



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TEMA:**

**PLURALISMO JURÍDICO Y EL DERECHO PROCESAL  
EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN**

**AUTORA:**

**Vasconez Nolivos, Diana Carolina, Ab.**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:  
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

**Ab. Rodas Garcés, Gonzalo Xavier, Msc.**

**Guayaquil, Ecuador**

**2019**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL.**

**SISTEMA DE POSGRADO.**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **ABOGADA.DIANA CAROLINA VÁSCONEZ NOLIVOS**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

---

**Ab. Xavier Rodas Garcés, Msc.**

**REVISOR(ES)**

---

**Ab. Corina Navarrete Luque.**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA/CARRERA**

---

**Dr. Santiago, Velázquez Velázquez**

**Guayaquil, 07 de mayo del 2019.**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO.**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

Yo, **Diana Carolina Vasconez Nolivos**

**DECLARO QUE:**

El Proyecto de Investigación: Pluralismo Jurídico y el Derecho Procesal en el marco de la constitución, previa a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

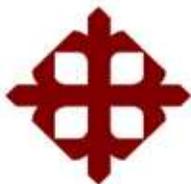
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, 07 de mayo del 2019**

**LA AUTORA**

---

**Ab. Diana Carolina Vasconez Nolivos.**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Diana Carolina Vasconez Nolivos**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del **Proyecto de Investigación del Grado Académico de Magister en Derecho mención en Derecho Procesal** titulada: **Pluralismo Jurídico y el Derecho Procesal en el marco de la Constitución**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, 07 de mayo del 2019**

**LA AUTORA**

---

**Ab. Diana Carolina Vasconez Nolivos.**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**  
**SISTEMA DE POSGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**INFORME DE URKUND**

The screenshot displays the URKUND interface with the following details:

- Document:** TESIS FINAL ABOGADA DIANA VIZCONEZ MOLINOZ (2).docx (5507081)
- Presentado:** 2019-04-02 12:57 (-05:00)
- Presentado por:** Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obando@hotmail.com)
- Recibido:** santiago.velazquez.uceg@sanjago.orkund.com
- Mensaje:** El archivo de Diána Vizconde Molinos -20190402... [Mostrar el mensaje completo](#)

The interface also shows a list of sources on the right and a detailed view of the document content at the bottom, which includes:

- UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**
- FACULTAD DE JURISPRUDENCIA (SISTEMA DE POSGRADO) MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**
- TEMA:** PLURALISMO JURÍDICO Y EL DERECHO PROCESAL
- EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN**
- AUTORES:** (Vizconde Molinos, Diana Carolina)
- PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO PROCESAL**
- TUTOR:** Pablo García
- Guayaquil, Ecuador, 2019**
- UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**
- FACULTAD DE JURISPRUDENCIA (SISTEMA DE POSGRADO) MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**
- CERTIFICACIÓN:** Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la (ABOGADA), (DIANA CAROLINA, VIZCONEZ MOLINOZ), como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de (MAGISTER EN DERECHO PROCESAL), DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero expresar mi gratitud a Dios por llenar mi vida de bendiciones. Agradezco a las autoridades de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, a mis profesores en especial al Dr. Xavier Rodas Garcés, quien con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hizo que pueda progresar como profesional.

En definitiva quiero expresar mi sincero agradecimiento al Dr. Francisco Obando Freire, quien con su dirección, conocimiento, enseñanza permitió el avance de este trabajo.

**Ab. Diana Carolina Vasquez Nolivos**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de tesis, se la dedico a Dios, por ser mi guía y darme la fortaleza para continuar en este proceso de obtener el Título de Magister en Derecho Procesal, que es uno de mis anhelos más deseados en ámbito profesional.

A mi Padre Ab. José María Vasconez Suarez, quien me enseñó que el conocimiento es la arma más poderosa para cambiar el mundo.

Este logro se lo dedico también a mi madre, quien me enseñó que incluso la tarea más difícil se puede lograr con dedicación y empeño, a mis hermanos por estar siempre presentes y ser mi apoyo moral, a lo largo de esta etapa de mi vida.

A mis Abuelos porque con sus consejos y mensajes de aliento y de una u otra forma me acompañan en todos mis metas.

**Ab. Diana Carolina Vasconez Nolivos**

# ÍNDICE GENERAL

INDICE DE TABLAS .....	X
RESUMEN.....	XI
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPITULO 1.....	11
MARCO TEÓRICO.....	11
Multiculturalidad y plurinacionalidad.....	11
1.1.1 Estado plurinacional e intercultural.....	15
1.1.2 Cosmovisión indígena.....	15
1.1.3 Sumak Kawsay.....	16
1.2 Pluralismo jurídico .....	16
1.2.1 Concepción monista del derecho (monismo jurídico) .....	21
1.2.2 Derecho Indígena .....	22
1.3 La Jurisdicción y Competencia .....	23
1.4 Referentes empíricos .....	26
CAPITULO 2.....	32
MARCO METODOLÓGICO.....	32
2.1 Metodología.....	32
2.2. Enfoque cualitativo.....	32
2.3 Alcance de la investigación .....	33
2.4 Tipología .....	34
2.5 Métodos Teóricos.....	34
2.6 Métodos Empíricos.....	35
2.7 Premisa.....	36
2.8 Gestión de datos.....	40
2.9 Criterios éticos de la investigación.....	41
CAPITULO 3.....	43
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	43
1. Constitución de la República del Ecuador Artículo 57,60,76,171 .....	43
2. Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Artículo 5, 13,2,18,19,40 .....	46
• Código Orgánico Integral Penal, artículo 5.9.....	47
• Ley Orgánica de las Actividades Jurisdiccionales Artículo 65.....	47

- Estudio de Sentencia N° 113-14-sep-cc, Caso N° 0731-10-ep, Corte Constitucional del Ecuador 48

ANÁLISIS DE LA LEY DE BOLIVIA.....	60
CAPITULO 4.....	63
PROPUESTA.....	63
4.1 Antecedentes.....	63
4.2 PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA.....	65
4.2.1 Título de la propuesta.....	65
4.2.2 Caracterización de la propuesta .....	65
4.2.3 Planteamiento de la propuesta.....	66
4.3 Objetivo General.....	67
4.4 Propuesta.....	67
4.5. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA:.....	69
4.6. Impacto jurídico y social de la propuesta.....	70
CONCLUSIONES.....	77
RECOMENDACIONES.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	80

## **INDICE DE TABLAS**

<b>Tabla 1: Métodos empíricos .....</b>	<b>37</b>
-----------------------------------------	-----------

## RESUMEN

**Antecedentes:** Dentro del marco constitucional de la plurinacionalidad y de la interculturalidad se cuestiona el reconocimiento de la justicia indígena y del concepto de Pluralismo Jurídico, dentro una visión más amplia que abarca su demarcación territorial, y su propiedad intelectual indígena colectiva. **Objetivo:** Evaluar las políticas diseñadas para la interpretación intercultural de los colectivos indígenas y fundamentar pautas metodológicas para los principios indígenas.

**Metodología:** Diseño de investigación cualitativa, con alcance exploratorio, descriptivo y explicativo, de tipo no experimental transversal. **Resultados:** Se evidencia la existencia de una variedad de factores que inciden en su conformación y desarrollo, que pasan necesariamente por la perspectiva del modelo de cosmovisión indígena, de éstos en su vinculación con los modelos aplicados desde el Estado central, y de las formas como se presenta un diálogo intercultural para su gestión. El reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario indígena parte del paradigma actual de los pueblos indígenas en Ecuador, en la que se reconozcan los principios de justicia frente al pluralismo jurídico, desde su ancestralidad.

**Conclusiones:** Se realizó un análisis desde la perspectiva cultural indígena, desde el concepto de plurinacionalidad que maneja el Estado ecuatoriano desde la Constitucionalidad, para realizar una propuesta para la defensa de los principios de justicia y respeto cultural a los pueblos indígenas.

**PALABRAS CLAVE:** Pluralismo jurídico, justicia indígena, demarcación, propiedad intelectual indígena, interculturalidad.

## ABSTRACT

Background: Within the constitutional framework of plurinationality and interculturality, the recognition of indigenous justice and the concept of Legal Pluralism is questioned, within a broader vision that encompasses its territorial demarcation, and its collective indigenous intellectual property. Objective: To evaluate the policies designed for the intercultural interpretation of the indigenous groups and to base methodological guidelines for the indigenous principles. Methodology: Qualitative research design, with exploratory, descriptive and explanatory scope, of non-experimental transversal type. Results: The existence of a variety of factors that influence its conformation and development is evidenced, which necessarily pass through the perspective of the indigenous worldview model, of these in their connection with the models applied from the central State, and in the ways An intercultural dialogue is presented for its management. The recognition of the existence of indigenous customary law is part of the current paradigm of indigenous peoples in Ecuador, in which the principles of justice versus legal pluralism are recognized, from their ancestry. Conclusions: An analysis was made from the indigenous cultural perspective, from the concept of plurinationality that the Ecuadorian State handles from the Constitutionality, to make a proposal for the defense of the principles of justice and cultural respect for indigenous peoples.

**KEYWORDS:** Legal pluralism, indigenous justice, demarcation, indigenous intellectual property, interculturality

## INTRODUCCIÓN

Desde hace veinte años se le ha dado una lenta pero progresiva incorporación a los derechos indígenas en la Constitución; así, la Carta Magna de 1998 ya establecía los derechos colectivos, lo cual se iba engranando con el contexto internacional que reconocía el pluralismo jurídico y por ende el reconocimiento de los pueblos originarios, siendo una prueba de ello el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La Constitución de 2008 marca una nueva etapa en la realidad jurídica ecuatoriana, profundizando los logros obtenidos en la Constitución, en consecuencia, favorecen entre otros, a los colectivos indígenas. Por lo tanto, el Estado ecuatoriano reconoce su plurinacionalidad e interculturalidad y amplía los derechos de las naciones ancestrales, entre esos derechos, su propia administración de justicia. Así mismo, el artículo 171 de la Carta Magna establece que las autoridades de los colectivos, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen la potestad para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, basándose en sus costumbres y tradiciones ancestrales dentro de su ámbito territorial.

En consecuencia, los colectivos indígenas, a través de sus autoridades, están en la capacidad de aplicar normas y procedimientos propios para la solución de sus propios conflictos internos, y esto no significa que contradiga la Carta Magna ni constituya una violación de los derechos humanos. Tales decisiones además deben ser respetadas y protegidas por el propio Estado ecuatoriano.

Este reconocimiento a los colectivos indígenas en el ámbito jurídico implica el cambio de paradigma, en el monismo al pluralismo jurídico, y eso a su vez implica que un sistema jurídico no se impone sobre el otro, sino que en todo caso pueden respetarse y trabajar

mancomunadamente cuando sea necesario, y para ello desde el derecho formal deben hacerse esfuerzos para la interpretación, lo más objetiva posible, de los colectivos indígenas.

Entonces, el objeto de estudio de la presente investigación es la **multiculturalidad y el derecho indígena** como una categoría de la pluralidad jurídica que rige en Ecuador. Parte de observar los colectivos indígenas y la relación entre su justicia, la justicia ordinaria, y lo establecido en la Constitución. Ello amerita el estudio de jurisprudencias, fundamentalmente el Caso La Cocha, respecto a las prácticas de la justicia que vulneren los derechos de los indígenas así como decisiones judiciales en contra de ella.

La justicia indígena, como se desarrollará a lo largo de este trabajo, es parte de la cultura de los colectivos indígenas; parte inherente e incluso necesaria para la convivencia y supervivencia de la población indígena como sociedades ancestrales. Tal justicia está enlazada con su cosmovisión y a diferencia de la justicia ordinaria, es menos individualista, por lo que hay un verdadero sentimiento o una percepción sobre la justicia de los colectivos que afecta meramente a la comunidad, y que en las sociedades occidentales se ha perdido mucho de vista ese espíritu colectivo por privilegiar o darle prioridad a las individualidades y el respeto por los asuntos personales.

Pero si bien los colectivos indígenas incluso preceden a la propia existencia de la República, la mayoría de las veces dicha población se vio absorbida o al margen del derecho formal sin que se respetara su cultura y sus tradiciones. La actual Constitución, que ya cumple una década en vigencia, se ha formulado en buena medida para terminar de romper con aquel paradigma de visión occidental que hace invisible o subestima las poblaciones que son alternativas o diferentes a la población occidental hegemónica.

No solo la población blanca, sino también la población mestiza, son renuentes y han reaccionado negativamente y de forma enérgica no contra los derechos colectivos sino contra la justicia indígena. Aunque parece una paradoja, ello encuentra explicación en términos como

la libertad positiva y la libertad negativa, en este sentido, desde la cultura occidental perciben que los colectivos indígenas tienen derecho para desarrollar sus culturas y tradiciones pero no les es permitido juzgar desde sus propios criterios, o específicamente sancionar a los individuos, con los castigos que los colectivos consideran adecuados.

Esa polémica que versa sobre el supuesto carácter bárbaro que posee la justicia indígena ha generado una serie de estudios y análisis, especialmente después del caso La Cocha II, que han obligado a hacer una serie de reflexiones desde el derecho ordinario, impulsando teorías revisionistas, tanto a favor como en contra, de lo establecido en la Carta Magna.

La presente investigación plantea **el problema** de la falta de autonomía de los colectivos indígenas para que puedan ejercer efectivamente sus derechos. Para esto se toman en cuenta las fallas de las políticas por parte del Estado que no impulsan definitivamente el ejercicio efectivo de los derechos y las garantías a los colectivos como está contemplado en la Constitución de la República del Ecuador. A pesar de la promulgación de la Constitución vigente, en algunos casos, los jueces vulneran derechos y garantías cuando emiten sentencias que no son congruentes con lo establecido en la Carta Magna, con lo cual se transgreden de forma reiterada los derechos de los pueblos, grupos de personas y colectivos que buscan la solución a un conflicto a su manera y en el marco legal otorgado por la propia Constitución.

En otras palabras, se estudia la vulnerabilidad de la autonomía de los pueblos indígenas para el ejercicio efectivo de sus derechos colectivos. Por lo tanto, se evalúan las políticas por parte del Estado para determinar hasta qué punto favorecen u obstaculizan el ejercicio de los derechos colectivos consagrados en la Constitución. Con base en el análisis de las sentencias, especialmente el Caso la Cocha, es posible afirmar que los jueces ocasionan la vulneración a tales derechos y a las premisas constitucionales al emitir sentencias que no son coherentes con lo contemplado en la Carta Magna, ergo, por lo expuesto, transgreden reiteradamente los

derechos de los pueblos, grupos de personas y colectivos que buscan la solución a un conflicto de manera legal.

La investigación estudia entonces la persistente dicotomía entre la justicia indígena o ancestral, la justicia ordinaria y formal, además de buscar la necesidad de solucionar ambas justicias por el bien del derecho y de la república. En el trabajo se hará un amplio desarrollo teórico que da cuenta de los paradigmas existentes, teorías generales y sustantivas, y los referentes empíricos; también se argumentará la metodología utilizada y se mostrarán y analizarán los resultados obtenidos, para finalmente construir la propuesta con bases teóricas y jurídicas con el objetivo de solventar la problemática planteada y que concierne a los colectivos indígenas.

Se plantea el problema de la autonomía de los pueblos indígenas para el ejercicio efectivo de sus derechos colectivos considerando las falencias de las políticas por parte del Estado, el punto de inicio que impide el ejercicio de los derechos colectivos consagrados en la Constitución (Yrigoyen, 2012). De tal manera que el diseño y la elaboración de políticas públicas idóneas, que realmente identifiquen el problema y la solución, permitirán el cumplimiento del derecho consuetudinario de los pueblos originarios indígenas y se asegurará la garantía constitucional de la autodeterminación e interculturalidad de los pueblos (Tibán & Llaquiche, 2008). Actualmente, los juzgadores causan vulneración a dichos derechos y premisas constitucionales al emitir sentencias que no son coherentes con lo contemplado en la Carta Magna.

A finales del siglo XX se dio en los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) un proceso de reformas legales para el reconocimiento del carácter pluricultural de los Estados, así como de los derechos de los indígenas y de los campesinos, y finalmente, el reconocimiento de los derechos indígenas y su jurisdicción especial (Cruz, 2017).

En el Ecuador, según investigaciones publicadas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INEC) existen 13 lenguas indígenas reconocidas de manera oficial, y 830.418 personas se identificaron como indígenas, de los cuales 524.136 hablan una lengua nativa, a los que se le suman otros que no son indígenas pero que hablan algunas de esas lenguas, dando un total de 582.542 personas en el Ecuador que pueden comunicarse con una lengua indígena. (Chisaguano, 2006). El estudio citado es un esfuerzo de divulgación del Estado ecuatoriano para que la población en general adquiera conocimientos de la vida indígena.

