatoriano ha suscrito y ratificado,

⁷⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, art. 5.

⁷⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

constituyéndose en criterios jurisprudenciales con efectos *erga omnes* y de obligatorio cumplimiento para los operadores de justicia.

No se pretende de ninguna manera que en la normativa penal se establezca el procedimiento a seguir por las autoridades indígenas para el juzgamiento de sus conflictos internos dentro de sus territorios, ya que ello significaría una imposición de los protocolos que la justicia ancestral no aceptaría jamás y una evidente violación a su autonomía, pues los procedimientos se desarrollan en base a su cosmovisión y costumbres de sus pueblos y nacionalidades. El derecho a la justicia indígena, es un derecho vivo, dinámico, mediante el cual a través de sus propias autoridades y de un conjunto de normas basadas en sus costumbres, regula los más diversos aspectos del convivir colectivo y permite ejercer un control social efectivo en sus territorios y entre sus miembros.

Para el tratadista Juan Carlos Ferré, en cuanto al derecho penal europeo ha precisado que: “no puede hablarse de una influencia del Derecho penal europeo, sino de una autentica imposición de las normas penales españolas y portuguesas en los nuevos territorios conquistados. En consecuencia, el *ius puniendi* que originariamente tenía las comunidades indígenas fue expropiado por los colonizadores...”,⁷⁶ desde este planteamiento y considerando el hecho de la conquista a los pueblos ancestrales debemos entender que el derecho consuetudinario es anterior al derecho penal occidental, por lo tanto resulta desde todo punto de vista un absurdo pretender acabar con éste, entonces es el derecho penal el que debe tener un enfoque intercultural que le permita convivir en un mismo espacio con culturas distintas.

No es suficiente constatar la heterogeneidad del Ecuador, es necesario realizar cambios que permitan una relación de equidad entre los grupos que lo componen. La interculturalidad es la interrelación que existe entre las diversidades, significa compartir y a la vez contradecir para fortalecer sus usos y costumbres. Va más allá de la coexistencia entre culturas, es reconocer las diversidades, superar los prejuicios, racismo y desigualdades, aceptar que vivimos con diferentes tipos étnicos y culturales que merecen un diferente tratamiento.

Al contar con diferentes tipos de justicia con distintos procedimientos, estamos frente a un mundo globalizado en donde no es un mito reconocer la interculturalidad en la

⁷⁶ Juan Carlos Ferré. “*Diversidad cultural y sistema penal*”, Revista Penal N°. 22 (2018), 36

diversidad. América Latina se aparta del modelo hegemónico y busca en cada uno de sus países reconocer y difundir las culturas de los grupos minoritarios que durante décadas han luchado por ser reconocidos en las Constituciones de sus países, así tenemos el caso de Bolivia, Colombia y el mismo Ecuador.

Quando la Constitución de 2008 establece que el Ecuador se organizará mediante un estado intercultural, está expresando con claridad dos ideas, la una, constatación de una realidad que reconoce que el Ecuador existen culturas distintas a la hegemónica; la otra una conspiración, que todas las culturas tengan la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades y poder compartir y aprender de otras culturas.⁷⁷

Asimila que hay dos ideas claras, cuando la Constitución del año 2008 establece que el Ecuador se organizará mediante un Estado intercultural. La primera significa que se reconoce culturas distintas a la hegemónica. En tanto que la segunda es la apertura que se les otorga a las distintas culturas para desarrollar al máximo sus potencialidades enseñar y aprender de otras culturas de las cuales existe una diversidad.

El Ecuador es diverso en culturas, etnias, idiomas, dialectos, que precisamente es lo que nos hace diferentes a las culturas europeas y por lo tanto el reconocimiento de derechos en la diversidad no puede ser la misma, somos una diversidad que hay que permitir crecer y desarrollar sus potenciales, una región dinámica en todas sus formas. En este mismo orden de ideas, el derecho penal y procesal penal, no puede ser ajeno a tal realidad, no puede existir normativa penal única que sancione la conducta típica, antijurídica y culpable, sin criterios interculturales, tanto en la aplicación de la pena como en la ejecución de la misma en los Centros de Rehabilitación Social.

La alternativa radical de la prisión, es posible desde fuera de la administración de justicia estatal, esto es, con la aplicación de la administración de justicia indígena, también al mismo tiempo reconoce que frente a esta afirmación existirían varias críticas, empezando con el reconocido profesor Ferrajoli, quien califica a esta propuesta como abolicionista lo que significa un retorno a modelos arcaicos de justicia penal, en la que predomina el interés y la voluntad del más fuerte. Sin sistema penal estatal, la violencia, connatural al ser humano, se desbordaría y la venganza privada sería la regla [...] La justicia indígena y al mismo tiempo la adjetiva, manifiesta que se trata de “justicia restauradora”. La justicia

⁷⁷ Ramiro Ávila Santamaría. *El Neocostitucionalismo Transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, (Quito: Abya Yala 2011), 142.

restauradora es una forma de resolver los conflictos sociales desde su base comunitaria, concibe a la víctima y al victimario como miembros de una comunidad y considera al “delito” como un problema que rompe la armonía comunitaria, que se tiene que afrontar y resolver, utilizando la vergüenza como herramienta de prevención del delito.⁷⁸

Entendemos entonces la diferencia entre ambas visiones de justicia, la justicia indígena que es restaurativa, y la ordinaria que es Adversarial. Las dos formas de hacer justicia son, por los fundamentos, los procedimientos y los resultados diametralmente opuestas. La justicia indígena se enfoca en la vida de las personas y la comunidad (holística), en el futuro, considera al victimario como miembro de la comunidad que necesita ayuda, a la víctima como un actor importante y a la comunidad como un espacio que debe recuperar la armonía, el conflicto es un problema que tiene que resolverse y una oportunidad para mejorar la vida personal y comunitaria.

El procedimiento tiene ritualidades y dimensiones espirituales. La justicia adversarial, en cambio, aísla el conflicto, a la persona y a la víctima. El conflicto se reduce a un hecho a ser investigado, que se centra en el pasado, la víctima es objeto de prueba. La finalidad es sancionar y encarcelar al responsable, y se puede prescindir de la víctima. El procedimiento es burocrático, lento, profesional, técnico y sin emociones. En este mismo sentido, también podemos interpolar el horizonte entre la justicia occidental y la justicia indígena y la tensión que existe entre la justicia indígena y los derechos humanos.

Frente a esa disyuntiva, es necesario mediar las opciones, a través de una hermenéutica analógica e intercultural que permita aprender de las culturas y superar la postura univocista en las que se trata de imponer un modelo universal, pero es importante también superar esa postura equivocada en la que se permite un relativismo cultural excesivo que provoca diferencias bajo el entendido de superioridad e inamovilidad, entendiendo que una sociedad sin derechos humanos es ciega, pero sin pluralidad cultural es vacía.

Mucho se ha cuestionado respecto a que la jurisdicción indígena impone sanciones atentatorias a los derechos humanos, ejemplos como azotes en la plaza pública,

⁷⁸ Ramiro Ávila Santamaría “*La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso*”. Quito: UASB (2013), 14, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3826>

flagelaciones, el colgar por los brazos a los encausados, o saneamientos con ortiga, son considerados por la cultura occidental como una especie de barbarie, y como practicas incivilizadas, que atentarían a los derechos humanos, como han sido concebidos desde el mundo occidental. De esta forma se han asociado a este tipo de castigos como prácticas tortuosas no concebibles por las poblaciones consideradas civilizadas; sin embargo no se ha evaluado el entorno cultural en el que se desenvuelven las prácticas justiciables de las comunidades indígenas. Por otro lado se cuestiona la imposición de las sanciones desde el mundo occidental para quienes la privación de la libertad por medio del hacinamiento en centros de rehabilitación social son entendidos como una medida justa de imposición de una sanción; empero desde la cosmovisión de los pueblos y nacionalidades indígenas la adopción de esas medidas correctivas y sancionadoras no son el fin último que persigue el alcanzar una efectiva administración de justicia, desde esta perspectiva no se puede concebir a las practicas realizadas por los pueblos y comunidades indígenas como violentas y contrarias a los derechos humanos, ya que más bien obedecen a un peculiar apreciación de la sanción propia de su cosmovisión ancestral en donde se ve garantizado desde su óptica un verdadero acceso a la justicia, a una justicia que ha mostrado una apatía indolente con su realidad cultural⁷⁹

Existe confrontación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, pues la justicia indígena busca oponerse al monopolio del Estado, pues especialmente en materia de delitos y penas existe resistencia por parte de la justicia ordinaria para aceptar la convivencia y la existencia de otros ordenes jurídicos en las comunidades y pueblos indígenas en cuestiones de sanción.

Pues en la justicia indígena hay sanciones efectivas que incluso buscan la manera de reparar a las víctimas, cuestión que conocemos que la justicia ordinaria no ha logrado consolidar, pues luego de un largo y agotante proceso la víctima queda desprotegida y a expensas que de buena manera el agresor repare el daño causado conforme a la sentencia emitida por el juez, y si no lo hace, tendrá que seguir esperando un nuevo proceso de ejecución, si es que el sentenciado tiene las garantías suficientes para cumplir con esta obligación judicial, caso contrario, simplemente la victima tendrá que guardar la sentencia como símbolo de la reparación integral, práctica re victimizante que a diario sufren las víctimas de delitos penales.

Por otro lado, la justicia indígena desde su propia génesis es *reparadora*, pues lo primero que hace es reparar a la víctima y a su familia a costas del infractor, quien tendrá

⁷⁹ Christian Masapanta Gallegos, *El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico. En Derechos Ancestrales Justicia en contextos Plurinacionales.* (Quito-Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2009), 447.

que trabajar durante largos años para para cumplir con esta sentencia, que tiene como objeto volver la armonía en la comunidad y reparar el daño causado a la víctima.

1.4.1. De la declinación de competencias

Por su parte el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece: “La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios: a) Diversidad [...] b) Igualdad [...] c) Non bis in idem [...] d) Pro jurisdicción indígena [...] e) Interpretación intercultural...”⁸⁰, temas que de alguna manera poseionan a los operadores de justicia dentro del pluralismo jurídico y a la vez obliga que sus decisiones lleven matices interculturales; dejando marcado ya, que se deben aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

El artículo 345 *Ibidem*, determina “Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”⁸¹

La condición para que la justicia ordinaria decline la competencia nace desde que la autoridad indígena comparece solicitando tener competencia para conocer el conflicto, y una vez declinada la competencia, será la autoridad indígena la que legítimamente resuelva el conflicto. Sin embargo, la norma positiva trae entre reglones una especie de subordinación de la justicia ordinaria hacia la justicia indígena; en primero lugar, cuando dice que el juez ordinario para declinar la competencia requiere petición de parte, la Autoridad Indígena tiene que comparecer hasta el despacho del Juez para decirle que es su nacionalidad, pueblo o comunidad la competente para conocer el conflicto; en segundo

⁸⁰ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo de 2009.

⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo de 2009, art. 344.

lugar, la Autoridad indígena tiene que probarle al Juez ordinario que es competente para conocer dicho conflicto, esto en un término probatorio de tres días, debe haber una especie de juicio sumarísimo para que el juez analice las pruebas que otorgue la autoridad indígena y resolver sobre su pedido; en tercer lugar, la Autoridad indígena tiene que ir a jurar ante el Juez, que tiene la calidad de autoridad, y con ello las implicaciones que podría acarrear el juramento ante el Juez como es, que de no decir la verdad podría caer en el delito de perjurio, delito sancionado con pena privativa de libertad.

Ahora la pregunta es ¿Qué pasa si el rol de las Autoridades que administran justicia se invierte?, teniendo en cuenta que la Constitución, reconoce en igual de condiciones y con los mismos poderes si se quiere llamarle de esta manera a las dos jurisdicciones, sea esta *indígena* u *ordinaria* (artículo 171 y 57, numeral 10 de la Constitución de la Republica “justicia indígena”; 182 a 186, *Ibidem* “justicia ordinaria”); es decir, si el conflicto se desarrolla en el ámbito territorial indígena en este caso, es la Autoridad indígena la que en primera instancia debería conocer el conflicto siguiendo la lógica de la intermediación procesal ¿será que el juez ordinario tiene que ir a pedir declinación de competencia?; pues la respuesta es clara, según el Código Orgánico Integral Penal, el juez ordinario no tiene potestades para pedir declinación de competencia, sino para entregar la declinación de competencia a pedido de la Autoridad Indígena, bajo una serie de requisitos que debe cumplir; esto actos hacen pensar que la balanza en la competencia de las dos jurisdicciones no está bien equilibrada.

