



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES

ESCUELA DE DERECHOS Y JUSTICIA

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN ESTUDIOS JUDICIALES

ARTÍCULO CIENTÍFICO

El Juzgamiento de Miembros de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades
Indígenas bajo los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad, en
Compatibilidad con los Preceptos de la Sentencia 112-14-JH/21 de la Corte
Constitucional

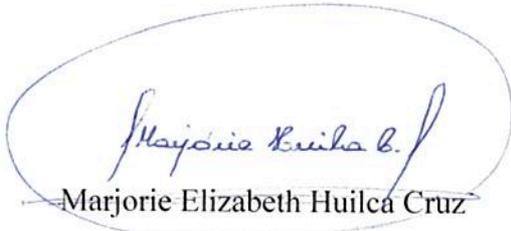
Autora: Marjorie Elizabeth Huilca Cruz

Tutora: Dra. Natalia Mora Navarro

Quito, octubre 2022

AUTORÍA

Yo, Marjorie Elizabeth Huilca Cruz, con C.C. 1724348097, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo, así como los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de mí persona como autora del presente trabajo de titulación. Asimismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.



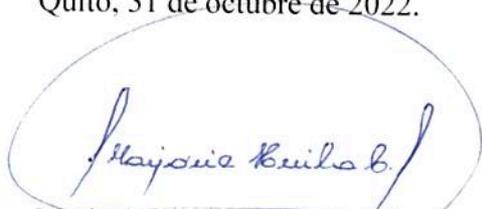
Marjorie Elizabeth Huilca Cruz

CC: 1724348097

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Yo, Marjorie Elizabeth Huilca Cruz, con C.C. 1724348097, cedo al IAEN, los derechos de publicación de la presente obra por un plazo máximo de cinco años, sin que deba haber un reconocimiento económico por este concepto. Declaro además que el texto del presente trabajo de titulación no podrá ser cedido a ninguna empresa editorial para su publicación u otros fines, sin contar previamente con la autorización escrita de la universidad.

Quito, 31 de octubre de 2022.

A handwritten signature in blue ink, enclosed in a hand-drawn oval. The signature appears to read "Marjorie Huilca Cruz".

Marjorie Elizabeth Huilca Cruz

C.C. 1724348097

DEDICATORIA

*Con todo mi amor, a mi madre Luz María Cruz Córdova,
a quien dedico todos mis logros, por ser mi apoyo incondicional
y la persona que con su ejemplo me ha enseñado a ser perseverante.*

Marjorie Huilca

AGRADECIMIENTOS

Al Instituto de Altos Estudios Nacionales, por haberme brindado la oportunidad de realizar mi maestría en tan prestigiosa institución.

A mis distinguidos profesores, por haber compartido sus conocimientos con gran sabiduría y profesionalismo.

Al Dr. Alex Valle Franco y al Dr. Tomás Sánchez Jaime, por su guía durante el transcurso de la maestría.

A la Dra. Natalia Mora Navarro, por haber sido mi tutora, gracias por sus conocimientos, su direccionamiento, su paciencia y su comprensión, durante el desarrollo del presente trabajo.

A mi familia, por haber estado a mi lado durante el transcurso de mi maestría.

Marjorie Huilca

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	ix
CAPÍTULO I.....	1
Desafíos del Pluralismo Jurídico en el Ecuador.....	1
Monismo Jurídico vs. Pluralismo Jurídico	1
Justicia Indígena	4
CAPÍTULO II	16
Aplicación del principio de plurinacionalidad e interculturalidad en el juzgamiento de miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas	16
Principio de Plurinacionalidad e Interculturalidad	16
Problemas jurídicos entre la justicia ordinaria y la justicia indígena derivados del reconocimiento del pluralismo jurídico	29
Declinación de Competencia	43
CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFÍA.....	49

RESUMEN

El presente artículo versa sobre el juzgamiento de miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas por parte de la justicia ordinaria, ya sea porque están bajo su jurisdicción o porque la jurisdicción indígena ha decidido no actuar, en el marco de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador de 2008. El objetivo principal es, establecer el método y los principios que deben aplicarse por parte de la justicia ordinaria, a lo largo de un proceso, cuando se encuentre involucrado el miembro de un pueblo originario. También se planteó como objetivos, identificar la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional respecto a la jurisdicción indígena; y, analizar las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, que se refieren a la justicia indígena y la interpretación intercultural. Para cumplir con los objetivos establecidos, se utilizó una investigación de carácter documental y se aplicó una metodología cualitativa, de cohorte análisis de caso, ya que se analizó la Sentencia 112-14-JH/21, así como otras decisiones jurisdiccionales de la Corte Constitucional que tratan temas relativos al reconocimiento de la jurisdicción indígena. Los principales resultados que se pudieron identificar al realizar el presente trabajo es que, a partir del reconocimiento del Estado ecuatoriano como plurinacional e intercultural en la Constitución de 2008, existen múltiples decisiones emitidas por la Corte Constitucional referentes a la justicia indígena; y, además se pudo evidenciar que, la Corte Constitucional a través de sus decisiones, garantiza a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a crear, desarrollar y aplicar su derecho propio de acuerdo a sus costumbres. Finalmente se constató que, la Corte Constitucional en la Sentencia 112-14-JH/21, ha establecido de manera expresa que, para la efectiva protección de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, es indispensable una interpretación intercultural, tanto de los derechos como de las garantías constitucionales, durante la sustanciación de un proceso judicial.

Palabras Clave: Plurinacionalidad, interculturalidad, Corte Constitucional, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, interpretación intercultural.

ABSTRACT

This article deals with the prosecution of members of indigenous communities, peoples or nationalities by ordinary justice, either because they are under its jurisdiction or because the indigenous jurisdiction has decided not to act, within the framework of the principles of plurinationality and interculturality, recognized by the Constitution of the Republic of Ecuador of 2008. The main objective is to establish the method and principles that must be applied by ordinary justice, throughout a process, when the member of an original people is involved. . It was also proposed as objectives to identify the jurisprudential line developed by the Constitutional Court regarding indigenous jurisdiction; and, analyze the sentences issued by the Constitutional Court, which refer to indigenous justice and intercultural interpretation. In order to meet the established objectives, a documentary investigation was used and a qualitative methodology was applied, cohort case analysis, since Judgment 112-14-JH/21 was analyzed, as well as other jurisdictional decisions of the Constitutional Court that They deal with issues related to the recognition of indigenous jurisdiction. The main results that could be identified when carrying out this work is that, from the recognition of the Ecuadorian State as plurinational and intercultural in the 2008 Constitution, there are multiple decisions issued by the Constitutional Court regarding indigenous justice; and, in addition, it was possible to demonstrate that the Constitutional Court, through its decisions, guarantees indigenous communities, peoples and nationalities, the right to create, develop and apply their own law according to their customs. Finally, it was verified that the Constitutional Court in Judgment 112-14-JH/21, has expressly established that, for the effective protection of the rights of indigenous communities, peoples and nationalities, an intercultural interpretation is essential, both of rights as well as constitutional guarantees, during the conduct of a judicial process.

Keywords: Plurinationality, interculturality, Constitutional Court, communities, indigenous peoples and nationalities, intercultural interpretation.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza la jurisdicción indígena a partir del reconocimiento del Estado como plurinacional e intercultural en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador vigente, lo cual ha significado un gran avance para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, han constituido la base para que se reconozca que además de la sociedad mestiza, el Estado ecuatoriano también está conformado por comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y, a su vez, se promueva el reconocimiento de distintas culturas que conlleven a desarrollar mecanismos que fortalezcan las relaciones entre los pueblos que habitan el territorio ecuatoriano, dentro de un marco de igualdad.

Además, en virtud del principio de plurinacionalidad se reconocen y amplían los derechos colectivos y por consiguiente se garantiza la autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, reconociendo la jurisdicción indígena como un sistema jurídico paralelo a la jurisdicción ordinaria, bajo el principio de la unidad en la diversidad.

Por lo tanto, dentro del contexto de reconocimiento del pluralismo jurídico, los principios de plurinacionalidad e interculturalidad se complementan entre sí, con la finalidad de garantizar el pleno ejercicio tanto de los derechos individuales como de los derechos colectivos.

De esta manera, en el primer capítulo se realiza una diferenciación entre el monismo y el pluralismo jurídico y se pone en evidencia los avances que se han logrado a partir de la Constitución de 1998 en materia de derechos colectivos y a la vez, se aborda el tema de la justicia indígena, desde un punto de vista doctrinario.

En el segundo capítulo, se aborda el principio de plurinacionalidad e interculturalidad y se presentan algunas decisiones emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador referentes a la jurisdicción indígena, entre las cuales se encuentra la Sentencia 112-14-JH/21, la cual desarrolla y profundiza sobre la interpretación intercultural de los derechos y las garantías constitucionales.

Finalmente, se realiza un acercamiento a los principios y derechos que pueden verse afectados, sino se aplica adecuadamente la interpretación intercultural a lo largo de un proceso judicial y también, se hace referencia a la declinación de competencia, entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

CAPÍTULO I

Desafíos del Pluralismo Jurídico en el Ecuador

Monismo Jurídico vs. Pluralismo Jurídico

La Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, marcó un hito en la vida constitucional del Estado, porque a diferencia de las constituciones que le precedieron, fue la primera en declarar a Ecuador como un Estado pluricultural y multiétnico, consecuentemente, reconoció una serie de derechos colectivos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre ellos la justicia indígena, como un mecanismo para solucionar los conflictos internos que se susciten dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, lo que significó un gran avance para los grupos minoritarios que habitan en nuestro país.

La doctrina manifiesta que existen dos corrientes, la primera, la concepción monista del Derecho que reconoce la existencia de un solo sistema jurídico y que sostiene que el Estado a través del poder legislativo es el único que puede crear leyes, mientras que, el poder judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, es el único que puede aplicar el Derecho y administrar justicia. La segunda, la concepción del pluralismo jurídico, que reconoce la existencia de diferentes sistemas jurídicos independientes, dentro de un mismo Estado, los cuales coexisten de manera armónica y complementaria.

La concepción monista del derecho tiene su origen en la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen, pues, Kelsen reconocía el derecho estatal como única fuente de derecho, en virtud de la relación Estado-Derecho.

“Para Kelsen el Estado no es otra cosa que el conjunto de normas jurídicas expedidas por aquel que tiene poder creador de derecho” (Bonilla, 2007, p. 28). Además, le atribuye al derecho positivo el carácter de absoluto, ya que considera que el ordenamiento jurídico está compuesto por normas jurídicas escritas, sobre la base de una jerarquía normativa.

Según Pérez:

El “monismo jurídico” es la corriente dominante en el mundo occidental es considerada o calificada como “derecho moderno” que supone al monopolio estatal, la homogenización jurídica única e imperante, válido y reconocido por el Estado, es decir a un Estado le corresponde un solo derecho o determinado sistema jurídico y viceversa (Pérez, 2010, p. 45).

Cabedo sostiene que:

La concepción monista del Derecho identifica el Derecho con el Estado. Según esta ecuación Estado-Derecho, únicamente se considera Derecho al sistema jurídico estatal, no pudiendo, por tanto, existir diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio (espacio geopolítico). Es el Estado, a través de sus órganos, el único que puede crear normas jurídicas (Cabedo, 2012, p. 17).

El monismo jurídico esencialmente se fundamenta en el Derecho positivo, es decir, en el conjunto de leyes, que se encuentran plasmadas en un cuerpo legal sistematizado, que ha sido expedido por el poder legislativo de un Estado y que ha seguido el proceso establecido en la Constitución para su creación.

En este sentido, hay quienes sostienen que el pluralismo jurídico atenta contra la soberanía del Estado, por ser contrario al monismo jurídico, que considera que debe existir un solo sistema jurídico, que el Estado es el único productor de leyes, que la ley escrita es la única fuente de Derecho y que los órganos jurisdiccionales estatales son los únicos que pueden administrar justicia.

Es importante destacar que, el monismo jurídico no desconoce la existencia de otros sistemas jurídicos, sin embargo, los considera inválidos, partiendo de la premisa de que el Estado es el único creador de normas jurídicas. Por lo tanto, “aunque se admitan otras fuentes normativas, se consagra, perentoriamente, la ley estatal como expresión máxima de la voluntad predominante del Estado-Nación” (Wolkmer, 2018, p. 62).

Por otra parte, en cuanto se refiere al pluralismo jurídico, la Fundación Konrad Adenauer, manifiesta:

Por pluralismo jurídico entendemos una pluralidad de soberanos, así como pluralidad y variedad de sistemas jurídicos. El pluralismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura que disemina el poder, éste ya no está aquí o allá, sino que se multiplica, se desplaza, haciendo mucho más complejo el entendimiento de la soberanía, pues esta en todo caso sería una construcción colectiva que supondría a la vez múltiples espacios de construcción de la norma, múltiples sistemas jurídicos, y a la vez otros espacios de administración de justicia, incluso un descentramiento del sujeto de derecho como veremos más adelante. Ya no es el Estado en su centralidad sino una pluralidad en movimiento (Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 22).

Jaramillo (2011) señala que, el pluralismo jurídico “es la coexistencia de dos sistemas de justicia, el ordinario; y, la justicia indígena cuya consecuencia es el reconocimiento o inclusión del Derecho Propio en el sistema de justicia ecuatoriano [...]” (p. 390).

Para Hernández (2010), “entendemos por pluralismo jurídico la diversidad de fuentes, previamente autorizadas por el Estado, productoras de normas jurídicas válidas y vinculantes para una determinada comunidad de sujetos de Derecho [...]” (p. 123).

En nuestro país, el pluralismo jurídico se introdujo por primera vez, en la Constitución Política de la República de Ecuador de 1998, cuando se reconocieron una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas, entre ellos la jurisdicción indígena, teniendo como antecedente el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumentos

internacionales que contienen importantes derechos a favor de los pueblos indígenas y que forman parte del bloque de constitucionalidad.