A pesar de los aspectos arriba mencionados, la realidad dista de parecer ideal para un entendimiento de la cuestión indígena. Primeramente, países como Colombia y Venezuela, aunque andinos, y el último con un Carta Magna abiertamente a favor de los indígenas, cuentan con una población inferior al 2% en ambos casos; teniendo solamente una considerable población de indígenas Ecuador, con 24,9%, Perú con 38,4% y Bolivia con 71%; esto se traduce en que hay 620.052 y 315.815 en Venezuela y Colombia respectivamente, y además bastante focalizados, mientras que hay en Ecuador 2.634.494 indígenas, en Bolivia 4.142.187, y en Perú 8.793.295 (Chisaguano, 2006)

La otra cuestión es que aun estando contemplado en la Constitución de cada uno de estos países, los derechos indígenas incorporados en tales textos tendrán como límite y dependencia la simple voluntad política del momento o, al contrario, con independencia de las condiciones presentes, la urdimbre normativa y la práctica de una política indigenista real, facilitará la realización efectiva, con consciencia de que la materialización de los derechos de este sector debe ir de la mano con los derechos económicos, sociales y culturales de la sociedad en general (López, 2016)

En este orden de ideas, el problema que se presenta en los países con normativas indigenistas es que no se ha podido llevar a la realidad y mucho menos arraigarse como una

práctica en el Derecho. Específicamente en el caso de Ecuador, la ley ordinaria no se ha podido poner de acuerdo con la ley indígena lo cual ha generado varias fricciones en la que ha salido perdiendo la autonomía y la jurisdicción indígena, restándole competencias, imponiéndole limitaciones y en definitiva comprometiendo severamente su cosmovisión.

En este sentido, puede tomarse en cuenta el caso de la Ley Minera que contempla cómo debe proceder el Estado en territorios indígenas involucrados en asuntos de utilidad pública; el caso de Pitana Alto, donde se hace alusión al reconocimiento y protección al derecho colectivo de las tierras; el caso Waorani en la cual se declara que, en caso de homicidio y el procedimiento correspondiente, debe haber una interpretación desde la perspectiva intercultural que tome en cuenta la visión indígena y por lo tanto involucre el peritaje antropológico. Pero el caso más emblemático es el de la Cocha ya que establece un precedente en la limitación de la jurisdicción indígena a expensas de la justicia formal. Aunque muchos han criticado tal sentencia porque socava la propia justicia indígena relegándola a asuntos menores, la verdad es que ha persistido el conflicto del derecho formal de no aceptar la cosmovisión indígena (Diario El Telefrago, 2014).

Sobre la base de esta problemática se plantea la siguiente pregunta de investigación:  
**¿Cuál ha sido el impacto de las políticas del Estado para una efectiva interpretación intercultural y una efectiva administración de justicia de los colectivos indígenas?**

Para contestar esta pregunta se plantea la siguiente **premisa**: Con los fundamentos teóricos, doctrinales y constitucionales del pluralismo jurídico, la interculturalidad y la plurinacionalidad, se procura evaluar las políticas diseñadas para la interpretación cultural de los colectivos indígenas. Tal evaluación requiere que se haga a la luz de un marco teórico del derecho indígena, y su estudio permitiría determinar las debilidades y fortalezas, ajustando las primeras, a través de la fundamentación de pautas metodológicas, para impulsar y asegurar el ejercicio adecuado de los principios indígenas reconocidos en la Constitución. El correcto

ejercicio de los derechos colectivos, logra el cumplimiento de los derechos y principios de autodeterminación e interculturalidad, concretados en una Ley Indígena.

Para el efecto, se plantea el siguiente **objetivo general**: Evaluar las políticas diseñadas para la interpretación intercultural de los colectivos indígenas y fundamentar pautas metodológicas para los principios indígenas.

Como **objetivos específicos** de la investigación se formula: Fundamentar los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales de pluralismo jurídico y Derecho Indígena. Analizar los procesos de autodeterminación y resultados de la lucha de los movimientos comunitarios en pro de la justicia indígena. Levantar un diagnóstico de resultado de la justicia indígena. Fundamentar una propuesta para la aplicación de los principios de interculturalidad y pluriculturalidad en el sistema de justicia ordinaria.

Para construir el marco teórico es necesario **métodos** propios de las ciencias jurídicas que permitan abrir una perspectiva diferente de investigación tanto teórica como metodológica (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010). Por lo tanto se utilizará el método Histórico-jurídico: ya que hay una palmaria correlación entre los hechos históricos y la elaboración de las leyes internacionales y nacionales; el método de sistematización jurídico doctrinal que permitirá un análisis, síntesis, inducción y deducción a fin de construir los presupuestos teóricos que fundamenten la multiculturalidad y la pluralidad jurídica como objeto y campo de estudio. Se utilizará también el método exegético jurídico en el sentido que hay dos corrientes interpretativas de la realidad indígena, la formal y la de origen indígena, por lo que aspira llegarse a un consenso sobre la interpretación satisfactoria de las leyes. Finalmente, el método jurídico-comparado para considerar la realidad de los indígenas en los países andinos y sus avances en cuanto a la materialización efectiva de los derechos de los colectivos indígenas.

**Los métodos empíricos** utilizados en la presente investigación, para caracterizar y diagnosticar la situación problemática ubicada en el campo de estudio jurídico son: análisis de

contenido y estudio de caso, a través de instrumentos tales como la observación participante, encuestas, entrevistas, grupos focales. También valiosos aportes como los de peritaje, como el de Esther Sánchez (2007), Pedro Torres, así como los de Guevara, Verona y Vergara (2015). Serán fundamentales para la precisión jurisprudencial, pues para el tema indígena son concentrados de experiencia histórica y jurídica. En el caso concreto de las entrevistas, se realizarán a expertos en la materia, jueces y abogados litigantes, líderes comunitarios e investigadores académicos. Las entrevistas son no probabilísticas porque interesa el conocimiento de los expertos (Yeric & Todd, 1996). Aunque el asunto indígena es delicado, en procura de la calidad de las entrevistas se harán preguntas claras y sin eufemismos (Martínez, 2008). También es factible el uso fuentes periodísticas y material audiovisual porque es un tema que se está desarrollando actualmente. (Eco, 2001).

Finalmente, se hará énfasis en las políticas públicas que haya o esté desarrollando el Estado para hacer efectivo el ejercicio de los derechos colectivos reconocidos en la Constitución, así como las propuestas que existan desde sectores no gubernamentales como las universidades u otras organizaciones

Con el presente trabajo se quiere contribuir a la construcción del Estado plurinacional e intercultural que demanda la Constitución, lo cual requiere la evaluación de políticas del Estado para que sean claras y eficientes respecto a la justicia indígena, que eviten que se continúen deslegitimando los derechos reconocidos a los colectivos indígenas en la Carta Magna.

Esto también requiere un esfuerzo que implica fundamentar pautas metodológicas para los principios indígenas que dé como resultado una propuesta legal que garantice la aplicación de la interculturalidad y la pluriculturalidad en el sistema de justicia ordinaria, la cual es una aspiración de los defensores del pluralismo jurídico en el Estado ecuatoriano y que constituye la **Novedad Científica** de la presente investigación.

De esa manera se persigue a su vez clarificar la relación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena y cómo deben coordinarse sin que implique intromisión o subordinación de una a la otra, especialmente, como ha ocurrido en la práctica, la cooperación entre las justicias no debe ser una excusa para limitar la justicia indígena. El control por parte de la justicia estatal, no debe limitar las atribuciones, sino que debe sentar las bases para una distinción cultural en armonía con el cruce de los sistemas jurídicos. Por lo tanto, se parte de la idea de la necesidad de crear una resolución por parte de la corte constitucional de justicia tomando en cuenta que no existe un texto constitucional que establezca taxativamente qué delitos puede tratar o no la justicia indígena.

Una propuesta interesante tiene que ver con la *demarcación territorial*, incluso auto demarcación para que sean los pueblos y comunidades indígenas quienes ejecuten sus derechos desde y en las comunidades hacia el Estado lo que a su vez permite que tales pueblos protejan tanto sus principios como sus conocimientos ancestrales y tradicionales de la injerencia de terceros dentro de su territorio (Aguilar, 2012) pues en ella descansa el derecho a la propiedad intelectual de los pueblos indígenas.

# CAPITULO 1

## MARCO TEÓRICO

### **Multiculturalidad y plurinacionalidad**

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 y el Código Orgánico de la Función Judicial imprimieron el carácter de interculturalidad y plurinacionalidad al Estado ecuatoriano, lo que representó un cambio trascendental en el reconocimiento de los derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Parte de dicho reconocimiento consiste en aceptar la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia y solucionar los conflictos internos que surgen en sus territorios.

El artículo 171 de la Carta Magna contempla que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas tienen la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales, fundamentándose en sus costumbres y tradiciones ancestrales dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación y las decisiones de las mujeres. Así, las autoridades pueden aplicar normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, sin que ello implique una contradicción a lo establecido en la Constitución ni vulnere de forma alguna los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. En este sentido, hay severidades en el castigo que tienen su razón de ser pero que no implican la muerte ni tienen como propósito la tortura del castigado; un ejemplo de ello consta en el caso La Cocha II donde se percibió desde la visión occidental cierta barbarie en la forma de sancionar a los culpables. Además, dice la norma que el Estado tiene el deber de velar que las decisiones de la jurisdicción indígena se respeten por las instituciones y autoridades públicas. Ergo, de acuerdo con los preceptos constitucionales, dichas decisiones se sujetan al control de constitucionalidad.

El objeto de estudio, entonces, parte de observar la relación entre la justicia indígena y la justicia plasmada en la Constitución. A tal fin será importante el estudio de jurisprudencias y el análisis de Acciones Extraordinarias de protección respecto a las prácticas de la justicia que vulneren los derechos de los indígenas así como decisiones judiciales en contra de ella.

El análisis jurídico de la legislación ecuatoriana y la administración gubernamental han venido otorgando una importancia significativa a la población indígena, en razón de que la Constitución promulga un Estado plurinacional e intercultural lo cual conlleva a varias implicaciones para el efecto de garantías de derechos; uno de estas implicaciones es el pleno reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas (Yrigoyen, 2012). El derecho indígena en términos generales podría entenderse como el conjunto de principios, de normas, de usos, y costumbres no vulneradores de los derechos humanos ni constitucionales (Hernandez, 2011).

Ante el contexto jurídico y real descrito, en el desarrollo de esta investigación, se realiza un estudio teórico, jurídico y empírico del sistema de justicia indígena, y su relación con sistema de justicia ordinario; se explica la evolución del desarrollo normativo en el contexto internacional y ecuatoriano y sus instrumentos legales internacionales (Palacios, 2015). Igualmente, se requiere realizar un análisis de la relación entre la justicia indígena con la justicia ordinaria, considerando la primera desde sus derechos como colectivos para ejercer sus derechos, particularmente en materia procesal; desde la justicia formal, considerando el alcance del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional a la hora de evaluar las decisiones dictadas por las autoridades indígenas ecuatorianas y si dicho control cumple con los parámetros del reconocimiento de la diversidad cultural existente en este país. Así, se mostrarán y explicarán los resultados de la investigación de la justicia indígena y sus procesos, tomando como referencia el caso La Cocha, por ser un ejemplo de las limitaciones y

vulneración de la Justicia Indígena, y de los propios principios y preceptos constitucionales (Erraez, 2015).

La investigación, en efecto, tiene como uno de sus puntos de partida prácticos la sentencia del caso La Cocha, en donde la Corte Constitucional, con el auxilio de peritajes antropológicos, pudo ejercer control constitucional sobre la potestad jurisdiccional que tienen las autoridades de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. En este sentido se realiza un análisis sobre la evaluación ejercida por el máximo órgano de control constitucional, con el fin de establecer si sus razonamientos han sido acertados y si la sentencia del caso está de conformidad con los estándares a nivel nacional e internacional que reconocen la jurisdicción indígena y la diversidad de la cultura en un Estado Intercultural Plurinacional.

El estudio propuesto también debe desarrollarse estableciendo claramente el concepto de pluralismo jurídico, además de explicar y dar la importancia a definiciones claves como derecho indígena, Estado Intercultural y Estado Plurinacional, incluso, un término ancestral propio de la sociedad ecuatoriana como Sumak Kawsay.

Es necesario también conceptualizar la jurisdicción para distinguirla de la figura procesal de la competencia, diferencia que se hace en el marco de la potestad constitucional para la resolución y decisión de conflictos internos que presenten los pueblos indígenas. Otro requisito es establecer los principios que sostienen la administración de justicia indígena para determinar cómo son los procedimientos, y de qué manera justifican las decisiones autoridades legítimas; además se debe profundizar en el estudio de la jurisprudencia consuetudinaria, empleando para ello el Caso La Cocha, y reforzar el estudio con otras resoluciones que demuestren la vulneración de los procesos jurídicos indígenas. El caso de marras permite evaluar el rol que juega el peritaje antropológico al momento de realizar interpretaciones interculturales de las sentencias de las autoridades indígenas, lo cual tiene gran valor para considerar y tomar decisiones la Corte Constitucional al ejercer su control.

Si bien el tema de la justicia indígena ha sido abordado desde varias perspectivas como los daños ambientales, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, entre otros, no se ha podido llegar a un acuerdo entre los líderes indígenas y las autoridades judiciales ordinarias, para que se diriman las controversias suscitadas en cuanto a las competencias y las formas de administrar la justicia.

El presente trabajo se perfila en esa dirección; se parte del supuesto de una necesidad sentida en el seno de la justicia ordinaria que no ha permitido asimilar la plurinacionalidad y la multiculturalidad, esto es, persisten reminiscencias de la hegemonía occidental que opacan y subestiman las tradiciones y costumbres de pueblos ancestrales precolombinos.

Aunque exista un marco jurídico indígena que enuncia los derechos reconocidos por el Estado a tal población, para que dichos derechos transiten de una fase de mero reconocimiento a otra de verdadero ejercicio, es fundamental que estén acompañados de políticas públicas que faciliten la materialización de la norma en el ámbito de la realidad social. (Aguilar, 2012)

En otras palabras, la positivización del derecho consuetudinario indígena ha sido posible gracias a un elemento externo que ha sensibilizado el asunto indígena en la comunidad internacional lo cual se remonta a la Sociedad de Naciones cuando las reconoció como minorías; luego las Naciones Unidas les da el estatus de pueblo, y posteriormente se aprueba el convenio 169 de la OIT donde se reconoce el derecho consuetudinario. A nivel interno, se ha tratado de corresponder con la dinámica internacional, de ahí que se haya proclamado la vigente Constitución con carácter indigenista.

Esto también requiere un esfuerzo por delimitar claramente el problema y tener criterios para la elaboración de las políticas acertadas, porque puede que aun teniendo los conceptos correctos, no se resuelva el problema en cuestión, porque el problema no es el verdadero problema, el de fondo, y las políticas llevadas a cabo no son las más adecuadas para atacarlo; incluso es posible que del abordaje, resulte el agravamiento de la situación. (Winchester, 2011)

Finalmente, con el presente trabajo se persigue clarificar la relación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena y cómo deben coordinarse sin que implique intromisión o subordinación de una a la otra, especialmente, como ha ocurrido en la práctica; la cooperación entre las justicias no debe ser una excusa para limitar la justicia indígena. El control por parte de la justicia estatal, no debe limitar las atribuciones, sino que debe sentar las bases para una distensión cultural en armonía con el cruce de los sistemas jurídicos. Por lo tanto, se parte de la idea de la necesidad de crear una resolución por parte de la corte constitucional de justicia tomando en cuenta que no existe un texto constitucional que establezca taxativamente qué delitos puede tratar o no la justicia indígena. Además, se hará un esfuerzo para contribuir en la elaboración de una guía práctica para la debida administración de justicia indígena, que incorpore los mecanismos de coordinación con el sistema de justicia ordinaria.

### **1.1.1 Estado plurinacional e intercultural**

De acuerdo con García Linera (2015) por las razones históricas es imposible homogeneizar las sociedades latinoamericanas por lo que la ciudadanía intercultural es un hecho inevitable y el Estado debe abrirse a la posibilidad de que los pueblos indígenas, que son incluso población mayoritaria o la mitad de la población como en Bolivia y Perú respectivamente, tengan sus derechos colectivos de autogobierno.

El autor plantea esta idea como uno de los retos de la democracia porque en países multiculturales o multinacionales la desconcentración del Estado es compleja porque el Estado para su supervivencia exige el reconocimiento de una base comunitaria cultural como principio para su reorganización. La identidad cultural es por tanto el punto de partida para la constitución del sujeto público. La descentralización política con base a diferencias culturales, en cambio, requiere de una ingeniería estatal nacional y subnacional que es compleja pero también imprescindible (García, 2015).

### **1.1.2 Cosmovisión indígena**

A decir de la cosmovisión indígena, se entiende que dicha población tiene su propia idea e imagen del cosmos, su cosmovisión, como toda población presente y pasada. Sin embargo, a diferencia de otras poblaciones, la cosmovisión indígena había estado solapada y desperdigada por siglos, y ha sido recientemente cuando ha podido nuevamente expresarse. La cosmovisión indígena implica que el mundo tiene principios que lo ordenan y mantienen en equilibrio, y que si estos principios se rompen, es catastrófico para la sociedad. (Escuela Intercultural de Gobierno y Políticas Públicas, 2007)

La cosmovisión indígena entiende cuáles son esos principios y ha sabido respetarlos, manteniendo una armonía con la naturaleza. Tales principios constituyen la base de la cosmovisión indígena. Algunas características pueden variar entre los colectivos, pero en esencia son los mismos para todos los indígenas, por lo tanto entienden que la naturaleza y la sociedad están relacionadas, se complementan, y la relación es recíproca. Es esa la manera que han tenido de ver y sentir el universo, lo cual practican a través de su creencia, de su religión y su propia concepción del derecho. (Escuela Intercultural de Gobierno y Políticas Públicas, 2007).