Para tener mayor claridad sobre la declinación de competencia, es necesario analizar ¿Que es la competencia en la justicia ordinaria?, así tenemos: El artículo 402 del Código Orgánico Integral Penal, dice: “La potestad jurisdiccional en materia penal está dividida de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial”⁸², definición que se encuentra mejor desarrollada en el Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 156 que, dice: “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y

⁸²Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”⁸³; dicho de otro modo, la competencia nace del principio de legalidad, y está distribuida desde las altas Cortes hasta los Juzgados de primer nivel, sean estos: Corte Nacional, Cortes Provinciales, Tribunales y Juzgados, esta distribución se realiza en razón de las personas, territorio, materia y grados.

En cuanto a la competencia de la justicia indígena, no está definido en ninguna ley o reglamento; más bien, se encuentra inmersa desde los mismos preceptos constitucionales, por lo que se hace necesario recurrir a la doctrina, que plantea dichos conceptos, en los siguientes términos:

En cuanto a la competencia territorial, material y personal, las constituciones de Colombia y Perú comparten, grosso modo, los mismos criterios. La Constitución de Bolivia no hace referencia expresa al tema. La Constitución del Ecuador habla de la solución de conflictos internos sin precisar si es en razón del territorio, persona o materia.⁸⁴

Una de las características que distingue a las Autoridades Indígenas en el sistema de justicia indígena es que no existe la distribución de la competencia en razón al grado, territorio, personas y materia como tal; pero al analizar las actuaciones de las respectivas autoridades indígenas en relación a la justicia ordinaria, estas se encajan dentro de los diferentes tipos de competencia reconocidos y aplicados por la justicia ordinaria, como territorio, materia y persona.

La competencia en cuanto al territorio “...En Bolivia y Ecuador no hay mención específica a la competencia territorial. Sin embargo, cabe interpretar que, en tanto se otorga funciones de justicia o de administración y aplicación de normas propias a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas, la competencia de las mismas se da, por lo menos dentro de los territorios reconocidos o tradicionalmente asumidos por dichos pueblos o

⁸³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo de 2009.

⁸⁴ Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, Publicado en: Revista Pena y Estado # 4. (Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 2000), 5

comunidades...⁸⁵, esta afirmación también tiene sustento en el Art. 171 de la Constitución de Ecuador “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y derecho propio, dentro de su ámbito territorial”⁸⁶, no existe aplicabilidad de la justicia indígena fuera del ámbito territorial indígena.

En cuanto a la materia “En el caso del Ecuador, la Constitución establece que las autoridades tienen funciones de justicia para *Ala solución de sus asuntos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario*”. Esto mínimamente les da competencia para resolver todos los asuntos que por razón de persona, territorio o materia sean indígenas...”⁸⁷ En este sentido la Constitución de Ecuador en el artículo 171, abre el abanico jurisdiccional indígena, única y exclusivamente para resolver *asuntos internos*.

En cuanto a las personas “en Ecuador depende de lo que defina su propio derecho como asunto interno, pues hay casos en los que las comunidades y pueblos indígenas tienen interés aun cuando en tales casos participen personas no indígenas [...] Dado que el fundamento del derecho al propio derecho es la participación en un sistema cultural determinado, en principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura. Sin embargo cabe hacer el razonamiento que sigue para evitar que personas no-indígenas comenten hechos dañinos dentro de las comunidades y pueblos indígenas bajo el amparo de que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas...”⁸⁸, cabe mencionar también, que en la justicia indígena no existe la competencia en razón del fuero, ya que todas las personas son juzgadas por la misma autoridad indígena, no hay jueces, ni magistrados.

⁸⁵ Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, Publicado en: Revista Pena y Estado # 4. (Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 2000), 5

⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁸⁷ Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, 6

⁸⁸ Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, Publicado en: Revista Pena y Estado # 4. (Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 2000), 6.

En lo que tiene que ver a la competencia, entendiéndose esta al parámetro físico del campo de aplicación de potestad de administrar justicia, esto aún no se lo ha determinado claramente por parte de la Constitución o del Derecho Positivo, más sin embargo en lo que concierne al aspecto meramente costumbrista, si hay competencia, pues ello, deviene del campo de aplicación que tienen las autoridades al interior de sus comunidades.⁸⁹

La competencia es, la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto. En otros términos, se puede decir que, la competencia es aquella parte de la potestad jurisdiccional que está constitucionalmente atribuida a un órgano judicial determinado frente a una cuestión determinada.

La diferencia entre los dos sistemas de justicia que mantiene Ecuador, es que la Justicia ordinaria, adquiere vida en el principio de legalidad “nace de la Ley”; mientras que la justicia indígena adquiere competencia mediante la aplicabilidad de sus costumbres, tradiciones ancestrales y derecho propio, dentro de su territorio, en la resolución de sus conflictos internos y con sus integrantes. Tanto así, que no existen magistrados y jueces que tengan jerarquía unos sobre otros, más bien existen autoridades a nivel familiar y comunitario para resolver conflictos que afectan a la comunidad y sus integrantes en igualdad.

Una vez analizado sobre la declinación de competencia, y la competencia de ambas jurisdicciones, considero que es poco acertado que el Código Orgánico de la Función Judicial, mantenga la institucionalización jurídica de la declinación de competencia del juez ordinario hacia la justicia indígena, la figura jurídica que le corresponde al juez en este caso, sería la “inhibición” que es otra figura jurídica que rige a la justicia ordinaria, toda vez que si el juez tiene certeza de que el conocimiento del conflicto no es de su competencia, si no de la jurisdicción indígena, resulta aberrante mantener un conflicto que por mandato constitucional no le corresponde.

El numeral 9 del artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial, que contiene las facultades y deberes genéricos de las juezas y jueces, dice:

⁸⁹ Raúl Ilaquiche, "Administración de Justicia indígena en la ciudad Revista Yachaykuna", 6.

En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva.

Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción.⁹⁰

Entonces, la jueza o juez que conozca de un conflicto de competencia de la jurisdicción indígena, resulta infructuoso que la Autoridad indígena, sea la que reclame esta potestad; realizar este ejercicio jurisdiccional implicaría de alguna manera la subordinación de una jurisdicción frente a la otra, y va en contra del principio de igualdad jurisdiccional; toda vez que, tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria, tienen su génesis en la Constitución de la República de Ecuador, y por ende gozan de autonomía propia en todos los sentidos; y de acuerdo al inciso segundo del artículo 171 de la Constitución, las decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad⁹¹, a través del máximo órgano de control constitucional, que es la Corte Constitucional de Ecuador.

Uno de los principales principios a favor de la jurisdicción indígena, es el principio de pro jurisdicción indígena previsto en el Art. 344, literal d) del Código Orgánico de la Función Judicial, dice: “En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible”⁹². Principio que será observado por la jurisdicción ordinaria, lo que permitirá que las autoridades indígenas resuelvan los casos de acuerdo a su costumbre y cosmovisión, así mismo, se garantiza su autonomía, derecho reconocido tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales.

⁹⁰Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo de 2009, art. 129, numeral 9.

⁹¹Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 171

⁹² Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo de 2009, art.344 literal d.

De esta manera se garantizará que no se vulnere uno de los principios constitucionales como es el *Non bis in Idem*, que significa que, nadie podrá ser juzgado más de dos veces por la misma causa, ratificando que este principio es parte de aquellos derechos reconocidos en los diversos instrumentos internacionales y que por tanto deben ser respetados, porque así lo ordena la Constitución de la República de Ecuador en su artículo 11.3 “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación...”⁹³, que tiene concordancia con lo prescrito en el Art. 425 *Ibíd*em, que trata sobre el orden jerárquico de aplicación de las normas.

2. Derecho internacional sobre justicia indígena y derechos humanos

Los pueblos y nacionalidades indígenas en el mundo son numerosas y cada una se rige por normas consuetudinarias y prácticas tradicionales únicas. Los mismos se encuentran integradas en países con contextos políticos e históricos muy diversos, los cuales hace que existan varios problemas recurrentes a nivel mundial que siguen siendo motivo de preocupación para los pueblos indígenas en relación con sus derechos individuales y colectivos en lo que corresponde al acceso a la justicia y a su derecho a mantener sistemas consuetudinarios propios.

Las teorías actuales sobre la justicia tienen como punto de encuentro a los derechos humanos; y siendo la justicia indígena un caso particular de justicia legítima allí donde coexisten la justicia ordinaria y la justicia indígena, queda por explicar de qué manera esta particular concepción de la justicia es compatible con las exigencias del respeto a los derechos humanos, que es común en los instrumentos de protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas.

Las primeras cartas de derechos humanos (posteriores a la Revolución Francesa 1789), propugnaban como principio y derecho importantísimo la igualdad de los seres humanos ante la ley y el poder, empujado por la clasificación de seres humanos durante la

⁹³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, numeral 3.

historia, denigrados a categorías o clases, dotadas de más o menos privilegios, por ejemplo en el caso de las colonias españolas y la existencia de indígenas (clase menos favorecida).

Indiferentemente de la visión de justicia o de las prácticas que se lleven a cabo en la realidad, existe una cuestión de gran importancia para el derecho y que constituye en base del estatuto humano, la existencia de derechos naturales, inherentes a la condición de ser humano, positivizados a raíz de la declaración internacional de los derechos humanos, posteriormente adoptada por cartas internacionales y ahora condesada en las legislaciones internas como base de cumplimiento de la garantía del respeto del Estado hacia los grandes valores como son la vida, la dignidad, la libertad de las personas.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables bajo el principio pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicación directa y de cláusula abierta, conforme lo dispone el artículo 417 de la Constitución de la República de Ecuador⁹⁴; de tal manera, que los tratados e instrumentos internacionales que hayan sido ratificados por el Ecuador, tiene plena validez, son de aplicación directa, sin necesidad que exista normativa infra constitucional de por medio, mucho más cuando se trata de reconocer derechos en favor del ser humano, conforme a la normativa antes invocada.

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas “tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. En el artículo 5 se afirma el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y en el artículo 34, su derecho a promover, desarrollo y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”⁹⁵

La potestad de los pueblos indígenas para mantener y reforzar sus sistemas propios de administración de justicia es un componente integral de sus derechos al autogobierno, la autodeterminación y el acceso a la justicia en virtud de los instrumentos internacionales de

⁹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 417.

⁹⁵ ONU, Asamblea General. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas 13 de septiembre de 2007*, artículos 4, 5, 34.

derechos humanos. Los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales reconocen el derecho de pueblos indígenas a aplicar sus prácticas de justicia consuetudinaria siempre y cuando se respeten los derechos humanos.

