



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

**ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA DE MECANISMOS DE
COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE JUSTICIA INDÍGENA Y
ORDINARIA EN EL CASO CONSORCIO DE COMUNIDADES SAN PEDRO
DE CAÑAR, AÑO 2015 -2016.**

SOFÍA CAROLINA LLERENA PÉREZ

DIRECTOR: DR. ALEX VALLE, PHD.

QUITO, 2021

DEDICATORIA

A mis padres Jesús y Silvia, por toda su paciencia, esfuerzo y amor.

A mis hermanos Giovanni y Valentina..

*A los pueblos indígenas del Ecuador que día a día luchan por el respeto de sus
derechos.*

Al Consejo de Justicia Indígena del Alto Cañar.

AGRADECIMIENTOS

A mí tutor de tesis, Alex Valle, por todo el tiempo invertido en la dirección del presente trabajo de disertación, por sus valiosas enseñanzas, confianza y paciencia.

A Silvia, por darme el aliento necesario para continuar siempre, por ser mi ejemplo, y convertirme en la persona que soy.

A Jesús, por creer siempre en su pequeña, por los desvelos a mí lado, y por todo su esfuerzo.

A Brenda, Doris y Saúl, por todo el apoyo.

A las autoridades y miembros del Consejo de Justicia Indígena por permitirme conocer su historia.

A Lu Villacís, por ser mi guía, darme su confianza y permitirme trabajar a su lado en la lucha por el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

A INREDH, por permitirme ser parte de la lucha por los derechos humanos, especialmente al equipo jurídico por todo el apoyo.

A Raúl LLasag y Mario Melo por sus valiosas entrevistas.

RESUMEN

La Constitución ecuatoriana (2008) consagra que el Ecuador es un país intercultural y plurinacional. Lo cual, admite la existencia de diversas culturas que cohabitando en el mismo territorio. Desde la Constitución de 1998 y la ratificación del Convenio número 169 de la OIT, se ha establecido que existe pluralismo jurídico, aun así el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades y miembros de pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas se ha visto muy limitado e incluso subordinado frente a la justicia ordinaria. La inexistencia de mecanismos eficientes y adecuados de cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria ha ocasionado que se produzcan vulneraciones de derechos constitucionalmente reconocidos, tal es el caso del Consorcio de Justicia Indígena de San Pedro (Cañar), donde varias autoridades y miembros de la comunidad, durante el 2015-2016, fueron juzgados y sentenciados por su derecho a ejercer funciones jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVES: monismo jurídico, pluralismo jurídico, derecho indígena, derecho ordinario, justicia indígena, San Pedro de Cañar.

ABSTRACT

The Ecuadorian Constitution (2008) establishes that Ecuador is an intercultural and plurinational country. This admits the existence of diverse cultures coexisting in the same territory. Since the Constitution of 1998 and the ratification of ILO Convention No. 169, Ecuador has moved from monism to legal pluralism, even so, the exercise of jurisdictional functions by authorities and members of indigenous peoples, nationalities and communities has been very limited and even subordinated to the ordinary justice system. The lack of efficient and adequate mechanisms for cooperation and coordination between indigenous and ordinary justice has caused violations of constitutionally recognized rights, such is the case of the Indigenous Justice Consortium of San Pedro (Cañar), where several authorities and members of the community, during 2015-2016, were tried and sentenced for their right to exercise jurisdictional functions.

KEY WORDS: legal monism, legal pluralism, indigenous law, ordinary law, indigenous justice, San Pedro de Cañar.

**ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA AUSENCIA DE MECANISMOS DE
COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ENTRE JUSTICIA INDÍGENA Y
ORDINARIA EN EL CASO CONSORCIO DE COMUNIDADES SAN PEDRO
DE CAÑAR, AÑO 2015 -2016**

INTRODUCCIÓN	9
Capítulo I.....	12
Pluralismo Jurídico: Derecho Ordinario y Justicia Indígena.....	12
1. Análisis histórico del reconocimiento del indígena en el Ecuador.....	12
1.1.1 El reconocimiento del indígena en el Ecuador	12
1.1.2 El rol del Estado-nación en el proceso de reconocimiento indígena.....	20
1.2 Derecho ordinario e indígena	23
1.2.1 Derecho ordinario.....	23
1.2.3 Justicia indígena	24
1.3 Análisis del monismo jurídico.....	29
1.4 Enfoque doctrinario del pluralismo jurídico	31
1.5 Reconocimiento del pluralismo jurídico	35
1.5.1 Ámbito internacional.....	35
1.5.1.1 El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el reconocimiento del Derecho Indígena.....	35
1.5.1.2 La Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas frente a la asimilación forzada y destrucción cultural	39
1.5.2 Ámbito Nacional	42
1.5.2.1 Análisis del pluralismo jurídico en la Constitución ecuatoriana de 1998	42
1.5.2.3 Reconocimiento del pluralismo jurídico y aplicación autónoma de la Justicia indígena en la Constitución ecuatoriana del 2008.....	45
1.5.2.3 Principios de justicia intercultural.....	48
a) Principio de diversidad.....	48

b) Principio de igualdad.....	49
c) Principio non bis in ídem	51
d) Principio de pro-jurisdicción indígena	53
e) Interpretación cultural	54
Capítulo II	56
Administración de la Justicia Indígena y Justicia Ordinaria en el Ecuador en el caso “Consortio de Comunidades San Pedro” del Cantón Cañar 2015- 2016.....	56
2.1 Los límites a la competencia de la justicia indígena de acuerdo a la legislación nacional ..	56
2.2 Antecedentes del Consortio de comunidades de San Pedro Cañar.....	65
2.2.1 Delimitación geográfica y temporal	65
2.2.2 Análisis de la formación del consorcio de comunidades para ejercer justicia indígena.	67
2.2.3 Conflictos dentro del Consortio.....	74
2.2.3.1 Caso de los hermanos Calle y Mama Digna.....	75
2.2.3.2 Caso de María Tamay	80
2.2.3.3 Caso de José Sarmiento.....	83
2.3 Análisis de los principales conflictos dentro del Consortio.....	85
2.4 Análisis de la posible vulneración de derechos de los líderes y miembros de la comunidad indígena que fueron procesados por parte de la justicia ordinaria	90
2.5 Proceso de Amnistía.....	95
2.6 Análisis de los mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria	99
2.6.1 Mecanismos normativos.....	99
2.6.1.2 La declinación de competencia como mecanismo de cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria	100
2.6.2 Mecanismos institucionales.....	101
2.6.2.1 Fiscalías indígenas:	102
2.6.2.2 Capacitaciones.....	104
Capítulo III	107

Implementación normativa e institucional de mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas justicias	107
3.1. Análisis del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria	107
3.1.1 Estado actual del proyecto de ley	107
3.1.2 Aspectos del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria	108
3.1.2.2 Mecanismos de coordinación y cooperación que contempla el proyecto de ley	114
3.2 Política pública para la existencia de coordinación y cooperación	119
3.2.1 Pasos para la elaboración política pública.....	120
3.2.2 A modo de propuesta.....	121
CONCLUSIONES	129
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132
ANEXOS.....	144

INTRODUCCIÓN

Desde la Constitución del Ecuador de 1998 en nuestro país se reconocen las prácticas y saberes ancestrales, convivencia, organización social y ejercicio de la autoridad de la población indígena, también se estableció proteger la conservación y el desarrollo de las costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas. Lo cual, se mantuvo en la Constitución del 2008, misma que reconoce la existencia de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que ejercen jurisdicción basada en su propia experiencia, cultura y cosmovisión, dentro del territorio ecuatoriano.

No obstante, existe aún desconocimiento total sobre cómo se aplica y en qué consiste la justicia indígena llegando a pensarse, incluso, que se trata solamente de un acto de tortura que menoscaba la dignidad humana. A pesar de que se reconozca la existencia de varios sistemas de justicia coexistiendo dentro del mismo territorio la aplicación de la justicia indígena no se ha llevado de manera autónoma debido a la intervención constante de la justicia ordinaria y a la supremacía que se cree que esta tiene sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de cada comunidad indígena. En relación con los pueblos indígenas, se ha impuesto un sistema jurídico único, homogéneo, coercitivo, sin considerar su cultura, creencias y prácticas.

Más allá de no ser autónoma, surge un problema aún más inquietante y es que no existen mecanismos claros, eficientes y adecuados de coordinación y cooperación entre ambas justicias. Existen principios dentro del Código Orgánico de la función Judicial, tales como: diversidad, igualdad, non bis in ídem, pro-jurisdicción indígena, interpretación intercultural; Así como también la figura de declinación de competencias. Pero, en ciertos casos lo mencionado anteriormente no se ejecuta de manera correcta, y

no logra una adecuada coordinación entre ambos sistemas, dando como consecuencia la vulneración de derechos constitucionales de autoridades y miembros de las comunidades indígenas.

El objetivo principal de esta investigación es analizar si en el caso del consorcio de comunidades San Pedro (Cañar) 2015-2016, debido a la falta de mecanismos normativos e institucionales de cooperación y coordinación, se vulneró el derecho que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario (art.57, CRE, 2008), así como también la potestad que tienen las autoridades indígenas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio (art.171, CRE, 2008).

Para cumplir con el objetivo principal de la investigación, la presente disertación se desarrollará en tres capítulos, mismos que buscan: explicar los antecedentes históricos y normativos del Pluralismo Jurídico en el Ecuador, identificar la existencia de mecanismos normativos e institucionales claros y adecuados para la coordinación y cooperación entre justicia indígena y ordinaria, y analizar la vulneración de derechos de los líderes y miembros del Consorcio de comunidades San Pedro (Cañar) 2015-2016.

Dentro del primer capítulo, describe doctrinariamente varios conceptos necesarios para la explicación del tema a tratar, en este acápite se desarrolla una explicación de los antecedentes históricos y normativos, nacionales e internacionales del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo que ayudará a la visualización de esta figura, para identificar como se encuentra en el país. Considerando que esta es una temática que ha surgido con el tiempo, en nuestro país, donde antes solo el Estado tenía el monopolio de la justicia.

Consecuentemente, después de los conceptos doctrinarios y normativos, el segundo capítulo busca analizar la vulneración de derechos de los líderes y miembros del Consorcio de comunidades San Pedro (Cañar), para esto se analizarán los límites de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria, los casos concretos en los que se procesó y sentenció a miembros y autoridades indígenas, el proceso de amnistía, así como también los mecanismos normativos e institucionales que existen actualmente en los cuerpos normativos ecuatorianos.

Finalmente, dentro del Capítulo se analizará el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, presentado ya hace varios años, el cual establecía mecanismos de coordinación y cooperación que contempla, asimismo, se analizara el uso de la política pública para la existencia de coordinación y cooperación entre ambas justicias.

En cuanto a la metodología, el presente trabajo de investigación hace uso del método analítico, crítico e inductivo. Además, se hace uso de un enfoque cualitativo debido a que es un estudio que tiene un contexto netamente social, en el cual se abarcan aspectos culturales y maneras de concebir a la justicia, de acuerdo con un grupo reconocido en el Ecuador. Para lo cual la técnica utilizada fue la entrevista a académicos, así como también a líderes y miembros del consorcio de justicia indígena.

Los modos a utilizado fueron el modo histórico - jurídico, sociológico-jurídico y normativo-jurídico, debido a que la investigación analiza el dinamismo de las relaciones sociales en el origen, desarrollo y apropiación de los derechos de los pueblos indígenas, en cuanto praxis jurídicas normativas, sus instituciones y sistemas jurídicos, la presente investigación responde a una realidad social que es evidente en nuestro entorno, la justicia indígena, la cual se ha aplicado en el país desde sus orígenes como Estado.

Capítulo I

Pluralismo Jurídico: Derecho Ordinario y Justicia Indígena

1. Análisis histórico del reconocimiento del indígena en el Ecuador

1.1.1 El reconocimiento del indígena en el Ecuador

Para abordar la temática del reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador es necesario realizar un breve análisis histórico de la lucha que han tenido los pueblos indígenas a lo largo de la historia, para ser reconocidos como ciudadanos y finalmente para ser dotados de derechos, hasta llegar al punto del reconocimiento de su autodeterminación en diferentes aspectos: jurídico, sociales y culturales, por parte del Estado ecuatoriano.

En el Ecuador siempre han existido varias culturas diferentes, como resultado del mestizaje producido en la Colonización, que se dio en el territorio nacional en el año de 1492. Es a partir de este acontecimiento, que se inició la invasión española y de acuerdo con la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE (1989):

Se inició la invasión española a través de aventureros y colonizadores que desde el primer momento se dedicaron al pillaje y saqueo. Así empezó el sometimiento económico y político de nuestros pueblos con la práctica de las más incalificables formas de explotación y sojuzgamiento a nombre de la Corona Española y la Iglesia. (p.6)

La llegada de las delegaciones españolas al continente americano fue el resultado de un error, puesto que las tripulaciones lo que buscaban era una ruta para llegar a la India y de esta manera, romper el monopolio del comercio de la “ruta de las especies”. Bajo ese contexto y con tal equivocación se dio lo que llamaron el “reconocimiento de América”, de acuerdo con el relato de la mencionada Confederación, posteriormente el

territorio fue visto como una fuente inagotable de riquezas para la Corona Española (CONAIE, 1989).

Para el control de la población que en ese entonces habitaba en lo que hoy en día se comprende como Suramérica, se llevó a cabo el proceso de evangelización a través de misioneros. De acuerdo al mismo relato, junto con la evangelización en la región de la Sierra se instauró y se consolidó el poder de los terratenientes y junto con esto la sobreexplotación de los indígenas, los cuales debían trabajar por horarios extenuantes, con ínfimos salarios, maltrato, enfermedades y abuso. (CONAIE, 1998, p. 6-10).

El historiador Ayala Mora (2002) menciona que los pueblos de la Sierra fueron sometidos rápidamente a mediados del siglo XVI, fueron diezmados por la violencia, el trabajo duro y las enfermedades, pero aun así lograron subsistir. En cambio, los pueblos de la Costa se sometieron y otros se adentraron en tierras a las que los colonizadores llegaron siglos después. En cuanto a los pueblos amazónicos, estos no fueron conquistados. Su contacto con la sociedad dominante fue reducido. Para fines del siglo XVI los españoles habían logrado configurar una estructura política colonial dentro del territorio que duró hasta la Independencia.

En el siglo XVIII el sistema hacendatario estaba configurado a favor de los españoles y gran parte de las tierras productivas estaban en manos de la Iglesia y los grandes propietarios criollos. Se dio una especie de división de la población en las llamadas “Republica de blancos” y “Republica de indios”. Eran los considerados blancos quienes dominaban a los indígenas, pero estos conservaron algunas tierras y se mantuvieron unidas por la reciprocidad. Se vivía en la época en una situación de desigualdad. (Ayala, 2002, p. 14-15)

De acuerdo con Yrigoyen (2006) existió dentro de la historia del reconocimiento indígena un proyecto de subordinación política y segregación colonial, como ya se mencionó, este se dio a través del tributo, la explotación, el trabajo forzado, etc. Se estableció un régimen de separación física y diferenciación legal. Dentro de los pueblos indígenas de regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el derecho indiano permitía la existencia de autoridades indígenas, los cuales tenían jurisdicción civil y criminal, pero solo para conflictos que involucraban a indígenas y los casos que no ameritaban pena grave. Lo que significaba que su sistema de justicia estaba subordinado al sistema estatal. (p.4)

Posteriormente en el año 1830, se fundó el Ecuador como una República Independiente, la situación de los indígenas no cambio en gran medida, se mantuvieron mecanismos de explotación y exclusión. Estaban obligados a pagar un tributo, por el hecho de ser indígenas, se estableció una igualdad legal pero no material, ya que no podían acceder a derechos civiles o políticos, tales como: votar o ser candidatos. Además, sufrían discriminación, se reforzó su sometimiento a las haciendas (Ayala, 2002, p.15)

En 1830, se llevó a cabo la primera constituyente el 23 de septiembre en la ciudad de Riobamba, bajo el mandato de Juan José Flores. De esta Carta Magna se desprende que según el artículo 9 eran ecuatorianos:

1. Los nacidos en el territorio y sus hijos;
2. Los naturales de los otros Estados de Colombia, avecindados en el Ecuador;
3. Los militares que estaban en servicio del Ecuador al tiempo de declararse en Estado independiente;
4. Los extranjeros, que eran ciudadanos en la misma época;
5. Los extranjeros, que por sus servicios al país obtengan carta de naturaleza;
6. Los naturales, que habiéndose domiciliado en otro país, vuelvan y declaren ante la autoridad que determine la ley, que desean recuperar su antiguo domicilio. (CRE, 1830)

En el artículo 11 se establecía que los derechos de los ecuatorianos eran concedidos en igualdad ante la ley, dando como resultado una igualdad legal, pero esto no era del todo cierto, ya que, existían requisitos para ser considerados ciudadanos.