### **1.1.3 Sumak Kawsay**

El Sumak Kawsay significa buen vivir y se plantea como una alternativa al desarrollo occidental, por lo que la producción del país debe estar vinculada o incluir los valores de las comunidades indígenas, es decir, tomar en cuenta su cosmovisión y apartarse del desarrollismo convencional, la globalización y el neoliberalismo. La propuesta de Sumak Kawsay es un reconocimiento y una reivindicación a las décadas de luchas sociales de la población indígena y la propuesta no implica un retroceso, ni es populismo ni es retrógrada, sino que es un planteamiento pos desarrollista, pos colonial y pos neoliberal (Solo, 2016)

### **1.2 Pluralismo jurídico**

De acuerdo con Díaz Ocampo (2016), el pluralismo jurídico surge no tanto como un conjunto de concepciones y diferencias teóricas sino para darle respuesta al monismo jurídico. El pluralismo jurídico busca romper con la identidad de un Estado con una determinada nación, y propone lo plurinacional o la multiplicidad de naciones. Esto sugiere que la corriente monista precede a la pluralista y no ha existido una discusión desde sus propios orígenes sino que ha sido un debate que inicia en la segunda mitad del siglo XX y que aún no se ha podido dirimir del todo, aunque el pluralismo jurídico, en un contexto donde prevalecen los valores democráticos, la igualdad, la tolerancia y la aceptación de la diversidad, tiene argumentalmente las de ganar.

Al abordar los derechos colectivos se abre una amplia gama de sectores, grupos o poblaciones a las cuales puede referirse el término. Así, la comunidad LGBTI reclama sus propios derechos como colectivos, trabajadores, campesinos, gremios, entre otros. Aunque en este punto se trate sobre generalizaciones por propósitos de esta investigación siempre se preferirá ilustrar con el tema indígena. En este orden de ideas, Andrés Santos y Amezúa (2013) sostienen que ha sido el principio de libre determinación de los pueblos establecido por declaraciones internacionales de derechos posteriores al año 1960, donde las Naciones Unidas proclamaron que colonialismo era ilícito y por lo tanto los pueblos tenían derecho a su propia emancipación. Desde ese momento, se comienza a hablar de la aparición de un derecho humano colectivo, con el que emerge un nuevo tipo de sujeto, los pueblos, que rompe con la dicotomía del modelo vateliano. Los pueblos, se entiende, como agregaciones humanas que tienen elementos de cohesión culturales y por lo tanto prepolíticos y en consecuencia no necesitan conformarse como Estados, lo trascienden como ente, y pueden exhibir una existencia diferenciada independiente de cualquier otra entidad y puede reclamar derechos como tales. El derecho que tiene cada pueblo para la libertad colectiva es un requisito fundamental para obtener la libertad individual, en otras palabras, los espacios de libertad de los seres humanos

y su propia individualidad, no emerge ni se desarrolla en el seno de una humanidad indiferenciada, sino en el marco de culturas propias y particulares bien sea de índole nacional o comunitaria.

En cierto sentido es algo paradójico hablar de un nuevo paradigma para referirse a un viejo paradigma. No obstante es algo necesario, entendible e inherente cuando se hace alusión al derecho de los colectivos indígenas en el marco de la Constitución de la República. En este sentido se puede hacer referencia al paradigma de la barbaridad de la justicia indígena que si bien cuenta con defensores de tal postura, fundamentalmente los administradores de justicia en el país, también tiene un buen número de detractores.

Otra postura es la que se antepone a la primera y plantea, entre otros aspectos, que la administración de justicia indígena está supeditada a procedimientos sociales y civiles establecidos que son aceptados y compartidos por el colectivo; ergo, no es castigar por castigar sino que las medidas tienen su razón de ser para la comunidad donde se realiza el hecho. (Ariza, 2010).

Una postura algo polémica pero que se puede vincular con tales criterios expuestos es el del buen salvaje, a que hace alusión, entre muchos otros, Flores (2013) quien señala que hay una idealización del indígena como ejemplo de la inocencia humana en contraste con el conquistador español que terminó corrompiendo al indígena. Esta postura sin embargo no hace mayores alusiones a la justicia indígena. Es decir, si hay un planteamiento rousseauiano de un indígena benevolente las capacidades de cometer un delito son bastante reducidas o nulas.

Existen entonces tres paradigmas. El primero que percibe la justicia indígena como un acto bárbaro que viola los derechos humanos de sus propios miembros de la comunidad. Esta visión es la que se ha impuesto tradicionalmente y es la que se está combatiendo. Una segunda postura, más realista, plantea que la severidad de la justicia indígena tiene que ver con la cosmovisión y por lo tanto hay un trasfondo que no puede ser entendido desde los paradigmas

de la justicia formal. Finalmente, hay una tercera postura, la más débil por ser muy idealista y maniqueísta, pero que tiene un fuerte componente histórico a su favor y existe de alguna manera en el imaginario colectivo con cierto misticismo y que incluso ha servido retóricamente para las reivindicaciones de los pueblos oprimidos, y es la condición del buen salvaje inherente a los colectivos indígenas.

Los derechos colectivos enfatizan el valor de proteger las culturas indígenas y la existencia per se y rechazan la asimilación y la integración como modos válidos de relacionarse con los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas han declarado:

Según Xanthani (2009) el concepto de derechos colectivos de los pueblos indígenas es de suma importancia porque significa el establecimiento de los derechos de los pueblos como grupos, y no simplemente el reconocimiento de los derechos individuales, que es uno de los propósitos más importantes de Declaración internacionales como las de las Naciones Unidas sobre los derechos indígenas. Sin tal concepción, aduce la autora, los instrumentos, nacionales o internacionales, no pueden proteger adecuadamente los intereses más básicos de ningún colectivo.

En contraste, si se considera sobre todo el pasado inmediato, algunos países habían utilizado teorías liberales para rechazar la noción de derechos colectivos. Por ejemplo, en Francia se había declarado en el Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de 1996 que los derechos colectivos no existían en el derecho internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, el gobierno tenía reservas con respecto a aquellos artículos que pretendían establecer derechos colectivos. En los Estados Unidos, por otra parte, en los comentarios de su delegación sobre la sección 1 del Proyecto de Declaración en el Grupo de Trabajo de 1995, se explicó la reticencia a los derechos colectivos indígenas alegando que los instrumentos internacionales generalmente hablan de derechos individuales y no de derechos colectivos, por lo que los derechos garantizados son los de los individuos con el propósito de evitar que algunos grupos

o el propio Estado trasgreda o interfieran con ellos en nombre del bien mayor; algo similar, relacionado o incluso perteneciente a lo que se conoce como razón de Estado. (Xanthani, 2009)

Tal postura señala que es apropiado o necesario referirse a comunidades o grupos indígenas para reforzar sus derechos civiles y políticos individuales sobre la base de la igualdad y la no discriminación; pero caracterizar un derecho como perteneciente a una comunidad, o colectivo, en lugar de un individuo, puede y, a menudo, se considera que limita el ejercicio de ese derecho, visto que solo un grupo puede invocarlo, y así puede abrir la puerta a la negación del derecho al individuo. Este enfoque es coherente con la opinión general de los países con posturas liberales, como Estados Unidos, que la desarrollan por su experiencia doméstica, de que los derechos de todas las personas se garantizan mejor cuando los derechos de cada persona están protegidos de manera efectiva.

Como es evidente, esta postura la hegemónica occidental que concibe los derechos desde el individualismo, evitando defender o aupar lo que en términos popperianos podría decirse sociedades cerradas en contraste con las sociedades abiertas, siendo estas últimas las más acorde a los tiempos actuales donde imperan valores modernos y posmodernos. Las sociedades cerradas se perciben como absolutistas o características de regímenes totalitarios donde el individuo desaparece como sujeto a favor de un Estado omnipotente y omnipresente. Y esta perspectiva no es errada, pero para entender las propias sociedades occidentales, no siendo justo aplicar tal lógica a los colectivos indígenas, y esa percepción y falta de la otra percepción- la indígena-, ha sido gran parte del problema en poder garantizar sus derechos constitucionales.

En contraposición señalan Piaguaje et al (2017) que las normativa internacional en instancias como la ONU y la OIT han reconocido y aceptado tanto derechos individuales como derechos colectivos de las poblaciones indígenas. Estos derechos garantiza la integridad de sus

territorios, su libre determinación y su derecho a participar en las decisiones del Estado; de ahí que sea importante para los pueblos indígenas la reivindicación de esos derechos específicos.

### **1.2.1 Concepción monista del derecho (monismo jurídico)**

Por monismo jurídico se entiende la corriente dominante en el mundo occidental, considerada como derecho moderno y que asume el monopolio estatal, la uniformidad jurídica, que los valores occidentales se hagan los únicos e imperantes en la sociedad, válidos y reconocidos por el Estado, en otras palabras, el monismo significa que a un determinado Estado le corresponde un determinado derecho. (Guartambel, 2015).

Los defensores de la teoría monista argumentan que si el derecho no está reconocido por el Estado, carece de toda efectividad en su aplicación y viola el principio de la seguridad jurídica y el Estado de derecho, lo cual es lógico y por lo tanto el derecho indígena tiene cabida en la Constitución, pero los monistas descartan la posibilidad de que convivan dos o más derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por lo tanto, todo lo que no esté escrito en la ley no existe, y por lo tanto no tiene reconocimiento ni validez legal (Guartambel, 2015).

La histórica identidad Estado- Derecho ha sido lo que no ha permitido visibilizar ni aceptar a las autoridades indígenas para que aplicaran su propio sistema normativo de una manera amplia, dándose solo casos en los que se le ha concedido a los indígenas regular competencias de poca importancia; tal postura prevaleció durante los años 70 pero para finales del siglo XX comenzó a reconocerse y a garantizarse de manera constitucional en los países andinos de la región latinoamericana la pluralidad cultural y el derecho a la identidad cultural (Díaz, El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador, 2016)

Algunos autores sostienen que el binomio o dualidad monismo-pluralismo ya no es suficiente para entender la realidad jurídica y por lo tanto es preferible referirse a derecho interno y derecho internacional lo que implica una deconstrucción de los ordenamientos

jurídicos internos para construir la internacionalización del derecho constitucional (Alvarez & Cippitani, 2013)

### **1.2.2 Derecho Indígena**

Para Guartambel (2015) el derecho liberal positivista se consolidó en detrimento del derecho indígena, siendo un derecho desigual, implacable e impositivo que con la excusa de regular las relaciones sociales impuso un orden jurídico político que entrañó a los pueblos originarios y protegió a los nuevos dueños de las tierras y de los nativos, hijos de los conquistadores. Los derechos indígenas estuvieron ausentes en los textos jurídicos, legislaciones, diccionarios y enciclopedias.

Pero su ausencia en los textos no significa que el derecho indígena no exista, y para el siglo XXI al contrario tales derechos han aflorado, y no es producto de una moda sino de un estado de necesidad impostergable. (Guartambel, 2015).

De acuerdo con Quiroz Castro (2017) el derecho indígena significa un conjunto de preceptos y normas que se han mantenido por siglos y surgieron en los colectivos indígenas, entendidos como comunidades originarias o ancestrales. Tales preceptos y normas están orientadas por una concepción cosmogónica y filosófica que está presente en la memoria colectiva producto de la transmisión entre generaciones a través de la oralidad y que siguen dinamizados en los colectivos actualmente existentes, que los reconocen y aceptan por adhesión, como garantía de un equilibrio social.

Según Flores (2011) cuando se habla de justicia indígena se hace referencia a las prácticas que resultan de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, mediante las cuales las autoridades legítimas se encargan de regular diferentes asuntos de las actividades, relaciones sociales y por supuestos los conflictos o desavenencias que se presenten en la comunidad.

Este concepto además está estrechamente relacionado con la cosmovisión de los pueblos indígenas ya que su forma de comprender el mundo determina la forma cómo ejerzan la justicia. La justicia indígena debe por lo tanto entenderse de forma diferente a la justicia ordinaria o formal, por lo tanto, en tal justicia no hay división de materias y sus sanciones procuran que la persona que cometa el delito se arrepienta y pueda ser insertado de nuevo en la sociedad. Además la concepción de lo colectivo es más marcado, por lo que se entiende que un delito afecta no solo a las partes involucradas sino a la comunidad en general, lo cual se pierde muchas veces en la justicia ordinaria.

Para Díaz Ocampo y Antúnez Sánchez (2016) desde tiempos remotos a la propia historia de la república, los colectivos indígenas vienen realizando ejercidas prácticas y costumbres fundamentadas en el derecho consuetudinario. Bajo tal derecho, la administración de la justicia constituye parte de tal derecho. Dicha justicia a su vez contiene sus propios preceptos, y tiene por propósito restaurar el orden y la paz social. La autoridad indígena por lo tanto es la encargada de cumplir y hacer cumplir las normas, los valores y principios comunitarios, siendo estos últimos reconocidos en la lengua indígena como *ama killa*, *ama llulla*, *ama shua*, es decir, solidaridad, reciprocidad y colectividad.

### **1.3 La Jurisdicción y Competencia**

La jurisdicción y la competencia se constituyen como principios esenciales dentro del proceso, puesto que ofrecen así la garantía en la aplicación del derecho. Cuando se administra la justicia puede ocurrir que existan problemas de competencias cuando los problemas ocurren entre indígenas, o cuando los hechos ocurren fuera de las comunidades, para el Ecuador no se ha asumido realmente la naturaleza y el carácter de una sociedad multicultural y el Estado Plurinacional. Se sigue actuando dentro del marco de una sociedad caracterizada bajo una misma cultura, bajo un solo sistema jurídico que es el derecho positivo.

La Jurisdicción es una y única, como emana de su propia naturaleza, siendo una función que deviene de su soberanía, mediante la cual administra justicia y obliga a los justiciables a someter sus intereses personales o particulares al interés público (Jiménez, 2008, p. 27).

Por su parte Couture (1999) define la jurisdicción como la función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud del cual, por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución (p. 369).

El Código Orgánico Integral Penal define como jurisdicción a:

Artículo 398.- Jurisdicción.-La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado. Únicamente las y los juzgadores, determinados en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y en este Código, ejercen jurisdicción en materia penal para el juzgamiento de las infracciones penales cometidas en el territorio nacional y en territorio extranjero en los casos que establecen los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado (p. 153).

La jurisdicción se define como la atribución y el poder de juzgamiento dentro de los límites de la justicia y de las fronteras nacionales a los infractores que incurran en delitos que afecten el bienestar social, económico o político del país.

Mientras que la competencia según Morán (2010) la Competencia como: Aquella facultad atribuida a cada tribunal o juzgado para conocer, tramitar y decidir válida legal y constitucionalmente, de un determinado asunto que le pertenece, en virtud de la potestad que le confiere el poder público.

Es la capacidad que el Estado concede al órgano judicial jurisdiccional creado por él para que, a su nombre ejerza la función de administrar justicia. La competencia penal de carácter territorial, material y por conexión involucra el estudio de las reglas de ejercicio de la potestad jurisdiccional conforme el lugar de cometimiento del delito y la identificación de la persona o personas involucradas en el mismo. Además las infracciones conexas dependiendo

de si existen uno o varios procesos y la competencia del juez del lugar que prevenga en el conocimiento de la causa haciendo la diferenciación de la gravedad de las infracciones.

En el caso de la jurisdicción y la competencia dentro de la justicia indígena, se trata de un de jurisdicción especial y que sus limitaciones en virtud de las competencias, serán de excepción, por lo que corresponde al legislador fijar con precisión no las reglas sino el marco general del desenvolvimiento de estas dos instituciones procesales, por que dada la naturaleza de la jurisdicción, únicamente se deben marcar principios. Remitirse a las normas del procedimiento civil o penal, sería muy complicado y descontextualizaría a la facultad constitucional de las autoridades indígenas.

En el ámbito de acción, relacionado con los asuntos que estarían sometidos a conocimiento de dichas autoridades, se debe precisar si en el aspecto penal comprende a todos los delitos, o si se limita a faltas o contravenciones, lo mismo se puede decir de la materia civil, en la que considero que debe referirse a ciertas materias y con bordes cuantitativos.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), la cual establece en el Art. 167 que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”(p. 95); es decir que los encargados de la administración de justicia no han llegado a ejercer esta función de manera arbitrario sino que han ejercido esta potestad en el respaldo y autorización concedida por el pueblo el cual los ha legitimado en sus funciones, así también la Constitución abre pautas para que otros órganos y funciones además de los jueces y tribunales puedan administrar justicia, es en este marco donde encaja la justicia indígena.

El Código Orgánico de la Función Judicial (2009) le ha dedicado un Título para determinar la jurisdicción a ser ejercida por la autoridades indígenas para la administración de justicia; es así que el Art. 343 del referido cuerpo legal determina que “Las autoridades de

las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial...”(p. 112) es decir la extensión de tierras en las cuales se encuentra asentada su comunidad, con lo que se puede deducir que la jurisdicción indígena es la potestad que tienen las comunidades, representadas por sus autoridades elegidas con base a su organización tradicional, de administrar justicia, tomando decisiones que contribuyan a la solución de problemas y controversias que se generan dentro de la comunidad, el resto del artículo ratifica lo expuesto en el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador.