Es importante precisar el gran avance en la historia de la modernidad el reconocimiento de derechos indígenas expresados desde instrumentos internacionales, lo que ha implicado una gran evolución sobre todo considerando la deuda histórica y el rezago social de estos pueblos ancestrales en relación con sus territorios, sus culturas su autodeterminación, y lo que es motivo del presente trabajo de investigación, sus prácticas jurisdiccionales.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como su predecesor, el Convenio 107 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, son los primeros instrumentos de carácter internacional en reconocer los derechos de los pueblos indígenas. Este instrumento legal internacional, reconoce como titular de los derechos al sujeto colectivo culturalmente diferenciado, dentro de ella establece un régimen de reconocimiento de la justicia indígena. El presente convenio se centra fundamentalmente en la no discriminación, considerando además los derechos de los pueblos indígenas al desarrollo, a su derecho consuetudinario, a sus tierras, territorios y recursos, al empleo, a la educación y a la salud. En lo que respecta a la cuestión jurisdiccional indígena desarrolla principios fundamentales para su ejercicio, así:

Artículo 8

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

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.⁹⁶

El Convenio 169 de la OIT abre un paraguas de derechos y garantías dirigido a los pueblos indígenas, obliga a los Estados suscriptores del Convenio, reconocer a los pueblos indígenas un derecho propio y justicia propia, además establece que deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros siempre que sean compatibles con los derechos humanos. De igual manera establece que cuando las autoridades de la justicia ordinaria estén llamadas a emitir un pronunciamiento sobre delitos penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos, y al imponer sanciones penales de acuerdo a la legislación general a indígenas deberán tener en cuenta sus características, sociales y culturales, así como dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Queda fundamentado que el límite a la aplicación de la justicia indígena, son los derechos humanos definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos reconocidos internacionalmente, se puede evidenciar la peculiar transversalización del derecho consuetudinario que surge a partir del reconocimiento de la pluralidad cultural y la presencia imperecedera de sus costumbres y sobre todo de sus modos de concebir la vida, la comunidad y el derecho. Es a partir de este enraizamiento que las grandes conquistas en

⁹⁶ OIT Convenio 169, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 15 de mayo de 1998.

torno a su reconocimiento y prevalencia en las sociedades occidentales que la práctica del derecho de estas comunidades gozan de protección constitucional.

Todo el tema sancionatorio o punitivo relativo a la situación de la jurisdicción indígena, reconocida como un derecho internacional, se circunscribe a la observancia y respeto de su cultura, costumbres y cosmovisión; y es precisamente estas cuestiones las que deben llevar a cabo análisis minuciosos y no sólo de Derecho, sino como antes se mencionó, incluso interdisciplinario, como el ámbito antropológico, histórico y sociológico; sin dejar de lado la eminente necesidad de la instrumentalización normativa suficiente para entrelazar la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Lo interesante y que resultará objeto de nuestro análisis del caso La Cocha II más adelante, es la cuestión que el Convenio establece que el derecho de los pueblos indígenas es plenamente aplicable para asuntos civiles como penales sin límite alguno, pero respetando los Derechos Humanos y el sistema jurídico nacional. Además el Convenio da preferencia a sanciones distintas del encarcelamiento y establece que los pueblos indígenas deberán tener protección contra la violación de sus derechos y poder iniciar procedimientos legales.

La Asamblea General aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas el 13 de septiembre de 2007. Este instrumento internacional constituye actualmente, el más amplio en lo relativo al derecho de los pueblos indígenas en el ámbito internacional. Esta Declaración además sirve como base de orientación para que los estados adecuen sus legislaciones nacionales en favor de los derechos reconocidos en su texto y que además se armonicen a través de acuerdos celebrados con los pueblos respecto a leyes y políticas públicas que inciden en su existencia y en sus derechos. Si bien, no es un instrumento de carácter coercitivo en el ámbito internacional, configura una base importante que establece directrices para el tratamiento y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional, así como al interior de los estados suscriptores de los mismos.

Esta declaración concibe a la justicia indígena como un conjunto de normas y procedimientos que tienen como base la costumbre ancestral utilizada para reglar los

asuntos internos y ejercer control social. El presente instrumento contempla varios derechos en favor de los pueblos indígenas, determina el ámbito de aplicación y consideración de pueblos. Pero lo que interesa dentro de esta investigación se circunscribe dentro del derecho a la libre determinación, lo que incluye en derecho a establecer de forma libre su organización social, política, económica, cultural y jurídica.

Como vemos estos derechos es base para garantizar el cumplimiento de derechos conexos, pues su efecto se extiende a los demás derechos. Las prácticas y los derechos, son distintos en cada región, aunque hayan sido cambiados o haya habido una afectación cualquiera que este sea, tienen su raíz en tradiciones jurídicas de tiempos previos a los sistemas jurídicos nacionales.

Artículo 9

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los

sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.⁹⁷

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, marca parámetros importantes tendientes a establecer conjuntamente con los indígenas, un proceso que reconozca las leyes y tradiciones indígenas, respetar y promover las instituciones, costumbres y sistemas jurídicos indígenas conforme a los derechos humanos, derechos de los indígenas a soluciones justas y rápidas de conflictos con los Estados y otras partes y a indemnizaciones por lesiones de sus derechos.

Permite identificar que existe un abanico de posibilidades en las cuales los pueblos indígenas pueden potencializar sus formas de organización en todos esos ámbitos, permitiendo un afianzamiento de su presencia dentro de los sistemas estatales occidentales, hay una línea debidamente marcada en el derecho internacional que permite potencializar la justicia indígena, su modo de organización sus prácticas consuetudinarias.

3. Análisis de la visión indígena respecto a la administración de justicia

El gran salto del garantismo constitucional en favor de las nacionalidades indígenas significa un cambio de importancia trascendental incluso para el sistema normativo *ius positivista* que supera la visión de inexistencia de la costumbre como fuente de derecho, y finalmente se incorpora dentro del marco estatal los diferentes sistemas de administración de justicia de los pueblos ancestrales, a fin de generar equilibrio en la convivencia de estos pueblos, la demás población y el Estado, en pro del principio de diversidad que constituye la base sobre la que se levanta la interculturalidad.

“Es entonces que en el nivel fáctico se reconoce la existencia de diversidad, lo que implica la existencia de cosmovisiones distintas, de prácticas diversas, de culturas diferentes y lo que es crucial en el análisis de una justicia diferenciada”⁹⁸, encuentra su raíz

⁹⁷ ONU, Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre de 2007.

⁹⁸ Silvina Ramírez, “Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream>, 7

no en distinciones teóricas sino, por el contrario, en la imperiosa necesidad de dar respuestas a sus problemas comunitarios con prácticas diversas.

En este sentido, es importante aclarar que el texto constitucional no crea al derecho indígena, sino que lo reconoce como una forma de pre existencia y pretendiendo que de alguna forma se articule y pueda convivir de manera armónica, dentro del paradigma de la existencia de un Estado que se denomina como pluricultural y multiétnico, y sobre todo la legitimidad expresada desde la Constitución de las decisiones tomadas en observancia del derecho indígena consuetudinario o ancestral, empero esta cuestión de la pluriculturalidad y multiétnicidad, también encuentra un punto neurálgico respecto a la posibilidad que se abre un abanico de normas, usos, procedimientos y costumbres tradiciones intrínsecas de cada pueblo o nacionalidad indígena del Ecuador; es decir, un bagaje de distintas formas de administrar justicia, reconociendo además que dentro de esta cosmovisión de cultura indígena ancestral y de justicia, se pretende principalmente restaurar la paz social y rehabilitar esa relación hombre naturaleza.

Evidentemente, esta conquista no es fruto del azahar, es producto de la lucha del movimiento indígena que recogió sus aspiraciones referentes a la creación de sus propias normas, estructuras sociales y administración, el respeto a su cultura e instaurando así el pluralismo jurídico en el Ecuador, así también la concreción de la denominación del Estado como plurinacional lo que implica así mismo una proyección de importante envergadura para lograr una transformación profunda de lo social, lo político y económico; y la garantía de los derechos colectivos de estos pueblos que se demuestra en la existencia del pluralismo jurídico, étnico y cultural del Ecuador elevado a categoría constitucional.

De lo antes dicho, la jurisdicción indígena, significa por una parte el reconocimiento de la existencia de diversas etnias y culturas expresado desde la Constitución, hecho que va ligado también a aceptar que existen diversas concepciones respecto de la forma de vivir, la cosmovisión del mundo, que indefectiblemente discrepan por demás con la cultura occidental. Por otro lado, el hecho que este reconocimiento haya sido elevado al texto constitucional lo vuelve en un derecho provisto de todas las garantías y características de este tipo de derechos.

La actuación legal o jurídica de la justicia indígena las autoridades indígenas no tiene limitación en el conocimiento de causas, ellos son competentes para resolver y conocer cualquier acción que vaya en contra la paz social en este caso comunitario, el accionar de la justicia indígena se asemejaría a lo que en la justicia ordinaria se conoce en la actualidad como multicompetente.

En la Constitución en el artículo 1 señala y reconoce en su parte pertinente “El Ecuador es un Estado [...] plurinacional...”⁹⁹, si tomamos en consideración los 14 nacionalidades indígenas, estas varían en la ley de origen, en tradición indígena, lo que es derecho consuetudinario, la obligación de respetar los derechos indígenas y los mininos jurídicos que deben observar dicha justicia, por lo tanto cada pueblo, son capaces de recocer y resolver cualquier inquietud asunto que incurra o afecte la paz social dentro de su comunidad.

Los casos suscitados dentro de la justicia indígena son tratados de conformidad con el procedimiento consuetudinario para resolver los conflictos sin requerir de una especialización adicional por parte de las autoridades indígenas para hacer valido su intervención como sucede en la justicia ordinaria, garantizando así la libertad, el buen vivir entre quienes conforman la comunidad indígena. Los principios, legados ancestrales son pasados de generación a generación de abuelos a padres y de padres a hijos, garantizando de esa forma que la administración de justicia sea eficaz, eficiente, oportuna con el propósito de alimentar la plenitud de la vida personal, social, convivencia con el entorno natural en base a su legado, ejerciendo el control comunitario que sea efectivo.

Las autoridades indígenas son competentes y están amparadas por las costumbres, para conocer las distintas trasgresiones de orden público o privado, según afecten a su comunidad o a todo miembro de ésta; sean de índole penal, civil, administrativa, etc. Además el Convenio 169 de la OIT, tampoco hace limitación alguna al respecto. En la jurisdicción indígena, tal como lo reconoce la Constitución ecuatoriana, en relación a la materia los conflictos internos que afecten a la comunidad, pueblo o nacionalidad, son

⁹⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 1.

conocidos en su totalidad por quienes conforman el cabildo comunitario, las autoridades indígenas tienen competencia para conocer todas las materias.

En el artículo 171 de la Constitución de la República, así como en el convenio 169 de la OIT en su artículo 9.1 no se limita el conocimiento de alguna materia a la administración de justicia indígena, jurídicamente puede conocer todas las materias sin importar cuantía o gravedad de los hechos, siendo incluso la materia penal de conocimiento del derecho indígena, siempre y cuando se trate de conflictos internos dentro de su territorio.

La justicia indígena inaugura en el Estado constitucional de derechos y justicia social, el pluralismo jurídico, y con éste el reto que ello implica que la formación de estas realidades se lleve a cabo de modo armónico y cumpla su concepción expresada desde la Constitución, se respete su plena vigencia y se llegue a establecer una cohabitación en colaboración pacífica por el respeto mutuo de sus instituciones, sus creencias y culturas tan distintas pero obligadas a convivir por razones geográficas e históricas.

Finalmente, se debe reconocer el pluralismo jurídico ha sido consecuencia directa de la existencia de una multiplicidad de costumbres, culturas, étnicas, identidades que conciben y han establecido históricamente sus propias estructuras (generalmente abstraídas del Estado central), sus propios principios, relaciones jurídicas y sociales, visiones del mundo, la vida, la naturaleza, el ser humano, sin embargo, el ideario del pluralismo es que los sistemas puedan interactuar y complementarse.

Capítulo Dos

El derecho indígena en casos concretos. Aplicación de la justicia indígena

La abstracción del tema, significa en sí mismo una cuestión bastante compleja de entender y más aún pensar en el posible enlazamiento con la justicia ordinaria. Sin embargo, como veremos en el presente trabajo de investigación, la concreción de los casos resulta aun más compleja y diversa que entender los alcances doctrinarios, puestos que la diversidad de la casuística no ha permitido homogenizar los procesos indígenas sobre todo ante el derecho ordinario y su necesaria convivencia.

El hecho que los procesos indígenas se hayan judicializado y visibilizado, si bien como veremos significan limitación y superposición de la justicia ordinaria sobre la justicia indígena, esa presencia y esa existencia social de la jurisdicción indígena no son una mera casualidad, sino una legítima consecuencia de la lucha histórica e inacabada por mantener su cultura que se niega a olvidar las raíces y que son reafirmadas en sus expresiones comunitarias que se encuentran arraigadas en su necesidad por subsistir y evitar ser absorbidos hasta el punto de desaparición, que son más los elementos que lo fortalecen como sus modos de organización e integración, su patrimonio cultural, judicial e histórico vastísimo, que busca su reconocimiento, respeto y prevalencia ante el sistema judicial ordinario.