En este punto es necesario aclarar la distinción entre nacionalidad y ciudadanía, para Badía (1975), nacionalidad proviene de la palabra nación (= nasci) que significó originariamente un grupo de gente nacida en el mismo lugar. Para Meier, la nacionalidad es el “vínculo nacional” que se expresa en la condición de nacional o nacionalidad “originaria”, misma que se constituye por dos principios *ius solis* y *iussanguinis*, el derecho de suelo y sangre (p.54, 2015).

Según el mismo autor, ciudadanía es el “vínculo político” en su sentido estricto, que atribuye la titularidad y ejercicio de los derechos políticos o cívicos es, en principio, un estatus reservado a los nacionales que cumplen ciertos requisitos (p.55, 2015).

Por tanto, es importante hacer una distinción entre ambos conceptos, para Zúñiga (2008):

Ciudadanía no es nacionalidad: aquella tiene que ver con derechos y se remite a la esfera de la política; esta, en cambio, se relaciona con identidad y se remite al ámbito de la cultura. Nacionalidad es un modo de ser y ciudadanía un modo de actuar que no necesariamente tienen que coincidir. Ambas comportan desafíos diferentes, pues la nacionalidad tiene que ver con la forma de relación con un “otro” que se define como diferente, mientras que la ciudadanía lleva a la necesidad de establecer un espacio público de acción conjunta. Ambos campos pueden coexistir, confundirse, sobreponerse o repelerse según el caso, pero analíticamente es preciso diferenciar los procesos que los constituyen

Es así que, se entiende entonces, que la nacionalidad comprende el hecho de que una persona haya nacido en un lugar o se considere como nacional de un país por el derecho de sangre que tenga, mientras que la ciudadanía abarca el conjunto de derechos

y obligaciones que un Estado le otorga a una persona, en cumplimiento de ciertos requisitos.

Debido a la explotación y desigualdad que sufrieron los indígenas, durante los siglos de la Colonia, no pudieron acceder a educación, ni a un trabajo digno, era evidente que la Constitución los dejaba sin derechos políticos. Eran ecuatorianos, pero no eran ciudadanos, y esto se mantuvo durante muchos años, como será analizado en este apartado.

Según el artículo 12 del mismo cuerpo legal:

Artículo 12.- Para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía, se requiere:

1. Ser casado, o mayor de veintidós años;
2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero;
3. Saber leer y escribir. (CRE, 1830)

Estos requisitos mencionados en el párrafo anterior, para tener goce de los derechos de ciudadanía, se mantuvieron hasta 1851, año en el que se el único cambio fue: tener 18 años si la persona era casada, si aún se estaba soltera se mantenía el requisito de los 22 años. Esta constitución duró únicamente 1 año, y para 1852 se regresará al requisito anterior, con respecto a la edad, es decir ser mayor de 22 años.

El 10 de abril de 1861, con la vigencia de una nueva Constitución se da un cambio con respecto a uno los requisitos. En el artículo 8 se establecía que: “Para ser ciudadano se requiere ser casado o mayor de veintiún años y saber leer y escribir” (CRE, 1861). Es decir, se eliminó el requisito de la propiedad o profesión, pero aun así se dejaba de lado a gran parte de la población, que para ese entonces era analfabeta, entre estos en su

mayoría la población indígena, debido a los rezagos de la colonización y la aún discriminación existente para la fecha.

El Ecuador en el año de 1869 entra a la etapa conservadora, bajo el mandato de Gabriel García Moreno, ante lo cual en la Constitución del 11 de agosto del mismo año se estipuló que la religión oficial de la República sería la católica, apostólica y romana. Es así que, se profesar la religión católica se convirtió en otro de los requisitos para ser ciudadano, para este período de debían cumplir los siguientes requisitos: ser católico; saber leer y escribir; ser casado o mayor de veintiún años. (CRE, 1869)

En la Constitución de 1878 se mantuvieron todos los requisitos mencionados con anterioridad a excepción de profesar la religión católica. Para 1884, bajo el gobierno de José María Plácido Caamaño, se instauró una exclusión en cuanto al genero, eran considerados, ciudadanos los ecuatorianos varones que sabían leer y escribir, y hayan cumplido veintiún años o estén casados. El requisito de ser varón se eliminó para 1897, y para ser considerado ciudadano, se requería: tener dieciocho años, saber leer y escribir.

En el transcurso de dichos años, la CONAIE menciona que: “se suscitaron numerosos levantamientos como los ocurridos en el Cañar (1862), en Imbabura y Guano (1868), Chimborazo (1871), Napo (1892), etc. Estos levantamientos fueron reprimidos brutalmente y de sus gestas nos queda, entre otros, los nombres de Daquilema. Alejo Sáenz, etc.” (1998, p.11)

Algunos años después en 1895 se inició la Revolución Liberal, con el mandato de Eloy Alfaro Delgado, y se logró la separación de la Iglesia con el Estado, constitucionalmente el Ecuador se reconoció como un Estado laico y la educación dejó de ser controlada por la Iglesia.

Asimismo, Enrique Ayala Mora relata que la famosa Revolución Liberal “solo trajo cambios menores a la situación de los indios. Sin embargo, se inició una corriente indigenista que en la segunda década del siglo XX, que impulsó la eliminación de la prisión por deudas, mecanismo de dominación de la hacienda”. (2002, p.16)

En las constituciones de los años posteriores de 1906 y 1929 se mantuvieron los mismos requisitos, para ser ciudadano se debía tener veintiún años, saber leer y escribir. Esto significa que aún no se podía considerar a gran parte de la población como ciudadanos aún.

La CONAIE (2002), indica que:

En 1927 se organizó el sindicato de El Inca en Pesillo y más tarde, Tierra Libre de Moyurco, Pan y Tierra de la Chimba, todos en el sector de Cayambe, provincia de Pichincha. Estos sindicatos formados en su mayoría por huasipungueros, arimados y yanaperos, tenían como reivindicaciones la tierra, el derecho al agua y los pastos, el salario, la educación, el cese de los abusos, etc. (p.12)

A pesar de que el mencionado sindicato tomó fuerza, existieron represalías en contra de Félix Alomochó, Jesús Gualavisí, Dolores Cacuango, Neptalí Ulcuango Alba, Rosa Alba, quienes fueron los líderes de aquellas luchas. En 1931, se intentó organizar el 1er. Congreso de Organizaciones Campesinas de Cayambe, lo que fue impedido por la represión. Posteriormente, en el año 1934, se reunió la Conferencia de Cabecillas Indígenas, la cual estableció las bases para construir una organización a nivel regional y nacional. (CONAIE, 1998, p. 12)

En los años 1945, 1946, 1967 eran considerados ciudadanos los mayores de dieciocho años que sabían leer y escribir. El 27 de marzo de 1979, la Constitución del Estado ecuatoriano condena toda forma de colonialismo, neocolonialismo y de discriminación o segregación racial, reconoció, además, el derecho de los pueblos a

liberarse de estos sistemas opresivos, y menciona en el artículo 12 que eran ciudadanos todos los ecuatorianos mayores de 18 años.

Los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas aún eran un sector olvidado por los gobiernos y discriminado por la sociedad, en este contexto se llevó a cabo uno de los levantamientos indígenas de mayor relevancia, dentro de la histórica lucha por sus derechos: el levantamiento indígena de 1990 o conocido también como el “levantamiento del Inti Raymi”.

Para Larrea (2004):

El levantamiento indígena de 1990 hizo visible ante la sociedad nacional un proceso organizativo de larga data. Mostró no solamente la existencia de un Ecuador profundo, con pueblos olvidados y excluidos, sino que además planteó serios cuestionamientos a un modelo de democracia absolutamente excluyente en el que los pueblos indígenas no tenían cabida y un modelo de desarrollo construido sobre ellos, de espaldas a ellos y sin ellos. A partir de los noventa, el movimiento indígena se constituye en el referente de los movimientos sociales en el Ecuador (p.68).

Finalmente, en el año de 1998, el Ecuador se declara como un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico (CRE, 1998, art. 1). Reconociendo así la existencia de diversas culturas y etnias bajo el mismo territorio.

Dentro de la misma Constitución, se consagra el artículo 6: “Los ecuatorianos lo son por nacimiento o por naturalización. Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta constitución, que se ejercerán en los casos y con los requisitos que determine la ley” (CRE, 1998). A través de este artículo, se entiende que ya no se establecen requisitos específicos y que se consideran ciudadanos todos los ecuatorianos.

1.1.2 El rol del Estado-nación en el proceso de reconocimiento indígena

Históricamente Ecuador ha sido un Estado-nación, afirmar constitucionalmente que el Ecuador es un país pluricultural y multiétnico desde 1998, generó la idea que en el territorio cohabitan varias culturas y etnias, las cuales viven y actúan bajo sus propios sistemas, organización y rasgos culturales. Pero, esto no era del todo cierto, puesto que, en el transcurso histórico del reconocimiento indígena se dio un proceso de homogenización, este produjo que los indígenas en lugar de ser vistos como iguales, sean vistos como seres inferiores que necesitan ajustarse a una cultura, idioma, religión, conocimiento, etc. Diferente al suyo, para adaptarse al modelo estatal.

Esto lo confirma Muratorio Blanca, quien menciona que: “El control, manipulación y representación del pasado, la producción y celebración de símbolos y santuarios nacionales, así como una figuración del «otro» mayoritario, se convierten en un proceso central en el establecimiento de la nación-estado» (Citado por Rivera, 1998, p.1).

Pero ¿a qué se refiere este modelo de nación- estado?, según Rivera (1998) el Estado – nación: “se trata de un proceso de construcción nacional en sí mismo contradictorio ya que implica, por un lado, la difusión legal de las nociones de ciudadanía, participación e igualdad constitucional, (...) por otro lado, en la práctica cotidiana, la ejecución de la intolerancia étnico-cultural hacia los pueblos indígenas y negros”. (p.1)

El Ecuador fue uno de los países que realizó las reformas constitucionales pertinentes para afirmar que es un país pluricultural y multiétnico, siguiendo este modelo ya no se implementaron requisitos, como los que operaban en constituciones anteriores, para la obtención de la ciudadanía, con el propósito de que exista igualdad. Pero, esta igualdad era únicamente legal, porque a pesar de estar inscrito en la norma, no respondía

a la realidad, donde continuamente se buscaba que los pueblos indígenas adopten los rasgos de la cultura mayoritariamente dominante.

Para Yrigoyen (2000) “La noción del Estado-Nación, aparejada a la teoría del monismo jurídico, le daba fundamento y supuesta legitimidad política a la identidad Estado-derecho” (p.2). Por lo cual, se puede afirmar que, la homogenización se producía para que en el territorio estatal se dé un aspecto uniforme en cuanto a la identidad y cultura de todos los miembros, y través de esto establecer una nacionalidad única que represente a todos, esto evidentemente apoya una postura monista.

Según la misma autora “Durante los siglos XIX y XX la noción de Estado-nación fue muy exitosa para fundamentar los procesos de descolonización de los países que se independizaron de sus metrópolis europeas, bajo la idea de que a una “nación”, le correspondía un Estado” (Yrigoyen, 2000, p.2). Esto porque se generó la idea de que al nuevo Estado libre le correspondía a una nueva nación mestiza, que tenía su propia identidad, esta idea de nación produjo que los rasgos de la cultura dominante, sea considerada la oficial, dejando de lado la realidad pluricultural que el Ecuador aún mantiene.

Para Rivera (1998) la idea de este Estado-nación aparece como “una supercomunidad homogénea” (p.2), es decir que, esta figura estatal responde a la idea de la existencia de uniformidad en todos los aspectos correspondientes al Estado, lo cual significa: un lenguaje oficial, un sistema jurídico único e incluso una sola religión aceptada, etc.

La homogenización no fue el único problema, al que los pueblos y nacionalidades indígenas estuvieron sometidos, también experimentaron una continua discriminación, que incluso continúa hasta la actualidad, ante la cual el Estado no ha respondido con

políticas orientadas a cambiar eso, sino que han tomado, incluso hasta cierto punto, un rol paternalista y condescendiente.

Para Dávalos (2000):

Ante la insurgencia política del movimiento indígena, las respuestas han variado entre el paternalismo y la condescendencia, que se corresponde a un discurso de la compasión, y en el cual perviven intactos el racismo y la prepotencia (...) hasta un discurso oficial que excluye la posibilidad de abrir el espacio de lo social hacia nuevas formas de participación y de acción, y que condena enérgicamente la acción política del movimiento indígena como "golpismo", "aventurerismo", etc. (Pag.1)

Esto se puede ver evidenciado al inicio de la República, en la Constitución de 1830, en el artículo 68, donde el ente legislativo, en ese entonces el Congreso Nacional, nombró a los "venerables curas párrocos" como tutores y padres naturales de los indígenas, esto exaltando su ministerio de caridad en favor de "la clase inocente, abyecta y miserable" (CRE, 1830, art.68). Esto afirma que el Estado ecuatoriano en sus inicios, veía al indígena no únicamente como alguien incapaz de contar con la ciudadanía y los derechos civiles que esta implica, sino como un ser inferior, que necesitaba la protección de miembros de la Iglesia.

Lo mencionado, guarda relación con la visión de Rivera (1998):

En términos concretos, los paternalismos son una serie de acciones y políticas concebidas para ser aplicadas a los «otros», no suponen una consideración de las especificidades identitarias y los intereses organizativo-históricos de esos otros, sino que se fundamentan en una negación profunda de sus capacidades para determinar lo que les es conveniente o no. (p.3)

El Congreso al redactar el mencionado artículo, llega al punto de negar la identidad de los indígenas e interpretar, por su parte, lo que era conveniente para ellos, sin que haya existido respeto a la autonomía de su voluntad, nadie preguntó si esto era lo

más conveniente o no a los indígenas, quienes debían vivir no únicamente bajo la discriminación constante sino bajo el dominio de las normas estatales y la realidad adversa a sus necesidades.

1.2 Derecho ordinario e indígena

1.2.1 Derecho ordinario

El Derecho surge como el conjunto de normas jurídicas que busca regular la conducta de los ciudadanos y pautar normas de comportamiento, de acuerdo con Guillermo Cabanellas (2008), el Derecho es visto como “la facultad natural de obrar de acuerdo con nuestra voluntad, salvo los límites del derecho ajeno, de la violencia de otro, de la imposibilidad física o de la prohibición legal”. (p.118)

El mismo autor, a continuación, lo define como el “Conjunto de leyes, colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidas todas las personas en cualquier sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza” (p.118). En esta definición, se evidencia al Derecho como una expresión del poder que tiene el Estado, viene a ser un instrumento regulador de la sociedad, al que están sujetos todas las personas, sin excepción alguna, para que a través de la aplicación y cumplimiento de normas se logre vivir convenientemente, de no hacerlo interviene la fuerza estatal.