Al garantizar la “...participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales” (p.96). No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres; siendo que con esta disposición existe el reconocimiento del derecho consuetudinario y la igualdad de género. Como quedo anotado anteriormente la jurisdicción queda a cargo de las autoridades indígenas quienes toman decisiones las cuales si bien no están determinadas en el derecho positivo, se encuentran enmarcadas en sus costumbres y tradiciones, y cuentan adicionalmente con la aceptación de quienes forman parte de la comunidad.

#### **1.4 Referentes empíricos**

La justicia indígena ha gozado de cierta preferencia en el desarrollo de trabajos académicos. Una de sus principales razones es que es un tema reciente, propio del siglo XXI, pero también se debe a la complejidad del tema. A fin de cuentas no es fácil conciliar dos derechos que han tendido a ser excluyentes y contradictorios entre sí.

En materia de trabajo indígena puede encontrarse varios trabajos que han explorado esta rama como el los abogados Olmedo Gavilanes y Vela Andrade (2015) donde se hace énfasis

en el ejercicio de funciones jurisdiccionales con base en las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. Un aspecto importante de dicha investigación es que se reconoce la poca aceptación de una parte de la población no indígena con respecto a las tradiciones y formas de hacer leyes de los pueblos indígenas; además, se reconoce que hay poca coordinación y poco conocimiento de los líderes indígenas para compaginar la práctica con la teoría.

Los autores también hacen énfasis en algo fundamental para el derecho indígena que es la cosmovisión y cómo es importante para tales pueblos devolver la armonía quebrantada para lo cual aplican la mediación y la conciliación comunitarias. Esto significa que no se enfocan tanto en el castigo sino en la rehabilitación de la persona que comete un delito. Otro aspecto importante resaltado en dicho trabajo es que la justicia indígena es variada, no tiene una sola normativa, a diferencia de la justicia ordinaria; sin embargo, hay aspectos comunes y así lo hacen ver los autores en el estudio, que además es comparativo con respecto al derecho ordinario en cuanto a lo procesal.

También se han realizado trabajos en este campo de estudio sobre pueblos específicos como el de Kichwa Saraguro (Quizhpe, 2015) donde se versa sobre autonomía, la complementariedad o la absorción. Aunque aborda un caso muy particular y así se aprecia en la obra, también se plantea en términos más generales la relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria con base en tres posibilidades: autonomía, complementariedad, y absorción, cada cual ilustra con al menos un caso (incluso un caso contra la vida). El planteamiento de Quizhpe es interesante, llegando a cuestionar el propio uso de los términos derecho o justicia para referirse a lo indígena porque son propios del lenguaje y la lógica eurocéntrica. Otro aporte es el uso de términos en el derecho indígena que no tienen cabida o tienen otro sentido en el derecho formal.

Su aporte más significativo es que entiende que el proceso en la justicia indígena no puede ser entendido desde una perspectiva que lo divida por fases como ocurre en la justicia

ordinaria, sino que debe hacer el esfuerzo para entenderlo en su totalidad; ergo, más que hablar de derecho indígena habría que referirse a cultura jurídica indígena. Para el autor, la justicia indígena no necesita intervenciones externas, pues funciona de manera efectiva y mantiene el orden y la integridad de la comunidad, mientras que si hay una absorción o superposición de la justicia ordinaria al sistema indígena se producen una serie de arbitrariedades como la violación de derechos colectivos, a la identidad, a la cultura autóctona, a la autonomía, y a su autodeterminación.

El campo de estudio también incluye los límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en materia penal, donde se señala que la cosmovisión indígena no plantea la diversidad de materias del derecho como se conoce en la cultura occidental o eurocéntrica, por lo que la autoridad tiene la facultad para conocer todo tipo de conflictos que se produzcan dentro de la comunidad; a su vez hay que considerar que no hay un solo derecho indígena sino que cada pueblo establece sus normas y procedimientos particulares. Por lo tanto, la autora se propone determinar la existencia de una autoridad legítima, la competencia tanto territorial como material, y el derecho a referencia, tomando el caso de la Cocha como ejemplo, en el cual se violó el principio de non bis in ídem y en definitiva una violación al debido proceso. Un aporte a tomar en cuenta es que se hace un estudio de las resoluciones de la corte constitucional colombiana las cuales han generado precedente sobre la justicia indígena, y que pueden ser extrapoladas a la realidad ecuatoriana (Sánchez, 2015).

Por otra parte, se pretende contribuir con el fortalecimiento de políticas públicas que sean lo suficientemente eficaces como para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos colectivos reconocidos en la Constitución (Winchester, 2011), lo cual forma parte de los derechos de autodeterminación e interculturalidad (De Santos, 2009). La consolidación de políticas públicas con tal propósito definitivamente ayudaría a prevenir sentencias inconstitucionales que prosigan vulnerando derechos como la igualdad, la interculturalidad, y

principios fundamentales del derecho como el non bis in ídem y el debido proceso (Andrade, 2008); también proveería una solución a los conflictos constitucionales entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía. El estudio requiere no desvincularse, e incluso asumir una cosmovisión indígena y promoverla, con el firme propósito de evitar vulneraciones debido al irrespeto del principio de interpretación intercultural establecido en la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Función Judicial (Bustos, 2014). El desarrollo del tema de la jurisdicción indígena como derecho cultural de los pueblos originarios del Ecuador tiene como objeto acreditar su íntima relación con el derecho subjetivo a las garantías judiciales. (Guartambel, 2015).

Los estudios sobre justicia indígena son bastante diversos, sin embargo mucho confluyen en el Caso La Cocha II como caso práctico que cuestiona el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la plurinacionalidad establecidos en la Constitución ecuatoriana y que hacen referencia tanto implícita como explícita a los colectivos indígenas. En este sentido, un trabajo con esta orientación es el de “Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en materia penal” de la abogada Sánchez Sarmiento (2015) quien primeramente discurre sobre la administración de la justicia indígena de acuerdo a la Constitución, luego aborda lo referente al debido proceso y finalmente estudio los casos de La Cocha 1 y 2. La propuesta de la autora tiene un tono conciliatorio entre el derecho ordinario y el derecho indígena, entendiendo que ambos sistemas no es que sean incompatibles sino que tienen orígenes diversos con diferentes procedimientos pero que tienen un mismo propósito que es alcanzar la paz y hacer justicia.

En el trabajo se propone una ley que coordine ambos sistemas de justicia para garantizar su convivencia pacífica respetando así los derechos ciudadanos y el respeto por la diversidad étnica y cultural de cada comunidad. Esto implica cierta doble direccionalidad en el sentido que si bien debe el derecho formal reconocer la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial,

también es cierto que no es obligatorio para un indígena someterse a la justicia indígena si no que tal regulación debe ser voluntaria, pudiendo por lo tanto dirigirse a la justicia ordinaria si así lo desea el ciudadano.

Otro antecedente académico es el de los abogados Olmedo Gavilanes y Vela Andrade (2015), con su trabajo titulado “Derecho Consuetudinario Indígena: dicotomía en lo procesal y en la práctica”. Dicha investigación se caracteriza por realizar un estudio pormenorizado de la justicia indígena en sus aspectos teóricos y jurídicos. Un aporte significativo de este trabajo es que realiza una interacción con un número significativo de profesionales del derecho: abogados de libre ejercicio, autoridades de la comuna, jueces, fiscales, realizando encuestas y entrevistas para analizar sus conocimientos y opiniones sobre el derecho consuetudinario indígena y su relación el sistema ordinario. La propuesta de los autores hace énfasis en la necesidad de que se conozca y establezcan mecanismos y procedimientos de reconocimiento, coordinación y cooperación entre ambas justicias.

Finalmente, el trabajo de Cartuche (2017) “El control constitucional a las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional” es otro aporte que considera en detalle el término de sumakkawsay, además de los otros conceptos que se comparten con las otras investigaciones y que son medulares a todo estudio del asunto indígena. Además la investigación tiene un estudio amplio del caso la Cocha II donde se revisa el control constitucional sobre las decisiones de los colectivos indígenas y la Acción Extraordinaria de Protección interpuesta por los indígenas.

En este sentido el autor se pregunta bajo qué parámetros la Corte Constitucional ejerció tal control sobre la jurisdicción indígena atentando contra sus costumbres y tradiciones. Sostiene que ambas jurisdicciones son equivalente, una no debe superponerse sobre la otra, y que la diferencia estriba en que la indígena se fundamenta en lo consuetudinario y es heterogéneo- diferenciándose entre las diversas nacionalidades indígenas-, mientras que la

jurisdicción ordinaria es homogénea y emana de un cuerpo normativo representado en códigos, leyes y la propia Constitución. Cartuche sostiene que sí hubo una inobservancia a las garantías constitucionales que terminó delimitando las competencias de los colectivos indígenas en la medida que transgredió la interculturalidad y el pluralismo jurídico que debe defender y conservar el Estado ecuatoriano.

## CAPITULO 2

### MARCO METODOLÓGICO

#### 2.1 Metodología

El paradigma o enfoque que asume esta investigación tiene que ver con el pluralismo jurídico, el respeto a la interculturalidad y a la plurinacionalidad y el sincero cuestionamiento al monismo jurídico y a la hegemonía occidental. En este sentido, se ha adoptado un enfoque posmoderno, que rescata valores y tradiciones ancestrales, previos a la imposición de la cultura occidental. No implica la adopción e imposición de la justicia indigenista, pero sí de reconocer y aceptar la cultura indígena sin hacer juicios positivos o racionalistas que la menosprecien o la rebajen con respecto al derecho formal occidental.

En la elaboración de este trabajo se proponen tres componentes en la metodología, primeramente la construcción de un marco conceptual sobre el derecho y la justicia indígena que deje establecido su importancia para la cultura y el respeto a de los colectivos ancestrales; en segundo lugar se hace una evaluación jurisprudencial fáctica, que versa fundamentalmente sobre el caso la Cocha sosteniendo que tal sentencia constituye una grave violación de lo establecido en el artículo 171 de la Carta Magna; y el tercer componente es la realización de una evaluación empírica interactiva que recaba y analiza el conocimiento de los expertos en asuntos indígenas.

#### 2.2. Enfoque cualitativo

La investigación como posibilidad de conocer, interpretar y transformar la realidad no puede ser ajena a las constantes exigencias de un mundo cada vez más complejo, de allí que las metodologías tradicionales tienen dificultades de enfocar los nuevos retos de la ciencias jurídicas. A fin de aprovechar las fortalezas del enfoque cualitativo para lograr comprensiones

más completas de los fenómenos sociales, se presenta esta investigación que combina un estudio de caso con las interpretaciones de expertos en Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena.

### **2.3 Alcance de la investigación**

El alcance de la presente investigación es exploratorio, descriptivo, y explicativo. Exploratorio porque permite incursionar en un territorio poco estudiado, como es el de los Derechos Colectivos. Se puede tener una gran voluntad y entusiasmo para estudiar o investigar cualquier tema, pero si se desconoce el mismo se debe iniciar un estudio exploratorio para empezar a conocerlo y familiarizarse con él, para precisar mejor el problema que interesa resolver o para comenzar a dar forma a las premisas sobre Derecho Indígena.

Para explorar este objeto de estudio, se dispone de un amplio espectro de medios para recolectar datos a partir de una bibliografía especializada, estudios previos, entrevistas y cuestionarios hacia expertos y grupos focales con los participantes de las Asambleas Comunitarias que permiten concretar la Justicia Indígena.

Esta investigación es descriptiva porque se pretende llegar a caracterizar todos los elementos jurisprudenciales que permitan sustentar los presupuestos doctrinales del Pluralismo Jurídico. La meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre todas las unidades de análisis. Además, permite la caracterización de las propiedades, componentes, elementos y demás particularidades del campo de investigación, que conlleva abstraer todos los aspectos y relaciones del objeto de estudio en la actividad práctica jurídica.

Finalmente, la presente investigación tiene un alcance explicativo porque busca encontrar las razones o causas que ocasionan el fenómeno estudiado. Su objetivo último es explicar por qué se presentan los nudos críticos en las dimensiones del Derecho Indígena. Los estudios de este tipo implican esfuerzos del investigador y una gran capacidad de análisis,

síntesis e interpretación del fenómeno investigado y la realización permite contribuir al desarrollo del conocimiento científico.

## **2.4 Tipología**

El diseño de la presente investigación se alinea a una tipología no experimental de corte transversal. Por consiguiente, el procedimiento de la elección de la tipología no experimental se enfoca al hecho de que no existió ningún proceso de manipulación de las variables en el curso del fenómeno investigado del campo de investigación. Por otra parte, dentro de la tipología no experimental se realizó un análisis transversal de la información, a través del Estudio de Caso de Cocha dos.

## **2.5 Métodos Teóricos**

Para fundamentar el marco teórico es necesario métodos propios de las ciencias sociales que permitan abrir una perspectiva diferente de investigación tanto teórica como experimental (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010). Por lo tanto se utilizará el método Histórico-jurídico: ya que hay una palmaria correlación entre los hechos históricos y la elaboración de las leyes internacionales y nacionales; el método jurídico doctrinal permitirá aportes en la construcción de la investigación especialmente por los fundamentos de los jueces y los razonamientos de los peritos antropológicos. La investigación también tendrá carácter Jurídico Doctrinal tomando en cuenta la doctrina, especialmente aquella de corte indigenista, y que está muy bien reflejada en los peritajes antropológicos como el de Esther Sánchez.

El análisis-síntesis; así como el método inductivo- deductivo, que son formas de pensamiento basado en la presunción (Bunge, 1980) facilitará la comprensión del tema del derecho y la justicia indígena partiendo del caso La Cocha, así como de otros casos pertinentes. La investigación es exegético jurídica en el sentido que hay dos corrientes interpretativas de la realidad indígena, la formal y la de origen indígena, por lo que aspira llegarse a un consenso sobre la interpretación satisfactoria de las leyes. Finalmente, el método jurídico-comparativo

puede tomarse en cuenta considerando la realidad de los indígenas en los países andinos y sus avances en cuanto a la materialización efectiva de los derechos de los colectivos indígenas.

En definitiva, con el presente trabajo de investigación se persigue profundizar en los aspectos teóricos y prácticos del derecho indígena. De ahí que se apele a métodos como el histórico-jurídico, el jurídico doctrinal, y el análisis-síntesis. En general se recurrirá al método cualitativo por cuanto se considerarán los puntos de vista de otros investigadores para generar un nuevo punto de vista. Se analiza casos concretos, como el de La Cocha lo cual requerirá un esfuerzo interpretativo, comparativo y analítico para dejar claramente asentada la inconstitucionalidad de algunas decisiones judiciales y la vulneración de los derechos indígenas. No obstante, es posible que se haga uso de algunos datos al menos solo con el propósito de ilustrar la importancia del asunto indígena.

Así, se hará un estudio de las normativas internacionales y nacionales que protegen los derechos indígenas, a cuales ya se ha hecho referencia en buena parte, y la filosofía que sustenta tales normativas. Esto implica un uso extenso de material bibliográfico y jurídico realizado por expertos académicos, peritos, y jueces o litigantes en la materia, no solamente del derecho formal sino del derecho indígena.

## **2.6 Métodos Empíricos**

Para caracterizar y diagnosticar la situación polémica ubicada en el campo de estudio jurídico, se utilizan los métodos de análisis de contenido, métodos dialecticos, métodos abstractos/concretos, a través de instrumentos tales como la observación participante, encuestas, entrevistas, grupos focales. También valiosos aportes como los de peritaje, como el de Esther Sánchez (2007), Pedro Torres, así como los de Guevara, Verona y Vergara (2015). Serán fundamentales para la precisión de conceptos pues para el tema indígena son concentrados de experiencia histórica y jurídica. En el caso concreto de las entrevistas, se realizarán a expertos en la materia, jueces y abogados litigantes, líderes comunitarios e

investigadores académicos. Las entrevistas son no probabilísticas porque interesa el conocimiento de los expertos (Yeric & Todd, 1996). Aunque el asunto indígena es delicado, en procura de la calidad de las entrevistas se harán preguntas claras y sin eufemismos (Martínez, 2008). También es factible el uso fuentes periodísticas y material audiovisual porque es un tema que se está desarrollando actualmente. (Eco, 2001).

Finalmente, se hará énfasis en las políticas públicas que haya o esté desarrollando el Estado para hacer efectivo el ejercicio de los derechos colectivos reconocidos en la Constitución, así como las propuestas que existan desde sectores no gubernamentales como las universidades u otras organizaciones. A tales fines podría emplearse métodos de análisis de contenido, métodos dialecticos, métodos abstractos/concretos, a través de instrumentos tales como la observación participante, encuestas, entrevistas, grupos focales.

## **2.7 Premisa**

Con los fundamentos teóricos, doctrinales y constitucionales del pluralismo jurídico, la interculturalidad y la plurinacionalidad, se procura evaluar las políticas diseñadas para la interpretación cultural de los colectivos indígenas. En este sentido, los planteamientos de autores que han trabajado por años el tema de los derechos indígenas como Raquel Yrigoyen entre otros, y los textos normativos nacionales e internacionales son la base fundamental para realizar una evaluación de las políticas que se orientan a la integración cultural. Tales políticas emanan del Estado, y por lo tanto de la cultura occidental predominante en la sociedad ecuatoriana, pero tal política debe hacerse en pro de favorecer la relación entre los colectivos indígenas con la sociedad occidental y por lo tanto entre los dos sistemas de justicia existentes en el Ecuador.