Quizá lo más popular que se ha escuchado es lo relativo al caso La Cocha II, y para el quehacer jurídico de alguna manera constituye los primeros y quizá los únicos hitos respecto al tratamiento sobre la aplicación del derecho indígena y su contraposición con la justicia ordinaria; sin embargo, partiremos de este caso con el objetivo de determinar ciertas líneas jurisprudenciales que denoten el escaso tratamiento sobre la problemática.

Posteriormente, revisaremos casos judiciales derivados de cuestiones de administración de justicia indígena en la provincia de Orellana, a fin de evidenciar y analizar las distintas consideraciones constitucionales y legales en torno a la problemática de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria, así como la tutela estatal de los derechos.

Este capítulo obedece al evidente e irresuelto conflicto entre la administración de la justicia ordinaria y la justicia indígena, sumado a los arraigados criterios *ius positivistas* de la cultura occidental y una defensa total a la cultura jurídica ordinaria, han ocasionado que los propios indígenas desconozcan su propia forma de administrar justicia. A partir de estas premisas y que se pretenden hacer visibles a través de los casos concretos que se expondrán, se identifica la necesidad de superar concepciones, cambiar parches reformistas, tecnocráticos y retóricos en la administración jurisdiccional a fin de armonizar el derecho en todas sus aristas a partir de las notables diferencias que existen entre estos dos sistemas.

1. Análisis del caso La Cocha II

El presente apartado, tiene como objeto el estudio del denominado caso La Cocha II, a partir del contenido de la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador Nro. 113-14-SEP-CC dentro del Caso. Nro. 0731-10-EP¹⁰⁰.

La comunidad de La Cocha, es un colectivo que está conformado por comunidades indígenas de la provincia de Cotopaxi, republica de Ecuador. Los hechos que se relacionan con el caso, consisten en el asesinato de un hombre en la comunidad, cuyo cadáver fue encontrado en el parque central de Zumbahua, razón por la cual los familiares del fallecido informaron a las autoridades indígenas de la comunidad, incluso señalando a un grupo de jóvenes indígenas. Luego de investigaciones, y en ejercicio de su potestad jurisdiccional constitucionalmente reconocida, se resolvió sobre el caso, determinando incluso grados de participación, imponiéndoles sanciones físicas (baños con ortiga y agua fría, disculpas públicas, cargar quintales por la plaza) y pecuniarias. Y es que la polémica del caso se genera precisamente en relación con las sanciones, que son consideradas de modo general por el mundo occidental como crueles, bárbaras, salvajes y atentatorias a los derechos humanos.

Otro problema que se circunscribe en relación con el caso, está relacionado con la intromisión de la justicia ordinaria, siendo el mismo Fiscal General del Estado de ese entonces, quien pretende ingresar a la comunidad y al ser negado su ingreso se aduce el

¹⁰⁰ Ecuador, *Corte Constitucional Ecuador*. Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014. Registro Oficial Suplemento 323, 1 de septiembre de 2014.

secuestro de los acusados. El Ministerio de Justicia por su parte solicita se inicien acciones en contra de las autoridades de la comunidad en cuestión por la imposición de tratos y penas crueles. Ante lo cual se dicta prisión preventiva en contra de los cinco jóvenes presuntamente responsables del cometimiento del delito tipificado en el anterior Código Penal ecuatoriano, bajo la figura de asesinato, artículo 450 numeral 1, 4, 5, 6, 7; actualmente constante en el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Las declaraciones de los detenidos, sirvieron como base para que se proceda con detención de las autoridades indígenas que impusieron las penas, generándose a partir de ello una serie de acciones judiciales en contra de la justicia ordinaria.

Finalmente, y lo que resalta la importancia de este caso, es la sentencia de la Corte Constitucional que deviene de la Acción Extraordinaria de Protección en la que se pretendía demostrar que el desconocimiento de la justicia indígena por parte de las autoridades de la justicia tradicional, vulneró derechos constitucionales de los familiares del difunto, aduciendo inobservancia al debido proceso, seguridad jurídica, e incluso inobservando la prohibición expresa de doble juzgamiento, derivado de la revictimización.

Cabe mencionar que toda resolución emitida por la Corte Constitucional, en virtud a lo dispuesto en el numeral 3) del Art. 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁰¹, tiene carácter vinculante, esto implica que las consecuencias que se desprenden de la mencionada Acción Extraordinaria de Protección, deben ser aplicadas de manera obligatoria por los Jueces y Tribunales del país. Por ello, es importante resaltar la resolución del caso La Cocha, ya que esta constituye el primer precedente de la Corte Constitucional de Ecuador, en proporcionar un límite concreto a la competencia material de la jurisdicción indígena, cuando dice que la justicia indígena al momento de resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema del derecho penal ordinario.

La parte de la sentencia denominada considerativa, *obiter dictum*, busca analizar de modo general los derechos constitucionales involucrados en el objeto de estudio. De esta sentencia es necesario hacer evidente el tema del bien jurídico protegido, y la comparación

¹⁰¹Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

entre ambos sistemas de justicia, así la Corte ha expresado que: “lo que conocen y deciden en relación a la muerte de Marco Antonio Olivo, no es en estricto sentido, el grado de participación [de] los involucrados en el hecho de la muerte; lo que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagan es el grado de afectación que la actuación de los involucrados provocan al colectivo comunitario”¹⁰²

Definitivamente esta precisión aclara que la justicia indígena determina como bien jurídico primordial tutelado la armonía de la comunidad:

Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad. (...) Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y los sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad.¹⁰³

De lo antes expuesto, se determina que la Corte Constitucional en relación con la demanda de Acción Extraordinaria de Protección, no resuelve de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución, sino que realiza un análisis distinto al fin de esta garantía constitucional. Adicionalmente, respecto a la cita expresada por la Corte, se denota una especie de subordinación a la jurisdicción indígena y una suerte de debilitamiento frente a la justicia ordinaria. Si bien es deber constitucional del sistema de justicia proteger la vida, no es una tarea de exclusividad absoluta de la justicia ordinaria, sino también de la justicia indígena que paralelamente convive dentro de un mismo estado, y que se encuentra reconocida en el artículo 171 de la Constitución, dando paso al pluralismo jurídico que reconoce la coexistencia de varios ordenes jurídicos en un mismo Estado, conforme se la desarrollado en el primer capítulo.

En el caso planteado, se evidencia que las autoridades juzgaron un acto contrario a la Constitución que además vulnera derechos humanos, desde su jurisdicción y cosmovisión indígena, por lo que se podría concluir que a la final resulta en una sanción de un acto atentatorio a un bien jurídico protegido desde el pluralismo jurídico, que admite y

¹⁰² Ecuador, *Corte Constitucional Ecuador*. Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014. Registro Oficial Suplemento 323, 1 de septiembre de 2014.

¹⁰³ *Ibíd.*

reconoce la jurisdicción indígena en base a sus costumbres ancestrales. Por lo que dichas autoridades juzgaron, el acto contrario a la Constitución desde de la jurisdicción ancestral.

Consecuentemente, la Corte Constitucional al determinar que las autoridades indígenas resolvieron el delito de muerte sin que se proteja el bien jurídico tutelado, la vida, se desconoce abiertamente el pluralismo jurídico y se defiende el sistema hegemónico y único de la justicia ordinaria, y de esta manera para los casos de mayor trascendencia se invisibiliza y hasta se anula la intervención de la justicia indígena, pues los términos, contenidos y análisis que realiza la sentencia en mención, obedece a criterios netamente occidentales que dejan por fuera las cuestiones intrínsecas y de especial naturaleza que corresponden a la cosmovisión indígena y que se abstraen de total forma del occidentalismo, en este sentido se ha dicho que:

El derecho indígena difiere sustancialmente del derecho estatal, ya que el primero se fundamenta en el espíritu comunitario y el segundo se fundamenta en el individualismo, entonces la idea es equilibrar ese distanciamiento. El Derecho indígena no busca hacer daño a aquella persona que ha cometido un delito, al contrario se intenta solucionar el problema identificado, de manera comunitaria; el derecho indígena tiene una aplicación muy amplia en todos los aspectos de la vida comunitaria e individual sin que exista una segmentación y diferenciación como sucede con la legislación nacional. La solución de los problemas en la Administración indígena es rápida, eficiente, transparente, gratuita, participativo, ejemplarizador, equitativo y justo.¹⁰⁴

El fin que persigue la justicia indígena, es el restablecimiento de la armonía colectiva, sujeta a la aplicación de medidas de conciliación ejemplificadoras que permita a quien incumpla la ley reconocer su error, el arrepentimiento y el compromiso de no volver cometer la acción; esta justicia es integradora, y cumple con los principios rectores de la administración de justicia, como es la eficiencia, rapidez, transparencia, gratuidad, participación, equitativo y justa, lo que hace que la resolución de los casos sean menos complejos y de solución inmediata.

Es aún más evidente, este posicionamiento de la Corte Constitucional respecto a la justicia indígena, en la ratio decidendi de la presente sentencia que determina:

¹⁰⁴ Mariana Yumbay, El ejercicio de la Administración de Justicia Indígena en el Ecuador. Llacta, 21 de junio de 2007, <http://www.llacta.org/notic/2007/not0621b.htm>

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.¹⁰⁵

Esta decisión a la que arriba el órgano constitucional ecuatoriano, constituye una franca vulneración de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas y una lucha perenne, inacabada e inacabable de estos colectivos, se desconoce el pluralismo jurídico y se trata de fortificar una justicia de por sí débil, pues la decisión de los jueces constitucionales resulta vinculante de acuerdo al numeral 3 del artículo 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sentando de esta manera las líneas jurisprudenciales que prohíben a la jurisdicción indígena intervenir en casos que atenten contra la vida. Se desconoce el avance constitucional alcanzado mediante las luchas sociales del indigenismo por alcanzar el reconocimiento de sus derechos, pues se limita un derecho a través de una Sentencia que contraría la génesis del derecho concebido desde el texto constitucional.

De la lectura de esta resolución de la Corte Constitucional se constata de manera inmediata la clara intención del Derecho Estatal por limitar las facultades de la Justicia Indígena. Sin embargo, esto tan solo se da respecto a los delitos que atenten contra la vida, dejándoles potestad a las autoridades indígenas para resolver sobre el cometimiento de otros tipos penales de menos trascendencia, y a la vez una confusión en cuanto al alcance de sus facultades jurisdiccionales. Definitivamente esta sentencia ratifica que el pluralismo jurídico finalmente fue invisibilizado por la Corte Constitucional que provoca un evidente retroceso a los derechos alcanzados por los colectivos indígenas desde la Constitución.

Parecería que en sociedades comunitarias y con mayores responsabilidades tienen más seguridad. La vergüenza es efectiva en la justicia indígena, mientras que en la justicia penal el juicio no es moral ni tampoco hay consejos. La proclamación de libertad y la autonomía individual tiene como efecto la disolución simbólica de la comunidad. Por la libertad se tolera y se reprime. De ahí que las sociedades

¹⁰⁵ Ecuador, *Corte Constitucional Ecuador*. Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014. Registro Oficial Suplemento 323, 1 de septiembre de 2014, 9

individualistas descansan en la idea de estados fuertes, con un aparato policial enorme. En las sociedades comunitarias en cambio no se requiere de policía y se sustenta en una comunidad integrada.¹⁰⁶

La justicia ordinaria no tiene emociones ni sentimientos, no hay ese acercamiento con el infractor, en consecuencia no hay consejos, lo que hace es adecuar la conducta del infractor a un tipo penal y en consecuencia la imposición de una pena; por el contrario la justicia indígena tiene emociones, se basa en la moral y en la integración de la comunidad, es aplicar justicia restaurativa dentro de sus comunidades.