La Constitución de la República de 2008 ratificó la existencia del pluralismo jurídico, como parte del nuevo constitucionalismo y proclamó en el artículo 1 un nuevo modelo de Estado, al reconocer a Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, soberano, unitario, intercultural, plurinacional, entre otras características.

A diferencia de la Constitución de 1998, que reconocía a Ecuador como pluricultural y multiétnico, la Asamblea Constituyente de Montecristi consciente de nuestra historia milenaria y diversidad cultural, amplió dichos conceptos y declaró a Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural.

Sobre la base del principio de interculturalidad y plurinacionalidad, el Título II, Capítulo IV, artículo 57 de la actual Constitución, reconoce y garantiza una serie de derechos colectivos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros, “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”.

Consecuentemente, el artículo 171 de nuestra Constitución reconoce a la justicia indígena como un sistema jurídico válido para la administración de justicia, en los siguientes términos:

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

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

De igual forma, el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta:

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

El reconocimiento del pluralismo jurídico es producto de la manifestación de la diversidad cultural que existe en nuestro país y a su vez, es el reflejo de la lucha histórica en la que han estado inmersos los pueblos indígenas por décadas para ser incluidos dentro de la estructura social, económica, política y jurídica del Estado ecuatoriano.

De acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional del Ecuador, “el fundamento del reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución radica sobre todo en el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a la autodeterminación”. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2019, Dictamen Nro. 5-19-RC/19, p. 5).

De esta manera, el reconocimiento del principio de interculturalidad y plurinacionalidad se traduce en la vigencia del pluralismo jurídico, a través del cual se garantiza a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pleno ejercicio de sus derechos.

Justicia Indígena

En cuanto se refiere al Derecho Indígena, Tibán e Ilaquiche, manifiestan que:

Los pueblos indígenas conciben el derecho a la justicia como un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de sus propias autoridades y de un conjunto de normas basados en sus costumbres, regula los más diversos aspectos del convivir colectivo, y permite ejercer un control social efectivo en sus territorios y entre sus miembros (Tibán e Ilaquiche, 2004, p. 24).

Pérez por su parte, define el Derecho Indígena de la siguiente manera:

Derecho indígena es el conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos ancestrales, sustentadas en la cosmovisión filosófica presentes en la memoria colectiva, dinamizados y reconocidos por la comunidad cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social (Pérez, 2010, p. 210).

Bazurco y Exeni, señalan que:

Se puede considerar a la justicia indígena como un sistema jurídico propio conformado por conjuntos diversos de normas, procedimientos, prácticas y valores, diferentes autoridades comunales (originarias y sindicales), y las comunidades que conocen y reconocen a esas autoridades y su legitimidad para la aplicación de dichas normas, procedimientos y valores, en la resolución de conflictos y la regulación, en sentido amplio, de la vida de las comunidades (Bazurco y Exeni, 2012, p. 53).

Hernández (2011), manifiesta que el Derecho Indígena se sustenta en tres principios que son: “AMA KILLA, AMA LLULLA, AMA SHUA, en castellano: no ser ocioso, no mentir y no robar” (pp. 11-12).

Desde esta perspectiva, se puede definir al Derecho Indígena, como un sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, conformado por un conjunto de normas no escritas, que regulan las relaciones humanas y resuelven los conflictos internos que afectan valores comunitarios, que se basan principalmente en las costumbres reconocidas y compartidas por los miembros de la comunidad y que son aplicadas por la autoridad indígena, con la finalidad de hacer cumplir los tres principios: ama killa, ama llulla y ama shua, para mantener la armonía de la comunidad y alcanzar el sumak kawsay.

El Derecho Indígena es un sistema jurídico paralelo al derecho estatal, sin embargo, presenta sus particularidades, considerando que depende del derecho que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para desarrollar sus propias formas de organización, por tal motivo, tomando en consideración lo dicho por Tibán e Ilaquiche, respecto a que el Derecho Indígena es un derecho vivo y dinámico, ante las proyectos presentados para reformar la Constitución, en el sentido de formalizar la justicia indígena, la Corte Constitucional del Ecuador, ha determinado que:

Sobre las propuestas de formalización de la justicia indígena para tener una especie de corte nacional y seleccionar autoridades, la Corte ha considerado que si bien "la Constitución se refiere a la justicia indígena en singular, esta no constituye un sistema unitario, al contrario, la justicia indígena se caracteriza por una alta heterogeneidad". Por esta razón, no es posible concebir un solo Derecho indígena con única máxima autoridad que actúe en función de principios uniformes. Tampoco cabe entender que las autoridades pueden ser escogidas de acuerdo a un solo Derecho propio, como prevé el proyecto de reforma, ya que "cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena ha desarrollado sus propias costumbres y prácticas y la diversidad entre ellas es enorme." La propuesta refleja una tendencia asimilacionista a la justicia estatal que vulnera la autodeterminación de los pueblos. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2019, Dictamen Nro. 9-19-RC/19, p. 3).

De igual forma, mediante el Dictamen Nro. 5-19-RC/19, de 04 de septiembre de 2019, la Corte Constitucional del Ecuador, determinó que la reforma parcial a la Constitución, relacionada a la creación de un sistema de justicia indígena paralelo a la justicia ordinaria, no era apto, debido a que la propuesta planteada pretendía que la Asamblea Nacional formalice la administración de justicia indígena, lo cual vulneraría el derecho a la libre autodeterminación e impediría que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas apliquen su Derecho propio.

La justicia indígena desde su reconocimiento ha sido un tema muy controvertido y mal visto por la sociedad, ya que se considera como un retroceso a los derechos, ya que las sanciones que aplican las autoridades indígenas durante el juzgamiento de una persona, vulneran derechos constitucionales, no obstante, la justicia indígena tiene sus límites que son la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para resolver conflictos internos, a diferencia de la justicia ordinaria que se basa en una justicia retributiva, que busca castigar a una persona con la pena más drástica por el cometimiento de un delito, en especial la privación de libertad, la justicia indígena se basa en una justicia restaurativa, que tiene por objeto reparar el daño consecuencia del cometimiento de un delito y reestablecer las relaciones entre la víctima y el victimario, devolver la armonía a la comunidad y prevenir el cometimiento de futuros delitos para mantener el *sumak kawsay*.

[...] para los pueblos indígenas, la justicia indígena es la forma propia de resolver y solucionar conflictos a través de sus propias autoridades, que, mediante la aplicación de medidas conciliadoras, en algunos casos o ejemplificadoras en otros, se restablece la armonía colectiva (Tibán e Ilaquiche, 2004, p. 23).

En el marco de la justicia restaurativa, la Corte Constitucional del Ecuador reconoció que, “la justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria, teniendo en la noción del prestigio el principio ordenador de las conductas y de la convivencia comunitaria”. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2014, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, p. 17).

Para la justicia indígena el bien jurídico protegido, de acuerdo con la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional es:

[...] para la runa justicia o justicia indígena, está lo que anteriormente señalaba como características o principios generales del AYLLUKUNA ALLI KUSA Y o el "BIEN VIVIR" en comunidad (entre familias - ayllukuna pura), que conlleva los otros principios o enunciados anteriormente: APANAKUNA, el ser llevados a la convivencia amistosa y armónica (pacífica) con el entorno: Llakta (Pueblo= - Ayllu (familia) - Pachamama (Madre Naturaleza – Pacha (Divinidad) y el respetarse o KASUNAKUY (el comportarse bien con todos) y respetar a los demás. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2014, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, p. 21).

Desde este punto de vista, a través de la justicia indígena se busca:

[...] la protección de la comunidad o el ayllukuna allí kausay, el buen vivir entre familias y el estar "integrado" a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea ... AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA, por eso suelen decir: "tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie" y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2014, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, p. 21).

Elementos de la Justicia Indígena

De acuerdo con el artículo 171 de la Constitución de la República, los elementos que caracterizan el Derecho Indígena son los siguientes:

Autoridad Indígena

El artículo 171 de la Constitución de la República establece que, sólo las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales, para solucionar las controversias que se presenten dentro de su territorio y mantener la armonía entre sus habitantes.

Por lo tanto, sólo “las autoridades indígenas designadas por la comunidad, pueblo o nacionalidad de conformidad con su derecho propio y prácticas ancestrales reconocidas por los miembros de las comunidades, pueblos o nacionalidades” (Corte Constitucional del Ecuador

[CCE], 2021, Sentencia No. 1-15-EI/21 y Acumulado, pp. 10-11), se encuentran facultadas para administrar justicia y por ende hacer cumplir sus decisiones.

En efecto, las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales deben contar con legitimidad, la cual se determina al:

establecer la relación directa entre una comunidad, pueblo o nacionalidad y la autoridad indígena. Las formas de reconocimiento dependen exclusivamente del derecho propio y no del reconocimiento o registro por parte de las instituciones del derecho ordinario, sin detrimento que, en algunos casos, la comunidad indígena haya optado por la inscripción y registro de sus autoridades ante el Estado (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 1-15-EI/21 y Acumulado, p. 12).

En cuanto se refiere a las autoridades indígenas, Tibán e Ilaquiche las definen como:

[...] las personas encargadas de velar por el bienestar, la tranquilidad y paz social en las respectivas comunidades o jurisdicciones. Estas autoridades son el cabildo compuesto por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y síndico; quienes conjuntamente con la asamblea general resuelven los diversos conflictos que se presentan (Tibán e Ilaquiche, 2004, pp. 26-27)

Por otro lado, Pérez manifiesta que:

En otros pueblos es el presidente de la comunidad quien ejerce la autoridad. En conflictos mayores actúa una autoridad pluripersonal, ahí encontramos el cabildo -directivos superiores de la comuna- o el consejo de gobierno quien colectivamente imparte justicia, en otros casos se eligen una comisión jurídica quien tiene la labor de resolver los conflictos en unos casos y en otros constituye organismo auxiliar, es decir la diversidad se manifiesta en cada comunidad y se van adecuando de acuerdo a sus necesidades y orientaciones. Ahora si la falta es grave y extremadamente compleja como el homicidio por ejemplo, es la asamblea general como supremo organismo encargado de proveer justicia en función de un proceso de juzgamiento con informes del organismo directivo o cabildo y obviamente la defensa del procesado (Pérez, 2010, p. 231).

Bazurco y Exeni, consideran que:

[...] las autoridades originarias son aquellas que, independientemente de su origen o denominativo, cumplen funciones asociadas a la organización social originaria, esto es, funciones que combinan aspectos políticos, administrativos, de orden simbólico ritual y administración de justicia que estructuran el gobierno comunal. Por lo tanto, todas las autoridades que se han identificado dentro de la base de datos del presente estudio, independientemente de su denominativo o de su origen, son consideradas como autoridades indígenas originarias campesinas (Bazurco y Exeni, 2012, p. 58).

En primer lugar, hay que tener claro que, si bien en las comunidades indígenas existe una persona que ejerce el cargo de autoridad, quien por lo general es el presidente, el cual se encarga de varios asuntos (administrativos, políticos, representación de la comunidad, entre otros), cuando se trata de temas relacionados con la administración de justicia, suele conformarse una especie de autoridad pluripersonal, compuesta básicamente por las máximas autoridades comunales, para la toma de decisiones.

“La obligatoriedad de las decisiones de autoridades indígenas es una condición esencial para que haya verdadera jurisdicción indígena e incluso para que esta no sea criminalizada por las autoridades estatales y la opinión pública” (Grijalva, 2012, p. 108).

Finalmente, hay que destacar que, en la jurisdicción indígena a diferencia de la jurisdicción ordinaria, “no existen autoridades especializadas para los sistemas de justicia propios” (Bazurco y Exeni, 2012, p. 66), por consiguiente, “La autoridad comunitaria está facultada a conocer y resolver indistintamente infracciones de todo tipo, sin límite de materia, cuantía, gravedad con el único requisito que vulnere el equilibrio social de la comunidad [...]” (Pérez, 2010, p. 253).

Jurisdicción Indígena

Cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena tiene debidamente determinado su territorio, de tal manera que, las autoridades indígenas pueden ejercer su jurisdicción únicamente dentro de su circunscripción territorial y entre los miembros de su comunidad.

El artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial señala que, “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley”.

De acuerdo con el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, “La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”.

El artículo 167 de la Norma Fundamental expresa que, la potestad de administrar justicia puede ser ejercida por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución, entre los cuales también se contempla a la justicia indígena, sin embargo, es fundamental aclarar que, “la justicia indígena no es órgano de la Función Judicial, sino que la Constitución le reconoce funciones jurisdiccionales” (Grijalva y Exeni, 2012, p. 705).

En cuanto se refiere a la competencia del Derecho Indígena, se puede decir que, la justicia indígena, no observa ninguna regla para determinar la competencia, por lo que las autoridades indígenas pueden conocer y resolver cualquier asunto, indistintamente del territorio, materia o personas.

Respecto a la competencia material, Grijalva y Exeni, manifiestan que:

Ni la Constitución de 2008 ni el Convenio 169 de la OIT establecen restricciones en relación con los ámbitos o materias que competen a la justicia indígena. Puesto que la misma es expresión de la autodeterminación interna o autonomía de estos pueblos, ellos tienen una

competencia general sobre todas las materias y todos los conflictos (Grijlava y Exeni, 2012, p. 714).

Refiriéndose a la competencia territorial, Pérez, señala que:

La administración de justicia indígena se aplica en todo el espacio territorial que se asientan los pueblos y comunidades indígenas, incluso si el ilícito es cometido por un indígena fuera de su jurisdicción debería remitirse a la justicia comunitaria indígena (Pérez, 2010, p. 254).