La evaluación realizada entonces requiere que se haga a la luz de un marco teórico y normativo del derecho indígena, y su estudio permitiría determinar las debilidades y fortalezas, ajustando las primeras, a través de la fundamentación de pautas metodológicas, para impulsar

y asegurar el ejercicio adecuado de los principios indígenas reconocidos en la Constitución. El correcto ejercicio de los derechos colectivos, logra el cumplimiento de los derechos y principios de autodeterminación e interculturalidad, evitando así que las sentencias no contengan el imprescindible sello de la cosmovisión indígena. (Chisaguano S. , 2006)

<b>Categorías</b>	<b>Dimensiones</b>	<b>Instrumentos</b>	<b>Unidades de análisis</b>
Pluralismo Jurídico	Derecho Indígena	Análisis documental	1) Constitución de la República del Ecuador Artículo 57,60,76,171 2) Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas Artículo 5, 13.2,18,19,40 3) COIP Artículo 5 4) Ley Orgánica de las Actividades Jurisdiccionales Artículo 65 5) La Ley de Bolivia 6) Caso la Cocha II

**Tabla 1: Métodos empíricos**

Visto el cuadro, vale señalar que las unidades de análisis son los elementos explicitados que perfilan la justicia indígena como una variable dependiente de esta investigación; su estudio implica estudiar la cultura indígena, su cosmovisión y sus procedimientos jurídicos. La justicia ordinaria, especialmente sus sentencias, específicamente la Cocha II incluyendo la Acción

Extraordinaria de Protección representan conforman otra unidad de análisis. Los instrumentos jurídicos pertinentes constituyen otra unidad de análisis fundamentalmente la Constitución que es el documento que establece los derechos de las poblaciones indígenas.

La actual Constitución rompe con el monismo jurídico y obliga a repensar el derecho, y más importante aún, intenta romper con los estereotipos de las prácticas ancestrales, sobre todo las sancionatorias, calificándolas como violatorias de los derechos humanos por ser bárbaras. La resistencia por romper con este paradigma ha generado disconformidades, polémicas y debates e incluso por momentos da la impresión que más que solucionarse el problema pareciera estarse agravando. Sin embargo, casos como el de La Cocha II, desde una práctica ancestral, ha permitido observar con detalle el procedimiento jurídico indígena, lo cual facilita una comprensión de la justicia indígena y una comparación con la justicia ordinaria. Desafortunadamente, el caso también ha servido para contrastar lo establecido en la Constitución con lo que persiste en la realidad, pues con la Cocha II se limitaron las competencias de las autoridades indígenas en materia penal.

Existen otras unidades de análisis secundarias a las que podría hacerse referencia o que simplemente vale tomar en cuenta en relación con la controversia de la justicia indígena y la justicia ordinaria. Como ya se manifestó, se trabajará con el caso 0731-10-EP con su sentencia 113-14-SEP-CC del 30 de julio de 2014 de la Corte Constitucional de Ecuador, conocida popularmente como el Caso la Cocha II. El caso en sí contiene una serie de elementos que son importantes para la investigación. Fundamentalmente la decisión de la Corte con la cual se ejerce un control constitucional que afecta el ejercicio de la justicia de los colectivos indígenas.

En este sentido, la sentencia se destaca por dos aspectos elementales: primeramente sostiene que el caso lo puede conocer y sancionar la justicia ordinaria porque existe una sanción en la justicia indígena en cuanto delitos contra la vida, por lo tanto no aplica el principio constitucional de non bis in ídem o doble juzgamiento. Por otra parte, a partir de la sentencia

bajo estudio, los casos que tienen que ver con delitos contra la vida pasan a ser conocidos de manera exclusiva por la justicia ordinaria independientemente de que ocurra o no en jurisdicción indígena. La sentencia además se apoya en dos informes periciales, el de Pedro Torres, y el de Esther Sánchez, siendo este último el más pertinente para comprender la cosmovisión y la justicia indígena.

Las otras sentencias que sirven para ilustrar las unidades de análisis, principalmente la sentencia La Cocha, que resultan de menor importancia a la investigación pero que de todas maneras deben tomarse en cuenta son: El Caso de la Ley Minera, con ponencia del Dr. Pazmiño Freire, sentenciada el 18 de marzo de 2010 e identificada con el número 001-10-SIN-CC. En dicha sentencia se resolvió que en los casos de utilidad pública donde existan territorios indígenas involucrados, el Estado debe abstenerse de actuar o en todo caso debe iniciar procesos de consulta previa contemplados en la Carta Magna.

El caso de Pitaná Alto, número 173-12-SEP-CC, es otro referente empírico. Sentenciado el 26 de abril de 2012, con ponencia de la Dra Pacari Vega, quien valga acotar es abogada indígena. La Corte se pronunció a favor de la Asociación de Trabajadores Agrícolas de Pitaná Alto (Cayambe) la cual apeló una sentencia previa y solicitó una acción de protección para proteger sus tierras. Un tercer referente empírico es la sentencia 004-14-SCN-CC del 6 de agosto de 2014, conocido como el caso Waorani, y que consiste en un genocidio perpetrado por, presuntamente, doce personas de nacionalidad huaorani. La Corte Constitucional resolvió eliminar la calificación de delito de genocidio fundamentando que el delito perpetrado no se ajustaba con los requisitos del derecho internacional. En la sentencia se establece que en cuanto a la aplicación del artículo respectivo del Código Penal se debe realizar una interpretación desde la perspectiva intercultural, es decir, incorporando la visión indígena, lo cual deben sustentarse recurriendo a los peritajes antropológicos. Por otra parte, la sentencia estableció que de llegar a ordenarse privativa de libertad con carácter preventivo a ciudadanos indígenas, la autoridad

competente aplicará medidas sustitutivas a la prisión, contando con el aval aprobación de las autoridades de la comunidad quienes fungirán como sus responsables.

Otro caso a tomar en cuenta para el desarrollo de las unidades de análisis es el de la comunidad indígena el Topo en el cual unas personas robaron unas computadoras y la comunidad amparada en el artículo 171 de la Constitución decidió administrar justicia por su cuenta, así que las autoridades decidieron bañar, desnudar y ortigar públicamente a los responsables, además se les prohibió salir de la comunidad y se les obligó a reparar el daño causado. Este, y otros casos solo pueden ser reseñados por los medios de comunicación pues no hay un registro público como lo lleva la justicia ordinaria

Finalmente, aunque en menor medida, los casos planteados por Quizhpe (2015) sobre la justicia de la población Kichwa Saraguro, representan otro elemento de estudio. Como ya se ha hecho la observación, la justicia indígena en este caso está focalizada a esa población; sin embargo, es posible extraer de ella algunas similitudes y construir de manera inductiva insumos para la comprensión de la justicia indígena en general.

## **2.8 Gestión de datos**

El uso del Caso la Cocha II es fundamental porque no solo es un caso emblemático en la disputa entre la justicia indígena y la justicia formal, sino que además contiene diversos análisis y puntos de vistas que merecen ser tomados en cuentas para llegar a una justa y satisfactoria conclusión de cómo conciliar ambas justicias y ambos derechos. Por las razones sui generis del objeto de estudio de esta investigación, es evidente que el Caso La Cocha II afecta no solamente a la comunidad a la que se dictó sentencia, sino a todos los colectivos indígenas, de ahí la pertinencia de su estudio que permite desarrollar aportes inductivos.

El análisis del caso de marras permitirá identificar los elementos que obstruyen la armonía del derecho indígena y el derecho formal, y estudiarlos para proponer las respectivas

soluciones. Por otra parte, las entrevistas realizadas proporcionarán datos para hacer tanto inferencias como análisis factoriales. Para llegar a tales resultados es obligatorio tener un buen basamento teórico y normativo.

## **2.9 Criterios éticos de la investigación**

El asunto indígena tiene en sí mismo un fuerte componente ético porque en primer lugar va dirigido a pueblos históricamente e injustamente oprimidos y excluidos. Y en segundo lugar porque es un asunto de derechos de los pueblos a conservar su cultura y sus tradiciones. Sin embargo, a similitud de otros temas como la homosexualidad y el aborto, el tema indígena tiene una ética cuestionable, desde la percepción occidental hegemónica (mientras que los otros se cuestionan desde el punto de vista religioso), toda vez que se consideran bárbaras sus prácticas de administración de justicia.

En la recolección de datos se hace énfasis en el conocido Caso La Cocha, del cual hay abundante información y a su vez ha generado nuevos datos debido a que ha servido como un nuevo paradigma en el derecho, especialmente, el formal. El propósito del trabajo es ayudar a desmitificar la creencia de que la justicia indígena es bárbara, salvaje y retrógrada, y ayudar a comprender que dicha justicia obedece a la cosmovisión que comparten los colectivos indígenas.

Las entrevistas persiguen el mismo fin. No representan la intención de polemizar con la justicia formal, ni calificar como arbitraria o ignorante a las autoridades judiciales ordinarias, sino desarrollar la empatía y la capacidad de entender la justicia indígena más allá del eurocentrismo. La investigación por lo tanto es también una propuesta de diseño de políticas públicas para la formación ciudadana y de los funcionarios judiciales para que tomen en cuenta la importancia, la legalidad y la legitimidad del derecho indígena.

Finalmente debe considerarse el uso de términos cuando se habla de asuntos indígenas. Se procurará a lo largo de la investigación emplear los términos apropiados que no representen una connotación despectiva hacia el derecho indígena. Tal como ha ocurrido con otras poblaciones específicas que han padecido la exclusión y otras formas de discriminación, como la población negra, la comunidad LGBTI, incluso las reivindicaciones feministas, procuran manejar un lenguaje que no contenga términos que históricamente han representado insultos o maneras de excluir y subestimar a los afectados.

## CAPITULO 3

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 1. Constitución de la República del Ecuador Artículo 57,60,76,171

A continuación se presentan artículos de la Constitución en consonancia con la investigación, y que resultan relevantes porque hilvanan aspectos sustanciales que permiten dar respuesta a los objetivos planteados.

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

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades

competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

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

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

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

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.

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

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

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

15. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

16. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

17. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

18. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

19. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.

20. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.

21. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

22. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Del artículo en mención se desprenden los puntos suficientemente amplios en lo que supone debe entenderse como su funcionamiento dentro del Estado Ecuatoriano, entendido que el mismo ocurre de arriba hacia abajo, dando lugar a una estructura positivista, que se afianza en los hechos en la medida que el reconocimiento de esos derecho sea pleno, de la sociedad ecuatoriana en el respeto pleno hacia la cosmovisión indígena, la cual a fin de cuenta funciona en razón de sus intereses y costumbres bajo un derecho que no se encuentra tipificado en leyes.

## **2. Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Artículo 5, 13.2,18,19,40**

### Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

### Artículo 13

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

### Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

### Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

### Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de 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.

En medio de una visión profunda y más amplia del derecho que abarca a las comunidades indígenas, se enmarcan dentro de reglas generales que comprenden a todos los Estados, cuya función es garantizar la existencia de estos derechos, bajo el pleno reconocimiento de sus costumbres y derechos.

- **Código Orgánico Integral Penal, artículo 5.9**

Art. 5.9

Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

Mucho se ha tratado sobre la posibilidad de doble juzgamiento más a partir de un desconocimiento de la figura de reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, por lo que el COIP es claro en prohibir esta figura, y deja en claro que los casos resueltos por la justicia indígena cuenta con este precepto.

- **Ley Orgánica de las Actividades Jurisdiccionales Artículo 65**

Ámbito. La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.

Este artículo crea una instancia superior a la que ofrece el derecho consuetudinario de la justicia indígena, por lo que cualquier persona sometida a ella e insatisfecha o afectada en sus intereses puede recurrir a ella. Es un artículo sin duda de doble filo, porque puede afectar el pluralismo jurídico, ante una posible invasión de la justicia ordinaria en las decisiones de la justicia indígena, atacando así la cosa juzgada de aquel derecho.

- **Estudio de Sentencia N° 113-14-sep-cc, Caso N° 0731-10-ep, Corte Constitucional del Ecuador**

Análisis de caso sobre la acción extraordinaria de protección, en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi. El mismo resulta ser un caso enriquecedor desde el punto de vista jurídico, y desde el planteamiento que conlleva en el área de constitucional y procesal. Se trata de un debate multidimensional conocer para con el alcance de la jurisdicción y la competencia de la justicia indígena dentro de la comunidad descrita, pero que a su vez se suscribe a la realidad nacional de Ecuador.

Para valorar tal situación se debe entender que el derecho consuetudinario presente en la cultura indígena, es de tiempos ancestrales, mucho antes que la conformación de Ecuador como Estado-Nación, reconocido incluso en tiempo de la colonia española, y en la actualidad por supuesto en la Constitución de (2008), dentro del artículo 57 numeral 9, reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre otros derechos: "Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral", ello implica un respeto manifiesto por su costumbres y territorialidad, cuestión esta que se extiende a la justicia, tal como se establece en el art. El artículo 171 segundo inciso de la Constitución de la República determina, el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria".

Es por ello que el Estado a través de sus instituciones reconoce el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena. Mas sin embargo, este principio tiene límites en su

aplicación, y así es señalado por la Corte Constitucional, en sus argumentos, “el texto constitucional es un límite material al ejercicio del poder, pues impide que este se desborde mediante el sistema de garantías, y cierra la posibilidad de que las reformas civilizatorias y decididas por el legislador constituyente sean burladas, lo que significa que lo que el texto constitucional no ha diferenciado explícitamente, no puede hacerlo la Corte Constitucional en su papel de máximo intérprete, y que los derechos constitucionales obligan al Estado a materializarlos a través de las leyes, políticas públicas y sentencias”.

Es por ello que la Constitución como norma suprema es vinculante para todos sus ciudadanos, y ninguna, norma, modo o costumbre está por encima de los derechos humanos contemplados en ella, lo que conlleva a que ningún tipo de justicia inherente a los pueblos indígenas puede violar lo establecido en la Constitución, mediante por ejemplo tratos crueles y maltrato. Por esto cuando una situación como esta ocurre debe actuar el Estado para restituir el orden constitucional.

Esta acción es incuestionable, y no da lugar a dudas sobre la supremacía constitucional de igualdad de derechos para todos los ciudadanos dentro del país, impeditamente de su credo, raza, etnia, etc. Ahora bien eso no se contrapone, con el reconocimiento a la cultura y la justicia indígena, pero ello implica ubicarse en el contexto en el que se lleva a cabo para determinar, en cada caso y a partir de una interpretación intercultural, los límites adecuados al ejercicio de ese tipo justicia indígena.

Señala la sentencia de la Corte Constitucional, “las formas de hacer justicia para las autoridades indígenas tienen particularidades propias, una de ellas, la más importante, es su naturaleza comunitaria. A más del ejercicio colectivo de la autoridad, tampoco existen en los sistemas de justicia indígena partes procesales”. Es por ello que tanto la justicia ordinaria, debe realizar una serie de consideraciones al momento de valorar las decisiones tomadas y ejercidas

por la justicia indígena, al respecto señala la sentencia, “el derecho propio de los colectivos indígenas no está en códigos ni cuerpos legales, a pesar de que en algunas comunidades existan normas escritas por decisión propia. Cada colectivo indígena tiene su propio orden político y por tanto de derecho, que no está centralizado ni generalmente explícito” (Acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia, 2014).

Tal como se plantea en materia de justicia indígena, es la Asamblea Comunal, que a partir de una denuncia, o por conocimiento del caso dentro de la comunidad, “el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados que lo realizan a las personas de la comunidad con mayor nivel de autoridad, respeto o edad, y que luego todas las partes que intervienen en el proceso se someten a los principios, procedimientos y resoluciones que se adopten en la Asamblea Comunal”. Por lo tanto se trata de una acción que se toma de forma colectiva, y no de un individuo, o de un jefe de la comunidad indígena, eso garantiza la participación colectiva en la implantación de la justicia.

Una vez que quedan establecidos indicios, pruebas y testimonios que configuran los elementos materiales que confirman la denuncia, se reúne nuevamente la Asamblea General para tomar conocimiento de los resultados obtenidos y abrir un período de deliberación. Además, para garantizar que la deliberación se base en datos ciertos, que sea pública, comunitaria y abierta, todos los argumentos, pruebas y testimonios pueden ser impugnados durante la Asamblea. Una vez que hay suficiente claridad o certeza respecto de los hechos se procede en forma comunitaria a establecer la culpabilidad o inocencia, y de ser el caso, a adoptar las medidas de solución o conciliación entre las partes, así como también aquellas medidas destinadas a la sanación del infractor. Para ello, consideran necesario efectuar la purificación del infractor y su reconexión con la naturaleza aplicando sanciones, reprimendas o consejos con un alto contenido simbólico.

La sentencia también reseña la percepción social sobre la justicia indígena, y el papel que tienen los medios de comunicación. Es así que al ignorar las formas en que se desenvuelve la comunidad indígena, sus costumbres, sus usos, su derecho, existen estigmas en relación a su justicia, lo que deriva en la creencia de un abuso, en penas impuestas, al creerse que las mismas violan derechos humanos fundamentales, a la vez que se piensa que se viola el debido proceso, y la tutela judicial efectiva, siendo cierto que en la justicia indígena, no hay ni existe tiempo procesales, que la concepción de justicia que tiene la justicia ordinaria, como pensamiento de un todo social, difiere de la creencia indígena de la sanación dentro de un marco de comunidad y armonía social.