Entonces, del caso objeto del presente análisis, deja ver una justicia ordinaria superpuesta pero al mismo tiempo débil, pues se evidencia que si bien la Corte Constitucional hace un análisis intercultural en el sentido que la justicia ordinaria para la aplicación de penas privativas de libertad debe empoderarse de criterios antropológicos y sociológicos; así como también analiza el pluralismo jurídico desde el Convenio 169 de la OIT, y hace un análisis del articulado constitucional sobre el reconocimiento de la justicia indígena; sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia asume una postura meramente occidental en la que le resta potestades jurisdiccionales a la justicia indígena, determina simplemente que la jurisdicción indígena no protege al bien jurídico vida, deja de lado el enfoque que plantea la cosmovisión indígena ancestral.

En consecuencia, la justicia indígena ha quedado en una posición subordinada, y en desventaja frente a la justicia ordinaria en relación con los delitos que atentan en contra del derecho a la vida bajo el fundamento de la Corte respecto a que el conocimiento y juzgamiento de los delitos contra la vida son de tutela exclusiva de la justicia ordinaria, mas no de la justicia indígena, conclusión que se construye en base a una equivocada comparación de dos sistemas jurídicos totalmente diferentes, que conlleva a desvalorizar y atenuar las actuaciones indígenas de índole jurisdiccional, que incluso atenta contra sus derechos colectivos más básicos, como la cuestión cultural misma que constituye base para ejercer su derecho ancestral consuetudinario.

¹⁰⁶ Ramiro Ávila. "La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso" Boletín Informativo Spondylus, 30, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3826/1/PI-2013-04-%c3%81vila-La%20prisi%c3%b3n.pdf>

Esta concepción por parte de la Corte, dificulta el proceso para lograr un sistema de integración (en base a una normativa armoniosa) entre las autoridades y los sistemas de administración de justicia y garantizar su existencia a partir del reconocimiento de su autonomía y plena validez de sus decisiones.

La regla jurisprudencial creada por la Corte Constitucional, significa el quebrantamiento de norma constitucional manifestada por el constituyente en el artículo 171 de la Constitución, donde claramente expresa que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, en base a sus tradiciones ancestrales y el derecho propio, dentro de su ámbito territorial, no expresa de ninguna manera, que existe excepciones para la aplicabilidad de esta facultad constitucional, más bien la Corte Constitucional de ese entonces hace una interpretación extensiva y limitadora de derechos y dice entre otras, que la justicia ordinaria es la eficaz para garantizar derechos fundamentales como es el bien jurídico “vida”, cuando la experiencia nos dice lo contrario, que la justicia indígena es anterior a la justicia ordinaria y es de ésta primera de la que debemos aprender, toda vez que la intromisión de la justicia ordinaria en la justicia indígena, significa desconocer su origen, cultura y tradición.

2. Análisis de casos suscitados en la provincia de Orellana

Del análisis del caso anterior, se desprende la existencia de una relación más cercana con lo que se conoce como el indigenismo de las regiones de la sierra centro del país; sin embargo, no se puede focalizar la existencia del derecho consuetudinario únicamente en esta sección de la cosmovisión andina, en tal contexto resulta interesante dejar ver que el derecho propio funciona también en otros pueblos y comunidades, en este caso los indígenas amazónicos, específicamente en la provincia de Orellana, donde inclusive existen tribus de personas no contactadas en aislamiento voluntario .

En el presente apartado se abordará y se expondrán dos casos judiciales en los que se incluyen o se relacionan miembros de comunidades indígenas en el ámbito de jurisdicción de la provincia de Orellana (determinado por la justicia ordinaria). Dichos casos involucran decisiones de la justicia ordinaria pero que de algún modo se encuentran

relacionados con miembros indígenas y cuyas decisiones además evidencia el bagaje jurídico y criterio resolutorio por parte de las autoridades jurisdicciones en relación con el especial tratamiento o enfoque que se otorga a los sujetos implicados.

El ámbito de análisis corresponde la provincia de Orellana, que se localiza en la región amazónica del Ecuador, “es una de las provincias más jóvenes del país, fue inaugurada en 1998 como una provincia independiente”¹⁰⁷. Gran parte de la población de la provincia son descendientes de indígenas o son indígenas propiamente que mantienen su vida comunitaria, vestimentas, tradiciones y cultura de los pueblos “kichwa, schuar y waorani”¹⁰⁸

Para el caso en concreto estudiaremos sentencias dadas a los indígenas waoranis, para los woarani el territorio es de principal importancia, su economía y sus medios de subsistencia dependen de los recursos naturales. La caza, la pesca son las principal fuente para obtener los recursos, que son esenciales para su forma de vida. “Los Woaranis han utilizado su territorio como refugio del mundo exterior. En la actualidad la población Waorani sobrepasa 3000 personas, en más de 40 comunidades o asentamientos”¹⁰⁹

El territorio para los Waorani constituye su patrimonio ancestral, los mismos están ubicados principalmente en las provincias de Napo, Orellana y Pastaza de la amazonía ecuatoriana, por lo tanto la selva es ocupada para construir sus viviendas, para realizar actividades de recolección y casería en la zona, selva que es rica en cuanto en recursos naturales, fundamentales para la dieta tradicional de estos pueblos, que está constituida por animales de caza, frutos que se recolecta de diferentes palmas, fibras y vegetación para la construcción de viviendas.

Los waoranis son pueblos de reciente contacto, este acercamiento a su pueblo por parte del mundo occidental tuvo un rechazo total llevando consigo “en 1956 con la muerte de misioneros evangélicos en el río curary, 1987 con el lanceamiento del Vicario Apostólico del Aguarico, Alejandro Labaka, y en varias ocasiones durante los noventa y

¹⁰⁷ Provincias del Ecuador, Provincia de Orellana, consultado en fecha 15 de julio de 2020 <https://provinciasecuador.com/region-amazonica/provincia-de-orellana/>

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ INREDH, Fundación Regional en Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), *Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas del Ecuador*, Octubre de 2014, 77

2000 con ataques a colonos, petroleros y madereros”¹¹⁰, los actos violentos también se dan entre tribus no contactadas, según el estudioso antropólogo Alex Rivas Toledo “para el caso huaorani, la violencia y muerte intertribal fueron tratadas como características culturales primordiales”¹¹¹; “Cierta literatura antropológica sugirió que la guerra intertribal amazónica era producto de constreñimientos ambientales y luchas por cacería y territorios”¹¹².

La nacionalidad waorani ha estado marcado desde su reciente contacto con actos de violencia, dando muerte a personas del mundo occidental, como tribus no contactadas de su misma nacionalidad, todo esto por venganza, reproduciendo tradiciones de violencia que han culturalizado como propio y han hecho un estilo de vida, son guerreros pelean por sus territorios, defienden a sus mujeres, niños y ancianos y hacen de su vida y la cultura la sobrevivencia del más fuerte.

El antropólogo Elbio Fernandino Hidalgo Mantilla en un estudio realizado en el año 2013 describe las condiciones de vida actuales de los pueblos waorani

Estudí las condiciones de vida actuales de las Comunidades Tiwino y Botabotro, la cultura wuaorani, la metodología usada; fue cualitativa con elementos específicos, condiciones de vida, las maneras de desarrollo de vida; la interculturalidad como pobreza o poder se tornan complejas; en el caso que encontré, se analizan la educación, la infraestructura, la salud, servicios existentes; existen procesos modernizadores acelerados, por elementos como empresas petroleras y flujos comunicacionales, como carreteras y medios de comunicación masiva, como radio, televisión, internet, Unidades Educativas tecnológicas y educación intercultural, llevando a la vida moderna a estos grupos humanos”¹¹³

Desde el reciente contacto de los waorani que fue en 1957 hasta la actualidad hay cambios de gran profundidad, en el tema de la salud han podido intervenir profesionales de la salud, la infraestructura se va tornando más parecida a la occidental, hay acceso a la

¹¹⁰ Alex Rivas Toledo, “Sistema mundial pueblos indígenas en la Amazonía”, n.º 17, (2003), file:///C:/Users/VICENT~1/AppData/Local/Temp/DialnetSistemaMundialYPueblosIndigenasEnLaAmazonia-4823285-2.pdf

¹¹¹ Alex Rivas Toledo, “Sistema mundial pueblos indígenas en la Amazonía”

¹¹² Alex Rivas Toledo, “Sistema mundial pueblos indígenas en la Amazonía”

¹¹³ Ecuador *Tribunal de Garantías Penales de Orellana*, “Sentencia”. en *Juicio No. 22251201500062*, julio de 2015

educación para niños y jóvenes, hay carreteras, medios de comunicación, haciendo que estos grupos de reciente contacto se vayan modernizando.

Consecuentemente, este escenario resulta propicio para analizar la convivencia de la cultura indígena con la cultura occidental y sobre todo los enfoques desde el punto de vista de administración de justicia de ambos sistemas que como se ha visto difieren de su tratamiento y llegan incluso a contraponerse.

La justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.¹¹⁴

En la cita antes expresada, se evidencia un importante aporte por parte la sentencia de la Corte Constitucional objeto de análisis en líneas anteriores, y destaca lo relativo a las penas establecidas por la justicia ordinaria en materia penal a los miembros de comunidades indígenas, considerando al encarcelamiento como mecanismo excepcional y de última ratio, prefiriendo en todo momento penas distintas al encarcelamiento y acorde a sus costumbres y tradiciones ancestrales, exigiendo a los operadores de justicia administrar justicia desde un enfoque intercultural en armonía con la legislación nacional.

2.1. Caso waoranis de la comunidad de Bataboro

La sentencia del caso que se considerará a continuación, corresponde a los hechos acaecidos por parte de un grupo de waoranis miembros de la comunidad de Bataboro en la provincia de Orellana. Dichos ciudadanos fueron judicializados en materia penal en la justicia ordinaria, el hecho ocurrido el 6 de enero del 2015, a las 15h00, aproximadamente,

¹¹⁴ Ecuador, *Corte Constitucional Ecuador*. Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014. Registro Oficial Suplemento 323, 1 de septiembre de 2014.

cuando de 10 a 12 comuneros waoranis rompiendo candados forzando las puertas de acceso, con amenazas al personal de guardia, armados de lanzas propias de su cultura, han ingresado de manera abrupta a la Estación de servicio CPF Petrobell, ubicado en la parroquia Tiguino, cantón Francisco de Orellana, provincia de Orellana causando daños a un vehículo propiedad de la policía; bajo amenazas y gritos han ido ocupando los espacios de las distintas instalaciones de la empresa Petrobell, rompiendo una parte de la pared de la estructura han ingresado a la sala de control; bajo amenazas han ocupado toda el área física, obligando a salir a todo el personal de trabajadores con lanzas y puñales, paralizando de esta manera la producción de petróleo de la empresa antes mencionada. La justicia penal ordinaria, conoció el caso y en primera instancia se determinó la materialidad de la existencia del delito y la culpabilidad de 2 implicados con el cometimiento del delito de Paralización de un Servicio Público tipificado en el Art. 346 del Código Orgánico Integral Penal.

Al tratarse de personas indígenas y en cumplimiento al principio de interculturalidad en la toma de decisiones judiciales, se debe tener probado de que las personas que están siendo procesadas por un delito penal, pertenezcan a un grupo étnico distinto al occidental; para poder determinar esta situación, no basta con que una persona o grupo de personas se reconozcan a sí mismas como indígenas, si no que ésta debe pertenecer, compartir y formar parte de una cultura, por lo que la manera de establecer dentro del proceso penal su identidad corresponde realizarla a través de un estudio antropológico cultural, mismo que dentro del caso nos atañe el Antropólogo Elbio Fernandino Hidalgo Mantilla, quien en su exposición cultural manifestó: “Estudí las condiciones de vida actuales de las Comunidades Tiwino y Botabotro, la cultura Waorani”¹¹⁵ llegando al convencimiento del juzgador que los procesados son personas indígenas y pertenecen a la nacionalidad Waorani, por lo tanto fueron tratados bajo el principio de interculturalidad como lo señalan los artículos 24 y 344, literal e) del Código Orgánico de la Función Judicial.

¹¹⁵ Ecuador *Tribunal de Garantías Penales de Orellana*, “Sentencia”. en *Juicio No. 22251201500062*, julio de 2015.