Siguiendo este criterio, esta Galarza (2002), señala que: “para el positivismo, lo suyo es exclusivamente lo que reconoce específicamente la ley como propio o perteneciente a un individuo; es decir, la norma positiva preestablecida por el legislador, con independencia de si es justa o no” (p.72).

Por lo cual, conforman el Derecho Positivo todas las normas jurídicas escritas, publicadas y difundidas en cuerpos normativos, que regulan la conducta de todos los miembros de un espacio geográfico determinado, que son realizadas y emanadas por una autoridad competente, la cual, se encuentra dentro del sistema estatal.

El Derecho Positivo, es entonces el “conjunto de normas, delimitado con mayor o menor precisión, se integraría por el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Administrativo y, el Derecho Mercantil. Estos complejos normativos eran considerados, en el siglo pasado, como el prototipo del derecho nacional” (Schmill, 2003, p. 139)

Con las definiciones mencionadas sobre el Derecho se entiende que este es visto como el conjunto de normas, elaboradas por una función estatal, que sirve para legitimar el poder del Estado, y que tiene como fin específico regular y normar el actuar de los individuos que habitan en sociedad.

El derecho ordinario comprende entonces lo que se entiende por derecho positivo. Es decir, las normas y principios jurídicos emitidos por órganos estatales consolidados, comprende todo el aparataje legislativo y judicial controlado por el estado. Por tanto, no se acepta otra concepción de derecho o manera de ejercer justicia.

1.2.3 Justicia indígena

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, también cohabitan en sociedades. Por su parte, han mantenido y administrado su propio sistema de justicia, a lo largo de su existencia, pero esta se fundamenta en su propia experiencia, cultura, saberes ancestrales y también va acorde con su cosmovisión.

Para tener claro lo que es la Justicia Indígena, primero debemos saber en qué consiste el Derecho Indígena, según Hernández es el “conjunto de principios, normas y

procedimientos propios que se originan en la costumbre ancestral transmitida de generación en generación y que los pueblos y nacionalidades lo han establecido para regular la conducta y la convivencia social al interior de sus territorios” (p.13).

De este modo se puede afirmar que el Derecho Indígena sirve para dar pautas de conducta social a los miembros de una comunidad determinada, al igual que el Derecho ordinario cuenta con normas y procedimientos, los últimos sancionan el incumplimiento de dichas normas.

Pero existen ciertas diferencias entre ambos, el derecho indígena tiene su origen en costumbres ancestrales y en la forma de ver al mundo que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas, mientras que el derecho ordinario tiene una influencia europea, exterior, que solía ser ajena a la realidad vivida antes de los procesos de colonización y homogenización, pero que se adoptó como propia.

Además de esto, existe otra diferencia marcada en los procedimientos que se llevan a cabo para sancionar el incumplimiento, la violación de las normas o el cometimiento de delitos. En el caso del derecho ordinario se lleva a cabo procesos, donde se aplican principios previstos en la Constitución de la República, en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, códigos, leyes, reglamentos y ordenanzas, publicadas en el Registro Oficial. Mientras que, el derecho indígena no cuenta con normas expedidas por un ente oficial, las pautas de conducta se transmiten de generación en generación, son adoptadas por las autoridades de las comunidades, cada comunidad tiene su propia manera de ejercer justicia y la intervención es de toda la comunidad.

Para Daniela Flores (s/f), perteneciente al equipo jurídico INREDH, la justicia indígena es: “aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna,

comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad.”

(p.2)

En el contexto descrito la justicia indígena, viene a ser el castigo por la violación de la norma que fija una comunidad para garantizar una sana y armónica convivencia entre los miembros de la misma. Cada comunidad, pueblo o nacionalidad lo aplica con sus particularidades y prácticas propias, de acuerdo con sus realidades sociales, culturales y geográficas. Un procedimiento o sanción que se aplique en una comunidad de la sierra ecuatoriana no es igual a cualquier otro que se aplique en otra comunidad. Mucho menos aún de país a país. A través de esta se pueden resolver conflictos y es ejecutada por una autoridad designada.

De acuerdo con Raúl Llásag (2012):

Los miembros de una comunidad comparten no solamente los hábitos, sino también valores, ideas, palabras, gestos, símbolos y trabajos que se transmiten desde la gestación, el nacimiento y durante todo el proceso de la vida de una persona, empezando con los padres, en la vida familiar, en el trabajo, vecindad y la comunidad, y el último ámbito básicamente en las reuniones, mingas, fiestas, asambleas. Por ello, cada uno de los miembros conoce lo permitido y lo prohibido, la forma de relacionarse entre los parientes, con los miembros de la comunidad y con los extraños, la utilización de los bienes comunitarios y familiares, la transmisión de herencias, la configuración de la filiación, los roles que deben cumplir en el hogar y la comunidad, la designación y reconocimiento de las autoridades, la relación con la espiritualidad, etc. Es decir, el derecho es parte de la misma vida comunitaria y familiar. (p.328)

Con lo mencionado en el anterior párrafo se puede establecer que el derecho indígena responde a la cotidianeidad de los miembros de una comunidad indígena, se establece en base a las relaciones que desarrolla a lo largo de su vida, los preceptos de lo “correcto” o “incorrecto” son instaurados en una especie de dualidad entre su familia y comunidad. Estas normas de conducta se transmiten entre las personas que pertenecen a

una misma comunidad, por lo que el concepto de comunidad es de suma importancia, ya que, al pertenecer existen varios aspectos compartidos entre todos, como: hábitos, costumbres, idioma, ideas, símbolos, etc.

Para Pérez Guartambel (2015) el derecho indígena es:

El conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos milenarios, sustentadas en la libre determinación e inspirados en cosmovisión y cosmovivencia filosófica presentes en la memoria colectiva, aplicables a conductas diversas del convivir comunitario, dinamizados y reconocidos socialmente cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social (p.232).

Nuevamente, esta teoría afirma lo ya mencionado, el derecho o justicia indígenas de las comunidades responde a la manera de ver mundo que estas tienen, surge de la experiencia propia y es por eso que está presente en la memoria colectiva de sus miembros. Pero, también este derecho a pesar de venir de la experiencia de sus miembros tiene preceptos, procedimientos e instituciones, que son aplicadas por autoridades pertinentes. Todo esto en base al derecho de la autodeterminación que tienen los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas.

En la línea del mismo autor, este menciona que la justicia indígena tiene una concepción integral, holística, sistémica y dialéctica, que no se centra únicamente en el ser humano y sus relaciones, sino que también considera a la naturaleza y a la persona como un todo que se complementa, vincula e interrelaciona (Guartambel, 2015, p.243). Es importante recalcar que al hacer esto, el derecho de las comunidades indígenas se aparta por completo del antropocentrismo, propio de la cultura occidental.

Quien concuerda con este pensamiento es Flores (s/f), quien establece, igualmente, que para la cosmovisión andina la armonía de la persona con la naturaleza y los otros miembros de la comunidad, es fundamental para el desarrollo “normal de

convivencia social”. Debido a que los conflictos que se dan dentro de su delimitación geográfica, quebrantan el equilibrio, las autoridades buscan medidas para restablecerlo a través de una compensación o resarcimiento del daño, esto inclusive funciona como un escarmiento para los demás miembros de la comunidad. (p.3)

La justicia indígena en ciertas ocasiones aplica castigos de carácter físico, para la persona que causo un agravio en contra de otra o de la comunidad, estos no siempre son utilizados y depende de cada comunidad el utilizar o no castigos físicos, generalmente son usados en los casos más graves. Para Flores (s/f) dentro de la cosmovisión de las comunidades indígenas, a través de estas sanciones físicas, se da un proceso de purificación, el uso por ejemplo de la ortiga o látigos lo que busca es una finalidad positiva la “sanación” de persona que delinque para establecer nuevamente la armonía de la comunidad. (p4)

Muchas veces el actuar de las autoridades indígenas tiende a confundirse con maltrato, tortura, denigración e incluso venganza. Nina Pacari (2002) aclara que la administración de justicia indígena no puede ser comparada con el “linchamiento” o “justicia por mano propia”, como erróneamente la visión occidental lo ha hecho, puesto que dentro de la aplicación de justicia indígena existen normas y procedimientos de carácter público, expresado en las asambleas comunales, y llevado a cabo por autoridades competentes, puede solicitarse la investigación de los hechos, realizarse careos, utilizar testimonios y presentar pruebas de cargo o descargo, esto con la finalidad de determinar de manera objetiva y lo más precisa posible la responsabilidad de la persona en el acto. (p.84)

1.3 Análisis del monismo jurídico

Previo el estudio y análisis del pluralismo jurídico en el Ecuador, es necesario determinar que es el monismo jurídico. De acuerdo con Cabanellas (2008) el monismo jurídico es un concepto doctrinal que unifica la sustancia universal, de la que proceden las variedades o que en ella se identifican. Naturalmente se opone al dualismo y al pluralismo. (p. 245)

Dentro de esta definición, se entiende que es una posición contraria al pluralismo. Muchos Estados aceptan la idea de que debe existir un solo un sistema jurídico centralizado, lo cual, no admite la existencia y vigencia de más de un solo sistema jurídico en el mismo territorio, esto quiere decir que solo el Estado es visto como el legítimo productor y regulador del derecho, negando así la diversidad que puede existir en un territorio.

El monismo establecen la existencia de un solo régimen jurídico, para todos los miembros de la sociedad, por esto se asume que este sistema jurídico debería entender conocido por todos, de esta manera incluso “se garantizaría la seguridad jurídica”. Para Bonilla y Ariza:

El monismo jurídico liberal, exige que el soberano expida, en principio, normas que estén dirigidas a todos los ciudadanos y que pretendan regir sus acciones por largos periodos de tiempo. De esta forma, los ciudadanos podrán precisar fácilmente las normas que controlan sus conductas y generar expectativas razonables sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus actos. (2014, p. 15)

En el caso ecuatoriano en particular, este único sistema jurídico sería el derecho ordinario, el cual propicia la existencia de la vía judicial contenciosa para la resolución de conflictos de varias materias.

Pérez Guartambel (2015) mantiene una idea similar, bajo su criterio el considera que “Los gobiernos de los Estados Nacionales arguyen que en el momento que se

reconoce a otro sistema jurídico paralelo se balcanizará el Estado en fracciones incontrolables, idea peregrina que dista kilómetros de la realidad” (p.66)

De acuerdo a este criterio se establece que los Estados tienen una postura cerrada frente al reconocimiento de otro sistema jurídico, llegando incluso a pensar que de hacerlo se fragmentaría el ordenamiento estatal y ocasionaría un caos, que nuevamente infringiría la seguridad jurídica, puesto que bajo este pensamiento las normas no estarían claras y establecidas de la misma manera para todos los ciudadanos, no tendrían el conocimiento certero de las consecuencias jurídicas que producirían sus actos. Obviamente, esta reflexión no resulta acorde a la sociedad, al menos en el caso suramericano por la diversidad de pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas existentes, que aplican y practican sus costumbres de derecho propio.

De acuerdo con Bonilla “el monismo jurídico domina nuestra imaginación política y jurídica. La idea de que debe existir un y solo un sistema jurídico centralizado y jerarquizado en cada Estado, constituye uno de los ejes a través del cual pensamos la teoría y práctica del derecho” (2006, p.231).

Es por esto que el órgano legislativo encargado de la creación y expedición de normas, lo hace reconociendo únicamente un solo sistema de justicia, el derecho estatal. Esto se debe a que, como lo menciona el autor, aun se piensa la teoría y práctica del derecho un derecho común estatal, como efecto no se garantiza de esta manera la existencia de diversas culturas con sus propias prácticas jurídicas autónomas, dejando a un lado la concepción de la existencia de un Estado pluricultural y su reconocimiento.

De acuerdo con Pérez Guartambel (2015):

El “monismo jurídico” es la corriente dominante en el mundo occidental, es considerada o calificada como “derecho moderno” que asume el monopolio estatal, la

homogenización jurídica, la hegemonización occidental única e imperante, válido y reconocido por el Estado, es decir a un determinado Estado le corresponde un determinado derecho. Sostienen sus ideólogos que de no ser el derecho reconocido por el Estado, carecería de toda efectividad en su aplicación y violaría el principio de la seguridad jurídica y el Estado de derecho. Esta corriente no admite la posibilidad de convivencia de dos o más derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico (Estado) y si los hay, carecen de reconocimiento legal por consiguiente todo lo que no está escrito en la ley no existe, no tiene validez. (p. 57)

Se puede reiterar entonces que el monismo jurídico no admite la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geográfico, porque de existir, estos no tendrían validez. Se concibe la idea de un tipo de “monopolio estatal”, donde únicamente lo emanado por autoridades estatales legalmente reconocidas tiene validez para todos los miembros de la sociedad, imperando de esta manera la visión occidental, y dejando nuevamente de lado la diversidad de culturas que pueden existir en los Estados.

A modo de conclusión y en concordancia con el criterio de Pérez (2015) “En definitiva desde la perspectiva del “monismo jurídico” solo puede existir el “derecho”, cuando es fabricado por el Estado y sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado” (p.58). Esto se confronta con el enfoque del pluralismo jurídico, el cual será analizado en el siguiente punto.

1.4 Enfoque doctrinario del pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico surge como una respuesta a la existencia de varias culturas diversas con sus propias tradiciones e instituciones que cohabitan en un mismo territorio, Yrigoyen (Citado por Cabedo, 2002) manifiesta que:

Es la existencia simultánea -dentro del mismo espacio de un Estado- de diversos sistemas de regulación social y resoluciones de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales. (p.18)

Díaz y Antúnez refuerzan esta teoría de la convivencia y respeto a lo heterogéneo al decir que:

El pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas. En este sentido, este pluralismo jurídico refleja una aplicación de la pluriculturalidad oficial que antes mencionamos: añade un sistema basado en el reconocimiento e inclusión indígena a la estructura legal, sin hacer mayor transformación a ella en término del otro sistema no indígena. (2016, p.107)

Es decir que, esta figura busca que tanto el sistema de justicia ordinaria como el indígena, sean reconocidos dentro de un mismo territorio a fin de obtener un Estado intercultural en el que el Derecho se presente como un mecanismo integrador y vinculado a la sociedad que pueda responder de manera adecuada a todos los ciudadanos, ya que, con este se aceptarían las diversas culturas y se respetaría el ejercicio de sus prácticas. No busca de ninguna manera que uno se sobreponga al otro, de una manera dominante, como ha resultado en países como el Ecuador, donde a pesar de reconocer la existencia y la práctica del derecho indígena, esta se ve muy limitada e incluso irrespetada en ocasiones.

Generalmente, se suele mantener la creencia que con la existencia del pluralismo jurídico se afecta la soberanía del Estado, el cual se considera como el único que debe regir y normar, pero esto es errado, ya que, la aceptación del pluralismo jurídico responde a las dinámicas sociales y diversidad étnica-cultural, con su existencia no se afecta la soberanía del Estado ni a la seguridad jurídica; al contrario, se está velando por el bien de todos los ciudadanos, lo que obviamente incluye a los pueblos y nacionalidades indígenas (Díaz et al., 2016).

De acuerdo con Boaventura de Sousa Santos “el reconocimiento plurinacional de la justicia indígena es impugnado porque supuestamente pone en tela de juicio tres principios fundamentales del derecho moderno, eurocéntrico: el principio de soberanía,

el principio de unidad y el principio de autonomía” (2012, p.18). Pero, esta es una concepción errada que responde a la “homogeneidad” en la que se insta a que exista una especie de sistema jurídico único, un solo derecho para todos. Postura que debido al contexto histórico de los países latinoamericanos se adoptó, y que no responde a la existencia de diversas culturas que mantuvieron desde el inicio sus propias formas de organización que perduran hasta la actualidad.