Por otra parte, respecto a la competencia personal, la doctrina establece que la justicia indígena debe aplicarse a todos los miembros de la comunidad indígena, sin embargo, Pérez señala que, cuando un indígena infringe una ley fuera de su comunidad se deberían observar las siguientes reglas:

[...] si es indígena y no conoce otra cultura que la suya lo justo es que sea juzgado por su juez natural, la comunidad indígena. Pero si es indígena, mantiene sus convicciones y cultura propia, empero está insertado en forma estable en la cultura dominante, podría ser juzgado por tribunales mixtos conformados por jueces estatales y autoridades indígenas en el marco de la interculturalidad. Ahora si llega a infringir en la comunidad indígena un no indígena la competencia radicaría en la justicia indígena por cometer un ilícito dentro de la comunidad y alterar la armonía social (Pérez, 2010, pp. 254-255).

“Si bien la jurisdicción especial indígena tiene la competencia para actuar en el marco de su territorio y de acuerdo a sus usos y costumbres, algunos casos son examinados y sancionados en la jurisdicción ordinaria que es, de acuerdo a las reglas, la competente” (Sánchez, 2004, p.102).

Indiscutiblemente la Constitución y la ley reconocen a las autoridades indígenas, la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, dentro de su territorio y de acuerdo a su Derecho propio, no obstante, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Sentencia No. 113-14-SEP-CC de 30 de julio de 2014, estableció una excepción, cuando se trata de delitos que atenten contra la vida y estableció que:

a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena (p. 35).

Dicha excepción surgió en virtud de lo establecido en el numeral 1 del artículo 66 de la Constitución de la República, que se refiere al derecho a la inviolabilidad de la vida, como consecuencia de los peritajes realizados dentro de la Sentencia 113-14-SEP-CC, los cuales pusieron en evidencia que, la justicia indígena cuando juzga delitos contra la vida, no resuelve la afectación a la vida, como bien jurídico protegido, sino la afectación que este hecho produce en la comunidad (p. 24).

Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2014, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, p. 28).

Participación de las Mujeres

La Constitución de la República del Ecuador, así como el Código Orgánico de la Función Judicial, establecen taxativamente que las mujeres deben participar de forma activa y en equidad de género con los demás miembros de la comunidad, en la toma de decisiones referentes a la administración de justicia.

Las mujeres siempre han desempeñado un papel importante dentro de las comunidades indígenas y de la sociedad en general, por tal motivo constituyen un elemento indispensable para el funcionamiento de la organización social, además las mujeres indígenas han estado presentes en todas las luchas sociales del país, sin embargo, debido a la ideología patriarcal que predomina en la sociedad, las mujeres se han situado en una condición de subordinación, es así que, nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de acabar con la desigualdad de género, promueve la inclusión de las mujeres en la resolución de conflictos y la aplicación del Derecho propio, dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

La Costumbre Jurídica como Fuente Formal de Derecho

La costumbre conjuntamente con la legislación y la jurisprudencia, son consideradas como fuentes formales del derecho, sin embargo, con el paso del tiempo, la costumbre jurídica, como medio de creación de normas jurídicas ha perdido valor y fuerza, pasando a un segundo plano, sin embargo, dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas continúa siendo la principal fuente para la creación de su Derecho propio.

El Convenio Nro. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en el artículo 8.2, señala que los pueblos indígenas:

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

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en el artículo 34 que:

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

De igual forma, el artículo 57.10 de la Constitución de la República, establece que, se garantiza a las comunidades, pueblos y nacionalidades: “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”.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, también establece en el artículo 66.2 que: “El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado”.

De esta manera, al reconocer la Constitución de la República, la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas para administrar justicia de acuerdo a sus costumbres, se reconoce la existencia de otra fuente de Derecho además del estatal, que es el Derecho Indígena.

La costumbre también conocida como Derecho Consuetudinario ha sido definida por Abelardo Torré (2007) como, “el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes” (p. 382).

Por su parte, Hernán Olano (2008), define a la costumbre jurídica como, “la práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley; o el derecho no escrito que se ha introducido por el uso” (p. 4).

De acuerdo con la doctrina, la costumbre jurídica se encuentra conformada por dos elementos:

- a) elemento material u objetivo, es decir, repetición constante de actos uniformes [...];
- b) elemento espiritual o subjetivo o psicológico, que es la conciencia de su obligatoriedad, o como dicen Legaz y Lacambra, el convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio [...]. (Monroy, 2001, como se citó en Olano, 2008, p. 6).

De lo dicho se infiere que, el Derecho Consuetudinario, es un conjunto de normas no escritas, que se han ido formando progresivamente a partir de la repetición constante de un acto

uniforme, con la finalidad de regular los comportamientos de una comunidad, por lo que son de obligatoria aplicación y cumplimiento, ya que su inobservancia o quebrantamiento, produce sanciones por parte de la autoridad competente.

En cuanto se refiere a la costumbre, nuestro Código Civil, en el artículo 2, manifiesta que: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. La Constitución de la República como norma suprema, reconoce expresamente la práctica de la justicia indígena dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho consuetudinario, de tal manera que, le otorga a la costumbre fuerza de ley.

El Derecho Consuetudinario se ha enmarcado en la Constitución como un medio para resolver conflictos, tomando en cuenta la autodeterminación de los pueblos indígenas y la diversidad cultural que existe en nuestro país, así como también partiendo del hecho de que cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena tiene sus propias costumbres y tradiciones que las caracterizan y las diferencian de otras. Es así que, considerando que la creación del Derecho Consuetudinario responde a las necesidades específicas de un grupo social, éste se circunscribe en un territorio determinado, en donde habita cada comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

Es importante recalcar que, una de las principales características que diferencian el Derecho Consuetudinario del Derecho Positivo, es que no se encuentra escrito, sin embargo, esto no es del todo cierto, ya que si se encuentra escrito, pero no legislado, por tal razón, Torrè (2007) señala que, “no es que el Derecho Consuetudinario se oponga al derecho escrito, sino que más bien se opone a un derecho legislado, porque caso contrario dejaría de ser costumbre y se convertiría en una norma” (pp. 382 – 383).

En tal sentido, la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, manifiesta que:

“el derecho propio de los colectivos indígenas no está en códigos ni cuerpos ni 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” (p. 7).

Por lo tanto, se puede afirmar que las normas que regulan la convivencia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas si se encuentran escritas por lo general en los estatutos de las comunidades, para que sean de conocimiento de todos los miembros, pero más no se encuentran codificadas.

Las normas, procedimientos, prácticas y valores asociados con los sistemas de justicia indígena no requieren ser expresados en un marco positivo, en una ley, ni oral ni escrita. Y no son tampoco absolutos e inalterables. Por el contrario, son flexibles en tanto requieren adaptarse efectivamente a sus espacios de aplicación (Bazurco y Exeni, 2012, p. 54).

Procedimiento de la Justicia Indígena

La justicia indígena es considerada como una especie de linchamiento por la sociedad occidental, puesto que se desconoce que los pueblos indígenas, aunque no tienen codificado su derecho, poseen un reglamento o un estatuto interno que es conocido por todos los miembros de la comunidad, en el cual se determinan entre otras cosas, las reglas de convivencia y también el procedimiento de la justicia indígena.

En cuanto se refiere a la administración de justicia indígena, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), en su artículo 35 manifiesta que, “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.

Por otra parte, el numeral 1 del artículo 9 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, establece que:

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

En este contexto, el artículo 57 de la Constitución de la República, por una parte, reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la práctica y aplicación del Derecho Propio o Consuetudinario, mientras que, el artículo 171 de la Constitución de la República, por otra parte, establece el alcance y los límites de la justicia indígena, que no es otro que la Constitución y los derechos humanos.

Por consiguiente, nuestra Constitución requiere a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que, al momento de aplicar la justicia indígena, observen los mínimos jurídicos, establecidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para garantizar los derechos de las personas procesadas.

Finalmente, se puede afirmar que cada comunidad indígena contempla su propio procedimiento para la resolución de conflictos, sin embargo, la doctrina en concordancia con diferentes peritajes realizados por pedido de la Corte Constitucional del Ecuador, han establecido el procedimiento detallado a continuación:

Denuncia (Willachina)

El procedimiento de la justicia indígena, inicia con la presentación de la denuncia, por parte del o los afectados, ante la autoridad de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. Por

medio de la denuncia, se pone en conocimiento de la autoridad indígena los acontecimientos sucedidos, para que se inicien las correspondientes averiguaciones.

Este acto dañoso que afecta la convivencia de la comunidad es denunciado en forma oral por el ofendido personalmente acompañado de quienes abogan por el ofendido que puede ser sus progenitores, padrinos, compadres o simplemente vecinos, ante la autoridad comunal, el cabildo en la persona del presidente, y éste pone en conocimiento de los integrantes del cabildo o consejo directivo para las averiguaciones (Pérez, 2010, p. 246).

Como lo señala Tibán e Ilaquiche (2004), “sólo los afectados o sus familiares pueden hacer la solicitud de intervención al cabildo y/o a los dirigentes de la organización para que se restablezca el orden en la comunidad y en la familia” (pp. 36 - 37), además a diferencia de la justicia ordinaria, la denuncia solo puede presentarse de forma oral.

Según Jaramillo (2011), “La justicia indígena, es el único sistema donde se hacen efectivos los principios de oralidad y publicidad” (p. 391).

Averiguación (Tapuykuna)

Después de conocer la denuncia, las autoridades indígenas inician inmediatamente las averiguaciones, con el propósito de recabar las pruebas suficientes que conduzcan a conocer quién es el responsable del cometimiento del delito.

[...] los mayores son quienes orientan las averiguaciones, recolectan rastros, huellas, indagan los indicios partiendo siempre del criterio integral sistémico, así averiguan los antecedentes del sospechoso, su filiación, sus amistades, indaga si laboran o no y si trabaja en donde y con quienes (Pérez, 2010, p. 246).

Al igual que en la justicia ordinaria, las diligencias que se realizan durante esta etapa permiten establecer el grado de participación de los infractores, así como también contribuyen a que las autoridades indígenas puedan resolver.

Confrontación entre el Acusado y el Acusador (Chimbapurana)

La denominada chimbapurana, se asemeja a una audiencia, pues, en esta fase se presentan tanto el denunciante como el presunto infractor, para ser escuchados por las autoridades indígenas y toda la comunidad a la que pertenecen.

De acuerdo con Tibán e Ilaquiche (2004), esta etapa tiene dos fases (p. 38-39). En la primera fase se instala la asamblea y se pone en conocimiento de la comunidad los detalles del caso, como son: el contenido de la denuncia, el resultado de la investigación y los presuntos infractores. En la segunda fase es donde produce propiamente la confrontación entre el acusado y el acusador (chimbapurana). Por una parte, el denunciante relata los hechos que motivaron la denuncia y, por otra parte, el acusado hace uso de su derecho a la defensa.

La mejor defensa es justificar sus teneres, es decir explicar cómo los adquirió, sus antecedentes, cuenta o pesa mucho la procedencia de familias honorables, respetuosas, disciplinadas, colaboradoras, serviciales con la comunidad (Pérez, 2010, p. 247).

Cabe recalcar que, “aquí no existen abogados que representen a las partes” (Tibán e Ilaquiche, 2004, p. 40), según Pérez (2010), la defensa la puede realizar el propio acusado, alguno de sus familiares e incluso los mismos dirigentes, con el fin de llegar a la verdad (p. 247).

Sanción (Killpichirina)

Luego del juzgamiento, las autoridades determinan el grado de responsabilidad del o los acusados e imponen la sanción, la cual depende de la gravedad del delito cometido y del grado de participación. Las sanciones dependen de la cosmovisión de cada pueblo indígena, por lo que las sanciones pueden ser: “multas; la devolución de los objetos robados más las indemnizaciones; el baño con agua fría, ortiga, fuste o látigo; trabajos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la comunidad” (Tibán e Ilaquiche, 2004, p. 40-41).

En la justicia indígena no existe la privación de libertad para ningún delito, ya que como se dijo en líneas anteriores, las sanciones buscan reparar el daño causado por el delito, reformar aquellas conductas contrarias a las buenas costumbres y que por tanto el infractor no vuelva a cometer otro delito y de esta manera devolver la armonía a la comunidad.

Una de las sanciones más utilizadas dentro de la justicia indígena, es el baño con agua fría, ortiga y el látigo, ya que encierra un significado simbólico, tal como lo explica Pérez (2010):

El agua es uno de los elementos más importantes de la filosofía andina, los pueblos indígenas llegaron a divinizar el agua, Wiracocha es la dualidad de Pachakamak, no hay pueblo indígena que no haya simbolizado el agua como elemento purificador [...] (p. 233).

La ortiga, es una de las plantas que más aplicaciones medicinales posee [...] a los adultos se aplica además en la espalda o piernas a fin de sacar las malas energías cuando cometen infracciones contra la familia y la comunidad (p. 236).

Al látigo determinadas comunidades indígenas le conocen como el rayo porque cae con fuerza, energía, y desde arriba del Hana Pacha para despertar las buenas energías que están adormecidas y que han sido soslayadas por las energías malignas provocando el desequilibrio de los miembros de la comunidad social [...] (p. 237).

Ejecución de la Sanción (Paktachina)

En esta etapa se materializa la sanción impuesta por el cometimiento del delito, no obstante, la sanción no puede ser ejecutada por cualquier persona de la comunidad, por ejemplo, “las sanciones corporales como el látigo, el baño y la ortigada deben ser ejecutados por hombres o mujeres de buena reputación y honestidad” (Tibán e Ilaquiche, 2004, p. 41).

CAPÍTULO II

Aplicación del principio de plurinacionalidad e interculturalidad en el juzgamiento de miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas

Principio de Plurinacionalidad e Interculturalidad

La Constitución de la República de 2008, en el artículo 1 establece expresamente que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

A diferencia de la Constitución de 1998, que declaraba a Ecuador como un estado social de derecho, la Constitución vigente, declara a Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, en donde la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que a su vez garantiza el ejercicio de los derechos.

Por otra parte, al proclamar a Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural, se reconoce que conjuntamente con la población mestiza coexisten pueblos afroecuatorianos, montubios e indígenas, con lo que se deja atrás la idea de una sociedad homogénea y se reconoce la diversidad cultural del país, lo cual ha significado un cambio importante en la estructura del Estado, ya que ha influido de manera determinante en la vida de los pueblos indígenas, por cuanto le ha permitido al movimiento indígena consolidarse.