La decisión de la precitada sentencia, motiva su fallo citando a un gran constitucionalista ecuatoriano, como es el profesor Ramiro Ávila Santamaría, mediante el siguiente análisis:

Autores como Ávila Santamaría le significa al Estado cuatro aspectos fundamentales: El primero de éstos es la centralidad de las personas, pueblos, nacionalidades comunidades y los derechos de la naturaleza en las acciones del Estado; el segundo se refiere al rol de los derechos como límites y ejes de las acciones del Estado, es decir, todas las decisiones públicas deben tener como marco restrictivo el ejercicio y goce de los derechos constitucionales, es decir, deben dirigirse a la materialización de los derechos; el tercer aspecto, se centra en el reconocimiento de la Constitución como operativa, esto significa que la norma suprema se aplica de manera directa, sin que medie intervención judicial o legislativa; finalmente el cuarto es el reconocimiento de varias fuentes del derecho; asimismo la Corte Constitucional ha definido al bloque de Constitucionalidad como la herramienta que permite interpretar la norma constitucional a la luz del derecho internacional de los derechos humanos; el bloque de constitucionalidad se sistematiza jurídicamente al fenómeno mediante el cual la Constitución posee más normas jurídicas que aquellas que constan expresamente contenidas en ellas, es decir, es un conjunto normativo que posee disposiciones, principios o valores, que materialmente tienen el rango constitucional, aunque se encuentren fuera del texto de la norma suprema...¹¹⁶

De lo expresado en la parte motiva de la sentencia, se evidencia el análisis pormenorizado que efectúa el Tribunal de Garantías Penales para justificar la aplicación de las penas alternativas al encarcelamiento en favor de los miembros de comunidades indígenas, considerando el modelo constitucional ecuatoriano, los principios de favorabilidad y de aplicación directa de la Constitución, así como la cláusula abierta y el bloque de Constitucionalidad para incluir tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y especialmente el enfoque necesario hacia el reconocimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades como sujetos de derechos.

Más allá de considerar los elementos constitutivos de esta sentencia, así como la valoración de las pruebas, el análisis de las normas penales, o los hechos mismos, es importante y materia de este trabajo considerar la resolución y motivación que realiza el órgano judicial respecto a las penas alternativas al encarcelamiento. En este sentido la sentencia, respecto a la pena, determina:

¹¹⁶ Ecuador *Tribunal de Garantías Penales de Orellana*, “Sentencia”. en *Juicio No. 22251201500062*, julio de 2015.

Imponiéndole la pena atenuada de 6 meses de privación de la libertad, por encontrarles responsables de este delito, pero en consideración a la aplicación del Convenio Internacional de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en sus artículo 10, numerales 1 y 2, que señala “ Cuando se imponga sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos Pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento se dispone que esta sanción de seis meses la cumplan los sentenciados con la realización de labores comunitarias en beneficio de las comunidades a las que pertenecen; quienes a través de sus dirigentes y de la Defensoría del Pueblo informaran del cumplimiento de esta disposición a éste Tribunal.¹¹⁷

Del texto extraído de la sentencia elaborada por el órgano jurisdiccional en el año 2015, se evidencia que la decisión del Tribunal de Garantías Penales de Orellana, fundamenta la sentencia bajo el principio de interculturalidad, señalando que los agresores son personas indígenas, con una realidad económica, social y cultural distinta al mestizaje, para afianzar su decisión hace uso de instrumentos internacionales sobre justicia indígena, y además hace énfasis en el peritaje antropológico, con el cual se pudo determinar que los 2 procesados pertenecen a la comunidad de Bataboro, nacionalidad Waorani; razón por la cual, era perfectamente aplicable lo que dispone el Convenio 169 de la OIT; es decir, que el Tribunal aplicó penas no privativas de la libertad, que corresponde a trabajo comunitario, que significan un gran avance al principio de interculturalidad.

2.2. Caso de enfrentamientos con muerte entre indígenas waorani y tribus no contactadas tagaeri taromenane en la provincia de Orellana

El presente caso penal fue judicializado por parte de la justicia ordinaria, sustanciado y resuelto por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Francisco de Orellana, en la provincia de Orellana, por el delito de homicidio, cometido por personas de nacionalidad indígena waorani en contra de miembros de tribus no contactadas tagaeri-taromenane, ratificando la competencia de dicho Tribunal en base a la Sentencia de la Corte Constitucional para el caso La Cocha II, antes revisada, y que al respecto textualmente determina:

¹¹⁷Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Orellana, “Sentencia”. en Juicio No. 2225120130223., 31 de octubre de 2019.

Se ha identificado que en el presente caso a resolver se tiene como sujeto ACTIVO de la infracción a “11 procesados de la nacionalidad ancestral indígena Waorani de reciente contacto y como sujeto PASIVO de la misma, a personas pertenecientes al pueblo indígena en aislamiento voluntario denominado “Taromenanes”, este Tribunal de Garantías Penales afianza la COMPETENCIA para resolver la presente causa, en lo resuelto por la Corte Constitucional del Ecuador, en el Caso No. 073110EP, más conocido como el caso “La Cocha” donde se dictó la Sentencia No.11314SEPCC, la cual en su numeral 4, literal “A” esgrime que la JURISDICCION y COMPETENCIA para conocer, resolver y sancionar los casos que atenta contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de derecho Penal Ordinario, aún en los casos que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.¹¹⁸

Los hechos relacionados al caso, datan que con fecha 30 de marzo del 2013, un grupo de 17 miembros de la nacionalidad indígena amazónica waorani, provenientes de los poblados de Dikaro, Guiyero, Bemeno, Cawimeno, en una incursión al interior de la selva dieron muerte a miembros de las familias en aislamiento voluntario. Este hecho se produce 25 días posteriores a la muerte de dos ancianos de la comunidad Waorani (Ompore y Buganey), quienes fueron encontrados en medio de la selva atravesados por lanzas de uso artesanal, muerte que fue atribuida a grupos en aislamiento voluntario, la muerte de Ompore y Buganey provocó que sus hijos y familiares se organicen, con el fin de vengar la muerte de los ancianos, tal organización estaba encabezada por los hijos de Ompore, Cawime y Tegane, quienes empezaron a exponer a sus familias que este es un tema cultural, por lo tanto había la necesidad de reclutar para que les ayuden en esta incursión en el interior de la selva y así generar venganza.

Ahora bien la organización no se conformó de manera tradicional de venganza, si no que hubo también armas de fuego (escopetas), salieron desde el poblado de Yarentaro y avanzaron hasta un punto en el cual ya no era posible su navegación y desde ahí iniciaron un camino a pie, por una trocha que identificaron desde el interior de la selva, una vez que identificaron las trochas se internaron en la selva hasta ubicar una casa de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, donde prepararon una emboscada hacia los aislados, esta emboscada consintió en dicha casa, un grupo atacaba por el frente de la casa, el otro los esperaba por la parte de atrás para victimarlos y matarlos en ese momento, una vez que

¹¹⁸ Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Orellana, “Sentencia”. en *Juicio No. 2225120130223.*, 31 de octubre de 2019.

se produjo el ataque se causó la muerte de 20 a 30 personas en aislamiento voluntario según lo expuesto por el antropólogo Roberto Esteban Narváez Collaguazo, luego de realizado el ataque se trasladó forzosamente a dos niñas (3 y 6 años) desde el interior de la selva, niñas que pertenecerían a la familia atacada.

Un hito importante de precisar en torno al caso es referente al hecho que no existieron los cadáveres producto del ataque y que además durante la sustanciación del juicio se cuestionaba respecto al hecho si el internamiento y matanza constituyen o no una venganza cultural, puesto que se alegaba incluso el uso de armas de fuego totalmente discrepante con su tradicional forma de actuar con armas de guerra así como el uso de herramientas tecnológicas como reproducción fotográfica y de video. De lo dicho resulta bastante interesante y necesario la pericia antropológica realizada que busca perpetrar en lo más profundo de las realidades del indigenismo ancestral de estas culturas y poder entender su visión sobre la vida, sus costumbres e incluso la justificación cultural de sus prácticas referente a la afrenta y venganza.

Los procesados pertenecen a la nacionalidad indígena waorani, que es un pueblo de reciente contacto, debemos indicar entonces, que desde el referido “contacto” llevado a efecto con este grupo humano, no se tiene antecedente que el Estado haya punido y rehabilitado a estas personas por crimen alguno, y ante la relativa inexistencia de una relación equitativa con la sociedad nacional, que haya propiciado una línea de conjugación entre sus particularidades culturales y las dinámicas de estructura legal y organizativa imperantes en el Estado ecuatoriano, consideramos que la aplicación de una condena privativa de libertad en el presenta caso, estaría destinada al fracaso, solo los aislaría de su entorno natural (selva-Yasuni) a cumplir un modo de sanción ajeno a su cosmovisión.¹¹⁹

En razón de este análisis, el Tribunal de Garantías Penales de Orellana, considera que resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, en lo que respecta a las reglas relativas a la imposición de sanciones penales a miembros de pueblos indígenas, que deberán sancionarse de conformidad con sus características económicas, sociales y culturales. Así como preferir sanciones distintas al encarcelamiento.

Analizando el contexto, si bien resulta plausible respecto al tratamiento diferenciado en el momento de aplicar sanciones a miembros de estos pueblos indígenas;

¹¹⁹ Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Orellana, “Sentencia”. en *Juicio No. 2225120130223.*, 31 de octubre de 2019

resulta también cuestionable el hecho que la justicia ordinaria entre a procesar y juzgar un conflicto interno ocurrido dentro de su ámbito territorial, en desmedro del pluralismo jurídico; dicho de otra manera, se decanta en una evidente intromisión de la justicia ordinaria en la justicia indígena, en las formas de solución de controversias o prácticas ancestrales que termina desconociendo sus derechos culturales. Sin embargo, es entendible también que la sentencia constitucional en el caso La Cocha II, zanja el camino para la permisibilidad y exigibilidad respecto a la necesaria presencia de la justicia ordinaria y el obligado desplazamiento de la justicia indígena en los casos de delitos contra la vida, constituyéndose en un asunto de tratamiento exclusivo y excluyente de la justicia ordinaria.

Por otra parte, se observa respecto al control del cumplimiento de la sentencia, el Tribunal de Garantías Penales, dispone:

Que se oficie a la Organización Waorani del Ecuador “NAWE” ente rector de gobierno de la referida nacionalidad indígena de reciente contacto, para que una vez ejecutoriada la sentencia en un plazo no mayor a 30 días, conforme una comisión especializada que facilite el enlace y coordinación con las comunidades waoranis a beneficiarse del trabajo comunitario que deben prestar los hoy sentenciados, comisión que además será la encargada de remitir a este Tribunal de manera semestral (6 meses) el informe de cumplimiento de lo ordenado, lo que deberá resultar plenamente verificable (esto es con los respectivos cronogramas de trabajo, horas cumplidas, comunidades beneficiadas, registros filmicos o fotográficos o en fin cualquier otro medio que permita demostrar el fiel cumplimiento de lo dispuesto).¹²⁰

De lo precisado, es indudable de la existencia de una superposición de la justicia ordinaria frente a la cultura indígena, un sometimiento al occidentalismo a las personas de reciente contacto, al que voluntariamente se encuentran alejados, abstraídos. Es innegable que no se logra una armonía y convivencia entre ambos regímenes, siempre existe una cultura que domina y que consecuentemente termina anulando a la otra.

Este caso en un inicio fue conocido por la Corte Constitucional de Ecuador, que subió por consulta de norma respecto a la aplicación de la contenida en el artículo innumerado inserto antes del artículo 441 del Código Penal, la misma que prevé: Art. ... -

¹²⁰ Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Orellana, “Sentencia”. en *Juicio No. 2225120130223.*, 31 de octubre de 2019.