Pero el pluralismo jurídico no ha sido estudiado, ni aceptado siempre, no es visto como lo normal dentro del derecho estatal. Para Jairo Llano (2012):

Las especialidades de la ciencia jurídica que han avanzado en el estudio del pluralismo jurídico son la sociología y la antropología jurídica, soportadas en la teoría del derecho que reconoce y critica el positivismo jurídico tradicional al cuestionar el presupuesto de que el Estado moderno liberal se convierte en el único productor de derecho y de regulación jurídica ante sus ciudadanos, posibilitando la aparición de otras teorías que colaboran en el entendimiento de la pluralidad jurídica en espacios de complejidad en las relaciones contemporáneas a que se asiste (p.193).

Por lo tanto, el estudio del pluralismo jurídico surge dentro de las ramas de la antropología y sociología jurídica, por el fin mismo de su objeto de estudio, por su parte la antropología estudia a la persona, su comportamiento y en este caso su comportamiento en sociedad; la sociología por su lado, estudio las relaciones entre la sociedad en conjunto y el derecho, todo en base al estudio de fenómenos sociales.

Consecuentemente, el pluralismo jurídico admite la existencia de más de un sistema jurídico dentro del mismo espacio geográfico reconocido como Estado, impulsa la diversidad cultural existente en la realidad de las sociedades, acepta los diferentes modos que tienen los grupos y colectivos para aplicar su derecho propio; y se opone al positivismo y monismo jurídico, que plantean la existencia única de un sistema jurídico, regulado por el Estado, en donde la validez legal se da al momento en que el órgano legislativo emite las normas y principios.

Doctrinariamente existe más de una forma de pluralismo jurídico. En este sentido Hoekeman (2002) señala dos tipos: el pluralismo jurídico social y formal.

- ❖ **Pluralismo jurídico social:** se da la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos, únicamente en su sentido social, debido a que no ha sido reconocida esta coexistencia en el derecho oficial.
- ❖ **Pluralismo jurídico formal:** el cual a la vez se divide en dos:
 - **Pluralismo jurídico formal unitario:** considerado como un pluralismo jurídico débil, consiste en que la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos es reconocida por el derecho estatal, e incluso se consagra en la Constitución del país, pero el derecho oficial tiene la potestad de determinar unilateralmente la legitimidad y aplicación, lo que quiere decir que le corresponde al derecho oficial establecer cuando el otro sistema puede ser aplicado o no, y la validez del mismo (Hoekeman, 2002).
 - **Pluralismo formal igualitario:** el cual propone que en esta coexistencia de varios sistemas jurídicos el derecho estatal no se reserve la facultad de determinar la legitimidad y ámbito de aplicación del otro u otros sistemas jurídicos. El derecho no oficial es concebido como parte integral del orden legal estatal. (Hoekeman, 2002).

El mismo autor menciona que el Convenio 169 de la OIT está dentro del límite del pluralismo jurídico unitario, el cual, de acuerdo con sus palabras “es fruto del deseo social de respetar algunos rasgos culturalmente distintos y de reconocer sus leyes o procedimientos” (Hoekeman, 2002, p.71). Aun así, su legitimidad y aplicación está determinada por el ente estatal.

1.5 Reconocimiento del pluralismo jurídico

1.5.1 Ámbito internacional

1.5.1.1 El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el reconocimiento del Derecho Indígena

El pluralismo jurídico, no siempre fue dotado de importancia, ni de legalidad, no representaba para las culturas occidentales la “manera normal” de concebir el derecho, pero han existido pasos importantes para cambiar esto, el paso del monismo al pluralismo jurídico en el Ecuador empezó con la ratificación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo.

Este instrumento internacional, establece el deber que tiene el Estado de consultar las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos originarios, estableciendo procedimientos apropiados de consulta a los pueblos interesados, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (Convenio 169 OIT, 1989).

Dicho convenio se llevó a cabo en Ginebra, el 27 de junio de 1989 y fue ratificado en el Ecuador, el 15 mayo de 1998, en el margen del pluralismo jurídico ecuatoriano es de gran importancia, porque regula materias relacionadas con la costumbre y el derecho consuetudinario de los pueblos y nacionalidades indígenas (Convenio 169 OIT, 1989); y al ratificarlo se empieza a tratar el tema del pluralismo en el ámbito del Derecho ecuatoriano.

Está dirigido a los pueblos tribales en países independientes y pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o un espacio geográfico perteneciente al mismo en la época de la colonización y que

cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, o parte de ellas y están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; Tal es el caso de los pueblos y nacionalidades indígenas que habitan en el Ecuador (Convenio 169 OIT, 1989, art.1).

De acuerdo con el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT los gobiernos deben desarrollar una acción coordinada y sistemática con los pueblos indígenas, que garantice su participación para proteger sus derechos y respetar su integridad. Con medidas que aseguren: la igualdad de derechos y oportunidades que tienen toda la población, la eliminación de las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la sociedad (Convenio 169 OIT, 1989, art.1).

Esto significa que, de parte de los Estados, que ratificaron el mencionado instrumento legal, tiene que existir un nivel de responsabilidad en cuanto al desarrollo y protección de derechos de los miembros de las comunidades indígenas y a la vez esto debe llevarse a cabo en igualdad de los demás miembros de la población

Siguiendo el análisis del cuerpo legal, se encuentra el artículo 5, que señala:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; (...)” (Convenio OIT 169,1998).

En base a este artículo, se puede observar que, al ser ratificado por el Ecuador, existe la responsabilidad por parte del Estado de reconocer, respetar y proteger las prácticas sociales e instituciones de las comunidades indígenas.

El Convenio 169, dentro del artículo 8 establece que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes (Convenio OIT 169, 1998, art.8).

El Ecuador, al ratificar¹ el Convenio 169 de la OIT, asumió el compromiso de adoptar las medidas necesarias para la adecuada inserción de los principios proclamados en el artículo anterior, esto se ve reflejado por primera vez en el Ecuador en la Constitución de 1998, lo cual se mantiene en la actualidad. Los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas tienen derecho a mantener las instituciones y la práctica de su Derecho propio. El aplicar su propia justicia no imposibilita que gocen los derechos reconocidos a todos, ni las obligaciones estatales de todos los ciudadanos que pertenecen al país.

El Convenio hace hincapié en el respeto a los métodos que se adopten para resolver conflictos y sancionar conductas, dentro de los pueblos indígenas, siempre que estos sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos por el Ecuador. En materia penal, establece que los tribunales de la Justicia ordinaria deben tomar en cuenta las costumbres de los miembros

¹A través de la ratificación de acuerdo a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en este caso el consentimiento a obligarse por un tratado se manifestó mediante la ratificación del mismo por parte del Estado Ecuatoriano. Por lo que, debido al PACTA SUNT SERVANDA, este debe ser cumplido obligatoriamente.

de las comunidades, cuando se impongan sanciones penales debe darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (Convenio OIT 169, 1998, art.9 y art.10).

Los dos artículos mencionados anteriormente responden a la manera de ver el mundo que tienen los miembros de una comunidad, que el Estado deba buscar alternativas diferentes a la prisión para sancionar conductas delictivas, garantiza que sus costumbres y tradiciones sean tomadas en cuenta. Ya que, para los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas el concepto de la cárcel no es una realidad cotidiana, no es concebida como un medio de sanción que rehabilite a la persona, ni genere la reparación de la víctima.

De acuerdo con Ramiro Ávila (2013):

“La cárcel para los acusados es como un túnel y genera un trauma psicológico que nunca se olvida, además te separa de la comunidad, aísla, hay violencia sexual y física, se come mal, no se duerme (...) En la justicia indígena, el dolor es físico y se olvida en semanas, las comunidades perdonan y reintegran” (p.23).

En base a lo citado, la medida de privación de libertad, dentro de la justicia ordinaria es vista de una manera “normal”, que el juzgamiento de una persona se lleve a cabo por un juez o tribunal dentro de las instituciones designadas por el Estado, no es visto como algo fuera de lugar. Pero, para los miembros de las comunidades indígenas, esto quebranta por completo su manera de concebir la justicia, el encierro de la prisión produce secuelas psicológicas que, como se mencionó antes, no rehabilitan ni reparan; a lo mencionado, se debe agregar que en el caso de la justicia indígena se incluye a toda la comunidad, todos participan de su aplicación, procede la asamblea y autoridades, tienen una estructura diferente a la estatal.

De acuerdo con el mismo cuerpo legal, los pueblos indígenas y sus miembros pueden iniciar procedimientos legales, personalmente o por sus organismos representativos, al existir cualquier vulneración o violación de derechos. Cuando esto suceda es obligación del sistema judicial tomar las medidas adecuadas para que puedan comprender y hacerse comprender dentro de los procedimientos legales, a través de intérpretes u otros medios que ayuden a este fin (Convenio OIT 169, 1998, art.12).

Lo antes mencionado, es de gran trascendencia porque implica que el Estado, debe adoptar los mecanismos necesarios para que los miembros de comunidades indígenas puedan entender el procedimiento del cual son parte. El fin en sí mismo del Convenio 169, es que las materias relacionadas con la costumbre y derecho consuetudinario de los pueblos originarios, sea respetado de la misma manera que el ordenamiento estatal, para que, de esta manera, se pueda tener una coexistencia adecuada de ambos sistemas, sin la prevalencia de uno sobre otro. En el mismo año que Ecuador ratificó el Convenio se cambió la Constitución ecuatoriana y se establecieron nuevos parámetros que reconocían al pluralismo jurídico, al menos en la norma.

1.5.1.2 La Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas frente a la asimilación forzada y destrucción cultural

Esta declaración fue adoptada el 13 de septiembre del año 2007 en la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una de sus finalidades es que pueda usarse para guiar proyectos de ley, políticas públicas y decisiones judiciales sobre asuntos indígenas en cada Estado parte.

La Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tal como su nombre lo indica, es de carácter declarativo u orientativo para los Estados parte de la Organización de las Naciones Unidas, propiamente no tiene rango de

tratado internacional ratificado, por lo que jurídicamente no es de cumplimiento obligatorio.

Pese a aquello, su contenido es de gran importancia, ya que menciona aspectos relevantes como los que se analizará en este punto, y tiene como antecedente al Convenio 169, ya analizado, mismo que marcó el punto de partida del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y que son de gran relevancia en el proceso de reconocimiento de estados pluriculturales, como el caso de Ecuador.

En el artículo 5, se establece que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art.5).

La Declaración dentro del artículo mencionado establece como derecho primordial de las comunidades indígenas la conservación y desarrollo de sus propias instituciones, esto incluye a su manera de ejercer justicia, dentro de su territorio.

De no contar con este derecho el resultado sería, lo que a veces sucede en la realidad, las comunidades indígenas y sus miembros tendrían que obligatoriamente acatar el sistema de justicia ordinario estatal. Cuando esto sucede se da una especie de asimilación cultural, para Etxeberria (2002) la asimilación es “una forma de convivencia en la que los grupos minoritarios abandonan sus raíces culturales, ya sea por voluntad propia o por obligación, identificándose con la cultura mayoritaria” (Citado por Totoricagüena y Riaño, 2016, p. 217).

El derecho primordial de las comunidades indígenas la conservación y desarrollo de sus propias instituciones establece que los Estados deben asegurar que no se dé una asimilación cultural forzada; es decir, el Estado debe ser garante de que no someta a grupos minoritarios a abandonar sus rasgos culturales propios por obligación de someterse al ente estatal. Los pueblos indígenas no deberían pasar por un proceso de asimilación forzosa, porque se vulnerarían también el derecho de autodeterminación que tienen los pueblos indígenas, además del mencionado derecho de conservación y reforzamiento de sus aspectos culturales.

Según el artículo 8 los pueblos y personas indígenas tienen derecho a no sufrir esta asimilación forzada, ni la destrucción de su cultura y marca como una obligación estatal el establecer mecanismos eficaces de prevención. (Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art.5).

Continuando con el análisis, la Declaración indica el derecho al desarrollo y mantenimiento de las estructuras propias de cada comunidad, esto incluye el sistema jurídico desarrollado en base a las costumbres, procedimientos y prácticas ancestrales propias de cada pueblo, nacionalidad o comunidad indígena, como se evidencia en artículo 34:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007, art.34).

Si bien es cierto, la Declaración no tiene carácter de obligatorio cumplimiento, pero refuerza al Convenio 169 de la OIT, y en países como el Ecuador, en los cuales se

ha establecido la existencia del pluralismo jurídico puede resultar de gran ayuda para guiar proyectos de ley, políticas públicas y decisiones judiciales, que resultan necesarias para garantizar un óptimo reconocimiento de la justicia indígena, sin subordinación ante la justicia ordinaria, y no solo un reconocimiento formal en la norma.

1.5.2 Ámbito Nacional

1.5.2.1 Análisis del pluralismo jurídico en la Constitución ecuatoriana de 1998

Tal y como se revisó en el apartado histórico de la presente investigación, el Ecuador desde el inicio de la vida republicana hasta antes de 1998, había sido gobernado bajo un sistema jurídico uniforme que no tomaba en cuenta la diversidad cultural existente en el país. Por lo mismo, no se reconocía otras formas de justicia, y se consideraba que se debía aplicar un solo régimen político, económico, jurídico, cultural y social generalizado. Desconociendo así la diversidad cultural del Ecuador.

La primera Constitución en la que se reconoce la justicia indígena es la Constitución de 1998, en la cual se afirma que Ecuador que es un país intercultural y plurinacional, al tener en su territorio la presencia de varias nacionalidades y pueblos indígenas que mantienen sus rasgos culturales, es necesaria la existencia de una pluralidad jurídica.

Para Pérez (2015) “Reconocer un derecho de los pueblos indígenas en las legislaciones nacionales por los gobiernos estatales es un acto de suprema justicia que al menos atenuaría mínimamente la deuda histórica irreparable de los horrorosos actos de genocidio y etnocidio cometidos por conquistadores, colonizadores y neocolonizadores” (p.293).

Uno de los primeros lugares en los que se empezó a hablar y aplicar la teoría del pluralismo jurídico de manera sistemática fue el espacio colonial, para Ariza & Bonilla (2007) es en este espacio, donde: “se verifica la coexistencia de dos formas de ver el mundo, cada una de las cuales posee su propia cultura y, por lo tanto, su propio derecho” (p.18).

Las naciones latinoamericanas que fueron colonizadas fueron sometidas al derecho del conquistador con el permiso, expreso o implícito, de seguir conservando en ciertos dominios su derecho tradicional, que se ha mantenido hasta la actualidad debido a la prevalencia de sus costumbres y el desarrollo de su identidad. Pero esto no fue estatalmente reconocido, sino hasta la Constitución de 1998.

En esta Constitución de la República se menciona que:

Artículo 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. (CRE, 1998).

De acuerdo con lo citado, es desde 1998 que se reconoce constitucionalmente la conservación y desarrollo de las formas tradicionales de los pueblos y nacionalidades, esto incluiría la práctica de su justicia, pero, más adelante se dota a las comunidades de esta potestad, en el siguiente artículo:

Artículo 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas

ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. (CRE, 1998).

Estos artículos, marcaron la transición del monismo a pluralismo jurídico, al menos reflejada en la ley, ya que a través de esta Constitución, se aceptó que coexistan dos diferentes modos de administrar justicia en el territorio ecuatoriano. Este avance de reconocimiento de derechos hacia las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se mantiene hasta la actualidad en la Constitución.

Los derechos antes mencionados están sujetos a la ley y la Constitución, por lo tanto, se podría negar un pleno ejercicio de la justicia indígena de los pueblos ancestrales y negar así la existencia de un pluralismo jurídico en aquella época, que en lo teórico no era totalmente admisible si no se ajustaba a nuestro sistema jurídico occidental.

El pluralismo jurídico, incluso antes de ser teorizado o tomado en cuenta en el conjunto sistemático de reglas de un Estado, ha sido siempre una realidad en América Latina, debido a la existencia de gran diversidad entre la población, últimamente existe un creciente reconocimiento constitucional de la variedad étnica de la población de los países latinoamericanos.