En eso los medios de comunicación tienen un alto nivel de responsabilidad, al no explicar profundamente tal situación, y ante hechos que revisten un alto grado de connotación o impacto nacional, se dedican a deslastrar aquellos sistemas de justicia e incluso dentro del marco de una corriente racista que indica que los actos de la justicia indígena son de *“barbarie e indignidad humana”*.

Ante ese panorama es necesario, la divulgación de los verdaderos contextos en los cuales se desenvuelve la justicia indígena, en los cuales se toman decisiones y de las penas que se aplican para tal fin. Así lo da a conocer la Corte cuando le solicita a los medios de comunicación mayores diligencia para dar a conocer como es llevada a cabo este tipo de justicia, que a su vez es aceptada por la Constitución y la justicia ordinaria. Y como antes se señaló la sociedad indígena es ancestral, por lo que sus costumbres son de larga data, por lo que son ampliamente respetadas, y comprendidas dentro de esas comunidades. Entonces mal podría el Estado y la sociedad ecuatoriana criticarlos en base a criterios erróneos, o mal infundidos por los medios de comunicación.

Es entonces que no cabría la percepción de escándalo infundido o no, a lo que es a todas luces un tipo de realidad distinta, atendiendo entonces a una convivencia de ambos tipos de justicia en el contexto social que abarca Ecuador. De lo anteriormente dicho es entonces que la Corte Constitucional determina que “Cualquier medio de comunicación público, privado o comunitario, autoridades públicas o particulares, para ajustar su actuación a la normativa constitucional vigente, cuando se trate de emitir o difundir noticias, reportajes, documentales o mensajes relacionados con asuntos de justicia indígena, deberán evitar toda desnaturalización del significado del proceso de justicia indígena, para lo cual están en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad, debiendo para el efecto, previa autorización de las autoridades indígenas concernidas, documentar y presentar los aspectos relevantes del procedimiento de administración de justicia indígena, de manera integral, y no solo difundir un aspecto aislado, como el ritual de sanción, evitando de esta manera atentar contra el derecho a una información constitucionalmente protegida”.

De vuelta al fondo de la sentencia, la misma luego de hacer un análisis de los puntos antes descrito, como la existencia y reconocimiento de unas costumbres, una cultura y una justicia propias para la comunidad indígena, que es ancestral, incluso de la existencia misma de Ecuador como República, que existe un reconocimiento en la Constitución de 2008, de Organismo supranacionales como la OIT, que la jurisdicción y la competencia de la justicia indígena está definida en razón del respeto de los derechos humanos constitucionales, que los medios de comunicación forman parte esencial de la percepción que tiene la sociedad en general en relación a la justicia indígena, y que sus publicaciones acerca de un hecho que reviste preponderancia, puede ser abordado negativamente por la sociedad en razón de ello.

Por lo que a continuación se analiza los puntos más relevantes de la decisión, que expone:

Primero: “Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria”. En cuanto a este punto se comparte este criterio en base a lo antes expuesto, con el relación al delito de homicidio cometido, se lleva a cabo a través del conocimiento que tiene la Asamblea General, de las acciones encaminadas por la comunidad a otorgar responsabilidades sobre el señalado como principal actor, así como de los corresponsables, igualmente al tener conocimiento del hecho justicia ordinaria por medio de ministerio publico lleva a cabo una investigación como es su potestad en el marco de la Constitución y del COGEP, en el cual se obliga a conocer de la existencia de un hecho tipificado como de delito en el COIP, al igual que la justicia ordinaria debe verificar que se cumpla dentro del marco del respeto por su par indígena si se cumple lo referido a los derechos fundamentales en la Constitución.

Segundo: “Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios”. Aquí igualmente es un criterio que se comparte toda vez que como fue explicado, se contempla en la Constitución su existencia y su función, teniendo como instancia superior la Asamblea General Comunitaria, que como antes se explicó, es una figura que precisamente abarca el ámbito comunitario, y que sus decisiones obedecen a cumplir con la defensa de un bien jurídico colectivo.

Tercero: “Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación

constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento.”. Es importante este punto a fin de dejar en claro que no existe un doble juzgamiento y que ambas formas de justicia no se contraponen la una con la otra, es así que mientras la justicia indígena hace su función normal habitual, la justicia ordinaria realiza una investigación individual de los actos que constituyen delito, en tal sentido no se puede confundir la aplicación de una justicia con otra, ni una es complemento de otras, ambas tienen su jurisdicción y competencias definidas, donde prevalece por su condición y características propias.

Cuarto: “De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 43 6 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos...”. En este punto la Corte Constitucional hace una interpretación del alcance de los artículos señalados, para tal fin aclara que el alcance de la justicia ordinaria, para conocer y resolver casos que atenten contra la vida de las personas, esto sin desconocer que la “administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios”.

Como se puede observar se contemplan de forma encadenada y sistemática las valoraciones que hace la Corte Constitucional sobre la sentencia, uniendo cada uno de los puntos por los cuales se lleva a cabo la solicitud de la acción de protección. Siendo que el debate sobre la jurisdicción de la justicia indígena es un tema que se debate dentro del derecho desde vieja data, puesto que no se tiene en claro en ocasiones hasta donde llega la justicia indígena, y

en donde comienza la justicia ordinaria, o si la primera puede conocer sobre cualquier ámbito y aplicar su regulación ante cualquier situación, y la segunda debe quedarse de brazos atados o hacer omisión de los hechos que han ocurrido, en tal sentido la Corte es clara afirmando, “La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios”. A la vez que delimita “La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios”.

Es un aspecto de gran relevancia y notoriedad jurisprudencial, que la Corte haya definido de esta forma los ámbitos de jurisdicción de ambos tipos de justicia. Quedando hace así referencia suscita de las formas de acción, y para quienes ejercen el derecho puedan remitirse a esta sentencia, cuando se crea que hay doble juzgamiento o conflicto en la aplicación de la jurisdicción.

También es tema de gran importancia la no intromisión de la justicia ordinaria dentro de las decisiones tomadas por la justicia indígena, siempre y cuando no sean vulnerado derechos constitucionales, de ello hacen garantía la justicia ordinaria, y el accionar del ministerio público en los esclarecimientos de los casos, que mediante la investigación determina como se sucedieron los hechos.

En esta sentencia hay que señalar el voto salvado de: Fabián Marcelo Jaramillo Villa, quien hace un amplio explanamiento de la sentencia y de los antecedentes que llevaron a introducir la acción extraordinaria al respecto señala “Indica que a raíz del juzgamiento por parte de las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha se ha generado un arduo debate en los distintos medios televisivos, radios y medios escritos, así como también ha generado reacciones de la sociedad nacional, propuestas y ataques de diversas autoridades, políticos y

más personajes del país. Por otro lado, señala que el Fiscal General del Estado desconociendo la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha con el fin de rescatar a los involucrados en la muerte de su hermano, quienes presuntamente habrían sido secuestrados y retenidos ilegalmente. Asimismo, el Ministro de Gobierno y Policía intentó utilizar la fuerza pública para rescatarlos y solicitó se inicie las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas”.

También se refiere a la pretensión de la parte que introduce la acción extraordinaria, y las características de la situación por la que pasaron los condenados por la Asamblea General Comunitaria.

Luego toca dos temas que son fundamentales en la interpretación jurídica que se hace de este caso, con las características de plurinacionalidad e interculturalidad “las cuales no contradicen el concepto de Estado unitario sino el concepto de Estado homogéneo, esto es, comportan el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la existencia de minorías históricamente invisibilizadas y como consecuencia de aquello discriminadas”. En tal virtud, la interculturalidad y la plurinacionalidad no constituyen un riesgo al Estado unitario ni a la democracia. Al contrario, robustecen el principio de unidad, respetando la diversidad étnica y cultural y fortaleciendo una democracia sustentada en los derechos y el respeto a las minorías. Mientras que el pluralismo jurídico representa de la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. La presencia de varios sistemas jurídicos plantea la existencia de normas sustantivas y adjetivas de diverso origen que demandan su obediencia y aplicación en un mismo territorio.

En consecuencia, el pluralismo jurídico “pone en cuestión el monopolio de las instituciones estatales como las únicas autorizadas a crear derecho y a juzgar en derecho, y

reconoce taxativamente otras fuentes creadoras de derecho y otras autoridades jurisdiccionales encargadas de su aplicación”.

Entre otras cosas expone el jurista en sus argumentaciones, que la Corte Constitucional ha evidenciado que, desde un punto de vista formal, la demanda presentada no cumplió adecuadamente con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la presentación de una acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena.

Del análisis de la demanda se desprende que no existe inconformidad por parte del accionante y en última instancia, tampoco de los accionados, ni de los jóvenes Sentenciados respecto del contenido de las resoluciones adoptadas en la justicia indígena; sino más bien, existe preocupación frente al hecho de que se hayan iniciado procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria, en esto se evidencia ignorancia en la aplicación del derecho, y en la jerarquización de las leyes. A su vez la interpretación jurídica del derecho consuetudinario, no se realiza en su manifiesta amplitud, sino que impone límites al hacer de este derecho.

Pese a que, desde un punto de vista formal, es evidente que la acción no confronta directamente la decisión de justicia indígena, es preciso tomar en consideración que la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección frente a decisiones de justicia indígena ha sido vista por la Corte Constitucional para el periodo de transición desde una óptica intercultural e interdisciplinaria. Así, “desde una perspectiva intercultural, tomando en consideración las diferencias existentes entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, ha considerado que no es posible homogeneizar y positivar de modo inflexible los requisitos para la presentación de una acción extraordinaria de protección frente a decisiones de justicia indígena, por lo que la ha admitido a trámite”. Es preciso destacar además que una vez admitida y sustanciada la causa dentro de la Corte Constitucional para el periodo de transición, y de

acuerdo con el precedente constitucional emitido por la primera Corte Constitucional en la sentencia N° 031-14-SEP-CC, referido a la preclusión procesal, le corresponde a ésta Corte conocer el fondo del caso y efectuar un control de constitucionalidad de las decisiones indígenas para determinar si se vulneró o no derechos constitucionales.

Por consiguiente, según se evidencia en el caso La Cocha, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y de su derecho a la identidad cultural, la comunidad a través de sus autoridades, resolvió el conflicto interno sobre la base de su derecho propio. Derecho ancestral que cuenta con procedimientos previos establecidos en virtud de sus prácticas tradicionales. En otras palabras, es posible determinar que en la justicia indígena existe un derecho propio que tiene como fuente a la costumbre.

A este respecto cabe destacar que según la doctrina jurídica, la costumbre consiste en la observancia general, constante y uniforme de determinados comportamientos por parte de los miembros de una comunidad, con la convicción de que dicho comportamiento responde a una necesidad y a una obligación jurídica. Y en el caso bajo estudio se observa que las prácticas ancestrales de juzgamiento responden a estos parámetros establecidos por la doctrina para considerar que tienen como fuente a la costumbre; y por tanto, dichas prácticas y usos constituyen normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad.

Su derecho propio, así como los procedimientos y prácticas en él establecidos, gozan de predictibilidad. Esto quiere decir que los miembros de la comunidad conocen y pueden predecir los procedimientos a seguir y las consecuencias que tendrán sus acciones en caso de ser juzgadas por sus autoridades. Esta característica es básica y fundamental en la costumbre como fuente de derecho, puesto que aquella permite garantizar la previsibilidad, la publicidad, la seguridad jurídica y la aceptación de las prácticas y procedimientos dentro la comunidad.

De modo pues que, es en función del principio de predictibilidad, que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en ejercicio del artículo 171 de la Constitución, pues para garantizar el respeto a la Constitución y a los derechos humanos, las normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos internos deben ser predecibles y aplicadas únicamente a sus conflictos internos y dentro de su territorio. Esto debido a que, por sus características y naturaleza, su derecho propio es conocido, público y predecible solo para los miembros de la comunidad. Sólo ellos conocen el derecho que les va a ser aplicado y por tanto solo les es aplicable a ellos, por parte de sus autoridades, en atención a la predictibilidad y la seguridad jurídica.

Por tanto es necesario tener en cuenta los límites en la aplicación de este derecho, y de las condiciones mediante las cuales se emplea y se ejerce, en los cuales afectan o se dirige a una población determinada, en un ámbito especial determinado, bajo características que les son propias, por lo que ningún momento puede tener incidencia sobre la población general o la sociedad ecuatoriana global.

Ciertamente se trata de un tema bastante amplio que permite un gran debate sobre los límites del derecho, el derecho consuetudinario ancestral indígena, su grado de independencia y por el otro la noción del derecho ordinario, establecido en forma escrita y que a través de los órganos que componen el Estado ejerce el control jurisdiccional en todos los ámbitos de la República, que si bien tiene el deber de conocer sobre un hecho ocurrido, y a partir de allí realizar la investigación correspondiente, se limita al ámbito jurisdiccional que ejerce la justicia indígena, siempre y cuando se haga cumplimiento a los derechos humanos establecidos en la Constitución.

De todas formas las apreciaciones que se hagan sobre tema seguirán abriendo lugar al debate a fin de establecer los límites en la jurisdicción indígena, que sentencias como estas pretenden esclarecer.

### **ANÁLISIS DE LA LEY DE BOLIVIA**

La Justicia Indígena, vale decir, la justicia de los pueblos aymara, quechua, guaraní, entre otros del Estado Plurinacional de Bolivia, se valen de la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional, en el ámbito personal y territorial, la aplicación de la justicia indígena se proscribe al área rural y a los miembros de los “territorios indígenas” y no toma en cuenta la verdadera realidad poblacional indígena del país.

En este sentido la nueva Constitución Política del Estado en su título III del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional (Justicia en los Andes, 2018), con toda precisión señala:

“Artículo 179.- II La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía.”

Sin embargo, esa igual jerarquía entre ambas justicias, como ya mencionamos anteriormente, es pisoteada, eliminada y transgredida por el artículo 10, II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, quedando por tanto como simples enunciados los artículos 3 y 4, a) de esta Ley 073.

Por otra parte, el artículo 30 del Capítulo Cuarto de los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesino, el parágrafo II, numeral 14 reconoce el derecho “Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”.

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en Bolivia es a su vez Ley N° 3760 del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 7 de noviembre de 2007, de forma expresa reconoce el derecho de los pueblos indígenas a

conservar y reforzar sus propias instituciones, entre ellas, de forma específica las jurídicas (artículo 5).

Pese al mandato de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y los instrumentos internacionales como el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que además son leyes en Bolivia, con la implementación de las nuevas leyes de desarrollo constitucional, en el caso particular que nos ocupa, con la Ley de Deslinde Jurisdiccional, de forma concreta, se puede establecer que existe un oscuro interés de no permitir el avance pleno de los pueblos indígenas, en este caso el de no permitir el efectivo ejercicio de su ancestral e histórica justicia, al supeditarla a la jurisdicción ordinaria, tal como se evidencia en el artículo 10, II de esta Ley.

De forma concreta, la Ley de Deslinde Jurisdiccional impone que la justicia ordinaria colonial continúe supeditando y desplazando a la justicia de las mayorías indígenas lo que lamentablemente significa fortalecer la continuidad colonial y que la figura de la descolonización es un simple slogan demagógico, que se podría interpretar como un anti indigenismo que niega toda reivindicación concreta de nuestros pueblos, en este caso, el ejercicio pleno de su justicia milenaria.

En este marco, la contradictoria e incoherente Ley de Deslinde Jurisdiccional, de forma flagrante viola el precepto constitucional de la igualdad jerárquica entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Es preciso señalar que la Ley de Deslinde Jurisdiccional coarta de cierta manera los derechos de los pueblos indígenas y no permite el pleno ejercicio de la justicia indígena y contradice lo establecido en la propia Constitución Política del Estado, el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por todo ello, tomando en cuenta que toda ley es perfectible, la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe ser modificada, consultada y consensuada con todos los sectores indígenas, sobre todo con las millones de indígenas urbanos.

## **CAPITULO 4**

### **PROPUESTA**

A continuación se realizan los parámetros para elaborar una propuesta sobre la demarcación territorial pues en ella descansa el derecho a la propiedad intelectual de los pueblos indígenas y a partir de allí el reconocimiento del derecho consuetudinario como creación, bajo el criterio de que el pluralismo jurídico se sustenta en el pluralismo cultural, que es el reconocimiento constitucional o legal de la multiculturalidad. La demarcación es un reconocimiento que hace el Estado y se materializa no solo con la norma sino con la operatividad que se hace efectiva mediante políticas públicas. Al no visionarse la aplicación de la demarcación conlleva a la extinción cultural de la población indígena, su absorción por parte de la cultura social ecuatoriana como un todo. Incluso se habla de auto-demarcación para que sean los pueblos y comunidades indígenas quienes ejecuten sus derechos desde y en las comunidades hacia el Estado lo que a su vez permite que tales pueblos protejan sus conocimientos ancestrales y tradicionales de la injerencia de terceros dentro de su territorio (Aguilar, 2012).

Se busca en razón de ello contribuir a la construcción del Estado plurinacional e intercultural que demanda la Constitución, lo cual requiere el diseño y la implementación de políticas públicas claras y eficientes respecto a la justicia indígena, que eviten que se continúen deslegitimando los derechos reconocidos a los colectivos indígenas.