La diversidad cultural tiene en consideración la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional, procurando alcanzar el auténtico sentido de la interculturalidad que refiere las relaciones armónicas entre los distintos grupos étnico-culturales que coexisten en un mismo espacio territorial. (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 173).

Es decir que, la Constitución de la República de 2008, a través de la plurinacionalidad y de la interculturalidad, reconocen la existencia de varias comunidades, pueblos y nacionalidades dentro del Estado ecuatoriano bajo el principio de unidad, así como también, reconoce la interrelación de las diversas culturas en el marco de la igualdad.

Tal como lo afirma Grijalva:

“El movimiento indígena ecuatoriano viene desarrollando desde los años ochenta una definición de los pueblos indígenas como nacionalidades y la consiguiente necesidad de un Estado plurinacional, la cual implica un reconocimiento de la diversidad cultural que se proyecta institucional y políticamente en la estructura del Estado” (Grijalva, 2012, p. 30).

Definición de Principio Constitucional

El Ecuador al ser considerado como un Estado constitucional de derechos tiene su Constitución escrita, la cual constituye la norma jurídica superior y la principal fuente material y formal del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Al respecto, Rafael Oyarte expresa que:

La Constitución es un texto solemne a través del cual es organizado el poder del Estado mediante sus instituciones políticas y en el que se establece el régimen de garantías a los derechos fundamentales. Estos dos aspectos se encuentran regulados en la parte orgánica y dogmática del Código Político, incluyéndose en la parte dogmática los principios básicos de la institucionalidad del Estado (como se citó en Bustamante, 2013, p. 78).

En este sentido, previo a analizar los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, es importante definir lo que es un principio.

En el contexto del neoconstitucionalismo, Luis Prieto Sanchís señala que, “Los principios constituyen razones para resolver en un determinado sentido, es decir, la importancia de los principios en el constitucionalismo actual es la influencia que revisten respecto a la administración de justicia, pues van enfocados a la labor del juzgador [...] (como se citó en Bustamante, 2013, p. 66).

Asimismo, Víctor García Toma, sostiene que:

Los principios constitucionales exponen valores ético-políticos o proposiciones de carácter técnico-jurídico, vinculados a aspectos vitales del Estado (como origen, ejercicio y organización del poder político, y la relación entre gobernantes y gobernados) [...].

Los principios constitucionales son instituciones jurídicas de los cuales se extraen las reglas y son vinculantes para los poderes públicos; por ello, son importantes, en la interpretación constitucional, en razón de que están materializados en las constituciones modernas que incluyen una serie de principios básicos para fundamentar la interpretación e interrelación adecuada entre valores y reglas constitucionales [...].

De este modo, los principios sirven para interpretar reglas, pero también sirven como reglas cuando el juez no encuentra regla aplicable para resolver en caso concreto y debe aplicar un principio. Por lo tanto, en la interpretación y aplicación de valores y principios se deberá realizar obrando con criterios normativos, en virtud de que ambos son prescriptivos y vinculantes y, por consiguiente, susceptibles de interpretación jurídico – constitucional por el juez al dictar su resolución en un caso concreto [...] (como se citó en Bustamante, 2013, p. 67).

Bustamante (2013), sostiene que los principios tienen las siguientes características:

- Son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales.
- Constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados.
- Contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predictibles.
- Sus elementos estructurales son permanentes.
- Entre los principios no existe relación jerárquica a nivel estructural (p. 64).

Desde este enfoque, se considera que la plurinacionalidad y la interculturalidad son principios, ya que se encuentran consagrados en la parte dogmática de la Constitución y han servido de base para dictar ciertas normas jurídicas, especialmente en lo referente a la administración de justicia indígena, así como también han permitido que la Corte Constitucional del Ecuador, interprete la Norma Fundamental en este sentido, resguardando así los derechos garantizados por la Constitución.

Al ser considerados como principios, la plurinacionalidad, por una parte, reconoce la existencia de varias comunidades, pueblos y nacionalidades dentro del territorio ecuatoriano, mientras que, la interculturalidad por otra parte, reconoce la existencia de diversas culturas y las relaciones que mantienen entre ellas, en el marco de la igualdad.

Además, tomando en cuenta la última característica de los principios, establecida por Bustamante, podemos afirmar que, los principios de plurinacionalidad e interculturalidad se complementan entre sí, por lo tanto, ambos son imprescindibles para garantizar el pleno ejercicio de los derechos individuales y colectivos.

Finalmente, podemos decir que, al ser considerados como principios, la plurinacionalidad y la interculturalidad, esto ha incidido positivamente en el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Principio de Plurinacionalidad

“El Estado es la forma de organización jurídico-política de la sociedad, que comprende el territorio, el pueblo, que en el caso ecuatoriano está conformado por diversas culturas, pueblos y nacionalidades con objetivos comunes, soberanía y el gobierno de una autoridad” (Corte Constitucional para el Período de Transición, Cartilla Constitución y Estado Ecuatoriano, 2011, p. 35).

El artículo 56 en concordancia con el artículo 1 de la Norma Fundamental, reconocen la existencia de comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, como parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible, considerando que “constituyen el segundo grupo étnico cultural más grande después de los mestizos, conformando aproximadamente 18 pueblos, 14 nacionalidades y cientos de comunidades o micronacionalidades indígenas, según datos del Consejo Nacional de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) (2014, como se citó en Corte Constitucional del Ecuador, Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 168).

Al referirse al Estado plurinacional, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014, dictada dentro del Caso Nro. 0731-10-EP, señaló que:

[...] la plurinacionalidad comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia, no solo con cierto ámbito geográfico, sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica (p. 12).

En este sentido, Sousa Santos (2012) establece que, “La nación es el conjunto de individuos que pertenecen al mismo espacio geopolítico, el Estado” (p. 24).

Por otra parte, Trujillo (como se citó en Ávila, 2011, p. 193), manifiesta que, el término nación comprende tres esferas: 1) política; 2) jurídica; y, 3) cultural. Sin embargo, desde la perspectiva del Estado plurinacional, comportan un diferente significado.

La nación política, está compuesta por tres elementos: personas, territorio y autoridad.

Dentro del Estado plurinacional, las personas están vinculadas al territorio en donde se desarrolla el pueblo, por lo que se hace referencia a la identidad y al sentido de pertenencia. Por lo tanto, el territorio y la autoridad reconocen la descentralización y, consecuentemente aceptan que existen dos autoridades, una centralizada que se relaciona con el Estado y otra descentralizada, que se basa en el derecho propio y que opera dentro del territorio del pueblo originario.

La nación jurídica, en un Estado plurinacional establece que:

existen tantos sistemas jurídicos cuantas nacionalidades. Cada nacionalidad gozaría de autonomía, que es el famoso concepto que el derecho internacional acuñó como “autodeterminación” de los pueblos [...] Los gobiernos autónomos pueden convivir sin problema dentro de un estado. Varias nacionalidades viven en una unidad. La unidad no implica unicidad (Ávila, 2011, p. 199).

La nación cultural, en el Estado plurinacional reconoce la existencia de diversas culturas, cada una con su propia historia, su forma de organización social y política y su derecho propio, según sus usos y costumbres.

En el caso ecuatoriano, el Estado es plurinacional porque:

reconoce la existencia de las nacionalidades, pueblos y las comunidades distintas y el pluralismo jurídico, es decir, que el Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades” (Corte Constitucional para el Período de Transición, Cartilla Constitución y Estado Ecuatoriano, 2011, p. 45).

En este sentido, las comunidades indígenas se definen como:

[...] entidades colectivas que pertenecen y se identifican con pueblos y nacionalidades, agrupadas en unidades tradicionales como familias, grupos domésticos, nanicabos o ayllus, que suelen tener relación sanguínea o afinidad, y que ejercen, en el territorio donde desarrollan la

vida y su cultura, su derecho a la autodeterminación (como se citó en la Sentencia 1-15-EI/21 y acumulado, 2021, p. 11).

Respecto al término pueblo, Tibán e Ilaquiche, manifiestan que, “pueblos indígenas son colectividades originarias conformadas por comunidades con identidades culturales e historias propias, que les hacen diferentes de otros sectores de la sociedad; tienen sus sistemas propios de organización social, económica, política y sistemas jurídicos particulares (Tibán e Ilaquiche, 2004, p. 16).

Asimismo, refiriéndose al término nacionalidad, Tibán e Ilaquiche, señalan que:

Nacionalidades indígenas son colectividades milenarias anteriores a la existencia del Estado, que vive en un territorio determinado, tienen una identidad histórica, idioma, cultura, sus instituciones propias como es la organización social, económica, política, jurídica y el ejercicio de autoridad propia. (Tibán e Ilaquiche, 2004, p. 16).

Se entiende por identidad “aquellas características que definen el sentido de pertenencia a una determinada comunidad cultural, que hacen ser lo que somos y que nos diferencian de otros, por lo tanto, los pueblos indígenas tienen sus propias tradiciones, costumbres y forma de vivir” (Corte Constitucional para el Período de Transición, Cartilla Pueblos, Comunidades y Nacionalidades, 2011, p. 20).

En este escenario, vale señalar que la autodenominación de “nación” o “nacionalidad” propia de los pueblos originarios, hace referencia esencialmente a un determinado grupo social portador de una cultura específica, de una especial cosmovisión del mundo, una forma de organización social y política particular y que posee la misma lengua. De ahí que, sobre la base de la coexistencia dentro del territorio ecuatoriano de varios grupos que comparten estas características, el Ecuador ha sido definido por la Norma Fundamental como un estado plurinacional (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 168).

Cabe recalcar que, al hacer referencia a los pueblos indígenas, la Sentencia 112-14-JH/21, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, realiza una importante diferenciación entre los conceptos, pueblo indígena en aislamiento y pueblo indígena de reciente contacto, tomando como referencia varios instrumentos internacionales.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013, como se citó en la Sentencia 112-14-JH/21, 2021, pp. 12-13), los pueblos indígenas en aislamiento voluntario son:

[...] pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo. También pueden ser pueblos o segmentos de pueblos previamente contactados y que, tras un contacto intermitente con las sociedades no indígenas han vuelto a una situación de aislamiento, y rompen las relaciones de contacto que pudieran tener con dichas sociedades.

De igual forma, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos (2012, como se citó en la Sentencia 112-14-JH/21, 2021, p. 13) ha definido a los pueblos indígenas de reciente contacto, en los siguientes términos:

Pueblos que mantienen un contacto reciente con la población mayoritaria; pueden ser también pueblos que a pesar de mantener contacto desde tiempo atrás, nunca han llegado a conocer con exactitud los patrones y códigos de relación con la población mayoritaria. Esto puede deberse a que estos pueblos mantienen una situación de semi aislamiento, o a que las relaciones con la población mayoritaria no son permanentes, sino intermitentes. Los pueblos en “contacto inicial” son pueblos que previamente permanecían “en aislamiento” y que bien forzados por agentes externos, bien por decisión del grupo o por factores de otro tipo, entran en contacto con la población mayoritaria.

Por otra parte, como consecuencia del reconocimiento del Estado plurinacional en la Constitución de 2008, se amplió el catálogo de derechos colectivos que ya se encontraban establecidos en la Constitución de 1998, por lo tanto, en el artículo 57 de la Constitución, se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, 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 agrobiodiversidad; 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.

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.

15. 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.

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

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

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

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

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

21. 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.

De acuerdo con Llásag (2012), “los derechos de los colectivos indígenas, desde la perspectiva indígena, son uno de los mecanismos de la construcción del Estado plurinacional” (p. 322), ya que a través de ellos se protege y garantiza la identidad de los pueblos originarios, su cultura y su autodeterminación.

Desde esta perspectiva, se puede decir que, el principio de plurinacionalidad reconoce la existencia de varias comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro del territorio ecuatoriano, en donde sus miembros se encuentran unidos por una cultura en común.

Sin embargo, el principio de plurinacionalidad es mucho más profundo, ya que implica la transformación en la estructura del Estado y además cuestiona el concepto de nación y el modelo político de organización social del Estado, debido a “la coexistencia democrática de varias naciones o nacionalidades en el marco de un mismo Estado” (Grijalva, 2012, p. 94).

Ahora bien, la Constitución al declarar al Estado como plurinacional, reconoce la diversidad cultural que existe en nuestro país, pero a su vez declara la unidad del Estado, de ahí que se garantiza la autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el marco de un Estado único e indivisible, lo cual se analizará a continuación.

Derecho a la Libre Determinación

El derecho a la libre determinación, se encuentra consagrado universalmente en varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos y se refiere a la capacidad que tienen los pueblos indígenas para crear libremente sus propias instituciones y decidir sobre su situación política, social, cultural y jurídica, de acuerdo a sus usos y costumbres, también incluye la propiedad sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales.

El principio de libre determinación se encuentra consagrado expresamente en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y manifiesta que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Los artículos 4 y 5 de dicha Declaración, también reconocen como parte del derecho a la libre determinación, el derecho a la autonomía o al autogobierno indígena y consecuentemente, el derecho a conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales.

Desde este punto de vista, Jaramillo señala:

Autonomía, toda vez que, los pueblos ancestrales tienen derecho a conservar sus propias formas de organización social y ejercicio de la autoridad; y, a su vez el Estado tiene la obligación de promover el desarrollo de la cultura y tradiciones de los pueblos ancestrales” (Jaramillo, 2011, p. 388).

En cambio, “en el marco de la realización del autogobierno se garantiza el derecho al Derecho propio y a las propias formas de impartición de justicia”. (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 136).

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el artículo XIII, numeral 3, establece que:

Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

El Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), no reconoce de manera expresa el derecho a la libre determinación, sin embargo, en el numeral 2 del artículo 8, manifiesta que, los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias.