En Latinoamérica el reconocimiento formal de la existencia y vigencia de más de un sistema jurídico en un mismo sitio geográfico es algo reciente. Varios países admitieron la existencia de otro ordenamiento jurídico fuera del estatal en la última década del siglo XX, países como Colombia en la Constitución de 1991, fue el primero en reconocer el derecho y la jurisdicción indígena, Paraguay en la Constitución de 1992, Perú en la

Constitución de 1993, luego por reforma constitucional Bolivia en 1994 y finalmente Venezuela en 1999.

El avance constitucional que se llevó a cabo en el Ecuador en 1998 y en los otros países latinoamericanos, responde al contexto de la sociedad, este paso era inevitable para Rengifo, Wong y Posada (2013) “el paso de un monismo jurídico-el Estado- como único legislador al Pluralismo Jurídico muestra que el Derecho debe ser adaptado a los contextos, y que no solo las instituciones estatales tienen la facultad de legislar, sino que la sociedad también crea normas” (p. 38).

El haber pasado del reconocimiento de un solo sistema de justicia a reconocer la existencia del pluralismo jurídico en el Ecuador en la Constitución de 1998 era necesario, porque ya había existido desde los inicios del Estado; en adición, esto responde a la sociedad y sus necesidades, en definitiva, a lo que se enfoca el Derecho como ciencia.

Tal como lo dice Bonilla “el monismo jurídico no parece una teoría normativamente prometedora. Es incapaz de aceptar, como sería necesario hacerlo hoy en día, que la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos dentro de un mismo Estado puede ser la mejor manera de organizar las esferas políticas y jurídicas de Estados cultural y socioeconómicamente diversos” (2006, p.208). Por lo que, dotar de legalidad a la práctica de la justicia indígena era necesario para reafirmar la diversidad cultural existente en el Ecuador.

1.5.2.3 Reconocimiento del pluralismo jurídico y aplicación autónoma de la Justicia indígena en la Constitución ecuatoriana del 2008

De acuerdo con Boaventura de Sousa (2010) “El reconocimiento constitucional de un derecho indígena ancestral —ya presente en varios países del continente— adquiere un sentido todavía más fuerte: es una dimensión central no solamente de la

interculturalidad, sino también del autogobierno de las comunidades indígenas originarias.” (Pg.89)

Por este motivo era necesario que se de este reconocimiento, y dotar de facultades a las comunidades indígenas para dar validez a sus prácticas, esto se logró, al menos teóricamente, con la Constitución Ecuatoriana de 1998, tal como se analizó, es la primera Carta Magna que reconoce a la justicia indígena y su ejercicio. Esto se mantuvo en la Constitución del 2008, reforzando así la existencia de otro modo de aplicar justicia en el país, que debe ser respetado y protegido.

El artículo 1 de la Constitución se establece que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (CRE, 2008). Al decir esto el Estado admite la existencia de varias culturas y naciones, bajo el mismo territorio.

Todos los miembros de la sociedad necesitan que el Estado actúe eficientemente en cuanto al establecimiento de garantías para la protección y ejercicio pleno de sus derechos. De acuerdo con la Constitución artículo 11, numeral 7, esto se rige por los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, no se excluyen otros derechos reconocidos relativos a la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento (CRE, 2008).

En el capítulo cuarto del cuerpo legal, se habla sobre los derechos específicos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en el Art. 57, en los siguientes numerales:

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. (CRE, 2008, art.57)

También se reconoce la aplicación de funciones jurisdiccionales de los pueblos y nacionales indígenas en el siguiente artículo:

Art.171.- 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 (CRE, 2008, art.171).

El propósito de los artículos citados es que la jurisdicción indígena sea respetada por las instituciones y autoridades estatales, ya que, es derecho de las comunidades crear, desarrollar, y mantener su Derecho propio y formas de convivencia, dentro de sus límites territoriales.

Asimismo, se menciona que el derecho propio que mantienen las comunidades, pueblos y nacionalidades que se ejerce dentro del territorio ecuatoriano está sujeto a la Constitución del país, cuestionado así si la aplicación completa de la justicia indígena se ejerce con autonomía, pero afirmando la presencia de otro sistema jurídico que coexiste con el sistema judicial estatal.

Para Díaz y Antunez, la Constitución de 2008: “admite el diálogo entre los pueblos y nacionalidades indígenas con otros pueblos y la nación ecuatoriana blanca y mestiza, permitiendo la integración y la convivencia entre iguales, respetando la diversidad cultural; de la misma manera el principio de plurinacionalidad que nos garantiza el pleno ejercicio de los derechos y garantías de todas las nacionalidades existentes en el país”. (2016, p.112)

Esto resulta trascendental, ya que, al dotar a la práctica de la justicia indígena un carácter jurídico de reconocimiento estatal, se adopta y refuerza el carácter multiétnico y pluricultural que tiene el Ecuador, admitiendo además la coexistencia paralela o alternativa de los sistemas normativos de los pueblos indígenas con el derecho estatal. Pero nuevamente, al no respetarse esto en la realidad, los derechos establecidos en la Constitución ecuatoriana no serían más que normas establecidas en un cuerpo legal, que estarían únicamente sirviendo para establecer que el Estado sí reconoce la diversidad, aunque no haga el esfuerzo para que sea de esta manera.

1.5.2.3 Principios de justicia intercultural

En el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, se establecen ciertos principios de la justicia intercultural, los que deben ser tomados en cuenta por los funcionarios judiciales en los casos pertinentes, que involucren a miembros de las comunidades indígenas.

La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, debe estar acorde a los siguientes principios: diversidad, igualdad, non bis in ídem, pro jurisdicción indígena e interpretación cultural. (COFJ, 2009)

a) Principio de diversidad

En cuanto al principio de diversidad, el Código es claro y establece que los servidores de justicia: jueces, fiscales, defensores y demás funcionarios, deben tomar en cuenta las costumbres, prácticas y Derecho propio de los miembros de los pueblos

indígenas para que se garantice el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural. (COFJ, art.344, 2009)

Bajo este pensamiento se establece que cuando procesen y sancionen a individuos de las nacionalidades y pueblos indígenas, debe existir la consideración de la diversidad cultural, la cual consiste en el respeto y observancia de las tradiciones culturales, costumbres, y prácticas, de las comunidades indígenas.

Otra acotación importante que se establece en la “Guía Para la Transversalización del principio de Interculturalidad en la Justicia Ordinaria”, es que para el respeto y defensa de la diversidad cultural, resulta fundamental contemplar los principios de igualdad y no discriminación, principio que también está contenido en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial. (Consejo de la Judicatura, 2016, p.7-10)

b) Principio de igualdad

El principio de igualdad, por su parte, establece que las autoridades judiciales deben tomar las medidas necesarias para que una persona perteneciente a cualquier comunidad indígena, inmersa en un proceso de la justicia ordinaria, se encuentre con el completo conocimiento de lo que está aconteciendo. Las medidas pueden ser: la intervención de traductores dentro del proceso, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena. (COFJ, art.344, 2009)

El principio de igualdad es uno de los principios fundamentales del Derecho. De acuerdo con la doctrina este principio abarca dos perspectivas: una formal y otro material. La primera se refiere a la prohibición de discriminación, está ligada a la igualdad de oportunidades para todas las personas, resulta atribuible a la dignidad del ser humano y al hecho de que se nos atribuyen los mismos derechos por serlo. La segunda se refiere a

la satisfacción de ciertas necesidades o distribución de recursos necesarios, para igualar las condiciones de una persona, y lograr así que esta pueda desenvolverse. (Villavicencio, 2018)

Para Martínez (2017), el principio de igualdad también tiene 2 dimensiones: una jurídico-formal y otra material. La primera es la igualdad de todos los sujetos ante la ley, se presupone como un derecho subjetivo de todas las personas frente al Estado. La segunda, responde a la necesidad histórica de que los seres humanos puedan existir, con condiciones materiales de posibilidad, esta concepción material ha marcado el sentido de las luchas sociales por los derechos humanos (Citado por Salazar, Campoverde y Sánchez, 2019, p.433).

La Corte Constitucional ecuatoriana también habla sobre el principio de igualdad, en la sentencia la sentencia No. 008-09-SAN-CC, emitida el 6 de agosto del 2014, respecto al caso No. 0072-14-CN, y menciona:

Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos:

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas
2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común
3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia).
4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). (Citado por Consejo de la Judicatura, 2016, p.11)

La Corte establece entonces la existencia de una igualdad formal, únicamente en los casos en los que las personas se encuentren en condiciones iguales, pero a modo

general propone una igualdad material, esto quiere decir que se les debe dotar a todos los individuos de los instrumentos necesarios para que exista igualdad en sus situaciones, e impone además que es un deber estatal el distribuir equitativamente cargas y ventajas sociales.

En cuanto al principio de igualdad, dentro de los principios de justicia intercultural, el Consejo de la Judicatura menciona que las personas involucradas en procesos judiciales deben recibir toda la información necesaria, apoyo y asistencia técnica, desde el inicio del proceso. Para que de esta manera se garanticen sus derechos y libertades fundamentales en una manera similar a la de los demás ciudadanos. (Consejo de la Judicatura, 2016, p.11)

De acuerdo con lo mencionado en cuanto al principio de igualdad, se entiende entonces que el fin de este principio es igualar las condiciones de los miembros de las comunidades indígenas que son procesados por la justicia ordinaria, a través de ciertos instrumentos como: traductores, peritos antropólogos y especialistas, para garantizar que comprendan las normas que se están tratando, el procedimiento que se está llevando a cabo, y las consecuencias jurídicas que se derivan del proceso.

Este es un deber estatal, y de no cumplirlo se vulneraría los derechos de los miembros de comunidades indígenas, puesto que, no estarían en igualdad de condiciones, ya que, los procedimientos y sanciones del sistema ordinario son ajenos a la concepción de justicia que tienen.

c) Principio non bis in ídem

El siguiente principio que menciona el artículo 344 del COFJ, es el principio non bis in ídem, es un principio general del Derecho, de acuerdo con Guerra (2018) Es un

principio del derecho moderno universalmente reconocido, y no es sino la expresión de la institución de la cosa juzgada, aplicada al derecho sancionador. Este principio manifiesta que quién ya fue juzgado por el cometimiento de algún ilícito no puede ser juzgado nuevamente por el mismo delito.

El principio non bis in ídem, tiene una doble dimensión: por un lado material, relacionada con la prohibición de doble sanción por una misma causa; y por otra procesal, pues también se trata de que no se instaure un nuevo procedimiento sobre un tema que ya fue resuelto. (Guerra, 2018, p.13)

un tema que ya fue resuelto. En el caso en particular, este principio establece que lo que se haya resuelto por autoridades indígenas no puede ser revisado, ni juzgado, por jueces de la justicia ordinaria; esto, sin perjuicio del control constitucional que se puede dar de acuerdo al caso.

En nuestro país rige la supremacía constitucional, lo que significa que la Constitución es la norma suprema, que va por encima de todos los cuerpos legales, y sobre la cual no se puede ir en contra, lo único que va por encima de esta son los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por el Ecuador.

Con este preámbulo es evidente que las decisiones jurisdiccionales deben ir conforme a la Constitución y los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como también las decisiones jurisdiccionales tomadas por las autoridades indígenas, ya que, ese es un límite establecido.

Por lo tanto, si las decisiones tomadas por las autoridades indígenas irrespetan aquello, o discriminan a la mujer por el hecho de serlo, se pueden someter al control de

constitucionalidad, para lo cual existe la acción de protección contra decisiones de la justicia indígena, esta puede ser presentada por cualquier persona, y lo debe hacer en el término de 20 días, que se cuentan desde el día que se conoce la resolución. (LOGJCC, 2009, art. 65)

La Corte Constitucional al conocer sobre una acción de protección contra decisiones de la justicia indígena debe respetar el principio de interculturalidad, con el fin de evitar una interpretación monocultural; y debe reconocer la autonomía que tienen las autoridades de las comunidades indígenas dentro de su territorio. Se deben tomar en cuenta los límites establecidos por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, dentro del proceso se respeta la oralidad, por lo que si es necesario se deben utilizar traductores, la acción puede ser presentada en castellano o en el idioma propio de la persona. (LOGJCC, 2009, art. 66)

Una vez presentada la acción, esta debe ser calificada, y de ser aceptada posteriormente se notifica el día y hora para la audiencia a las partes (autoridades indígenas y persona accionante). La audiencia debe ser grabada y si es necesario se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso de la justicia indígena; se puede solicitar la opinión técnica de un experto en temas de Derecho indígena, una vez tomada la decisión, esta debe ser transmitida de forma oral el juez o jueza ponente o un delegad, y posteriormente se notificará por escrito. (LOGJCC, 2009, art. 66)

d) Principio de pro-jurisdicción indígena

Dentro de los principios de la justicia intercultural se encuentra el principio de pro jurisdicción indígena, este señala que al existir duda entre cuál de las dos jurisdicciones debe actuar frente a un caso que involucre a miembros de alguna comunidad indígena, se

preferirá a la jurisdicción indígena, para garantizar su autonomía y la menor intervención posible por parte de la jurisdicción ordinaria.

Indubitablemente, este principio debe respetar los límites establecidos para el ejercicio de la justicia indígena, los cuales como ya se analizaron son: límites territoriales, personales y de ámbito de aplicación. Este principio guarda relación con la figura de la declinación de competencia, la cual será explicada en el siguiente punto.

e) Interpretación cultural

Finalmente, el artículo 344, menciona como último principio de la justicia intercultural a la interpretación cultural, esta consiste en que en el caso de que un miembro de una comunidad o una colectividad indígena comparezcan a juicio en jurisdicción ordinaria los funcionarios deben procurar tomar elementos culturales propios de la comunidad en su actuar y decisión judicial, esto con la finalidad de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Esto resulta relevante porque para una persona perteneciente a una comunidad indígena el acudir a jurisdicción ordinaria es algo diferente, algo a lo que no están acostumbrados. Este principio guarda especial relación con el principio de igualdad, ya que, al cumplir con esto se mantendría la igualdad formal y material que se busca entre los miembros de una comunidad indígena y el resto de las personas que forman parte del proceso.

Para Raúl Llasag la interpretación intercultural involucra una interpretación de los derechos humanos, más allá de la forma universal. La justicia ordinaria debe interculturalizarse, prepararse abogados, jueces que tengan la capacidad de entender al otro y no pensar que únicamente lo que saben, el derecho ordinario es lo único aplicables.

Bajo su criterio, El esquema debe cambiarse institucionalmente. (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

En una sociedad tan diversa, como lo es la sociedad ecuatoriana, donde inclusive se ha reconocido el pluralismo jurídico y el ejercicio autónomo de la justicia indígena, es importante que se establezcan mecanismos normativos claros, más allá de principios, en donde se mencione lineamientos a seguir en los casos que se involucren a personas de una comunidad indígena y los valores de la misma.

Jairo Llano (2012) afirma que:

La situación de pluralismo jurídico es palpable en contextos como el latinoamericano donde la sociedad y el mismo derecho estatal deben sufrir transformaciones que lleven a un real reconocimiento. Los dos o tres sistemas jurídicos —eurocéntrico, indocéntrico y, en algunos países o situaciones, afrocéntrico— son autónomos, pero no incommunicables; y las relaciones entre ellos constituyen un desafío exigente (p.207)

Establecer estos mecanismos normativos es un desafío exigente como lo menciona Llano, pero es necesario, resulta de gran importancia que exista comunicación entre ambos sistemas, para garantizar el cumplimiento no solo de los derechos de los pueblos, nacionalidades indígenas y de sus miembros, sino también el de los derechos de todos los ciudadanos. De esta manera se podrían evitar vulneraciones de derechos como: la seguridad jurídica y el debido proceso.

En el caso ecuatoriano en particular, esto aún no ha sido desarrollado de un modo completo, únicamente ha existido un proyecto de ley que no ha sido aprobado, el cual será analizado en el posteriormente. Así como también, se analizaran los problemas relacionados a la ineficiencia de la falta de aplicación de estos principios y mecanismos normativos eficientes de coordinación y cooperación entre ambas justicia. El contemplar los principios analizados, que de cierta manera responden al desafío de la coexistencia de

dos sistemas jurídicos: el estatal y el indígena, no responde a la existencia de una verdadera coordinación y cooperación entre ambas justicias.