Quien con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos será sancionado: I. Quien ocasionare la muerte de sus miembros será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años; esto en el contexto de que los presuntos infractores son personas pertenecientes a grupos indígenas y tribales (de conformidad con el Convenio 169 de la OIT), argumentando el consultante en lo principal, lo siguiente:

El artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal está dirigido a personas que cometan el delito de genocidio, pero que pertenezcan a un entorno cultural y económico "occidental". Sin embargo, en el caso concreto se debe considerar que los involucrados en el caso N. 00223-2013 forman parte de la nacionalidad indígena Waorani: por tanto, para aplicar la norma del artículo ya referido del Código Penal el operador de justicia penal se ve en la obligación de recoger en el ejercicio hermenéutico jurídico la cosmovisión de esta nacionalidad indígena: de lo contrario, se afectaría el principio de igualdad y no discriminación, contenido en los artículos 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la República, así como el derecho colectivo que reciben estos grupos de personas conforme se desprende del artículo 57 numeral 2 ibídem. Adicionalmente, el juez consultante manifiesta que la aplicación del artículo innumerado agregado antes del artículo 441 del Código Penal, implicaría la privación de la libertad a una persona que pertenece a un pueblo o nacionalidad indígena como es el Waorani durante 16 o 25 años, sin considerar su propia cosmovisión lo cual resulta en la exclusión de este individuo de su territorio, comunidad y cultura, afectando así su integridad por el daño psicológico y físico que representa para un integrante de este tipo de colectivos la privación de la libertad, entendida bajo una cosmovisión occidental.¹²¹

En el control de constitucionalidad realizado por la Corte, en el caso concreto, determina que el Art. 441 del Código Penal, debe interpretarse desde una perspectiva intercultural para lo cual el juez consultante debía disponer la realización de medidas urgentes como por ejemplo la realización de peritajes sociológicos, antropológicos a fin de asegurar la sustanciación del proceso penal desde una perspectiva intercultural, para lo cual la Defensoría del Pueblo deberá observar el desarrollo del debido proceso bajo las precisiones realizada por la Corte.

Similar al caso La Cocha II, la Corte Constitucional de Ecuador, en la presente consulta de norma, vuelve a desarrollar principios interculturales de obligatoria aplicabilidad para los operadores de justicia en el caso concreto, de cierta forma ratificando

¹²¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia" 004-14-SCN-CC, Consulta de Norma dentro del Caso N. 0072-1-1-CN.

el precedente constitucional, en el sentido que, en el delito de genocidio materia de la consulta, debe el juez interpretar desde una perspectiva intercultural, empoderarse de criterios antropológicos y sociológicos a fin de asegurar la sustanciación del proceso penal desde una perspectiva intercultural. Hubiese sido mejor que la Corte Constitucional se aparte del criterio del caso La Cocha II, y de una vez por todas, reconozca el pluralismo jurídico *Erga omnes*, dando paso a una verdadera administración de justicia indígena, donde se le entregue todas las potestades para resolver sus conflictos internos y dentro de sus territorios.

La justicia se logró mediante un proceso comunitario ritual de limpieza, la víctima fue compensada, se excluyó temporalmente de la comunidad a los victimarios, se recuperó la armonía comunitaria, aunque en La Cocha 2010 se interrumpió la ejecución de la resolución indígena por la intervención de la justicia penal (...) nunca se pensó ni utilizó la cárcel como sanción. A pesar de los errores que tiene todo sistema de justicia, como señalan los actores en la Cocha, la justicia indígena es más “justa”. Insistimos, el decidir si seguir fortaleciendo el sistema penal o aprender y practicar la justicia indígena es una opción política y en el caso ecuatoriano un mandato constitucional.¹²²

Resulta plausible en este sentido la forma armoniosa en la que el órgano jurisdiccional busca ejercer su función, pero al mismo tiempo reconoce la particularidad del sistema indígena y su cosmovisión respecto a las penas, al punto que abstrae el caso y lo coloca dentro de la concepción indígena de lo punitivo que difiere totalmente del sistema occidental y las penas de encarcelamiento, como lo dice Ramiro Ávila en el caso ecuatoriano es un mandato constitucional no hay manera de retroceder al positivismo puro, si no que debemos fortalecer el sistema penal y aprender a convivir con la justicia indígena.

En Ecuador, entonces, existen dos formas de abordar el tema de los crímenes, delitos o infracciones graves al derecho. Una es la estatal, que prevé la cárcel como solución a los conflictos con relevancia penal; otra es la practicada por ciertas nacionalidades indígenas, y que prevé la restauración como forma de solución.¹²³

¹²² Ramiro Ávila. "La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso" Boletín Informativo Spondylus. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3826/1/PI-2013-04-%c3%81vila-La%20prisi%c3%b3n.pdf>

¹²³ Ramiro Ávila. "La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso" Boletín Informativo Spondylus. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3826/1/PI-2013-04-%c3%81vila-La%20prisi%c3%b3n.pdf>

Justamente el tema de las penas alternativas al encarcelamiento, es considerado dentro del Convenio 169 de la OIT, cuyo objeto es precisamente reconocer la visión distinta que los pueblos y comunidades indígenas mantienen respecto a la imposición de castigos y penas, que difiere totalmente de la visión occidental. Si bien se ha evidenciado a lo largo de esta investigación que la cosmovisión indígena se centra en la idea de comunidad, bien común y armonía; es también cierto que la diversidad de pueblos, nacionalidades, costumbres ancestrales difieren grandemente, más aún en nuestro país pluricultural y multiétnico que conlleva una gran tarea incluso que trasciende el tratamiento legal del tema, a fijarnos incluso en el aspecto antropológico.

Finalmente, se debe precisar que dicho fallo fue apelado ante la Corte Provincial de Orellana y esta Corte de alzada en mención ratifica el fallo y nuevamente impone penas alternativas al encarcelamiento en base al Convenio 169 de la OIT, a favor de los acusados quienes pertenecen a la nacionalidad waorani, en observancia a los derechos humanos y constitucionales, en reconocimiento a su cultura, costumbres y tradiciones, garantizando el principio de interculturalidad.

Esta sentencia, de alguna manera deja ver el garantismo con el que operan los administradores de justicia a fin de establecer mecanismos de garantía que resulten ideales a fin de obtener “el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”¹²⁴. Del texto expuesto, se puede apreciar que existen varios mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos constitucionales, de ahí que la interpretación y apreciación de los jueces resulte de suma importancia como llamados a garantizar su observancia, debido cumplimiento y prevalencia; y en esta cuestión las penas alternativas a la prisión, se considera que: “Encerrar” no es un problema y más bien se considera una necesidad y una solución”¹²⁵

¹²⁴ Luigi Ferrajoli. “El garantismo y la filosofía del derecho”. Garantismo y Estado de Derecho. Gerardo Pisarello, Alexei Estrada y Jose Manuel Díaz (trad.). Colombia: Universidad Externado de Colombia. (2000), 177.

¹²⁵ Ramiro Ávila. "La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso" Boletín Informativo Spondylus. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3826/1/PI-2013-04-%c3%81vila-La%20prisi%c3%b3n.pdf>

De los casos expuestos, que evidentemente muestran dimensiones distintas y realidades *suigeneris*. Son puntos irreconciliables, realidades totalmente distintas, modos de vida que corren en sentidos contrarios y que el hecho que la jurisdicción ordinaria pretenda someter y poner en la misma línea a la cultura indígena, significa necesariamente retrotraernos a los tiempos de conquista en los que el sometimiento e intolerancia a lo indígena marcaba la fundación de nuevos estereotipos de superioridad y de inconvivencia, que hasta el día de hoy se reflejan, pues por ejemplo en la sentencia del caso de enfrentamientos con muerte entre indígenas waorani y tribus no contactadas tagaeri taromenane en la provincia de Orellana, se ha dispuesto que:

La Secretaria de Derechos Humanos perteneciente a la Función Ejecutiva, previo a desarrollarse la FIESTA CULTURAL WAORANI, despliegue una inducción Básica sobre Derechos Humanos (con énfasis en el derecho a la vida), inducción que además contemplara una explicación clara y precisa sobre las funciones y actividades que realiza la Dirección de Protección de Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario, esto en plena coordinación con el funcionario encargado de la Estación de Monitoreo de la Zona Intangible Tagaeri y Taromenane, el cumplimiento de esta actividad se reportara a este Órgano Jurisdiccional a través del respectivo informe que deberá ser documentado por la referida dependencia del ejecutivo, disponiéndose que posteriormente la Organización Waorani del Ecuador “NAWE” lo socialice en las distintas comunidades waorani de las tres provincias donde tienen presencia sus bases, esto es en la provincia de Orellana, Napo y Pastaza.¹²⁶

El caso La Cocha, sus sentencia en Corte Constitucional (incluso la arrogación de funciones que realiza) es quizá la muestra más fehaciente de superposición de la justicia ordinaria que limita de una manera bárbara la justicia indígena en relación con el derecho a la vida, al punto de decir que la cosmovisión indígena no protege este bien jurídico, por lo que concluye entonces que la justicia ordinaria si lo hace, afirmación abiertamente cuestionable que desconoce abiertamente el pluralismo jurídico, esto es la coexistencia de dos sistemas jurídicos en un mismo Estado, y a la vez este precedente constitucional, se convierte en vulnerador de derechos.

Por otra parte, y en relación con los casos expuestos suscitados en la provincia de Orellana, se deja ver que no existen mayores diferencias en el tratamiento hacia estas

¹²⁶ Ecuador Tribunal de Garantías Penales de Orellana, “Sentencia”. en *Juicio No. 2225120130223.*, 31 de octubre de 2019.

culturas, la intromisión del Estado es evidente y consideran en sus argumentos que hasta necesaria. Si algo se rescata es la cuestión de penas alternativas, que resulta una cuestión innovadora y quizá en cierto punto un reconocimiento parcial a sus modos de vida y formas de organización y administración de justicia, pero sin embargo la justicia ordinaria no deja de ser la titular, la controladora, el decidor en última instancia; ¿no es posible que en algún momento decline su competencia? Y que ahí verdaderamente la justicia indígena prevalezca y signifique con ello un verdadero ejercicio de reconocimiento hacia su existencia y presencia tan importante y necesaria como la ordinaria, que para dar este gran salto debe haber una Corte Constitucional que se atreva a cambiar este precedente que resta competencias a la justicia indígena y endosa esta tarea a la justicia ordinaria.

Conclusiones

- La concepción constitucional relacionada con el reconocimiento de la justicia indígena conlleva ciertos hitos con el carácter plurinacional e intercultural del Estado integrado por nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, así como el reconocimiento de sus derechos colectivos y ancestrales, cuyo modelo estructural resulta en una gran promesa de garantismo de derechos. A partir de estos cambios, el Ecuador salta formalmente desde el monismo hacia el pluralismo jurídico que rompe con la idea de nación unitaria como pueblo, organización y cultura; de ese reconocimiento y prevalencia del derecho indígena, en concatenación con los casos analizados resulta evidente la necesidad de aplicar penas alternativas al encarcelamiento a las personas pertenecientes a nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, en respeto de su cosmovisión, costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario.
- El Convenio 169 de la OIT entra en vigor en 1991, los Estados involucrados hacen el compromiso de cambiar su sistema constitucional que les permita la inclusión de las prácticas y tradiciones indígenas dentro del marco del sistema jurisdiccional nacional. En Ecuador este convenio obtuvo carácter vinculante a través de resolución legislativa en el Registro Oficial Nro. 304, el 24 de abril de 1998, adoptando sistemas jurídicos pluralistas, así reconociendo jurídicamente a las distintas nacionalidades y pueblos indígenas que durante décadas fueron ignorados; en el artículo 10, primer numeral establece que, cuando se imponga sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales; esto conlleva a que la legislación penal ordinaria no puede, ni debe ser ejecutada de igual manera a todos los individuos que habitan en la nación, por lo tanto es necesario que los operadores de justicia adecuen sus decisiones a lo estipulado en el convenio.
- Ecuador mantiene dos sistemas de justicia reconocidas constitucionalmente, una ordinaria y la otra indígena. La justicia ordinaria adquiere competencia en el principio de legalidad “nace de la ley”; mientras que la justicia indígena adquiere competencia en sus costumbres, cosmovisiones, tradiciones ancestrales y derecho propio, para aplicar y resolver conflictos internos dentro de sus territorios. Para la justicia indígena no existen

magistrados ni jueces que tengan jerarquía unos sobre otros, más bien existen autoridades a nivel familiar y comunitario para resolver conflictos que afectan a la comunidad y sus integrantes, sobre la base de la igualdad.