Nuestra Constitución de 2008 tampoco cuenta con un artículo que hable específicamente del derecho a la libre determinación, pero a lo largo del artículo 57, garantiza la existencia de diferentes formas de organización social y a su vez reconoce la jurisdicción indígena. Además, el derecho a la libre determinación, se ve reflejado en el penúltimo inciso del artículo 57, en cuanto se refiere a la autodeterminación de los pueblos en aislamiento voluntario, a no ser contactados.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

La jurisdicción indígena está estrechamente ligada al derecho a la autodeterminación. La Corte ha establecido que, por la autodeterminación, “los pueblos indígenas establecen sus propias formas de organización política, económica, social y cultural” y que, entre otras características, se manifiesta en el derecho propio. (2021, como se citó en la Sentencia 1-15-EI/21 y acumulado, 2021, p. 10).

Por lo tanto, considerando que el derecho de autodeterminación, otorga a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas la facultad para determinar su propia organización y forma de vida, hay quienes consideran que este derecho pone en riesgo la soberanía y la unidad del Estado.

Estado Unitario

El artículo 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece lo siguiente:

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

La misma Declaración en el artículo 46 establece que, ninguna de sus disposiciones “se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

El artículo 4 de la Constitución establece que:

El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales. [...] El territorio del Ecuador es inalienable, irreductible e inviolable. Nadie atentará contra la unidad territorial ni fomentará la secesión.

De acuerdo con el artículo 1 de la Norma Fundamental, el Estado ecuatoriano se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada, de manera que se establecen distintas formas de gobiernos autónomos descentralizados.

De acuerdo con Grijalva (2012), la actual Constitución por un lado fortalece al Estado central, pero, por otro, robustece también a los gobiernos autónomos descentralizados, a través de la definición de competencias exclusivas del Estado central y de cada tipo de gobierno autónomo (p. 35).

De acuerdo con el artículo 242 de la norma jerárquica superior, en cuanto se refiere a la organización territorial del Estado, “El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales”.

Por su parte, el artículo 257 de la Constitución, establece que:

En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.

Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.

El carácter unitario del Estado ecuatoriano se refiere a que “hay un solo centro de decisión en todo el territorio nacional, que promueve la unidad de todos quienes vivimos en el Ecuador” (Corte Constitucional para el Período de Transición, Cartilla Constitución y Estado Ecuatoriano, 2011, p. 45).

El hecho de que el Estado sea descentralizado, “no implica necesariamente la secesión, sino su transformación estructural”, pues a diferencia del Estado federal en donde existe “la institucionalización de la coexistencia de múltiples jurisdicciones, múltiples normativas, múltiples identidades bajo un mismo Estado” (Grijalva, 2012, p. 96), en el Estado plurinacional a cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, se le reconoce el derecho de autodeterminación, bajo la dirección del Estado central.

La unidad del sistema político son los individuos y la doble obligación política que los vincula. Esta doble obligación política es la obligación política horizontal, que une a los ciudadanos entre sí mediante la idea de la igualdad de todos ante la ley; y la obligación política vertical, que vincula por igual a todos los ciudadanos con el Estado. (Boaventura de Sousa Santos, 2012, p. 27).

Según Grijalva (2012), “el constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpretan los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional” (p. 95).

Sin embargo, el Estado plurinacional supone un avance, ya que supera la idea del Estado Multicultural, el cual hace referencia al:

reconocimiento culturalista que abstrae a los pueblos y nacionalidades indígenas de sus concretas condiciones políticas y económicas. Esta abstracción lleva al Estado multicultural a un contrasentido puesto que niega o al menos subvalora las condiciones mismas de existencia de los pueblos cuyas culturas buscan defender y promover (Grijalva, 2012, p. 97).

Por lo tanto, como bien lo señala Sousa Santos (2012), la justicia indígena no comporta una amenaza para el principio de unidad, ya que la justicia indígena no pretende constituirse como sistema unitario (p. 20).

Al respecto, la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, también manifiesta que, la plurinacionalidad y la interculturalidad no contradicen el concepto de Estado unitario, sino el concepto de Estado homogéneo (p. 13), ya que en ningún caso se fragmenta el Estado, sino que más bien se acepta que la población ecuatoriana está conformada por varias minorías culturales, de tal manera que, el artículo 10 de nuestra Constitución, amplía la titularidad de los derechos, a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

En definitiva, existe por definición una abismal diferencia entre plantear una reorganización del Estado de forma que exprese institucional y políticamente la diversidad de los pueblos que lo comprenden, y cualquier tesis secesionista que también por definición plantea la división y no la reestructuración del Estado. (Grijalva, 2012, p. 102).

Estado Soberano

El término soberanía “es un concepto que se define en torno al poder. Es aquella facultad que posee cada Estado de ejercer el poder sobre su sistema de gobierno, su territorio y su población”. (Corte Constitucional para el Período de Transición, Cartilla Constitución y Estado Ecuatoriano, 2011, p. 40).

La Constitución de 2008 establece que, la soberanía radica en el pueblo, es decir que, “el titular de la soberanía no es el gobierno sino el pueblo, el que ejerce la soberanía mediante un complejo de órganos públicos con competencias constitucionales específicas, así como mediante formas de participación ciudadana directa” (Grijalva, 2012, p. 69).

“La noción de Estado nacional vinculada estructuralmente a la noción de soberanía absoluta como poder centralizado e ilimitado dentro de un territorio viene a ser cuestionada frontalmente por la noción de un Estado plurinacional” (Grijalva, 2012, p. 72).

En cuanto se refiere al alcance de la soberanía en el ámbito interno, Grijalva manifiesta que, no se puede hablar de una soberanía absoluta, sino más bien de una soberanía relativa, debido a que:

los propios derechos constitucionales, la descentralización, el federalismo, las autonomías y el autogobierno de pueblos indígenas han venido también a contribuir a esta relativización. La noción de Estado nacional vinculada estructuralmente a la noción de soberanía absoluta como poder centralizado e ilimitado dentro de un territorio viene a ser cuestionada frontalmente por la noción de un Estado plurinacional (Grijalva, 2012, p. 72).

Por lo tanto, aunque no exista una soberanía absoluta, la soberanía aún se encuentra vigente, pues, “Los estados continúan siendo sujetos claves de la comunidad internacional, y bajo su poder se estructuran los sistemas políticos y económicos nacionales plasmados en las constituciones” (Grijalva, 2012, p. 73).

Principio de Interculturalidad

El Estado no puede consolidarse como plurinacional sino es intercultural, ya que “las relaciones que dichas naciones o nacionalidades establezcan entre sí con objeto de establecer un diálogo entre iguales que reconozca y respete la diversidad en cuanto identidad de cada grupo, configura la denominada interculturalidad” (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 168).

El constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática. (Grijalva, 2012, p. 95).

La Corte Constitucional del Ecuador, mediante su Sentencia No. 134-13-EP/20, de 22 de julio de 2020, define al principio de interculturalidad de la siguiente forma:

La interculturalidad reconoce el entramado de relaciones que tienen lugar entre las diversas culturas y propicia su convivencia sobre la base de la igualdad sin descaracterizar los elementos que configuran su identidad. En tanto que, la plurinacionalidad reconoce, respeta y articula las diversas formas de organización social, política y jurídicas que deben coexistir, sin jerarquización, bajo un proyecto político común que es el Estado constitucional (p. 6).

De igual forma, la Sentencia No. 113-14-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, señala que:

[...] la interculturalidad, más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica. De esta forma, para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad [...] (p. 12).

El artículo 24 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta que el principio de interculturalidad es:

En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

La interculturalidad también es considerada como:

[...] la fecundación mutua entre las culturas y las diversas modalidades de saber y conocer, considerando que todas las culturas son incompletas, y se construyen a través de procesos de lucha de signos, saberes y significaciones donde permanentemente se transforman las relaciones sociales, culturales e institucionales [...] (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo I, p. 123).

El principio de plurinacionalidad e interculturalidad se complementan entre sí, porque por una parte, la plurinacionalidad se refiere a la existencia de varias comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, mientras que, la interculturalidad hace referencia a las relaciones humanas que se llevan a cabo entre los miembros de diferentes culturas y que como consecuencia generan un espacio de diálogo, en donde las personas intercambian ideas y conocimientos, para conocerse y enriquecerse entre sí, dentro de un marco de respeto mutuo y estricta observancia de la diversidad cultural.

Como señala Salgado, la interculturalidad se basa en los siguientes principios:

- **Equidad:** se aprecia en forma horizontal las potencialidades y límites de las diversas culturas.
- **Interaprendizaje:** trata de incorporar los aportes de las otras culturas con visión selectiva e incluyente; todos aprenden de todos.
- **Participativa:** en la labor de selección y de convergencia de los aportes se otorga y se promueve que todos sean protagonistas de las acciones de convergencia; y,
- **Manejo de conflictos:** se reconoce que a veces existen intereses y visiones diferenciadas y opuestas entre los actores de diferentes culturas y que, por tanto, pueden surgir confrontaciones entre ellos; tales situaciones requieren la puesta en práctica de estrategias de comunicación para la solución de conflictos (Salgado, 2002, p. 40).

Grijalva establece que, para que un Estado sea plurinacional e intercultural, debe cumplir tres condiciones: 1) dialógico; 2) concretizante; y, 3) garantista.

“Dialógico, porque requiere de comunicación y deliberación permanente para acercarse al entendimiento del otro, del diferente”. (Grijalva, 2012, p. 97).

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en su Sentencia No. 112-14-JH/21, señala que:

tanto las autoridades estatales como las indígenas a efectos de interpretar normas y comprender hechos y conductas en todo proceso jurisdiccional en que se vean comprometidos derechos, deben abrir un diálogo intercultural. Los mecanismos para desarrollar este diálogo intercultural son diversos, debiendo siempre priorizarse los más directos, tales como visitas in situ, audiencias, mesas de diálogo, amicus curiae, traducciones, peritajes con estudios de campo y otros medios que permitan la comprensión entre culturas. Sea cual fueren estos medios, lo importante es que contribuyan a un auténtico conocimiento y transformación mutua, mediante un continuo proceso de diálogo (p. 9).

De igual forma la Corte Constitucional señala que, “Conforme al principio de interculturalidad, tanto las autoridades estatales como las indígenas a efectos de interpretar normas y comprender hechos y conductas en todo proceso jurisdiccional en que se vean comprometidos derechos, deben abrir un diálogo intercultural” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 9).

Concretizante, porque debe buscar soluciones específicas y al tiempo consistentes para situaciones individuales y complejas; y a su vez tales soluciones deben derivar en generalizables para situaciones comparables. Para lograr este encuentro entre norma y realidad social y cultural, la interpretación constitucional debe en sí misma ser intercultural e interdisciplinaria (Grijalva, 2012, p. 97).

Es fundamental que, cuando interactúa la justicia indígena con la justicia ordinaria, especialmente en aquellos casos en los que el miembro de una comunidad indígena está siendo procesado por la justicia ordinaria, se realice una interpretación intercultural tanto de los derechos como de las garantías constitucionales, para no vulnerar derechos individuales ni colectivos.

En cuanto a las autoridades indígenas, es importante que al resolver conflictos con fundamento en su Derecho y procedimientos propios realicen también, si fuere necesario, una interpretación intercultural de los derechos humanos involucrados, esto es una interpretación autónoma de los mismos, desde su propia cultura. Un ejemplo claro de esta necesidad, determinada incluso de forma explícita por la Constitución, es la interpretación intercultural de los derechos humanos de las mujeres, niños y niñas de estas comunidades. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 10).

“Garantista, porque estas soluciones que surgen de la deliberación en torno a problemas y soluciones concretas deben tener por marco la comprensión y vigencia intercultural de los valores constitucionales institucionalizados en los derechos humanos” (Grijalva, 2012, p. 98).

La Sentencia 112-14-JH/21, manifiesta que, para hablar de una verdadera justicia intercultural, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría Pública, la Fiscalía General del Estado, y la Defensoría del Pueblo conjuntamente, deberán:

[...] implementar mecanismos permanentes de diálogo y coordinación entre la justicia ordinaria e indígena, fortalecer el conocimiento y la capacitación de las y los operadores de justicia sobre el enfoque intercultural y la jurisprudencia desarrollada por esta Corte, e incrementar el número de peritos interculturales que permitan la comprensión e intercambio entre los sistemas de justicia, evitando imposiciones del derecho ordinario por sobre los derechos de pueblos y nacionalidades (p.56).

Problemas jurídicos entre la justicia ordinaria y la justicia indígena derivados del reconocimiento del pluralismo jurídico

La Constitución de la República del Ecuador, al declarar al Estado como plurinacional, reconoce la existencia de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y consecuentemente

reconoce y garantiza un catálogo de derechos colectivos, entre los cuales destaca el “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario” (artículo 57, numeral 10, CRE).

Al reconocer la existencia del pluralismo jurídico dentro del Estado ecuatoriano, se garantiza “la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios:

La legislación general aplicable a todos los habitantes del Ecuador, y en tal virtud a los pueblos indígenas, que en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a iguales obligaciones que los demás.

La legislación especial indígena, desarrollada como una medida de acción positiva que favorece al principio de igualdad y que está compuesta por los convenios y tratados internacionales relacionados a los derechos de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, y por normas constitucionales legales y reglamentarios que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas.

Los sistemas jurídicos propios aplicables en los territorios indígenas que están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos, métodos de control y regulación social inherentes a la tradición cultural de cada una de las nacionalidades y pueblos indígenas, que en el caso ecuatoriano están reconocidos por la Constitución (Corte Constitucional para el Período de Transición, Cartilla Constitución y Estado Ecuatoriano, 2011, p. 45).