Capítulo II

Administración de la Justicia Indígena y Justicia Ordinaria en el Ecuador en el caso “Consortio de Comunidades San Pedro” del Cantón Cañar 2015- 2016

2.1 Los límites a la competencia de la justicia indígena de acuerdo a la legislación nacional

Si bien, ejercer justicia dentro de las comunidades y pueblos indígenas en el Ecuador es un derecho constitucionalmente reconocido para sus miembros (CRE, 2008, art. 171), este derecho tiene ciertas restricciones que delimitan su práctica y ejercicio dentro del territorio. Como se mencionó en el capítulo I, en el caso ecuatoriano existe un pluralismo jurídico formal unitario, debido a que, se ha reconocido constitucionalmente la existencia y ejercicio de ambas jurisdicciones, pero es el derecho estatal el que tiene la facultad de determinar unilateralmente la aplicación y legitimidad de la justicia indígena. Es decir, es el Estado el cual limita su ejercicio en varios ámbitos.

Los límites de la justicia indígena se encuentran mencionados en la Constitución, dentro del artículo 171 de la Constitución, el cual menciona que:

Art. 171.- 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. (CRE, 2008, art.171).

Para Carillo y Cruz (2016) de acuerdo con la lectura del artículo, surgen entonces:

- ❖ Límites personales: los miembros, la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena respectiva.
- ❖ Límites territoriales: en su ámbito territorial.
- ❖ Límites formales internos: tradiciones ancestrales y su derecho propio según sus normas y procedimientos.
- ❖ Límites formales externos: la propia Constitución. Otros límites externos de carácter formal que deberán respetar las autoridades indígenas en su función jurisdiccional son los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos. (p.16 y 17)

En cuanto a los límites personales, de acuerdo con el artículo citado la justicia indígena debe ser ejercida únicamente por las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esto quiere decir que aquí se presenta un límite personal, porque se establece de manera clara quienes son los llamados a ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de cada comunidad. Las autoridades de cada comunidad se fijan de acuerdo a la forma establecida que tiene cada una, no existe una forma general para dictamina quienes son los líderes de las comunidades indígenas. (Carillo y Cruz ,2016)

Posteriormente, se establece también un límite territorial, ya que, se menciona que la justicia indígena debe ser ejercida por los lideres dentro de un ámbito territorial, (Carillo y Cruz, 2016), al consagrarlo así en la norma se entiende que se refiere a un ámbito territorial específico, por decirlo de algún modo debería existir un espacio

geográfico que tenga límites físicos concretos. Pero, esto deja de lado la realidad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pues no todos sus miembros habitan en un espacio físico determinado, y los conflictos que se generan no incurren únicamente dentro de un lugar determinado.

Para Mario Melo, efectivamente la Constitución pone algunos límites, como delimitar su actuación territorial, los jueces ancestrales son competentes en relación a los conflictos que suceden dentro de sus territorios. En este caso el conflicto que se dé dentro de los territorios indígenas caería bajo la jurisdicción de los jueces ancestrales, sea que quienes están involucrados sean indígenas, o no lo sea. No veo que exista un límite personal en el sentido de los justiciables. (Mario Melo Cevallos, entrevista, 10 de diciembre de 2020)

Para Luis Fernando Ávila (2013) se deben tomar en cuenta dos aspectos importantes en cuanto a este límite territorial, en primer lugar la justicia indígena no opera necesariamente sobre un espacio físico determinado, sino que puede ir más allá; en segundo lugar se debe distinguir entre tierra, como espacio físico determinado, y territorio que incluye varios elementos adicionales, como el ejercicio del poder y control (p.149).

La norma ecuatoriana actual no distingue estos aspectos y deja de lado la concepción que tienen las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sobre su territorio y miembros, para varias de ellas el sentido de comunidad traspasa fronteras físicas, a las cuales incluso no están acostumbrados, debe entenderse también que la territorialidad está fijada bajo las normas de cada comunidad indígena y no bajo las normas occidentales, o del mismo modo que se delimitarían espacios de acuerdo a la visión occidental.

Otro punto importante, son los llamados “límites formales externos”, los cuales hacen referencia a que las funciones jurisdiccionales que se ejercen por parte de las autoridades indígenas no deben ser contrarias a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Para Raúl Llasag no existen justicias perfectas, todas las justicias tienen límites, inclusive la llamada “ordinaria”. Los límites para todas las justicias, no solo la indígena, son los derechos humanos. Ahí la pregunta es ¿cómo interpretamos los derechos humanos? porque estamos hablando de diferentes visiones y concepciones, y ahí entramos a la discusión de la interpretación intercultural de los derechos humanos. (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

La aplicación de la justicia indígena suele ser vista como una violación directa a los derechos humanos, lo cual dista por completo de la realidad, ya que, esta responde a prácticas culturales que contienen un significado para los miembros de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Ahora bien, además de los límites establecidos tenemos dentro del artículo citado la mención del control de constitucionalidad, este se aplica frente a ciertas vulneraciones de derechos constitucionalmente reconocidos que puedan llegar a darse tanto en la justicia ordinaria, como en la justicia indígena.

Los derechos constitucionalmente reconocidos para los habitantes del Ecuador son los consagrados en la Constitución y los tratados e instrumentos ratificados por el Ecuador en materia de derechos humanos, de acuerdo con el artículo 417 estos deben ajustarse a lo establecido en la Constitución y se deben aplicar los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. (CRE, 2008)

Cuando se cree que existe una vulneración de derechos, se sustancia el control de constitucionalidad a través de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, la cual está establecida dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y establece lo siguiente:

Art. 65.- **Ámbito.**- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

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

Adicionalmente, tenemos al Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece que:

Art. 343.- **ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.**- 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. (COFJ, 2009)

El Código Orgánico de la Función Judicial, establece los mismos límites que la Constitución contempla, con la adición de que en el caso de la violación de derechos a las mujeres no se puede alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar dichas violaciones.

Esta implementación por parte del COFJ, de acuerdo con la Resolución No. 154-2014 del Consejo de la Judicatura, responde a un enfoque de interculturalidad, el cual:

Permite comprender que las mujeres provenientes de diversas culturas (indígenas, afros, mestizas, etc.) deben enfrentar múltiples barreras incluso culturales para el acceso a protección y atención en el caso de violencia basada en género. Condiciones sociales, económicas y culturales sustentadas en prácticas machistas, sexistas y heteronormativas, que tienen manifestaciones específicas en cada cultura, naturalizan la violencia contra la mujer y la colocan en la situación de vulnerabilidad. (Resolución No. 154-2014)

Por lo arriba descrito, para garantizar su integridad, y protección en el caso de violencia, es necesario que el operador de justicia analice las circunstancias, aplicando una visión crítica respecto a las condiciones desfavorables en las que se desenvuelven las mujeres indígenas, tanto, en los ámbitos externos a su comunidad, como internos. (Consejo de la Judicatura, 2016, pg.21)

Para Mario Melo, hay algunos límites a razón de la materia, establecidos por la Corte Constitucional, tanto en el caso de “La Cocha”, como luego fue ratificado el caso de los “Tagaeri y Taromenane”. De acuerdo con la jurisprudencia, la jurisdicción indígena no debe, y no puede resolver casos que tengan que ver con la violación del bien jurídico protegido vida y tampoco libertad sexual. Entonces, se forma un límite en cuanto a la materia. (Mario Melo Cevallos, entrevista, 10 de diciembre de 2020)

De acuerdo con Carolina Schielc la jurisprudencia es considerada una fuente del derecho. Pero, es una fuente que opera en la práctica, bajo su criterio es indirecta o bien complementaria que tiene como labor interpretar, integrar y completar las fuentes formales del derecho para lograr dar armonía al ordenamiento jurídico.” (2008, p.198). Por lo cual, lo establecido en la sentencia del caso la Cocha se debería considerar como una fuente complementaria del derecho.

La Constitución del Ecuador establece que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas” (CRE, 2008, art.11#8). Lo cual, quiere decir que, en lo referente al contenido

de derechos estos pueden desarrollarse a través de jurisprudencia, como lo es la sentencia del caso “La Cocha”, misma que ha establecido límites en cuanto a las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, que serán explicados a continuación. Asimismo, se puede desarrollar el contenido de derechos a través de políticas públicas; y no únicamente a través del establecimiento de normas escritas en un cuerpo legal.

Dentro de la Constitución se establece también que a la Corte Constitucional se le confieren ciertas atribuciones, tales como:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.
Sus decisiones tendrán carácter vinculante.
6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. (CRE, 436, art.436 #1y6).

El caso “La Cocha” es un referente jurisprudencial, que tal como lo menciona la Constitución, tiene carácter vinculante, ya que, fue emitida por la Corte Constitucional. Según Natalia Bernal (2013) “puede existir un equilibrio entre las fuentes del derecho y la jurisprudencia generalmente es el resultado de una Corte Constitucional activa”. (p.377)

Entonces de esta manera se debe tomar en cuenta a la sentencia del conocido caso “La Cocha” (0731-10-EP.), la cual fue dictada el 30 de julio del año 2014, por parte de la Corte Constitucional, y posteriormente fue publicada en el Registro Oficial. La mencionada sentencia es la primera resolución del Estado ecuatoriano con respecto a la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la Justicia Indígena, y establece límites en cuanto al ejercicio de la misma. De acuerdo con la sentencia 0731-10-EP:

- 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. (CCE-EP- 0731-10- SEP-CC- 113-14, 2014, fj.35)

Conforme con la sentencia, los actos que atenten contra la vida de una persona deben ser resueltos por el Derecho Penal Ordinario, el cual tiene la facultad exclusiva y excluyente para sancionar dichos delitos. Es decir que, dentro de la resolución que toma la Corte Constitucional se establece un límite, y este se fija en el ámbito de aplicación de la justicia indígena. Esta intromisión de Derecho estatal responde a “la lógica hegemónica de la Modernidad por sobre la Alteridad pues parten del presupuesto de que el único legitimado para actuar en estos conflictos es el Derecho estatal, desconociendo los procedimientos ancestrales de solución de conflictos” (Molina, 2013).

Por lo cual, al mencionar que es competencia exclusiva del Estado resolver y sancionar con respecto a casos que atenten contra la vida de una persona, sin importar que los presuntos involucrados y responsables pertenezcan a una comunidad indígena, se está limitando nuevamente el ejercicio de la justicia indígena, ya que, los involucrados deben ser juzgados en base a la normativa vigente del Estado y por los tribunales competentes del Derecho Penal ordinario, y no por las autoridades indígenas de la comunidad.

Dentro del derecho ordinario se divide el ámbito de aplicación en distintas materias, por ejemplo: Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Civil, etc. Esto hace que cada caso tenga su procedimiento especial y que sea resuelto a través de un juez, o tribunal competente y especializado en el área. Esto no sucede dentro de la justicia indígena, ya que no se establecen diferentes divisiones por concepto de materia, los casos pasan a ser juzgados por la asamblea general; y esta

resuelve en cuanto los acontecimientos que surjan en la comunidad y en la medida en la que estos afecten a sus miembros de manera particular o colectiva, el establecer este límite se subordina a la justicia indígena, puesto que, no se considera que las autoridades indígenas sean capaces de resolver conflictos que afectan directamente a su armonía y valores comunitarios.

Dentro de la misma resolución, se encuentra lo siguiente: “La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios” (CCE-EP- 0731-10- SEP-CC- 113-14, 2014, fj.35).

La sentencia menciona que se mantiene la jurisdicción de las autoridades indígenas en cuanto a los conflictos internos que se producen entre sus miembros, y dentro de su ámbito territorial. Al mencionar que pueden juzgar y resolver sobre asuntos que afecten sus valores comunitarios existe una especie de contradicción, puesto que, el atentar contra la vida de una persona ya afectaría los valores de una comunidad; aun así, esta se mantiene como una facultad exclusiva del Estado, el que tiene por completo el ius puniendi en estos casos.

Luego de este análisis, resulta evidente que el ejercicio de la justicia indígena aún sigue sometido a directrices de la justicia ordinaria, la cual aún mantiene limitaciones: temporales, personales, formales y con respecto al ámbito de aplicación o materia. Pesé a que, en el Ecuador desde el año 1998 se ha reconocido el derecho que tienen los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas de ejercer sus propias funciones jurisdiccionales en base a sus conocimientos ancestrales.

Se debe considerar que: “obligar a la justicia indígena a seguir los lineamientos de la justicia ordinaria, significa no entender el nuevo régimen constitucional

plurinacional e intercultural, y reproducir el régimen colonial, en donde la justicia indígena está subordinada a la justicia ordinaria, porque la considera inferior y salvaje”. (Llasag, citado por Cordovéz, Villegas y Romo, 2021, pp. 134 y 135)

Es así que, se puede reafirmar que en el país existe un pluralismo formal unitario, ya que, el derecho tiene la potestad de determinar unilateralmente la aplicación y legitimidad de la justicia indígena. Para Mario Melo en el Ecuador hay un sistema con un pluralismo jurídico limitado o impropio. (Mario Melo Cevallos, entrevista, 10 de diciembre de 2020)

Ahora bien, desde el reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador en 1998 y reafirmarlo en la Constitución ecuatoriana del 2008, resulta necesario establecer mecanismos de coordinación y cooperación eficientes para que pueda existir un verdadero pluralismo jurídico, que no sea como se lo concibe actualmente, el sistema ordinario sobre el sistema justicia indígena.

2.2 Antecedentes del Consorcio de comunidades de San Pedro Cañar

2.2.1 Delimitación geográfica y temporal

El consorcio de comunidades de San Pedro se encuentra ubicado en la provincia de Cañar, en la sierra ecuatoriana, al sur del país. La provincia tiene 7 cantones: Azogues, Biblián, Cañar, Déleg, El Tambo, La Troncal y Suscal. Dentro del cantón Cañar se encuentran 12 parroquias: Chontamarca, Ventura, San Antonio, Gualleturo, Juncal, Cañar, Zhud, General Morales, Ducur, Chorocopte, Ingapairca y Honorato Vásquez.; y, dentro de éstas varias comunidades indígenas.

La última parroquia nombrada es de gran importancia, porque dentro de esta se formó el Consorcio, la creación de Honorato Vásquez, de acuerdo con el GAD parroquial, fue una propuesta dada en abril de 1935, posteriormente esta se envió al poder ejecutivo, en ese entonces presidido por José María Velasco Ibarra, quien luego de analizar la propuesta, el 7 de Septiembre de del mismo año declara como Parroquia Civil al caserío de Tambo Viejo con el nombre de Honorato Vásquez, esta se compone de 13 comunidades, una de estas es San Pedro, lugar donde surgió el consorcio de comunidades (Equipo consultor GAD parroquial, 2015, p.9).

De acuerdo con José Sarmiento, líder indígena del consorcio, desde que él tiene memoria recuerda que en la comunidad donde creció, San Pedro (perteneciente a la parroquia Honorato Vásquez), se ejercía justicia indígena a través de los taitas y mamas. Figuras de alto respeto, que se encargaban de la resolución de los conflictos que sucedían entre los miembros de la comunidad. (Sarmiento, 2020, sesión virtual No. 678)

Cada comunidad indígena de la provincia de Cañar ejercía justicia autónomamente, y lo hacían bajo sus propias costumbres y tradiciones; pero, se produjeron problemas más grandes que involucraban a varias comunidades. Por lo cual, surgió la idea de unirse varias las comunidades del Alto Cañar y formar el consorcio de comunidades indígenas de San Pedro el 08 de octubre del 2014.