- La declinación de competencia, obedece al reconocimiento del pluralismo jurídico en Ecuador y se encuentra desarrollado en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, y está dirigida a las juezas y jueces de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, resulta infructuoso que la autoridad indígena, sea quien reclame esta potestad, ya que realizar este ejercicio jurisdiccional implicaría de alguna manera la subordinación de una jurisdicción frente a la otra, y va en desmedro del principio de igualdad jurisdiccional; toda vez que, tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria, tienen su génesis en la Constitución de la República de Ecuador y gozan cada una de autonomía propia. Por lo tanto, la figura jurídica que considero acertada le correspondería aplicar a las juezas jueces, es la “inhibición” siendo ésta otra figura jurídica que rige el sistema de justicia ordinaria, toda vez que, si el juez tiene certeza de que el conflicto no es de su competencia, debe inhibirse para que sea la justicia indígena la conozca el conflicto.

- La Justicia Indígena no necesita de un cuerpo escrito para su aplicabilidad, sus derechos se garantizan en base a costumbres, tradiciones y prácticas propias: de comunidad, autoridad, legitimidad, legalidad, correctiva, pública, gratuita, igualitaria, preventiva, participativa, y obedece a la libre determinación de los pueblos y nacionalidades indígenas; de conformidad al numeral 10 del artículo 57 de la Constitución de la República de Ecuador, no podrá vulnerar el derecho propio o consuetudinario en particular los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; en la jurisdicción indígena no hay careles, las sanciones son correctivas y restaurativas, su fin es mantener el orden, la paz y la armonía en la comunidad. Las decisiones de la justicia indígena están sujetas a control constitucional, y desde este ámbito pueden ser corregidas.

- De acuerdo a la Constitución de la República de Ecuador y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, no hay duda que éstos no establecen límites a la competencia en razón de la materia, del territorio y de las personas; en razón de la materia se extiende sin dificultad al ámbito penal. Sin embargo, se puede notar la voluntad del Estado que existe por delimitar dicha facultad únicamente a la sanción de tipos penales de

menor trascendencia en el orden público. En este sentido la Corte Constitucional de Ecuador en el Caso La Cocha II, en una especie de vaguedad y falta de profundización; si bien es cierto realiza un análisis intercultural en el desarrollo de la sentencia, más en la parte resolutive no demuestra una verdadera aplicabilidad del pluralismo jurídico, al momento de restarle competencia al sistema de justicia indígena en los casos de delitos contra la vida, bajo el argumento que resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema del derecho penal ordinario.

- De acuerdo a la literatura antropológica los waorani son guerreros por naturaleza, la venganza es motivo suficiente para dar muerte: Dentro del Juicio N° 22251-2013-0223, con fecha 31 de octubre de 2019, 17 indígenas de nacionalidad waorani fueron sentenciados por el Tribunal de Garantías Penales de Orellana, por el delito de homicidio, la sustanciación del proceso y juzgamiento lleva ciertos tintes de interculturalidad, siguiendo lineamientos antropológicos para el diseño de la pena por tratarse de miembros de comunidades indígenas en reciente contacto, y en base al Convenio 169 de OIT, resolvió imponer penas alternativas distintos al encarcelamiento para los waorani sentenciados. Según el antropólogo Alex Rivas Toledo “para el caso huaorani, la violencia y muerte intertribal fueron tratadas como características culturales primordiales”¹²⁷, si bien es cierto, el Tribunal aplicó medidas alternativas a la privación de la libertad, no se deja de lado que la matanza que propinaron los waorani hacia los taromenane es por un asunto cultural para ellos, vengar a sus muertos, para su cosmovisión es estar en paz y no deberían pagar ninguna condena, inclusive alternativas a la privación de la libertad.

- La correcta aplicación de la administración de justicia debe cimentar sus bases en la existencia de normas coherentes, pero sobre todo en la correcta aplicación del principio de interpretación intercultural que permita superar concepciones arcaicas relacionadas con la existencia de Estados monolíticos, monoculturales, racistas, zanjados por la cultura occidental que han sido las que han creado los sistemas que ahora reproducen la exclusión y la represión de quien piensa o vive de manera distinta. Este principio rector establece el espacio propicio para generar respeto y valores en relación con las costumbres que

¹²⁷ Alex Rivas Toledo, “Sistema mundial pueblos indígenas en la Amazonía”

permitan una verdadera vinculación cultural que centra al pluralismo como la solución de la existencia de prácticas jurídicas distintas que a su vez comprenden sistemas de normas que les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores que permiten concebir incluso distintas maneras de analizar el conflicto. La justicia restaurativa nos ofrece un nuevo camino hacia la verdadera rehabilitación social y la incorporación de sus miembros a la comunidad, donde la víctima es considerada como sujeto de derecho y no como objeto de prueba, centrándose en la reparación del daño causado y armonía en la comunidad.

Bibliografía

- Ávila Santamaría, Ramiro, *El Neocostitucionalismo Transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Quito: Abya Yala, 2011.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador”, Abya Yala, 2012, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”. Quito: UASB (2013), <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3826>.
- Boris Espezúa, Salomón. “El derecho desde la mirada del otro. Bases para la construcción del pluralismo jurídico en el Perú”, Lima: MACF, 2016
- CONAIE, “Políticas para el Plan de Gobierno Nacional el Mandato de la CONAIE”, Quito-Ecuador, 2003.
- CONAIE, “Propuestas de la CONAIE frente a la Asamblea constituyente”, Quito-Ecuador, 2007.
- CONAIE, Proyecto Político de la CONAIE, 1994, <https://es.scribd.com/document/292576751/Proyecto-politico-de-la-CONAIE-1994>
- Comisión Andina de Juristas, *Estado de la relación entre justicia Indígena y justicia estatal en los países Andinos*, Lima – Perú, 2009.
- Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), [http://www.mdgfund.org/sites/default/files/nacionalidades_y_pueblos_indigenas_web\(1\).pdf](http://www.mdgfund.org/sites/default/files/nacionalidades_y_pueblos_indigenas_web(1).pdf).
- Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, *Legislación para el Fortalecimiento de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador*, Quito, 2012.

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia ST-496/96 de 04 de junio de 1996 (Fuero indígena)”, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>.

De Sousa, Santos Boaventura, “Construyendo Las Epistemologías Del Sur”, 1ra. Ed., Buenos Aires – Argentina 2018.

De Sousa Santos, Boaventura. “Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador”, Abya Yala, 2012, http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf.

Díaz Ocampo, Eduardo, El conflicto de competencia en la Justicia Indígena del Ecuador; Revistas Temas Socio Jurídicas Vol. 35, 2016.

Díaz Ocampo, Eduardo, La Justicia Indígena y el Pluralismo Jurídico en Ecuador, 2016.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 004-14-SCN-CC Consulta de Norma dentro del Caso N. 0072-1-1-CN.

Ecuador, Corte Constitucional Ecuador. Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014. Registro Oficial Suplemento 323 de 1 de septiembre de 2014.

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial N° 544. Lunes 9 de Marzo del 2009.

Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial N° 180, del 10-febrero-2014.

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

Ecuador, *Corte Constitucional del Ecuador*, “Sentencia”, en Juicio No. 1134-13-EP/20.

Ecuador, *Tribunal de Garantías Penales de Orellana*, Sentencia dentro del Juicio No. 2225120130223, 31 de octubre de 2019.

Espinoza Gallegos, Carlos. “Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales”, Quito – 2009.

- Ferré, Juan Carlos. “Diversidad cultural y sistema penal”, Revista Penal N°. 22, 2018.
- Ferrajoli, Luigi. “El garantismo y la filosofía del derecho”. Garantismo y Estado de Derecho. Gerardo Pisarello, Alexei Estrada y Jose Manuel Díaz (trad.). Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2000.
- Gutiérrez Gantier, German. “Complementación entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: sistematización en el Marco de la Asamblea Constituyente”, la Paz: Fundación Konrad Adenauer.
- Grijalva Jiménez, Agustín. “Constitucionalismo en Ecuador”, Quito – Ecuador, 2012.
- Grijalva Jiménez, Agustín. “Justicia Indígena Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador”, (Abya Yala, 2012), http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf.
- Grossi, Paolo. “Mitología Jurídica de la Modernidad”, Madrid: Trotta, 2003.
- Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas”, Ginebra, 2008.
- Hernández, Miguel. “Justicia indígena derechos humanos y pluralismo jurídico”, Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2017.
- Ilaquiche, Raúl. "Administración de Justicia indígena en la ciudad", Revista Yachaykuna.
- INREDH, Fundación Regional en Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas del Ecuador, Octubre de 2014.
- López Arcesio, Valiente. “Los Modos de Resolver los Conflictos Sociales en el Mundo Indígena, en Derecho Indígena en Panamá. Cuadernos de Ciencias Sociales No. 5, Panamá-Arpía Impresores, 2011.
- Llasag Fernández, Raúl. “Constitucionalismo y pluralismo jurídico: balance de la aplicación de las reformas constitucionales relativas al Derecho Indígena en el Ecuador”, ed. Luis Fernando Ávila Linzán, Quito: Corte Constitucional, 2011.
- Martínez, Juan Carlos. “Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico”, Fundación Konrad Adenauer, México 03 de noviembre de 2019, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4499/1.pdf>.

- Masapanta Gallegos, Christian. “El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico. En *Derechos Ancestrales Justicia en contextos Plurinacionales*”, Quito- Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- Ministerio Coordinador de Patrimonio. “Viviendo la justicia, pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador”, Quito – Ecuador, 2012.
- Nash Rojas, Claudio. “La interpretación culturalmente sensible de los derechos Humanos”.
- OIT Convenio 169, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 15 de mayo de 1998.
- ONU, Asamblea General. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre de 2007.
- Poveda, Carlos. “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, UASB Revista de Derecho Foro No. 8, 2007.
- Provincias del Ecuador, Provincia de Orellana, consultado en fecha 15 de julio de 2020 <https://provinciasecuador.com/region-amazonica/provincia-de-orellana/>.
- Ramírez, Silvina. “Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream>.
- Ramírez, Silvina. “Justicia penal y comunidades indígenas”, *Revista Latinoamericana de política criminal*, 1999.
- Rivas Toledo, Alex. “Sistema mundial pueblos indígenas en la Amazonía”, n.º 17, 2003, <file:///C:/Users/VICENT~1/AppData/Local/Temp/DialnetSistemaMundialYPueblosIndigenasEnLaAmazonia-4823285-2.pdf>.
- Rodríguez Caguana, Adriana. “Los derechos humanos lingüísticos de los pueblos indígenas: Construyendo horizontes interculturales”, Universidad Andina simón Bolívar, Ecuador, 2019.
- Ramón Valarezo, Galo. “Territorio, Identidad e Interculturalidad”, Abya-Yala, Quito – 2019.

- Sánchez Botero, Esther. “Algunos Presupuestos Epistemológicos y Metodología de la Antropología Jurídica”.
- Yumbay, Mariana. “El ejercicio de la Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”. *Llacta*, 21 de junio de 2007, <http://www.llacta.org/notic/2007/not0621b.htm>.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. “Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario”, Colombia, Perú y Bolivia, en *Desafaciendo Entuertos* Lima: Ceas, 1995.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. “Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel Z. “Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)”, Publicado en: *Revista Pena y Estado* # 4, Buenos Aires: INECIP y Editorial el Puerto, 2000.
- Walsh, Catherine. “Interculturalidad, Estado, Sociedad Luchas (De) Coloniales de nuestra época”, Quito, Abya Yala, 2019.
- Walsh, Catherine. “Interculturalidad y Plurinacionalidad, elementos para el debate constituyente”, (2008), <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wpcontent/uploads/biblioteca/100412.pdf>
- Wolkmer, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico: Nuevo marco Emancipatorio en América Latina”, en Jesús Antonio de la Torre Rangel (coordinador) *Pluralismo Jurídico, Teoría y Experiencias*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, San Luis Potosí, 2007.
- Wolkmer, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico, Derechos Humanos y Globalización”.
- Wolkmer, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho”, Sevilla: MAD, 2006.

Wolkmer, Antonio Carlos. "Pluralismo jurídico, movimiento sociales y prácticas alternativas", <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr007/elotrdr007-02.pdf>.