Sin embargo, cabe recalcar que el sistema jurídico indígena, es muy diverso, puesto que:

Son enormes las variaciones en el tipo de autoridades que administran la justicia, en la manera de aplicarla, en las orientaciones normativas que presiden la aplicación, en los tipos de litigios para cuya resolución se consideran competentes, en las sanciones que aplican con más frecuencia, en la relación entre oralidad y escritura, en la relativa distancia normativa e institucional en relación con la justicia ordinaria y en las formas de articulación y cooperación que mantienen con ella. Hay comunidades donde las autoridades indígenas resuelven todos los casos relevantes en la comunidad. Hay otras que dialogan y coordinan con la justicia ordinaria para resolver problemas que, en su criterio, no son de su competencia o generan dificultades, y por tanto resulta mejor recurrir a la justicia ordinaria o estatal para fortalecer la comunidad. En síntesis, tenemos una diversidad tanto en los temas que resuelve la justicia indígena, como en las autoridades, los procedimientos, los casos, las sentencias y las sanciones (Sousa Santos, 2012, pp. 18-19).

Por lo tanto, “Esta diversidad hace que sea más correcto hablar de justicia indígena en plural, es decir, de justicias indígenas tal y como sugiere la expresión “normas y procedimientos propios” (Sousa Santos, 2012, p. 19).

En este contexto, desde que entró en vigencia la actual Constitución de la República, la Corte Constitucional del Ecuador ha realizado un enorme esfuerzo y ha emitido varias decisiones sobre justicia indígena, respecto a los límites de la justicia indígena, así como también respecto a las reglas que deben aplicarse en los casos en los cuales existe un conflicto de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, en virtud de las atribuciones conferidas por la Constitución.

Ahora bien, la justicia ordinaria es competente para conocer y resolver los conflictos que se susciten en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, “porque están bajo su jurisdicción o porque la jurisdicción indígena ha decidido no actuar y remitir el asunto a la jurisdicción ordinaria, su obligación constitucional es desarrollar una interpretación intercultural, a lo largo del proceso” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 10).

El juzgamiento de personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, especialmente de aquellas que pertenecen a pueblos en aislamiento voluntario o de reciente contacto, constituye un verdadero desafío para los funcionarios judiciales, considerando el carácter plurinacional del Estado, en virtud del cual cada pueblo originario tiene su Derecho propio, motivo por el cual las personas indígenas desconocen el procedimiento penal y las sanciones que contempla el ordenamiento jurídico ordinario ante el cometimiento de un delito, así como también desconocen las conductas que se encuentran prohibidas por nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, se puede afirmar que existe falta de conocimiento y de comprensión de nuestra legislación, por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Además, hay que recalcar que ciertas conductas que para la sociedad occidental constituyen una acción antijurídica que afecta un bien jurídico, para los pueblos y nacionalidades indígenas dichas conductas forman parte de su vida cotidiana y desde el punto de vista de su cultura o más bien dicho desde su cosmovisión, poseen un determinado significado.

Desde este punto de vista, el artículo 8, numeral 1 del Convenio Nro. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, señala expresamente que: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

De igual forma, el artículo 9, numeral 2 del mismo Convenio No. 169 manifiesta que: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

En efecto, el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, constituye el principal ente encargado de aplicar y exigir una interpretación intercultural en todos los casos que involucren a personas o colectivos indígenas. Esto por cuanto, según establece el artículo 436 numeral 1 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es la suprema instancia de interpretación tanto de la Norma Fundamental como de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, entre los que se encuentra el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ratificado por Ecuador en 1998 (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 169).

Bajo esta premisa, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia 112-14-JH/21, considera que, para la efectiva protección los derechos de los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, es indispensable una interpretación intercultural, no solo de los derechos sino también de las garantías constitucionales (p. 6).

Así, el principio de interpretación intercultural sugiere la posibilidad de utilizar de manera estratégica los recursos del derecho consuetudinario para asegurar la función de justicia para el sujeto o colectivo indígena, considerando las diferencias culturales y buscando conciliar estas con la cultura hegemónica o mayoritaria a la que responde el derecho estatal (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 174).

Por otra parte, la interpretación con enfoque intercultural “comporta la interpretación de las normas jurídicas en el marco de un Estado con pluralismo jurídico sobre la base del reconocimiento de diferentes funciones y fines sociales de las distintas normas jurídicas en cada contexto socio-cultural” (Corte Constitucional del Ecuador (2014), Umbral: Revista de Derecho Constitucional, Tomo II, p. 174).

Frente a ello se viene insistiendo en que resulta indispensable una interpretación intercultural de los derechos humanos. En efecto, una definición transcultural de derechos humanos supone un diálogo intercultural previo, propio de un pluralismo jurídico igualitario, el cual solo es viable en un Estado plurinacional que haga posible tal diálogo (Grijlva y Exeni, 2012, p. 716).

La interpretación intercultural consiste en “un proceso de determinación de significados de disposiciones normativas, así como de costumbres y hechos con relevancia jurídica, definidos a partir del diálogo entre culturas diversas, en condiciones de igualdad” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 11).

Al respecto, la Sentencia Nro. 0008-09-SAN-CC de 09 de diciembre de 2009, dictada por la Corte Constitucional, dentro del caso Nro. 0027-09-AN, señaló que la interpretación intercultural, “no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas” (p. 27).

De igual manera, la sentencia *ibídem* estableció que, en todos los casos que involucren a miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, para una adecuada y verdadera administración de justicia, se deben observar los siguientes "principios con perspectiva intercultural ":

a) El de la Continuidad Histórica: el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-política-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.

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

c) El de la Interculturalidad: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra; el diálogo intercultural, como lo señala Oscar Guardiola Rivera, no es otra cosa que: "el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa" (p. 27).

Por lo tanto, cuando la justicia ordinaria deba juzgar a una persona perteneciente a un pueblo originario, es obligación de los jueces, abogados defensores y fiscales, realizar una interpretación intercultural durante toda la sustanciación del proceso, lo que al mismo tiempo conlleva a un diálogo intercultural, en donde se hacen efectivos los principios de plurinacionalidad e interculturalidad, por cuanto hay una interacción entre los funcionarios judiciales y las autoridades indígenas a las que pertenece la o las personas procesadas, para una mejor comprensión del caso, en un marco de respeto e igualdad.

De acuerdo con la Corte Constitucional, "los mecanismos para desarrollar este diálogo intercultural son diversos, debiendo siempre priorizarse los más directos, tales como visitas in situ, audiencias, mesas de diálogo, amicus curiae, traducciones, peritajes con estudios de campo y otros" (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 9).

El diálogo intercultural es importante para conocer el sentido de pertenencia de una persona con una comunidad indígena, al igual que permite conocer sus valores, su cultura y sus costumbres, etc., para de esta forma aplicar el Derecho ordinario desde una perspectiva intercultural durante las diferentes instancias del proceso, sin vulnerar derechos constitucionales.

Por lo tanto, el diálogo intercultural, debe tener como principal característica la igualdad y debe llevarse a cabo observando que:

- 1) es siempre de doble vía, pues no puede consistir en una imposición unilateral de un interlocutor sobre otro, sino en una mutua y activa escucha y aprendizaje.
- 2) debe ser respetuoso de la autonomía indígena, esto es de su facultad para autogobernarse y generar sus propias normas, procedimientos y jurisdicción, acorde a la respectiva cultura. Por tanto, un momento decisivo en este proceso es la determinación de si procede o no la declinación de competencia.
- 3) debe ser no solamente respetuoso sino además sensible a las diferencias culturales, a efectos de que estas coexistan y se desarrollen en el marco de una interpretación intercultural de los derechos humanos, conforme a la Constitución y a los correspondientes instrumentos internacionales.
- 4) debe contribuir a una adecuada coordinación entre los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas y el derecho estatal, propiciando su relación en condiciones de igualdad. La interpretación intercultural no debe reducirse a tomar en cuenta unilateralmente, y a veces solo de forma nominal, algún elemento cultural aislado, para contradictoriamente subordinar a las

justicias indígenas respecto a la justicia ordinaria. A mayor conservación de usos y costumbres de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, mayor autonomía en el ejercicio del derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su propio Derecho.

5) debe estar abierto a gestar medidas innovadoras, propias de la relación entre diversos sistemas jurídicos. La interpretación y argumentación jurídica en contextos del pluralismo jurídico igualitario da lugar a adaptaciones y cambios en las instituciones originales de los sistemas en relación, así como al surgimiento de híbridos jurídicos. Ejemplos de ello son nociones interculturales de debido proceso, sanción, víctima, propiedad o, como en el presente caso, de privación de libertad e integridad personal.

Por su parte, el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que, al momento de realizar una interpretación intercultural, los jueces, fiscales, defensores, policías y demás funcionarios públicos, deberán observar en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

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

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

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

Según la Sentencia Nro. 112-14-JH/21, la interpretación intercultural, debe dar como resultado una comprensión intercultural, en dos vías. La primera, respecto de las personas procesadas, el juez deberá utilizar los mecanismos necesarios para que las personas procesadas desde su perspectiva cultural y desde su cosmovisión comprendan el Derecho ordinario. La segunda, respecto del juez de la causa penal, verificando si aquel realizó todos los esfuerzos para comprender la cultura, las costumbres y el derecho propio de la comunidad y desde dicha comprensión valorar la pertinencia de sus actuaciones (p. 30).

A partir de este enfoque, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia Nro. 004-14-SCN-CC ha indicado que, aun cuando una norma jurídica guarde conformidad con la Constitución, resulta fundamental examinar la aplicación de dicha disposición en un caso concreto, a partir de una interpretación intercultural. Por lo tanto, sostiene que en los procedimientos penales no se debe realizar solamente una simple interpretación de tipo penal,

sino que se debe analizar cómo su aplicación en un caso concreto generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contenido y el alcance de la norma, por ser ajena a su cosmovisión ancestral.

De tal manera que, cuando no se realice una interpretación intercultural se estará vulnerando, el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 344 literal b) del Código Orgánico de la Función Judicial, que exigen que:

las autoridades judiciales tomen todas las medidas necesarias para garantizar que las personas indígenas puedan comprender las normas, procedimientos legales y consecuencias jurídicas dentro del sistema ordinario. Esto sin perjuicio de la obligación que también tienen las y los abogados defensores de explicar las etapas procesales a sus patrocinados y asegurar su comprensión (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 32).

Sin perjuicio de lo dicho, el problema surge cuando al aplicar la justicia ordinaria a una persona perteneciente a comunidad indígena, se hace prevalecer el carácter punitivo del Estado y no se considera el derecho de autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y las particularidades que su cultura y su sistema jurídico abarcan.

En tal virtud, cuando no se realiza una adecuada y correcta interpretación intercultural, ya sea de los derechos o de las garantías constitucionales, de conformidad con la Sentencia 112-14-JH/21, se pueden vulnerar los derechos descritos a continuación:

Derecho de Libertad

La libertad personal es un derecho humano fundamental, inherente a todo ser humano, reconocido en el artículo 66, numeral 29, literal a), de la Constitución de la República del Ecuador, el cual manifiesta expresamente que, todas las personas nacen libres, sin embargo, el artículo 77, numeral 1 ibidem, establece una excepción, que se refiere a la privación de libertad y dispone que:

La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.

Dentro de la sociedad occidental mestiza, la privación de libertad es la medida más drástica con la que se puede sancionar a una persona, es el reflejo de una justicia retributiva que busca castigar al infractor, lamentablemente es la pena más común utilizada por la justicia ordinaria para sancionar el cometimiento de un delito.

Como ya se dijo anteriormente, en la justicia indígena no se contempla la privación de libertad como una sanción por el cometimiento de un delito, los correctivos que se suelen utilizar son el agua, la ortiga, los azotes, la intensificación de labores e inclusive la expulsión del infractor de la comunidad, pero jamás se dicta prisión para el miembro de una comunidad indígena.

Al respecto Pérez, manifiesta que:

[...] la justicia indígena no genera dolor, sufrimiento, pasión, odios, aflicción y peor venganza, lo que aspira es corregir, restablecer a su estado de naturaleza social, entonces lejos de recluir ayuda a liberarse del problema, transformando del mal pensar al bien pensar del mal actuar al bien actuar, del mal estar al bien estar, hasta arribar al allí sumak kausay a la vida en su plenitud (Pérez, 2010, pp. 249 – 250).

Para los pueblos indígenas y especialmente para los pueblos en aislamiento o reciente contacto, la privación de libertad es contraria a su cultura, a sus costumbres y a su cosmovisión, ya que ellos se basan en una justicia restaurativa que busca rehabilitar, reeducar y reinsertar al infractor en la comunidad, ellos no concuerdan que un sistema punitivo sea la solución para alcanzar el sumak kawsay.

El Convenio Nro. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en su artículo 10, numeral 2 establece que, cuando se impongan sanciones penales a miembros de pueblos indígenas, “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

La privación de libertad no representa una solución a conflictos generados por la ruptura del orden social, y lleva a que estos no sean resueltos en el marco de la cultura sino en el de otra cultura. (...) La detención rompe la institucionalidad, costumbres, y filosofías de los pueblos y nacionalidades indígenas; más aún en casos en donde se encuentran implicados miembros de pueblos de reciente contacto, que se ven sometidos a condiciones en donde se homogeniza la atención y los servicios (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 23).

La privación de libertad es una institución desconocida y contraria a los pueblos indígenas, ya que es propia de sociedad occidental, sin embargo, debido al contacto que mantienen con la sociedad mestiza occidental, los pueblos indígenas en reciente contacto han ido familiarizándose con nuestras costumbres, pero aún así la privación de libertad para los miembros de pueblos indígenas en aislamiento voluntario y reciente contacto los coloca en una situación de vulnerabilidad, además de que atenta contra el principio de no contacto y el derecho de libre determinación.

Desde esta perspectiva, tanto los jueces como los fiscales durante la sustanciación de un proceso penal, deben actuar observando las garantías procesales de la persona procesada y los derechos constitucionales en los que se enmarca el debido proceso y la seguridad jurídica, por lo tanto, la prisión preventiva sólo podrá ser utilizada de manera excepcional, tomando en

consideración que es una medida cautelar de carácter personal que afecta un derecho fundamental como es la libertad.