Para el líder indígena el objetivo de unirse las comunidades del Alto Cañar era poder controlar todos los problemas que venían azotando a las comunidades, especialmente, las cuadrillas, agrupaciones juveniles que delinquían, a los cuales la gente tenía miedo. (Sarmiento, 2020, sesión virtual No. 678)

2.2.2 Análisis de la formación del consorcio de comunidades para ejercer justicia indígena

El origen de la creación del consorcio de justicia de San Pedro estuvo relacionado con la aparición de un grupo de jóvenes que ocasionaban varios problemas y disturbios, tales como: robos, micro tráfico, e incluso asesinato. Esto ocasionó que el ambiente de la comunidad y comunidades aledañas se tornó inseguro. Este grupo se dio a conocer como “Las Sombras Negras”.

Este grupo surgió en la provincia de Cañar, según el diario El Telégrafo (2012) “El cantón Biblián era conocido como la tierra nativa de la peligrosa pandilla “Sombras Negras”. Esta organización está integrada por cientos de jóvenes no solo dentro de la jurisdicción sino también en España y Estados Unidos” (s/p).

Según el mismo diario, el nombre de este grupo nació en una cárcel norteamericana. El relato afirma que un ecuatoriano perteneciente a Cañar estuvo preso en una cárcel de USA y durante su estancia en prisión se identificó con lo que parecía ser una “sombra” que lo perseguía a todas partes. No se conoce la identidad del individuo, quien resulta ser el máximo líder. Pero, cuando este terminó su condena regreso a Cañar, y fue allí donde empezó a integrar la pandilla juvenil para infundir temor, con el pasar del tiempo se extendió por toda la provincia. La vestimenta de los integrantes de banda se caracteriza por el uso de ropa ancha y de color negro. (Diario El Telégrafo, 2012, s/p).

Esta banda incluso traspasó fronteras, y es así que, El Diario NY (2015) afirma que “Sus tentáculos llegan a Queens, un enclave ecuatoriano, donde intimidan a la vecindad. Según residentes, acostumbran a robar a los trabajadores luego de identificar sus horarios y rutas, o cuando salen de los bares del área” (s/p).

Este grupo acechó a las comunidades del Cañar e inclusive llegó a delinquir fuera del país. Para enfrentar este nuevo problema las comunidades indígenas cañaris se aliaron y formaron el “Consortio de Justicia Indígena”.

El consorcio se conformó en el año 2014, de acuerdo con Peñafiel el consorcio en un inicio se formó con 37 comunidades indígenas, y posteriormente se unieron más comunidades (p.36, 2017). Para formar parte del consorcio de San Pedro, según Albán Rivas (2018), se debía hacer una solicitud, por parte de los líderes o dirigentes de la comunidad que deseaba incorporarse, debían hacerlo a nombre de toda la comunidad indígena a la que representaban, dicha solicitud era sometida a conocimiento de la asamblea, y allí se tomaba la decisión de incorporar a la comunidad indígena.

La designación de autoridades del consorcio se llevó a cabo a través de una asamblea, a la que asistían todos los hombres y mujeres de las comunidades que formaban parte del consorcio, una vez reunidos nombraban a personas que consideraban adecuadas para representarlos en los cargos de: presidente, secretario y tesorero. Seleccionaban a las personas a través de una votación, la cual consistía en levantar la mano en favor de quién consideraban la persona adecuada, y la persona con la mayoría de votos era nombrada como representante, se escogían 3 personas para los cargos mencionados (José Sarmiento, entrevista, 10 de mayo de 2021)

La persona que elegían debía cumplir ciertos requisitos:

- ❖ Tener una trayectoria intachable.
- ❖ Ser nativo de alguna de las comunidades que conformaban el consorcio.
- ❖ Ser una persona ejemplar dentro de la comunidad en la que vive.
- ❖ Tener una “vida familiar adecuada”, lo cual significaba no tener problemas en su hogar.

- ❖ No tener peleas con los demás miembros.
- ❖ No ser una persona que se dedique al consumo de licor. (Peñañiel, p.34, 2017)

Para Raúl Llasag Fernández (2021) al reconocer a la justicia indígena se le dota de autonomía legislativa y jurisdiccional a las comunidades indígenas, esto implica que estas tienen libertad para: crear las normas que requieran, derogar normas que a su criterio creen que ya no pueden ser aplicadas, adecuar sus normas a las necesidades de cada momento histórico, social y político, porque las realidades van cambiando. (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

Por lo que, la creación del consorcio responde a esta autonomía que tienen las comunidades y pueblos indígenas, ellos al encontrarse en una situación en donde la delincuencia afectaba a varias comunidades deciden aliarse para frenar aquello, respondiendo así a la creación de normas y adecuación de las mismas al momento que atravesaban, ya que, la dinámica social de sus comunidades estaba cambiando.

Según Raúl Llasag Fernández (2021), para determinar si se trata o no de justicia indígena, se debe tomar en cuenta que las comunidades y pueblos indígenas deben tener los siguientes elementos:

- ❖ Normas internas.
- ❖ Autoridades reconocidas por la comunidad indígena.
- ❖ Procedimientos y sanciones, determinados por la comunidad. (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

Con lo mencionado coincide Pérez (2010) (citado por Díaz & Antúnez), bajo su criterio las características que posee el derecho indígena son las siguientes:

- ❖ Comunidad: una colectividad conformada por personas descendientes de indígenas originarios.
- ❖ Autoridades: los miembros de los colectivos indígenas están unidos en una comunidad por vínculos de consanguinidad, vínculos sociales, culturales, y filosóficos. Los cuales están articulados socialmente por una autoridad con facultades expresas y reconocidas por la propia comunidad.
- ❖ Legislación: preceptos que se dejaron señalados anteriormente y son aplicados a todos por igual, sin privilegios, ni discriminación, los que, van siendo modificados en función de las demandas sociales de la comunidad indígena.
- ❖ Sanciones: normas correctivas, que en general procuran devolver el equilibrio en la comunidad, en este sistema se privilegia la curación espiritual.
- ❖ Procedimientos: establecidos por la misma comunidad, se inicia con la denuncia, prosigue la investigación respetiva, la resolución, el correctivo, y no concluye, sino holísticamente continúa con el seguimiento. (p.101-102)

Para ambos autores es claro que las características fundamentales para que exista una comunidad, y esta puede ejercer su propia justicia, son: autoridades, normas, procedimientos y sanciones. Los mismos deben ser establecidos y avalados por toda la comunidad. Las mencionadas características esenciales sí se cumplieron al momento de formar el consorcio de comunidades de San Pedro de Cañar, porque desde la conformación del mismo, la designación de autoridades, normas, procedimientos, y hasta las sanciones que se imponían fueron establecidas por la comunidad, a través de sus asambleas.

Según José Sarmiento, líder del consorcio, el trabajo de la creación del consorcio fue duro y peligroso; menciona que, incluso tuvieron visitas de algunas autoridades, tales

como: el gobernador, el alcalde de Biblián, el defensor del pueblo, e inclusive dichas personas los habían aprobado y apoyado. Bajo el criterio de José Sarmiento iban muy bien, para él esto significaba que se estaba coordinado y cooperando, tal como dice el artículo 171 de la Constitución del Ecuador. (Sarmiento, 2020, sesión virtual No. 678)

Un ejemplo de esta colaboración y cooperación entre ambas justicias se dio cuando el líder del grupo “las Sombras Negras” fue entregado a la comunidad. Saavedra, Kurikama, Burbano, Atupaña y Chiriboga (2017), afirman que:

El líder de las Sombras Negras, alias “El llavero”, fue entregado a la justicia indígena de San Pedro por el propio gobernador del Cañar de ese entonces, Juan Cárdenas (...). La acción del entonces gobernador del Cañar fue el reconocimiento explícito de que el ejercicio de la justicia indígena en San Pedro se ajustaba a los cánones constitucionales (p.27).

Este acto fue visto, por parte de los líderes y miembros del consorcio como un reconocimiento del mismo, bajo tal acción consideraban que se conocía sobre su formación y práctica de justicia indígena. El ejercicio de la justicia indígena a través del consorcio, era algo que no solo en la provincia era nuevo, sino que también en Ecuador era insólito, pues nunca antes se dio la conformación de un consorcio indígena de tal naturaleza, que comprendía varias comunidades; pero por otro lado, se cuestionó su actuar a nivel local.

Ciertas autoridades locales, vieron esta unión como un exceso de atribuciones por parte de los líderes indígenas, al llamarlo “consorcio” consideraban que se estaba llegando a privatizar la justicia, ya que, está ahora estaba siendo ejercida por un grupo de comunidades alrededor del territorio de Cañar.

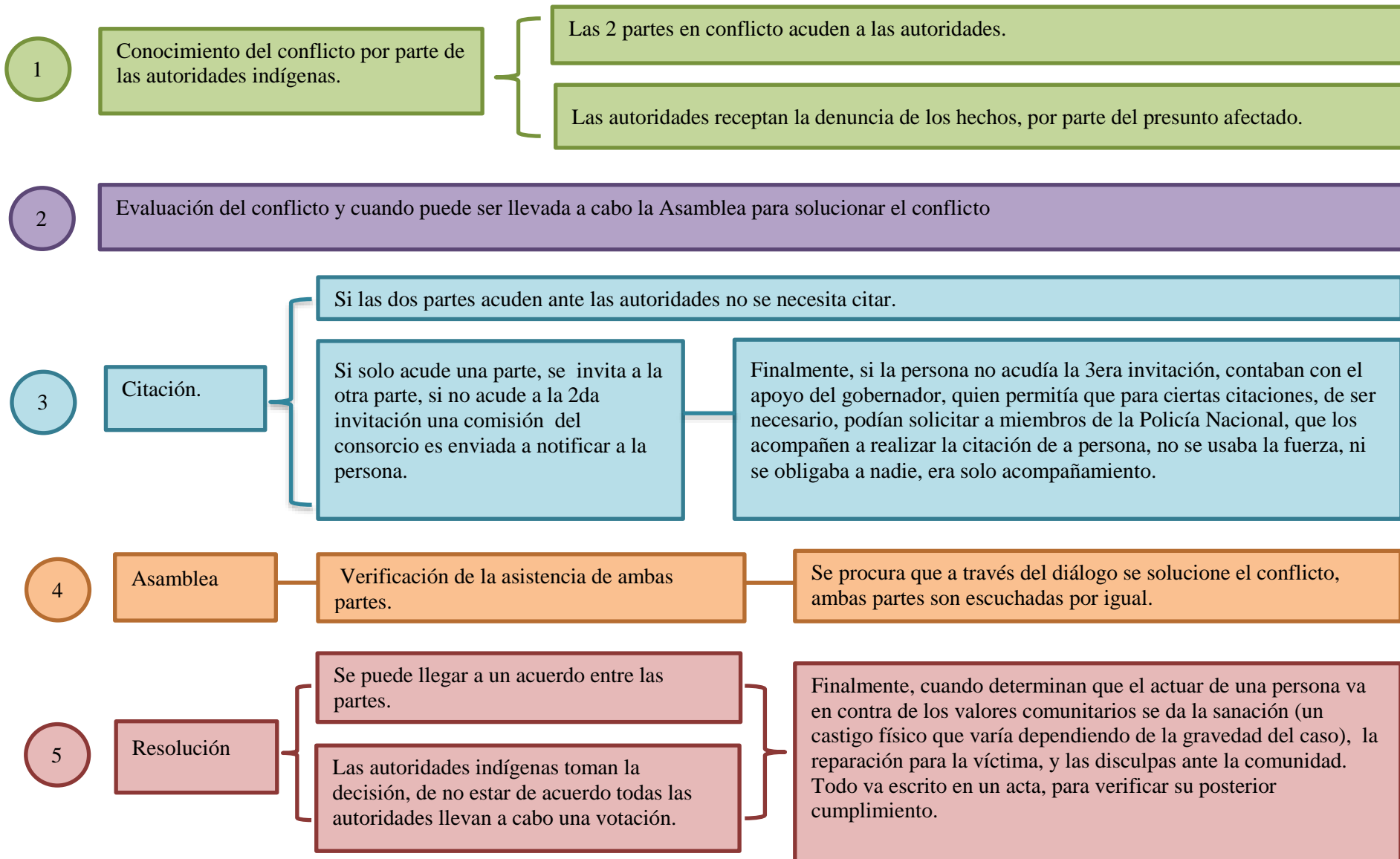
Sin embargo, los miembros de la comunidad consideraban que no existía nada malo al llamarlo “consorcio”. De acuerdo con Luis Manuel Morocho la nominación

<<consorcio>> la adoptaron de las formas de organización de los gobiernos seccionales, y bajo su perspectiva si existía el consorcio de municipalidades, el consorcio de gobiernos provinciales, el consorcio de juntas parroquiales, creían que también podía existir el consorcio de justicia indígena. (Saavedra, Kurikama, Burbano, Atupaña y Chiriboga, 2017, p. 26-27). La conformación de consorcios de municipalidades, gobiernos provinciales, juntas parroquiales, etc., eran atribuciones que los gobiernos autónomos descentralizados se tomaron debido a que el COOTAD, en su artículo 290 así lo permitía. (COOTAD, 2010)

Para José Sarmiento, tampoco existía algo malo en llamarse “Consortio de Justicia Indígena”, de hecho, no era la única nominación del mismo, pues también lo denominaban “Consejo de Justicia Indígena del Alto Cañar”. (José Sarmiento, entrevista, 10 de mayo de 2021)

Las comunidades que conformaban el consorcio no vieron su alianza como una organización que tenía por objetivo privatizar la justicia, no cabía dentro de su concepción un carácter privado de la justicia. Al contrario, lo vieron como una manera de poder controlar la creciente delincuencia que existía en Cañar. En cuanto a la resolución de los conflictos que se producían, el Consortio estableció un procedimiento:

Gráfico No 1 - Procedimiento de resolución de conflictos del consorcio de justicia indígena de San Pedro de Cañar



Tal como se indica en el gráfico No 1, los tipos de sanciones variaban dependiendo del caso y la gravedad del daño o mal causado a la parte perjudicada, de acuerdo con

Albán en ciertos casos se utilizaba un “baño” con agua, flores y plantas del sector, lo cual tiene un gran significado para los integrantes del consorcio, ya que, simboliza un “baño de sanación”. En otros casos, era necesario que para cumplir con lo acordado se establezcan multas a favor de la parte afectada. (2018, p.84-85)

En cuanto a la sanación, para Raúl Llasag, esta tiene que ver con un procedimiento de recuperación de la armonía. Aquí existe un principio importante, el principio de interrelacionalidad. Bajo su criterio, los seres humanos no solo son un cuerpo físico, se conforman también, por una parte, espiritual y otra astral. Cuando los 3 cuerpos (físico, espiritual y astral) no están en interrelación se produce desarmonía de ese ser dentro de sí mismo, con consecuencias en la familia y comunidad, a partir de eso la comunidad lo ve como una enfermedad y existen los ritos de sanación dentro de algunas comunidades, no todas. Lo cual no es visto de la misma manera por otros (personas que no perteneces a la comunidad). (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

2.2.3 Conflictos dentro del Consorcio

Dentro del consorcio de comunidades de San Pedro Cañar se empezaron a juzgar los casos concernientes a todas las comunidades que pertenecían, es así que surgieron varios conflictos, en los que participaron miembros de las comunidades, mismos que después desencadenaron una serie de acusaciones en contra de líderes y miembros del consorcio. A continuación, el análisis de varios casos que nos permitirán ver la práctica de la justicia indígena del Consorcio San Pedro.

2.2.3.1 Caso de los hermanos Calle y Mama Digna

La señora María Delfina, no tenía hijos y quedó viuda en el año 2004, José Alberto Peñafiel, sobrino de María Delfina, se encargó no solo de sus cuidados, sino que también se encargó de la administración de sus bienes. En el mes de mayo del año 2015 la salud de Delfina decaió, esto ocasionó que sea internada en una casa de salud en Cañar por varios días, el resto de sus sobrinos al enterarse decidieron que se haga el traslado de Delfina hacia una clínica privada en Azogues, donde se recuperó hasta ser dada de alta.