#### **4.1 Antecedentes**

Ecuador tiene como característica albergar pueblos y nacionalidades indígenas que se diferencia los unos a los otros, pero que a su vez descienden de grupos originarios que están asentados desde hace muchos años, lo que determina el carácter intercultural y plurinacional

del país. A pesar de ello el Estado ecuatoriano no ha consolidado los derechos inherentes de estas comunidades, imponiéndoles el uso oficial de una lengua, una religión, una forma de educación, una costumbre y un sistema legal.

Es por ello que las comunidades indígenas luchan y buscan la defensa de sus derechos, de sus costumbres, así como el reconocimiento de sus características propias, que incluyen un sistema de justicia, por lo que cuestionan la estructura del Estado y el concepto que se maneja del estado plurinacional, que sin duda debe contemplar en la práctica el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos.

De acuerdo a la Constitución de la República, Ecuador es un estado plurinacional, en donde conviven diversas nacionalidades y pueblos indígenas, cada uno de ellos con características socioculturales muy particulares, sin embargo ha existido una tendencia tanto del Estado ecuatoriano como de la sociedad ecuatoriana de subvalorar e ignorar la potencia cultural de los pueblos indígenas.

Es fundamental que el Estado ecuatoriano acepte que convive con una gran diversidad cultural, cada uno de ellas con sus riquezas, lengua propia, cultura, costumbres, conocimientos, etc. Al reconocer que es un estado intercultural y plurinacional, y no pensar que solo debe estar plasmado en la Constitución de la República del Ecuador, sino al momento de tomar acciones y decisiones.

El reconocimiento por parte del Estado del derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas, debe hacerse a través de la materialización de un derecho más general que es el derecho territorial, en el que descansa el derecho a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas. Siendo que es un derecho universal, el reconocimiento se da a través de la norma y el tratamiento de esta se hace efectiva por medio de políticas públicas, en este caso a través del proceso de demarcación que debe realizar el

Estado en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas como políticas públicas de arriba hacia abajo. Es entonces que la materialización de los derechos territoriales es la norma más general en la que descansa el derecho a la propiedad intelectual colectiva.

## **4.2 PLANTEAMIENTO DE LA PROPUESTA**

### **4.2.1 Título de la propuesta**

Ley reformativa del art. 171 de la Constitución de la República de Ecuador que permita la auto-demarcación territorial y el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva indígena.

### **4.2.2 Caracterización de la propuesta**

La propuesta tiene como elementos fundamentales, el reconocimiento de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas, por medio de la definición de la territorialidad indígena, examinándose los aspectos institucionales e instrumentales de la demarcación, las implicaciones prácticas que tienen el uso de ciertos conceptos en las disposiciones territoriales, y a partir de allí el reconocimiento de la propiedad intelectual colectiva, se vislumbra en la transversalidad de al menos tres campos: lo étnico, lo patrimonial y la legislación internacional y nacional.

En lo relativo a la etnicidad, la propiedad intelectual colectiva le permite a los sujetos específicos del derecho, la protección, defensa y acceso de beneficios económicos, por medio de una serie de figuras de propiedad tanto intelectual, tales como las denominaciones de origen, las geográficas y las marcas colectivas. Esto se vincula con la esfera patrimonial, al ser estos sistemas promovidos por los Estados soberanos, dependiendo el énfasis que cada país le otorgue a la materia protegida. A su vez, la esfera de legislación internacional y nacional, se articula en base a los acuerdos, tratados y convenios internacionales suscritos que inciden en el marco de legislación nacional.

De allí se deriva el reconocimiento a su justicia, como medio para dirimir sus controversias sociales, y esto ocurre por la existencia del pluralismo jurídico dentro del Estado ecuatoriano.

#### **4.2.3 Planteamiento de la propuesta**

La existencia de los pueblos indígenas, desde tiempos ancestrales, incluso anterior a la constitución misma del Estado ecuatoriano, que por medio de la existencia propia de sus costumbres, de su integración como sociedad, de su identidad, así como en la aplicación de la justicia, razón que obedece a un derecho consuetudinario preexistente, al derecho ordinario vigente en Ecuador.

Sin embargo, la creación del Estado Nación de Ecuador impuso en la práctica la existencia de una sola lengua, una costumbre, una justicia, y una sola identidad, dando lugar al no reconocimiento de la existencia indígena, concebida en un sentido amplio. A pesar de estar reconocida en la Constitución de 2008, la existencia, la costumbre, el reconocimiento en su justicia y de su práctica, cierto es que se entiende desde la sociedad que en el Ecuador, existe un solo ordenamiento jurídico, que obedece a un solo tipo de realidad. La existencia de casos como el de Cocha II revela el contraste existente entre la percepción social de un ordenamiento único, y la pluralidad jurídica que establece y sustenta la Constitución.

Es así que el pluralismo jurídico va mucho más allá de su mero establecimiento en la Constitución y en las leyes, si no que su puesta en funcionamiento se enmarca en un contexto de delimitación, no solo de su entorno territorial, sino de jurisdicción, de su derecho consuetudinario, y de su aplicación, a su como del reconocimiento en la propiedad intelectual como generadora de conocimiento propio.

El reconocimiento por parte del Estado del Derecho Consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas, debe hacerse a través de la materialización de un derecho más general

que es el derecho territorial, en el descansa el derecho a la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas. Se trata de un derecho reconocido transversalmente enmarcado en la Constitución y las leyes. Es así que como el reconocimiento se da a través del proceso de demarcación que debe realizar el Estado en los territorios de los pueblos y comunidades indígenas como políticas públicas de arriba abajo.

El derecho puede ser una exigencia de la sociedad, un reclamo de los pueblos indígenas a sus demandas sociales, así el contra derecho es lo contrario a derecho formal, a su vez se encuentra establecido en la Constitución. La forma como se ha dado el reconocimiento, la aplicación y el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas responde a una evolución en la normativa internacional, partiendo de que los derechos indígenas se derivan de los derechos humanos. Así el reconocimiento de las normativas indígenas consagradas en la Constitución se desprende de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de sus pactos internacionales los cuales, en definitiva, fortalecen los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La materialización de los derechos territoriales como norma más general en la que descansa el derecho a la propiedad indígena colectiva.

### **4.3 Objetivo General**

Elaborar una propuesta de Ley reformativa del art. 171 de la Constitución de la República de Ecuador sobre la auto-demarcación territorial para el reconocimiento del derecho a la propiedad intelectual de los pueblos indígenas y fortalecer los sistemas de justicia indígena.

### **4.4 Propuesta**

La Constitución es clara en reconocer que el derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras como un derecho de propiedad. Un derecho que hace referencia a una propiedad específica, pues es una propiedad adquirida de forma originaria y no derivada, se trata de una propiedad colectiva, ya que pertenece a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos

colectivos, sino que tiene un régimen especial para su protección y manejo. Como ya se señaló, es una propiedad especial, que se denomina derecho originario de propiedad colectiva sobre las tierras de los pueblos y comunidades indígenas, y que tiene como características esenciales el ser una propiedad originaria, colectiva, indivisa y con limitaciones a la libre disposición.

### **CONSIDERANDO:**

La propiedad especial indígena es un verdadero derecho fundamental dentro de la Constitución, por lo que goza de los mismos atributos que los demás derechos constitucionales, en cuanto que puede ser objeto de aplicación directa e inmediata por todos los órganos del poder público y de protección por vía jurisdiccional. Esto refuerza el carácter amplio con el que la legislación ha querido definir y reconocer el derecho de los pueblos indígenas sobre su territorialidad ya que las mismas deben ser consideradas, no sólo para sus actividades de subsistencia material inmediata, sino desde el criterio de ser necesarias para garantizar y desarrollar sus formas específicas de vida, implicando con esto los diferentes aspectos que componen la vida cultural de los pueblos indígenas como sujetos colectivos.

### **Resuelve:**

**Reformar** art. 171 de la Constitución de la República de Ecuador. Sustitúyase por el siguiente:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas **EJERCERÁN SU AUTODEMARCACIÓN TERRITORIAL, EL CONTROL DE SU PROPIEDAD INTELECTUAL COLECTIVA, Y EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES JURISDICCIONALES**, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos

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

#### **4.5. DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA:**

El reconocimiento de la auto-demarcación de los pueblos indígenas y la creación y establecimiento de bases para construir un modelo de gobernabilidad centrado en el consenso y corresponsabilidad con el Estado en el manejo de las áreas protegidas, en respeto de derechos fundamentales colectivos. Se basa en un principio del ejercicio de sistemas de autoridad, de regulación y control social por parte de los pueblos indígenas. Estos pueblos conforman una unidad tradicional de conciencia de grupo, identidad y cultura propia, con sistemas sociales, de creencias propias, económicos, políticos, de justicia, autogobierno y autodeterminación que les son inherentes.

Es la auto-demarcación un derecho reconocido de forma tangencial como un instrumento efectivo por parte de los pueblos indígenas en los derechos territoriales esto es un derecho ejercido desde abajo hacia arriba. La construcción de esa auto-demarcación, se da desde una conjunción de políticas públicas territoriales indígenas que va desde los pueblos y comunidades indígenas hacia el Estado.

Se defiende para su auto-demarcación entonces la existencia de dos instancias:

- 1) Una instancia interna, referida al manejo de conflictos y problemas que afectan el control y la regulación social, las relaciones con la naturaleza, que abarcan la creencia ancestrales que invocan su espiritualidad y religión, el control material de sus territorios, sus estrategias de continuidad y de futuro, basándose en criterios tradicionales propios, por ello, ello abarca las propiedad intelectual que viene dada desde un desarrollo que incluye todo el

derecho consuetudinario ancestral, cada pueblo indígena es en sí una sociedad compleja, dinámica y autónoma.

2) En cuanto a la segunda instancia externa, se refiere a la defensa de su autodeterminación y de sus gobiernos propios, a la creación y mantenimiento de mecanismos de intermediación y contacto para el diálogo y la negociación con el gobierno nacional referente a la participación y representación, al control de los recursos naturales, a la posesión y propiedad de la tierra y del territorio, a defender sus formas de vida, y a definir en qué medida se articulan con las formas de desarrollo económico que propone el Estado. Es una instancia que debe incluir relación de las comunidades indígenas con los medios de comunicación, en la que se garantice la explicación de los procedimientos que en base a costumbres son llevadas a cabo dentro de esas comunidades, y así de esta manera evitar tergiversación de los hechos o actos ocurridos dentro de la comunidades indígenas que puedan llevar a la estigmatización.

En razón de ello se entiende que estas dos instancias las cuales son inseparables, pues por un lado está referida al ejercicio de los sistemas de autoridad tradicional y por el otro, referido a las relaciones de estos sistemas con el gobierno sea este nacional, regional o de instancia local. Es esta autonomía interna de los pueblos indígenas lo que les permite el ejercicio de sus propios gobiernos, por cuanto la misma no se origina en el reconocimiento legal o constitucional, sino en la vigencia de sus sistemas y culturas, sin que implique la separación de los Estados nacionales, pues estos reconocen la soberanía de los Estados donde residen y son asumidos como pueblos originarios.

#### **4.6. Impacto jurídico y social de la propuesta**

El objetivo de la auto-demarcación territorial indígena está dirigida a sostener la conciencia que identifica a un determinado grupo y al mismo tiempo establece consensos de respeto, conforme a su cosmovisión, permitiendo que estos pueblos adquieran las fortalezas necesarias para su unidad y cohesión haciéndolos resistentes ante el conflicto, se trata de una relación originaria en base a su realidad y sus creencias.

Esta gobernabilidad indígena propia que es reconocible, erga omnes, imponibles a todos consiste en el ámbito de autogestión de los pueblos indígenas que, en consonancia con las normas de derecho aplicables y las formas de organización propias de los pueblos indígenas, plantea el reconocimiento de la relación especial que existe entre el territorio y la identidad étnica y cultural, el reconocimiento de la autonomía en la gestión de los espacios territoriales indígenas dentro de los Estados de los cuales forman parte y una participación efectiva de los pueblos indígenas en el gobierno local, provincial y nacional. El reconocimiento, adquiere trascendencia cuando se asume que los pueblos indígenas mantienen una relación especial con sus territorios y procuran aplicar sus formas de vida dentro de sus contextos. Es por ello que la gobernabilidad indígena no es posible sin territorio, su recuperación y reconocimiento, les garantiza la autodeterminación y el control sobre el uso, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales.

Ahora bien, una vez establecidos estos aspectos de auto-demarcación indígena tomando en cuenta sus instancias, y la importancia que reviste para su ejercicio el territorio, se hace necesario establecer un medio de articulación entre el gobierno indígena y el gobierno nacional que garanticen el ejercicio efectivo de estos derechos colectivos. Es un hecho cierto que el art. 171 de la Constitución, contempla el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en este sentido se establece una propuesta en la que a partir de la auto-demarcación de la territorialidad indígena y su titulación se permita la co-administración del área donde residen estos pueblos.

Este modelo de gestión de las comunidades indígenas debe ser consensuado con todas las comunidades indígenas en un sentido amplio debido a que no se puede establecer un solo modelo para todos los grupos sin que se vulnere su especificidad cultural dado que se trata de grupos que son culturalmente muy diferentes los unos de los otros. Esta es la manera a través de la cual pueden ser garantizados y reconocidos sus derechos a la participación y al territorio. Queda claro que es requisito sine qua non la titularidad del territorio, pues de ella es que se deriva la autodeterminación y por lo tanto la gobernabilidad propia. La existencia plena y de derecho de la territorialidad, que es ancestral anterior incluso a la existencia misma del derecho ordinario. Esta propuesta busca la viabilidad tomando en cuenta la norma jurídica, pues permitiría por un lado que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente sus derechos al territorio y sus propias formas de gobierno en base a su cosmovisión y cultura, y por el otro la protección del ambiente. El territorio indígena es claramente una figura jurídica reconocida constitucionalmente que garantiza el derecho al territorio de los pueblos indígenas, derivándose del mismo la posibilidad real del ejercicio de los demás derechos, tales como el ejercicio de las formas de gobierno propio y la aplicación de sus sistemas políticos particulares.

Es por ello que esta propuesta abarca como punto fundamental y como eje central la ordenación del territorio que se incluya esta figura a fin de que se garanticen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Es por ello y tomando en cuenta estas particularidades, que se pudiera establecer una gestión territorial de responsabilidad compartida entre los pueblos indígenas con derechos territoriales, en este sentido la propuesta es compatible legalmente entre la declaración de área protegida y la titularidad de los pueblos indígenas. En la misma se garantizaría por un lado la conservación y gestión y por el otro la gobernabilidad y cosmovisión de los pueblos indígenas avalados en atención a su territorio. La construcción de esta propuesta busca establecer bases sólidas que permitan

solucionar cualquier conflicto vinculado a la incompatibilidad, discrepancia o divergencia entre ambas instancias, por ello las mismas deben construirse con la amplia participación de los pueblos indígenas para establecer espacios de diálogo y constituir acuerdos consensuados que delimiten sus usos.

Esta auto-demarcación permite el desarrollo de la propiedad intelectual indígena, esto es la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas en todo el mundo es uno de los mayores problemas que se plantean en el campo de la propiedad intelectual.

La protección de la propiedad intelectual colectiva, la cual se manifiesta en sus conocimientos tradicionales en sus diferentes formas, pasa primero por la protección y conservación de la naturaleza, porque todos ellos en su interrelación configuran la vida misma. El derecho a la tierra es condición sine qua non para el ejercicio del derecho de propiedad intelectual colectiva. La cosmovisión indígena promueve la diversidad, producir más vida a partir de la vida; característica de la creatividad indígena. Con el ejercicio de la diversidad está garantizada la existencia de los pueblos indígenas. Es un desarrollo de adentro hacia afuera de la comunidad.

En la propiedad intelectual colectiva, las creaciones son producto de la dinámica socio cultural de los pueblos indígenas, en esa interacción se configura el hacer de conocimiento por ser heredados de sus antepasados desde hace miles de años, y los cuales van perfeccionando de acuerdo a sus necesidades y sus propias experiencias. Los conocimientos tradicionales no son estáticos, están en constante movimiento y evolución, son abiertos y dinámicos. No es un acervo inmutable, por el contrario, se modifica incesantemente, se restringe o se amplía, y se transforma. Su dinamismo viene dado de generación a generación, otra de sus características.

Son conocimientos que vienen siendo desarrollados, desde tiempos antiguos y transmitidos de generación en generación, mediante la tradición oral.

La propiedad intelectual colectiva, tiene como centro conferir derechos de exclusividad a una colectividad de pueblos originarios que se reconocen como tal, para proteger sus creaciones intelectuales. En este sentido, la propiedad intelectual como la propiedad intelectual colectiva comparten al hombre como creador, y a las necesidades como elemento sustentador de esas creaciones. Es así que los pueblos indígenas pueden generar su propio derecho (derecho consuetudinario), el cual debe ser considerado para cualquier sistema de protección y conservación que se quiera implementar. Los derechos consuetudinarios de las comunidades indígenas entrañan en la mayoría de los casos normas detalladas en relación con distintos aspectos de su vida. En relación a los inconvenientes que se manejan por la forma parcelada en el que se ven las cosas en la sociedad ecuatoriana, y lo jurídico no es la excepción.

La propuesta abarca construir un régimen de protección de los conocimientos tradicionales indígenas, con parámetros y conceptos que incluyan la cosmovisión indígena, el cual ve al universo como un todo y no por estamentos, debe trabajarse conjuntamente y la articulación de instrumentos jurídicos que se desarrollen integralmente. La discusión sobre la propiedad intelectual colectiva debe estar planteada, con la participación protagónica de los pueblos indígenas.