Por ello, si bien la privación de la libertad es una medida prevista por la normativa penal en el sistema jurídico ordinario, en el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esta no siempre es comprendida y asumida como una respuesta adecuada o consecuencia lógica ante la infracción de una norma. (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 26).

De acuerdo con los peritajes realizados dentro de la Sentencia 112-14-JH/21, se ha podido establecer que, para los pueblos en aislamiento voluntario y reciente contacto, la privación de libertad se percibe como una forma de inactividad que no corrige, los centros de privación de libertad, son vistos como lugares en donde la vida se suspende o se muere, tomando en consideración que dentro los pueblos indígenas es importante que la persona se encuentre activa y trabajando. (p. 24).

La privación de libertad de miembros de pueblos en aislamiento voluntario y reciente contacto, puede generar afectación no solo sobre los derechos individuales sino también colectivos, ya que además de generar un impacto sobre el individuo procesado también lo hace sobre su núcleo familiar. “Los derechos colectivos se articulan con los derechos individuales por cuanto los grupos humanos que son sus titulares están conformados precisamente por individuos plenamente identificables.” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 25).

En el ámbito individual, la privación de libertad significa, “[...] la imposibilidad de participar y beneficiarse de la vida comunitaria y estar impedidos de acceder [...] a elementos vitales para su existencia y desarrollo personal dentro de su propia cultura [...]” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 25).

Para los pueblos indígenas la vida en comunidad es de suma importancia, porque comparten las tierras ancestrales en donde viven y los recursos naturales de los que dependen, esto se puede apreciar cuando:

[...] los individuos son separados de su territorio ancestral por cuanto este constituye el espacio geográfico en el cual desarrollan las actividades que reproducen su cultura y aseguran su existencia, permitiéndoles obtener los beneficios que el territorio les provee, tales como alimentos, plantas medicinales y agua, en una estrecha interrelación con el ecosistema [...] (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 25).

Por otra parte, los derechos colectivos pueden verse afectados por la privación de libertad de una persona, debido a:

[...] la pérdida de individuos que cumplan con las funciones sociales asignadas para el sostenimiento grupal. Este hecho, de acuerdo a lo expresado en la audiencia pública, habría traído una resonancia particular para las esposas, hijos y otros familiares de quienes estuvieron

privados de libertad, pues los hombres [...] protegen y proveen sustento a la familia. En ese sentido, la privación de libertad generó sufrimiento a las familias, en particular una percepción de desprotección a los niños y niñas, debido a la ausencia y la incomunicación [...] (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 25).

Prisión Preventiva

La prisión preventiva es considerada como una medida cautelar de carácter personal, que tiene como finalidad garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena en caso de ser condenada (Código Orgánico Integral Penal [COIP] (2014), artículo 534).

Dentro de la justicia ordinaria la prisión preventiva es considerada como medida de última ratio, es decir, que solo puede ser aplicada cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 534 del COIP y no sea posible aplicar una medida alternativa.

La Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido que en los casos que involucren a miembros de una comunidad indígena, no puede dictarse prisión preventiva, sino que sólo en casos excepcionales, en cuyo caso “esta deberá ser étnica y culturalmente diferenciada” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 61), es decir, deberá respetar las costumbres de cada pueblo indígena.

Según la Sentencia Nro. 004-14-SCN-CC, las medidas cautelares de carácter personal atentan contra los derechos colectivos, “el alejar a los miembros de los pueblos no contactados o de reciente contacto a un entorno social como los centros de rehabilitación social genera una afectación a su relación comunitaria, al separarlos de su entorno social y colectivo”.

De acuerdo con la Sentencia Nro. 112-14-JH/21, cuando se dicten medidas alternativas a la prisión preventiva a miembros de comunidades indígenas, el cumplimiento de éstas, estará a cargo de las autoridades indígenas. Entre las medidas que pueden adoptarse se encuentran:

- la vigilancia a cargo de la comunidad y sus autoridades; y,
- la prohibición de la salida del territorio de la comunidad bajo el control de las autoridades de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena (p. 38).

Sin perjuicio de lo antes dicho, aunque la regla es que no se puede dictar prisión preventiva contra miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, cuando la prisión preventiva sea la única forma de asegurar la comparecencia del procesado dentro del proceso, en el caso de los pueblos de reciente contacto, el juez penal deberá cumplir con las siguientes actuaciones:

- i) diálogo intercultural con las autoridades indígenas;
- ii) análisis de las medidas alternativas a la prisión preventiva conjuntamente con las autoridades indígenas, incluyendo las razones por las cuales no se aplican las medidas alternativas; y,

iii) carga argumentativa mayor de la justificación de la prisión preventiva, teniendo en cuenta la pertenencia de los procesados a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena de reciente contacto (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 36).

Por consiguiente, cuando no se pueda dictar una medida alternativa y proceda la prisión preventiva, los jueces tienen la obligación de “verificar las condiciones en las que las personas indígenas procesadas están cumpliendo la privación de su libertad” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 39).

Derecho a la Integridad Personal

El artículo 66, numeral 3 de la Constitución de la República reconoce y garantiza a las personas, el derecho a la integridad personal, que a su vez incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual.

Al tratarse de personas pertenecientes a comunidades indígenas y miembros de pueblos en aislamiento voluntario o de reciente contacto que se encuentren privadas de la libertad, la Sentencia Nro. 112-14-JH/21 en concordancia con el artículo 51.5 de la Norma Fundamental, que se refiere a la atención de necesidades culturales, ha incluido también la integridad cultural.

La Corte Constitucional manifiesta que, “El derecho a la integridad cultural tiene una relación directa con las diversas dimensiones de la integridad personal de las personas indígenas privadas de libertad, pues aquella incide en su salud física, psicológica y convicciones personales” (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 42).

El derecho a la integridad personal, es un derecho humano fundamental del cual gozan todas las personas, sin embargo, cuando se trata de miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas privados de la libertad y especialmente que pertenezcan a un pueblo en aislamiento voluntario o de reciente contacto, el Estado tiene el deber y la obligación de brindar por medio de sus instituciones una protección especial a estas personas, para que no se vulneren sus derechos individuales y/o colectivos.

El derecho a la integridad personal hace referencia a la vida digna de una persona, de manera que protege a las personas de todo tipo de actos de tortura, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como también de todo tipo de actos de violencia, esclavitud y explotación sexual.

Debido a su condición de vulnerabilidad, según el artículo 35 de nuestra Constitución las personas privadas de libertad son consideradas como grupos de atención prioritaria, por lo que deben recibir atención prioritaria y personalizada, además, según el artículo 51 *ibídem*, tienen los siguientes derechos:

1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.
2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.
3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.
4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.
5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.
6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.
7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.

Por su parte, la Corte Constitucional para complementar estos derechos, ha desarrollado jurisprudencialmente una serie de obligaciones que tiene el Estado, para precautelar el derecho a la integridad de los privados de libertad en los siguientes términos:

i) asegurar las condiciones más dignas durante la permanencia de las personas en los centros de privación de libertad y en toda circunstancia en que se mantenga la subordinación a las autoridades, ii) prevenir, erradicar y sancionar la tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, iii) investigar de oficio y en forma diligente, imparcial y exhaustiva, cualquier acto de tortura, iv) adoptar medidas que incorporen perspectivas de género, etarias e interseccionales, v) evitar actos de violencia intracarcelaria, entre otras. (2021, como se citó en la Sentencia 112-14-JH/21, 2021, p. 41).

De esta manera, como señala la Sentencia Nro. 112-14-JH/21, para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la integridad personal y cultural, el Estado debe adoptar medidas orientadas a proteger la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, observando los siguientes parámetros:

[...] su privación de libertad debe darse en establecimientos que garanticen condiciones de privación de libertad étnica y culturalmente diferenciadas, que consideren, respeten y no anulen sus costumbres, su cultura u otros derechos específicos.

Esta diferenciación en las condiciones de privación de libertad implica, entre otras medidas, la necesidad de implementar protocolos para la atención especializada de las personas indígenas, de adoptar medidas para la conservación de su cultura, para prevenir y erradicar prácticas discriminatorias; brindar información en su idioma sobre la normativa a la que están sujetos en el centro de privación de libertad, sobre sus derechos específicos; recibir y elegir la atención médica especializada que se adecúe con sus costumbres; generar oportunidades culturales para el desarrollo de actividades orientadas a su reinserción social, garantizar la cercanía entre los privados de libertad y sus comunidades. La privación de libertad debe darse en aquellos centros más cercanos a sus comunidades. Progresivamente, el Estado deberá contar con infraestructura adecuada para garantizar el derecho a la integridad cultural de los privados de la libertad [...].

Las condiciones de privación de libertad, en estos casos, deben ser respetuosas con su identidad cultural y no deben obstaculizar el desarrollo de su cultura, idioma, religión o culto, su acceso a una alimentación propia de sus costumbres, a sus formas de vestir, a su medicina tradicional, entre otros valores y expresiones étnicas e identitarias [...] (p. 43).

Por lo tanto, durante el tiempo que dure la privación de libertad del miembro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, se deberá respetar la identidad cultural y no se podrá obstaculizar el desarrollo de los derechos o valores colectivos amparados por la Constitución, de lo contrario la privación de libertad será considerada como arbitraria (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 43).

Principio de No Contacto y Derecho a la Libre Determinación

El principio de no contacto es la manifestación del derecho a la libre determinación, que supone la capacidad que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para determinar su forma de vida y perseguir su desarrollo económico, político, social y cultural.

En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, se refiere a la facultad para decidir libremente permanecer en aislamiento y no mantener relaciones de ningún tipo con la sociedad occidental mestiza, ya que “los pueblos en aislamiento voluntario suelen rehuir al contacto y rechazar la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus tierras y territorios ancestrales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2013. Informe sobre los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en Las Américas: Recomendaciones para el Pleno Respeto a sus Derechos Humanos, p. 12).

Los pueblos en aislamiento voluntario, generalmente suelen habitar en territorios ricos en recursos naturales, que son declarados como áreas protegidas, lo cual conlleva una serie de amenazas, ya que se ven forzados a mantener contacto con personas de afuera, debido a las actividades que se realizan en zonas aledañas, como por ejemplo, la tala de árboles, el ruido de maquinaria y la generación de desechos provocados por las actividades extractivas que tienen lugar en la zona, aún cuando están fuera de los territorios indígenas en aislamiento (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 50).

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, manifiesta que:

[...] se debe respetar el principio de no contacto, lo que implica implementar una política pública que proteja sus espacios vitales y les preserve de presiones por parte de empresas extractivas, la tala ilegal de madera, y el asentamiento no autorizado en el área. Las distintas amenazas que atentan contra los derechos de los pueblos en aislamiento y contacto inicial tienen como causa común el contacto, ya sea directo o indirecto, con personas ajenas a sus pueblos. Las agresiones físicas directas, las incursiones a sus territorios con el objetivo de extraer recursos naturales, las epidemias, la escasez de alimentos, y la pérdida de su cultura, todas presuponen un contacto. Si se elimina el contacto no deseado, se eliminan la mayoría de las amenazas y se garantiza el respeto a los derechos de tales pueblos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2013. Informe sobre los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en Las Américas: Recomendaciones para el Pleno Respeto a sus Derechos Humanos, p. 10).

La Constitución de la República de 2008, en el penúltimo inciso del artículo 57 expresa:

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.

La Corte Constitucional del Ecuador, refiriéndose al principio de no contacto, señala:

[...] la prohibición de contacto incluye a entidades estatales y terceros, tales como empresas extractivas, turísticas, organizaciones religiosas, organizaciones no gubernamentales u otras que directa o indirectamente pretendan forzar el contacto con los pueblos Tagaeri y Tarmenane. Es imprescindible, que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar el respeto de la intangibilidad e irreductibilidad del territorio de los pueblos en aislamiento, de conformidad con lo establecido en el numeral 21 del artículo 57 de la Constitución. En este sentido, se debe establecer las sanciones pertinentes para quienes infrinjan la prohibición de contacto (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2021, Sentencia No. 112-14-JH/21, p. 51).

Por lo tanto, considerando que el respeto al principio de no contacto, es responsabilidad del Estado ecuatoriano, la Corte Constitucional del Ecuador, en su Sentencia 112-14-JH/21, determinó expresamente que:

[...] por el principio constitucional e internacional de no contacto, sus miembros no pueden ser procesados penalmente, por tanto, tampoco cabe dictar medidas cautelares privativas de libertad en su contra. Cualquier medida que se adopte a su favor tendrá como fin, "...garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos" conforme lo establecido en el artículo 57 de la Constitución (p. 14).

Principio Non Bis In Idem

El principio Non Bis In Idem, constituye una garantía básica del derecho al debido proceso, que se encuentra consagrado en artículo 76, numeral 7, literal i) de la Norma Fundamental y establece que: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".

Al respecto, el artículo 5, numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal, señala:

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.

Dentro del contexto del pluralismo jurídico que garantiza la vigencia de la justicia indígena como un sistema jurídico independiente y que coexiste paralelamente, en igualdad de condiciones con la justicia ordinaria, el inciso segundo del artículo 171 de la Constitución establece que:

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.

Asimismo, el literal c) del artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto al doble juzgamiento estipula que:

Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional.

Bajo esta premisa se reconoce a las autoridades indígenas la facultad para conocer y resolver todo conflicto que se presente dentro de su territorio, de acuerdo a su derecho propio o consuetudinario. De tal manera que, una vez que las autoridades indígenas hayan ejercido sus funciones jurisdiccionales sobre determinado hecho, sus decisiones deben ser respetadas y no pueden ser revisadas por las autoridades judiciales, ya que la justicia indígena no se encuentra subordinada a la justicia ordinaria, por lo tanto, sólo estarán sujetas a control constitucional por parte de la Corte Constitucional, a través de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

En efecto, cuando una persona sea juzgada por la justicia indígena, no podrá ser juzgada nuevamente por la justicia ordinaria, ya que caso contrario se estaría vulnerando el principio non bis in idem, porque las decisiones que emanan de las autoridades indígenas producen efecto de cosa juzgada.

Declinación de Competencia

De conformidad con el artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República, para garantizar el derecho al debido proceso, “sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

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

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

Para demostrar que quien solicita la declinación de competencia tiene legitimidad para ejercer facultades jurisdiccionales dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena deberá “establecer la relación directa entre una comunidad, pueblo o nacionalidad y la autoridad indígena” (Corte Constitucional del Ecuador (2022), Guía de Jurisprudencia, p. 166).

De acuerdo con Grijlava y Exeni (2012), esta disposición es “contraria al pluralismo jurídico igualitario inherente a un Estado plurinacional, y es en consecuencia inconstitucional” (p. 708), debido a que, al momento de producirse un conflicto de competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, son los mismos jueces ordinarios quienes se encargan de resolver al respecto.

Los conflictos ocurridos en territorio indígena, con excepción de aquellos que determina la ley, deben ser conocidos y resueltos por las autoridades indígenas, de acuerdo a sus costumbres y su derecho propio, para hacer efectivo el derecho a ser juzgado por un juez competente.

[...] la declinación de competencia prevista en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, puede ser aplicado por las autoridades jurisdiccionales del sistema penal ordinario en aquellos casos en los que no se involucre un atentado contra la vida, cuando los presuntos involucrados o responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2013, Sentencia Nro. 008-15-SCN-CC, p. 15).

En este caso, cuando un proceso corresponda a la jurisdicción indígena o a su vez haya sido resuelto por las autoridades indígenas y paralelamente se encuentre en conocimiento de un juez ordinario, éste último tiene la obligación de inhibirse del conocimiento de la causa, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 345 *ibídem* y deberá declinar la competencia en favor de la autoridad indígena que lo haya solicitado.

Así, la declinación de competencia por parte de la autoridad judicial ordinaria constituye una garantía que tiene por objeto asegurar el principio constitucional y legal del *non bis in ídem* y el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de derechos (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], 2013, Sentencia Nro. 008-15-SCN-CC, p. 15).

La Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la Sentencia Nro. 2-16-EI/21, de 08 de diciembre de 2021, manifiesta que:

los fiscales y jueces ordinarios deben abstenerse de conocer y sustanciar los casos resueltos por las comunidades, pueblos y nacionalidades, una vez que se haya declinado la competencia. De este modo se respeta la autodeterminación de los pueblos y además se evita que una persona sea juzgada dos veces por la misma causa (pp. 11-12).

De acuerdo con la Sentencia Nro. 256-13-EP/21, de 08 de diciembre de 2021 (p. 11), para que proceda la declinación de competencia a favor de la justicia indígena, deben concurrir tres requisitos:

1. Que la comunidad que solicita la declinación, sea una comunidad indígena que administra Derecho propio;
2. Que quien solicita la declinación, lo haga en calidad de autoridad indígena, legalmente reconocida;
3. Que se trate de un conflicto de carácter interno entre los miembros de la comunidad.

No obstante, varios autores afirman que para que proceda la declinación de competencia, también es esencial que, el conflicto se haya producido en territorio indígena y que, además, el conflicto se encuentre en conocimiento de una autoridad indígena o en su defecto, se encuentre resuelto y que se haya dictado la respectiva resolución.

Sin embargo, pese a que el artículo 171 de la Constitución de la República, confiere a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, en base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio y garantiza que sus decisiones sean respetadas por todas las autoridades públicas, ante la presencia de un conflicto de competencia, el juez ordinario es quien decide si se inhibe o no de conocer el caso, rompiendo así el principio de igualdad entre la jurisdicción indígena y ordinaria.

La ruptura del principio de igualdad entre la jurisdicción indígena y ordinaria se produce por cuanto, “La competencia de la justicia indígena, sin embargo, deriva de la Constitución y no debería depender del criterio del juez ordinario” (Grijlava y Exeni, 2012, p. 708).

En efecto, quien decide este conflicto de competencia es el propio juez ordinario, pese a que él está también inmerso en el conflicto, convirtiéndose así en juez y parte. Por tanto, no se trata de forma igualitaria a ambas jurisdicciones, sino que se hace depender a la jurisdicción indígena del reconocimiento que de ella haga la jurisdicción ordinaria (Grijlava y Exeni, 2012, p. 707). Al respecto, Grijlava y Exeni han manifestado que:

Lo correcto aquí hubiera sido derivar el conflicto de competencia entre ambas jurisdicciones a la Corte Constitucional, que según el artículo 436 numeral 7 de la Constitución y el artículo 144 numeral uno de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene la competencia para dirimir conflictos entre órganos establecidos en la Constitución, y este es el caso de la jurisdicción ordinaria y la indígena (Grijlava y Exeni, 2012, p. 707).

Procedimiento de la Declinación de Competencia

En cuanto se refiere al procedimiento de declinación de competencia, la Sentencia Nro. 256-13-EP/21, en concordancia con el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que:

[...] el procedimiento de declinación de competencia inicia con la petición de una autoridad que, alegando su calidad de indígena, reclama para su jurisdicción el conocimiento del conflicto. Luego de ello, se abre un período de prueba en el que el juzgador requerido valora la veracidad de las afirmaciones, consistentes en: i) la existencia de un proceso en conocimiento de una autoridad indígena y, ii) la legitimidad de autoridad indígena del solicitante. El procedimiento concluye con la estimación o no de la inhibición del conocimiento del caso (p. 19).

Sin perjuicio de que la norma legal citada no estable expresamente que se debe notificar la petición de declinación de competencia a las partes procesales, así como tampoco establece que se debe realizar una audiencia, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia Nro. 256-13-EP/21 que, la notificación es necesaria para garantizar el derecho a la defensa y realización de la audiencia es importante aunque no obligatoria, para que la autoridad indígena explique la

procedencia de su competencia, en el marco de cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria (p. 19).

Por lo tanto, una vez que la autoridad indígena solicite la declinación de competencia, las autoridades judiciales “deberán limitarse exclusivamente a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena”, tomando en cuenta que, “ninguna autoridad judicial ordinaria está facultada para revisar las decisiones de la jurisdicción indígena adoptada conforme a sus derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos” (Corte Constitucional del Ecuador (2022), Guía de Jurisprudencia, p. 169).

De esta manera, una vez verificada la existencia del proceso de justicia indígena la jueza o juez ordinario no puede negarse a declinar su competencia pues, de otra forma, la justicia indígena quedaría supeditada al reconocimiento que de esta haga la misma jueza o juez ordinario. Esto vulneraría el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena (Corte Constitucional del Ecuador (2022), Guía de Jurisprudencia, p. 170).

CONCLUSIONES

El Ecuador es un Estado plurinacional e intercultural, por cuanto así lo ha consagrado la actual Constitución de la República, sin embargo, se puede afirmar que el nuevo modelo de Estado plurinacional es un proyecto a largo plazo, el cual de a poco se va consolidando y una muestra clara de esta construcción, es el reconocimiento de la justicia indígena, que garantiza a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario”.

Al declararse a Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural, el nuevo modelo de Estado, establecido en la Constitución de la República de 2008, enfrenta el desafío de la diversidad cultural, debido a la existencia de varias nacionalidades dentro del territorio ecuatoriano, lo cual cuestiona la vigencia de la soberanía, la existencia de la nación y la unidad del Estado.

La plurinacionalidad no contradice el concepto de Estado unitario, sino el concepto de Estado homogéneo, considerando que cada nacionalidad goza del derecho a la “autodeterminación”, los pueblos originarios pueden convivir dentro de un mismo Estado, sin que esto signifique su secesión, además que, la justicia indígena no pretende constituirse como sistema unitario.

En el Estado plurinacional, no se puede hablar de una soberanía absoluta, sino de una soberanía relativa, debido al reconocimiento del autogobierno de los pueblos originarios. Sin embargo, aunque no exista una soberanía absoluta, la soberanía aún se encuentra vigente, y se refleja en el reconocimiento del Estado por parte de la comunidad internacional y porque bajo su poder se estructuran los sistemas políticos y económicos nacionales plasmados en las constituciones.

La Constitución de la República de 2008, ratificó la existencia del pluralismo jurídico, al reconocer a la jurisdicción indígena como un sistema jurídico paralelo a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, el sistema jurídico indígena, es muy diverso, debido a que cada comunidad indígena tiene su Derecho propio, el cual depende de su cultura, sus usos y costumbres, por lo tanto, difiere mucho el tipo de autoridad que administra justicia, la manera de aplicarla, los tipos de litigios para cuya resolución se consideran competentes, las sanciones que aplican con más frecuencia, la relación entre oralidad y escritura, las relaciones que mantienen con la justicia ordinaria y las formas de articulación y cooperación que mantienen con ella.

La Sentencia Nro. 112-14-JH/21, establece que para la efectiva protección los derechos de los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en aquellos procesos judiciales que involucre al miembro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, ya sea porque el caso está bajo su jurisdicción, porque es de su competencia o porque la jurisdicción indígena ha decidido no actuar y remitir el asunto a la jurisdicción ordinaria, es obligación de los jueces realizar una interpretación intercultural, no solo de los derechos sino también de las garantías constitucionales.

Del análisis de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional se puede evidenciar que, los operadores de justicia al momento de administrar justicia no lo hacen con una perspectiva intercultural, es decir que, no toman en cuenta las diferentes costumbres, ni tampoco consideran la forma de vida de cada comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, lo cual conlleva a que se vulneren derechos constitucionales, como son el derecho de libertad, el derecho a la integridad personal, el principio de no contacto y derecho a la libre determinación y, el principio non bis in idem.

El artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, es contrario al pluralismo jurídico, ya que establece que, al momento de presentarse un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, la autoridad judicial es quien decide si declina o no la competencia, por lo que se convierte en juez y parte, de tal manera que, considerando el artículo 436 numeral 7 de la Constitución y el artículo 144 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo correcto sería derivar el conflicto de competencia a la Corte Constitucional, que tiene competencia para dirimir conflictos entre órganos establecidos en la Constitución.

La Constitución al garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, significa que, la jurisdicción ordinaria no está facultada para revisar las decisiones de la jurisdicción indígena, de modo que, cuando una autoridad indígena solicite la declinación de competencia, las autoridades judiciales deben limitarse a verificar la existencia de un proceso de justicia indígena.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Ávila, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo Transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Abya-Yala
- Cabedo, V. (2012). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. Icaria.
- Flores, F. coord. (2004). *Constitución y Pluralismo Jurídico*. Corporación Editora Nacional.
- Fundación Konrad Adenauer (2008). *Hacia sistemas jurídicos plurales*.
- Grijalva A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Imprenta: V&M Gráficas.
- Hernández, M., (2011). *Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico*. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Jaramillo, V., (2011). *Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano*. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Olano, H., (2008). *Qué es la costumbre*. Editorial TEMIS S.A.
- Pérez, C. (2010). *Justicia indígena*. Segunda Edición.
- Salgado, J. comp. (2002). *Justicia Indígena: aportes para un debate*. Abya-Yala.
- Sousa Santos, B y Grijalva, A. Ed. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Abya-Yala.
- Sousa Santos, B y Exeni, J. Ed. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya-Yala.
- Tibán e Ilaquiche (2004). *Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*. Fundación Defensoría Kichwa de Cotopaxi "FUDEKI".
- Torré, A., (2007). *Introducción al Derecho*. Editorial Perrot.
- Wolkmer, A., (2018). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho* Editorial DYKINSON, S.L.

Informes

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (30 diciembre 2013). Informe sobre los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial en Las Américas: Recomendaciones para el Pleno Respeto a sus Derechos Humanos. <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf>

Revistas

Corte Constitucional del Ecuador (2014), “*Pluralismo Jurídico*”, Umbral: Revista de Derecho Constitucional, número 4, tomo I.

Corte Constitucional del Ecuador (2014), “*Pluralismo Jurídico*”, Umbral: Revista de Derecho Constitucional, número 4, tomo II.

Corte Constitucional para el Período de Transición (2011), *Cartilla Constitución y Estado Ecuatoriano*, número 1.

Corte Constitucional para el Período de Transición (2011), *Cartilla Pueblos, Comunidades y Nacionalidades*, número 4.

Corte Constitucional del Ecuador (2022), Guía de Jurisprudencia 2019-2021. http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/GJ_2019-2021/GP_2019-2021.pdf

Sentencias

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (04 de septiembre de 2019). Dictamen Nro. 5-19-RC/19. Caso Nro. 0005-19-RC.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (12 de noviembre de 2019). Dictamen Nro. 9-19-RC/19. Caso Nro. 0009-19-RC.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (30 de julio de 2014). Sentencia Nro. 113-14-SEP-CC. Caso Nro. 0731-10-EP.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (22 de julio de 2020). Sentencia Nro. 134-13-EP/20. Caso Nro. 0134-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (21 de julio de 2021). Sentencia Nro. 112-14-JH/21. Caso Nro. 0112-14-JH.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (09 de diciembre de 2009). Sentencia Nro. 0008-09-SAN-CC. Caso Nro. 0027-09-AN.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (06 de agosto de 2014). Sentencia Nro. 004-14-SCN-CC. Caso Nro. 0072-14-CN.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (08 de diciembre de 2021). Sentencia Nro. 256-13-EP/21. Caso Nro. 0256-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (05 de agosto del 2015). Sentencia Nro. 008-15-SCN-CC. Caso Nro. 0005-11-CN, 0058-11-CN, 0021-12-CN y 0003-13-CN Acumulados.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (13 de octubre de 2021). Sentencia Nro. 1-15-EI/21 y Acumulado. Caso Nro. 0001-15-EI y 0001-16-EI.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (08 de diciembre de 2021). Sentencia Nro. 2-16-EI/21. Caso Nro. 0002-16-EI.

Cuerpos Legales

Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC] (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Segundo Suplemento 52.

Código Orgánico Integral Penal [COIP] (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180.

Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ] (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Tercer Suplemento del Registro Oficial 131.

Convenio Nro. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.