Es necesario que se fundamente sobre el respeto de los derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y las competencias que tiene el Estado en la protección del medio ambiente, sin necesidad de que alguna de las partes renuncie a sus competencias y derechos. El co-manejo requiere igualmente la comprensión de los tejidos sociales que se encuentran en las áreas protegidas, que permitan fortalecer las capacidades de los pueblos indígenas en la gestión compartida, lo que implica no solo la resolución de problemas de

procedimientos por los cambios sociales, sino que es preciso establecer que en lugar de incorporar a los pueblos indígenas persistentemente a las formas de organización y gestión pública.

En este sentido, la toma de decisión y su ejecución deben realizarse de forma conjunta, debido a que el co-manejo garantizaría uno de los niveles más altos de participación social y para su consolidación es necesario su regulación por medio de una norma jurídica, priorizando la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, tomando en cuenta sus vínculos con el territorio, su compromiso, sus intereses, sus derechos, mandatos y estrategias. Asimismo, se compartiría con estos la autoridad, la toma de decisiones y las responsabilidades respecto a la gestión del área, a través de mecanismos compartidos y en condiciones de paridad con el Estado. Por ello la participación, corresponsabilidad y la toma de decisiones paritarias entre el Estado y los pueblos indígenas, permitirían la contribución al desarrollo de las comunidades indígenas, respetando sus derechos al acceso y uso sustentable de la tierra y sus recursos, para esto es necesario que el Estado asigne dentro del presupuesto nacional los medios económicos o financieros que permitan garantizar estos fines los cuales serían manejados de forma conjunta y previo acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas en cuanto a las necesidades propias que se requieran para el manejo territorial, se trata es de lograr una gestión duradera, equilibrada y de mutuo beneficio.

Igualmente, para el desarrollo socioeconómico de los pueblos indígenas, debe existir premisas orientadas al desarrollo económico sostenible que requieren para ello el empoderamiento de los beneficiarios indígenas, el respeto de sus derechos colectivos y el ejercicio de control sobre sus propias formas de desarrollo económico, social y cultural sobre la gobernabilidad en sus espacios territoriales dentro del Estado.

La garantía del derecho de los pueblos indígenas a la participación en la economía nacional, el financiamiento de actividades productivas que permitan su desarrollo socioeconómico. Esto garantizaría el desarrollo con identidad de los pueblos indígenas, como un proceso que comprende su fortalecimiento, la armonía e interacción sostenida con su medio ambiente, el ejercicio de su autoridad, sus valores y derechos incluyendo los culturales, económicos, sociales e institucionales de conformidad con su cosmovisión y gobernabilidad.

Igualmente, se deben crear condiciones en las que los pueblos indígenas puedan crecer en armonía con su entorno, aprovechando el potencial de sus bienes culturales, naturales y sociales. El reconocimiento de aspectos diferenciados para el desarrollo indígena llevan consigo la aceptación de objetivos económicos de estos pueblos, que no necesariamente buscan maximizar su rentabilidad, sino que dan prioridad a una visión de suficiencia del bienestar, de equilibrio con el medio ambiente y de la preservación de los recursos para necesidades futuras.

En este orden de ideas es necesaria la consolidación de una estrategia que apoye y promueva las iniciativas de desarrollo y los sistemas de organización propios de los pueblos indígenas que permitan mejorar sus condiciones de vida, basados en su propio liderazgo y en armonía con la condición sociocultural específica de cada pueblo, es decir con políticas de desarrollo sostenible. Esta propuesta busca que se garantice el equilibrio entre la conservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible, y que los pueblos indígenas asuman el pleno ejercicio de sus derechos territoriales y su autonomía interna o autodeterminación, sin vulnerar sus formas de vida, pues las propuestas aquí planteadas buscan, partiendo del marco jurídico existente, mantener la cultura de los pueblos indígenas garantizando así su supervivencia.

## CONCLUSIONES

La pluriculturalidad de Ecuador es un aspecto sustancial e importante, por lo que persistir en una visión monista del derecho es incoherente, e incorrecta. Es entonces el pluralismo jurídico, el sistema que se adapta con más claridad a la realidad social de nuestro país, en ello se entrelazan tradiciones, y costumbres. A pesar de ello tanto el Convenio 169 de la OIT y la Constitución, han establecido parámetros amplios y generales sobre su aplicación, no delimitando de forma correcta aspectos relevantes e importantes.

Tal como se ha demostrado en esta investigación el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no contempla límites a la competencia en materia de derecho indígena, sentencia como la del caso de la Cocha en la que existe una vaguedad y falta de profundización de la Corte Constitucional, así como tampoco la existencia de leyes que permitan terminar de delimitar la cooperación entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, lo que refleja una interpretación errada de la interculturalidad, que no demuestra en forma amplia por parte de la sociedad y de las instituciones ecuatorianas la existencia de una pertinente consideración respecto a la verdadera naturaleza de los sistemas de justicia indígena.

El reconocimiento del pluralismo jurídico a nivel constitucional no se refleja en la relación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, por lo que podría señalarse que las comunidades indígenas se encuentran en indefensión, y en la constante amenaza de que le sean impuestas la llamada “visión occidental”, por lo que se hace necesario un cambio en la interpretación de cómo debe considerarse el funcionamiento de la cosmovisión indígena. Se ha venido considerando por décadas que el derecho debe ejercerse en este sentido y en virtud de los diferentes casos, en consecuencia, se establece un Estado ecuatoriano como un todo que regula e impone sus criterios, cuando debería ser lo contrario ya que el óptimo funcionamiento de los derechos de las comunidades indígenas debe funcionar de abajo hacia arriba, es decir

son los pueblos indígenas los que delimitan su territorialidad. Esto permite el mejor manejo sobre su propiedad intelectual y de allí el desarrollo de su justicia indígena dentro de su jurisdicción. En este sentido es importante la delimitación, para la verdadera existencia de un sistema de administración de justicia pluricultural.

Es la razón de la presentación de la propuesta en esta investigación, ampliar criterios de identificación de las comunidades indígenas, al igual que dar atributos más amplios para la interpretación jurídica. Así mismo, el otorgar un rango constitucional a la demarcación indígena y reconocimiento a la creación de propiedad intelectual indígena, significa poder derivar en el establecimiento de la jurisdicción indígena y su consecuente justicia. El pluralismo jurídico y la interculturalidad va más allá de su simple establecimiento en leyes y convenios, es en la práctica donde se comete un error al pretender dar al Estado ecuatoriano el poder de administrar una soberanía territorial, que debe ser realizada por las comunidades indígenas pero desde su origen, en conclusión es el derecho que se invoca y se desarrolla en base a la costumbre, lo hace desde la cultura, la ancestralidad.

## RECOMENDACIONES

- La propaganda debe ser educativa mostrando precisamente en que se basa el sistema de justicia indígena, y en qué valores se funda para actuar, siempre desde el respeto que tiene otro tipo de costumbre y de visión social, ancestral por demás. Esa difusión no es una función exclusiva de los medios de comunicación, en mucho también debe participar la educación impartida en el que se enseñe la existencia y la importancia de los pueblos indígenas pero con la visión antes mencionada de abajo hacia arriba, es decir que su existencia, formación, gobierno, derecho, y justicia es anterior al propio a Estado.
- El pluralismo jurídico es también entender que dentro del Estado-Nación hay otras formas de aplicar justicia, por lo que es una figura que debe ser manejada con conocimiento desde la academia, Conjueces, jueces, abogados, juristas, estudiantes. Es verdaderamente peligroso para esa figura que no ocurra o no sea así.
- Las comunidades indígenas, y su gobernabilidad no necesitan el reconocimiento de un gobierno central estatal porque su existencia es anterior a esa concepción, la cosmovisión indígena dentro de su ancestralidad, ha creado sus propias costumbres, su derecho consuetudinario, su propiedad intelectual indígena, lo cual se concibe como un derecho que se crea de abajo hacia arriba.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, V. (2012). *Diálogos entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo*. Mérida- Venezuela: GTAI.
- Alvarez, M., & Cippitani, R. (2013). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e integración Jurídica*. Monterrey: ISEG.
- Andrade, J. (2008). La Competencia de las Autoridades Indígenas Tradicionales en el Juzgamiento de Delitos Penales. *Iuris Dictio* .
- Andrés, F., & Amezúa, L. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* , 341-358.
- Ariza, R. (2010). *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Bunge, M. (1980). *Epistemología*. Barcelona: Ariel.
- Bustos, A. (2014). *El Reconocimiento Constitucional del derecho Colectivo*. Quito.
- Cartuche, A. (2017). *El control constitucional a las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Chisaguano, S. (2006). *La población indígena del Ecuador*. Quito: Talleres Gráficos del INEC.
- Couture, E. (1999). *Lecciones de derecho civil*. México, D.F.: Legis.
- Cruz, J. (2017). Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos. *Revista Jurídica Piélagus* , 103-117.

- De Santos, B. (2009). *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, en: *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo.
- Diario El Telegrafo. (10 de 10 de 2014). *4 fallos de la CC norman la justicia indígena*. Recuperado el 17 de 7 de 2018, de El Telegrafo:  
<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/4-fallos-de-la-cc-norman-la-justicia-indigena-infografia>
- Díaz, E. (2016). El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador. *Temas socio-jurídicos* , 95-117.
- Díaz, E. (2016). La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. *Derecho y cambio social* , 1-38.
- Díaz, E., Antúnez, & Alcides. (2016). La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. *Derecho y Cambio Social* , 1-38.
- Eco, U. (2001). *Cómo se hace una tesis*. Madrid: Gedisa.
- Erraez, D. X. (2015). *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador*.
- Escuela Intercultural de Gobierno y Políticas Públicas. (2007). *Historia y cosmovisión indígena*. La Paz: Fondo Indígena.
- Flores, A. (25 de 08 de 2013). *Las imágenes del mito del buen salvaje*. Recuperado el 05 de 10 de 2018, de Iberoamerica Social.
- Flores, D. (2011). La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario. *INREDH* , 1-17.
- García, A. (2015). *Democracia, Estado, Nación*. Caracas: Trinchera.

- Guartambel, C. (2015). *Justicia Indígena*. Quito: Ecuarunari.
- Guevara, A., Verona, A., & Vergara, R. (2015). *El peritaje antropológico, Entre la reflexión y la práctica*. Lima: Centro de investigación y asesoría jurídica del departamento de Derecho.
- Hernandez, M. (2011). *Justicia Indígena, Derecho Humanos y Pluralismo Jurídico*. Quito.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.
- Jiménez, R. (2008, p. 27). *Teoría General del Procedimiento*. Caracas: Ediciones Liber.
- Justicia en los Andes*. (2018). Obtenido de <http://www.justiciaenlosandes.org/contenido/la-justicia-ind%C3%ADgena-y-la-ley-de-deslinde-jurisdiccional-bolivi>
- López, F. (2016). Los pueblos indígenas en las constituciones de México. *Argumentos*, 161-180.
- Martínez, M. (2008). *Epistemología y metodología cualitativa*. México: Trillas .
- Morán, R. (2010). *Derecho Procesal Civil Práctico*. Caracas: Ediciones Lier.
- Olmedo, R., & Vela, N. (2015). *Derecho consuetudinario indígena: dicotomía en lo procesal y en la práctica*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Ossorio, M. (2011). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan.
- Palacios, A. N. (2015). *La jurisdicción indígena como derecho cultural*. Colombia.
- Piaguaje, Á., & al, e. (2017). *Viviendo la Justicia Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador*. Quito: Manthar Editores.

- Poats, S. (2010). Una reflexión sobre la interculturalidad desde la Antropología. *Letras Verdes* , 7-11.
- Quiroz, C. (2017). Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador. *Innova research journal* , 49-58.
- Quizhpe, F. (2015). *Las justicias en el pueblo kichwa Saraguro: ¿autonomía, complementariedad o absorción?* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar .
- Sánchez, E. (2007). *Justicia y Pueblos Indígenas Ecuador*. Quito.
- Sánchez, M. (2015). *Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en materia penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Sánchez, M. (2015). *Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en materia penal*. Cuenca: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Solo, V. (2016). Buen Vivir (Sumak Kawsay), ¿alternativa al desarrollo occidental? *e-dhc* , 28-41.
- Tibán, L., & Llaquiche, R. (2008). *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Latacunga: Fundación Hanns Seidel.
- Winchester, L. (2011). Políticas Públicas: Formulación y Evaluación. *Curso Internacional: Planificación estratégica y políticas públicas* , 1-40.
- Xanthani, A. (2009). Indigenous rights in international law over the last 10 years and future developments. *Melbourne Journal of International Law* , 1-11.
- Yeric, J., & Todd, J. (1996). *Public Opinion*. Itasca: Peacock Publisher.
- Yrigoyen, R. (2012). Pluralismo y Jurisdicción Indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. *Fundación Konrad Adenauer* , 171-193.

Fuente Normativa:

Asamblea Nacional (2009). *Código Orgánico de la Función Pública*. Quito: Ediciones Legales.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Nota: Fecha de entrada en vigor: 05.09.1991, Lugar: Ginebra Fecha de adopción: 27/06/1989).

Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. El 13 de Septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, con ciento cuarenta y tres votos a favor, cuatro en contra y once abstenciones, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Organización de Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*

Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo*. Ginebra: 27- Jun-1989.

Sentencias Judiciales:

Sentencia: 113-14-SEP-CC Y EL NÚMERO DE EXPEDIENTE: 0731-10-EP MOTIVO: El señor Víctor Manuel Olivo Pallo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

Sentencia 008-09-SAN-CC, Caso 0027-09-AN (Corte Constitucional de Justicia del Ecuador 2 de Marzo de 2015).

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR	
<b>Nombre:</b> NARVAEZ VASQUEZ GERMAN ANIBAL	
<b>Cédula Nº:</b> 1706756838	<b>Fecha:</b> 07-05-2019
<b>Profesión:</b> Abogado, Lcdo. en Ciencias Sociales Políticas, Ingeniero en Comercio Exterior e Integración y Doctor en Ciencias de Negocios Internacionales.	
<b>Dirección:</b> Cdla. Universitaria Salvador Allende.	

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertinencia	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia jurisprudencial	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Argumentación	X				
Hermenéutica	X				
Moralidad social	X				

Fuente (Obando, 2019)

Comentario: De lo analizado he podido constatar que la abogada Vasconez ha desarrollado sus cualidades investigativas en el campo del derecho procesal constitucional.

Firma:



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Diana Carolina Vasconez Nolivos, con C.C: # 092576438-3 autora del trabajo de titulación: *Pluralismo Jurídico y el Derecho Procesal en el marco de la Constitución*. Previo a la obtención del título de **Magister en Derecho** mención en **Derecho Procesal** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 07 de mayo del 2019

f.

---

Nombre: Diana Carolina Vasconez Nolivos

C.C: 092576438-3



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



**SENESCYT**  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## **REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

### **FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN**

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	<i>Pluralismo Jurídico y el Derecho Procesal en el marco de la Constitución.</i>		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Vasconez Nolivos, Diana Carolina		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES):</b>	Dra. Navarrete Luque Corina; Dr. Rodas Garcés Xavier		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho mención Derecho Procesal.		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho mención Derecho Procesal.		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	07 de mayo del 2019	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	85
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derechos indígenas		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Pluralismo jurídico, justicia indígena, demarcación, propiedad intelectual indígena, interculturalidad.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p>Dentro del marco constitucional de la plurinacionalidad y de la interculturalidad se cuestiona el reconocimiento de la justicia indígena y del concepto de Pluralismo Jurídico, dentro una visión más amplia que abarca su demarcación territorial, y su propiedad intelectual indígena colectiva. Con fin de evaluar las políticas diseñadas para la interpretación intercultural de los colectivos indígenas y fundamentar pautas metodológicas para los principios indígenas.</p> <p>El diseño de investigación cualitativa, con alcance exploratorio, descriptivo y explicativo, de tipo no experimental transversal. Se evidencia la existencia de una variedad de factores que inciden en su conformación y desarrollo, que pasan necesariamente por la perspectiva del modelo de cosmovisión indígena, de éstos en su vinculación con los modelos aplicados desde el Estado central, y de las formas como se presenta un diálogo intercultural para su gestión.</p> <p>El reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario indígena parte del paradigma actual de los pueblos indígenas en Ecuador, en la que se reconozcan los principios de justicia frente al pluralismo jurídico, desde su ancestralidad. Se requiere alcanzar nuevos enfoques sobre cómo se entiende la estructura de la gobernabilidad indígena en relación con el Estado ecuatoriano, estableciendo principios doctrinarios sobre los cuáles debe sustentarse la armonización en la justicia ordinaria y la justicia indígena. Se realizó un análisis desde la perspectiva cultural indígena, desde el concepto de plurinacionalidad que maneja el Estado ecuatoriano desde la Constitucionalidad, para realizar una propuesta para la defensa de los principios de justicia y respeto cultural a los pueblos indígenas.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0984477138	<b>E-mail:</b> carolina-diana@hotmail.es	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre:</b> Ing. Andrés Isaac Obando		
	<b>Teléfono:</b> 0982466656		
	<b>E-mail:</b> <a href="mailto:ing.obandoo@hotmail.com">ing.obandoo@hotmail.com</a>		