Una vez recuperada, María Delfina manifestó que no quería seguir bajo el cuidado de su sobrino José Alberto Peñafiel, por lo cual fue llevada a la casa de otro de sus sobrinos, Luis Eduardo Calle. Debido a los gastos que implicaban sus medicamentos y cuidado, él y sus hermanos Manuel María y María Mercedes Calle Calle le preguntaron a José Peñafiel sobre el terreno que su tía tenía, y él mencionó que Delfina le había vendido todo a él.

María Delfina negó haber vendido a su sobrino, José Alberto Peñafiel, los terrenos, y mencionó que hace un tiempo ella había puesto su huella en una hoja debido a que José Peñafiel le dijo que requería de su huella para solicitar un bono porque las tierras ya no producían lo suficiente, con aquella huella José Peñafiel hizo las escrituras de compra-venta de un terreno de 11 hectáreas en el 2010.

Delfina con sus sobrinos acudió ante las autoridades del consorcio a pedir justicia por lo que le había pasado. Una comisión del consorcio fue enviada para llamar a José Alberto Peñafiel a una asamblea general y resolver el conflicto. El 09 de junio del 20015, José Peñafiel envió un oficio a José Sarmiento, presidente del consorcio, donde le explicaba que no podía acudir ya que un familiar tenía una operación en Azogues, y él debía estar pendiente de aquello.

La Asamblea tenía lugar en la casa comunitaria de San Pedro, por lo que algunos familiares de Delfina y demás miembros de las comunidades pertenecientes del consorcio llegaban desde otros lugares, en el camino se encontraron con José Alberto Peñafiel, quien estaba cargando gasolina a su camioneta. Al preguntarle si iba a acudir para resolver el problema en la comunidad, en un principio él menciono que no, pero posteriormente acepto ir, y fue conduciendo su propia camioneta acompañado de Edison Aníbal Sarmiento Calle, uno de los familiares de Delfina.

Cuando llegaron a la comunidad, se instauró la Asamblea General, la misma duro alrededor de 4 horas, ambas partes expusieron su versión de los hechos y luego fueron interrogadas por las autoridades del consorcio, dentro de este procedimiento descubrieron que Delfina Calle le había donado a su sobrino únicamente 4 hectáreas de terreno, antes de que procedería la “compra-venta fraudulenta” en el año 2010.

En el juzgamiento del caso, algunas autoridades planteaban que podría dejarse que José Alberto Peñafiel mantenga solamente el dominio de 2 hectáreas, esto debido al tiempo de cuidado de su tía Delfina y que ella mismo le había cedido las 4 hectáreas. Pero, por otra parte las autoridades indígenas consideraron que no era justo dejar que el señor José Peñafiel se quedé con las hectáreas de terreno, ya que su actuar no fue el correcto con su tía política, por lo que dejarle conservar el terreno iría en contra de los valores de las comunidades que pertenecen al consorcio.

Finalmente, la decisión de las autoridades fue que José Peñafiel no debía mantener ninguna hectárea en su dominio, y que en el transcurso de 15 días debía encargarse de realizar la transferencia de dominio de las 11 hectáreas a su tía Delfina Calle. José Alberto Peñafiel mostró su conformidad con la decisión adoptada por las autoridades indígenas, y pidió disculpas a la familia y comunidad por su mal actuar. Pero posteriormente, no

cumplió con lo acordado, y denunció ante la Fiscalía del cantón Cañar haber sido secuestrado por parte de autoridades y miembros del consocio de comunidades de San Pedro de Cañar.

Entre los denunciados se encontraban: los hermanos Manuel María, María Mercedes y Luis Eduardo Calle Calle; José Abelardo Peñafiel Monteros, José Sarmiento, Luis Inocencio Sarmiento Narváz y Edison Aníbal Sarmiento Calle, después fue vinculado Luis Roberto Sarmiento Calle.

Una vez presentada la denuncia por el delito de secuestro, la Fiscalía indígena de Cañar inició la investigación y en la etapa de juicio José Peñafiel de acuerdo con su versión mencionó que él no acudió voluntariamente hacia la casa comunal el día en el que se resolvió el conflicto con su familia; sino que, fue intimidado por los familiares de Delfina y llevado a la fuerza para ser juzgado por las autoridades del consorcio.

El Tribunal Segundo de Garantías Penales del cantón Cañar sentenció a Manuel María Calle Calle, de 68 años de edad, y Luis Eduardo Calle Calle, fueron declarados como autores responsables del delito de secuestro tipificado y sancionado en el art. 161 del Código Orgánico Integral Penal. Se les impuso una pena privativa de libertad de cinco años y se les fijó la multa de doce salarios básicos unificados. A continuación, se interpuso el recurso de apelación ante la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar, en donde el 14 de julio del 2016 se negó el recurso y se ratificó su sentencia. (Proceso No.03282-2015-00179)

Por los mismos hechos, fue juzgada Digna María Sarmiento Chuqui, ella es conocida en la comunidad como “Mama Digna”, tiene 62 años de edad y es una de las mujeres más conocidas de la comunidad, ella recuerda que desde que era una niña en los territorios del Alto Cañar se había ejercido la justicia indígena, pero reconoce que, desde

la formación del Consejo Indígena de San Pedro en el año 2014, tenían mejores resultados cuando sucedía cualquier conflicto. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

El proceso fue instaurado en el año 2016, y fue impuesto igualmente por José Peñafiel junto con el fiscal en asuntos indígenas de Cañar, en contra de Humberto María Arcentales Calle, Luis Rigoberto Chimborazo Sarmiento, Jaime Alfredo Naranjo Naranjo, Fabiola Nataly Quizhpi Flores y Digna María Sarmiento Chuqui.

Bajo el relato de Digna Sarmiento Chuqui, ella ni si quiera se encontraba en el lugar en donde ocurrieron los hechos por los que fue juzgada, no conocía los hechos, incluso comenta que aquel día no se encontraba bien de salud y sus hijas pasaron el día atendiéndola, el proceso para Mama Digna fue algo nuevo algo, ella menciona nunca antes haber tenido algún lío legal, en su desconocimiento le pagó \$600 a un abogado para que la acompañara a la audiencia, piensa que el primer abogado que la acompañó no tenía buenas intenciones, pues además de no explicarle que estaba sucediendo le había pedido que le entregue las escrituras de su casa, es en una de las audiencias en las que conoce a Gerardo Guallpa, un abogado que al escuchar lo que le solicitaba el otro abogado le aconsejó que no le entregué nada, posteriormente él se convirtió en su defensa. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

El Tribunal Penal Segundo del Cañar, declaró responsable a Digna Sarmiento Chuqui, en calidad de cómplice del delito de secuestro a José Alberto Peñafiel Patiño, le impuso pena privativa de libertad de veinte meses en el Centro de Rehabilitación Social de Mujeres Sierra, Centro Sur Turi de la ciudad de Cuenca, una multa correspondiente a doce salarios básicos unificados del trabajador en general, y cancelar a la víctima la cantidad de mil dólares americanos por concepto de reparación integral.

Posteriormente, se presentó el recurso de apelación sobre la sentencia, el mismo que cumplió con los presupuestos de temporalidad y procedencia, y fue admitido a trámite. La defensa de Digna Sarmiento manifestó que apeló porque la sentencia dada por el Tribunal del Cantón Cañar, no tenía ningún análisis jurídico, no se toman en cuenta a los testigos de Digna Sarmiento, no se valoraron de manera adecuada las pruebas presentadas, de forma unánime se desechó el recurso y se confirmó en su integridad la sentencia dictada por el Tribunal Penal Segundo del Cañar. Finalmente se interpuso el recurso de hecho, el cual fue inadmitido, debido a que se presentó extemporáneamente el recurso de casación.

Lo que resulta contradictorio para líderes y miembros del consorcio es que José Alberto Peñafiel, quien los denunció por secuestro, se benefició antes de la justicia que ejercía el consorcio de San Pedro. José Alberto Peñafiel se reconoció a sí mismo como indígena cañarí cuando acudió ante el consorcio para resolver un problema económico. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

En el año 2015, su hija se dispuso a viajar ilegalmente a los Estados Unidos, por lo que pagó a un “coyotero” la cantidad de aproximadamente 10.000 dólares. El viaje no se dio, y la persona a la que le dieron dicha cantidad no regresó el dinero. José Alberto Peñafiel denunció el hecho ante el consorcio, el mismo que procedió a juzgar, y resolvió que se tenía que regresar el dinero. José Alberto Peñafiel pudo recuperar la cantidad en su totalidad. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

Digna Sarmiento Chuqui menciona que ella se había enterado que José Alberto Peñafiel se encontraba extorsionando a la gente, ya que, le pedía a los denunciados cantidades abundantes de dinero, para no continuar, ni impulsar los procesos. Según comenta ella nunca se acercó a José Peñafiel porque ella tenía la verdad de su lado y

pensaba que eso sería suficiente para no ser condenada, no fue así. Su esposo trató de hablar con José Peñafiel y manifiesta que le había pedido de \$10000 a \$15000 dólares. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

2.2.3.2 Caso de María Tamay

María Tamay, es una mujer cañarí perteneciente a la comunidad de Santa Rosa, ella menciona que forma parte del consorcio desde el 2015, junto con las personas de su comunidad se inscribieron en el mismo, fue Don José presidente del consejo de justicia indígena, quien los inscribió. Bajo su relato a María le pareció algo bueno, ya había escuchado que era efectivo, por la misma razón cuando tuvo un problema con la familia de su esposo, en mayo del 2015, acudió al mismo en busca de una solución. (María Tamay, entrevista, 28 de abril de 2021)

Con sus palabras menciona que acudió “para que pueda vivir de mejor manera con sus suegros y cuñados. En su relato menciona que su esposo migró hacia Estados Unidos hace ya varios años, juntos procrearon 2 hijos, que vivían con ella. Él le envió la cantidad de \$ 12000 (doce mil dólares), para comprar un terreno. De acuerdo con el relato de María el dinero llegó a su suegro, quien compró el terreno pero lo hizo a su nombre, cuándo María conoció lo sucedió, procedió a reclamar a su suegro, quien le manifestó que no había recibido dicha cantidad para comprar un terreno; sino que, el dinero estaba destinada a un tratamiento médico para él, debido a un problema que tenía en una de sus piernas. (María Tamay, entrevista, 28 de abril de 2021)

Según María, su suegro le había comentado a su esposo que ella le era infiel, y que lo único que buscaba de él era dinero. Dichos comentarios ocasionaron problemas en la pareja, y finalmente la separación de la misma. María denunció ante el consorcio de justicia indígena de San Pedro, quienes enviaron al señor una invitación para que puedan

dialogar sobre aquel acontecimiento. Una vez instaurada la asamblea se procedió a juzgar, se resolvió que el ex suegro de María debía entregar el dinero que su hijo había enviado, y se sometió al señor al proceso de sanación, el cual consistía en un baño de agua fría, con ortiga, y hierbas medicinales. Este proceso es comúnmente utilizado por la comunidad en estos casos, y es visto como un proceso de purificación para la persona que cometió la falta. (María Tamay, entrevista, 28 de abril de 2021)

Sin embargo, los problemas no cesaron, el 15 noviembre de 2015 María asistió a una reunión en la comunidad de San Pedro, ella menciona que constantemente acudía a las reuniones del consejo de justicia indígena, sus hijos se quedaron en su casa, pero comenta que sus ex suegros y cuñados sacaron a los niños de su casa, junto con los animalitos que criaba. Los niños acudieron a la casa de su abuela materna. María Tamay al enterarse, dio aviso de lo sucedido a José Sarmiento (líder indígena de la comunidad); él envió a una comisión hacia la comunidad de Santa Rosa, donde estaba ubicado el domicilio de María, para que ella y sus hijos puedan ingresar nuevamente a su hogar, y también para llevar a la familia a San Pedro para lograr un acuerdo. Dentro de esa comisión se encontraba Luis Morocho. (María Tamay, entrevista, 28 de abril de 2021)

Según el relato de María Tamay, su ex suegra y ex cuñada amenazaron con golpearla, cuando ella acudió a su casa junto con la comisión designada, ante tal altercado fueron llevados al consorcio para lograr un nuevo acuerdo, pero después de todo, por parte de la familia de su esposo no se cumplió, María tuvo que salir de su casa. (María Tamay, entrevista, 28 de abril de 2021)

Posterior a esto, en el mes de julio de 2016, se recibió una denuncia ante la Fiscalía de Cañar por secuestro extorsivo, en contra de: Luis Rigoberto Chimborazo

Sarmiento, Hector Patricio Tamay Tamay, María Asenciona Tamay Murdumbay; y, Luis Manuel Morocho Sanango.

María Asenciona Tamay Murdumbay fue declarada autora directa del delito de secuestro tipificado y sancionado por el artículo 161 del COIP. Fue sentenciada a 5 años de pena privativa de la libertad, y sancionada también con la multa de doce salarios básicos unificados; y como medida de reparación se le fijó el pago de mil dólares por daños materiales.

Luis Manuel Morocho Sanango, fue declarado autor directo del delito de secuestro tipificado y sancionado en el Art. 161 del Código Orgánico Integral Penal. Se le impuso la pena privativa de libertad de 5 años, una multa de doce salarios básicos unificados, y se dispuso que pague a la víctima Rosa María Álvarez Tamay la cantidad de mil dólares americanos por concepto de indemnización de daños materiales.

Se interpuso el recurso de apelación, el cual fue inadmitido el 20 de julio de 2017, y se confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales de la provincia del Cañar. Posteriormente, se llegó a casación en donde inadmitieron el recurso, el viernes 1 de febrero del 2019.

En su relato, María Tamay comentó que su primer abogado no hizo mucho por ella, de hecho, considera que estuvo parcializado, por parte de los funcionarios judiciales tampoco existió una comunicación adecuada, ella nunca entendió el proceso, su segundo abogado trató de hacer más por ella, pero aun así fue condenada.

María Tamay, en la entrevista también mencionó que el abogado de la otra parte se comunicó con el suyo para pedirle dinero y de esta manera no impulsar su captura, de acuerdo con esto, los denunciantes le pedían en un inicio \$15000 (quince mil dólares),

posteriormente le pidieron \$8500 (ocho mil quinientos dólares), y finalmente \$5000 (cinco mil dólares), está era una suma demasiado elevada para María y no había manera de conseguir dicha cantidad. Su mamá también fue parte del proceso, no fue declarada culpable, pero estuvo con grillete durante el mismo. María comenta que tuvo que esconderse durante todo ese tiempo para no ir a prisión. (María Tamay, entrevista, 28 de abril de 2021)

2.2.3.3 Caso de José Sarmiento

José Sarmiento es uno de los líderes indígenas que ejercía justicia, él fue elegido y designado como el presidente del consorcio de comunidades de San Pedro, y ejercía sus funciones desde la fecha de formación de este, 08 de octubre del 2014. (José Sarmiento, entrevista, 10 de mayo de 2021). En su contra se instauraron decenas de denuncias por: secuestro, secuestro extorsivo y daño a bien ajeno. En los cuales figura como autor y coautor.

Uno de los casos más relevantes fue el proceso seguido en su contra por el delito de secuestro de dos abogados Alfonso Andrade y Nilo Sigüenza. El 2 de septiembre del 2015, una comisión, que, bajo el relato de José Sarmiento, no había sido enviada por el consorcio de justicia indígena, acudió hacia las oficinas de los abogados, con el propósito de pedirles que no patrocinen a las personas de la comunidad que habían indicado fueron secuestradas. (Sarmiento, 2020, sesión virtual No. 678)

De acuerdo con el relato del equipo de investigación de INREDH, Wilson Sigüenza dialogó con dicha comisión y se comprometió a no patrocinar una causa, ya que, bajo su criterio, ya se juzgó en la justicia indígena. Pero no sucedió lo mismo en la oficina de Alfonso Andrade, él junto con su colega David Vivian, no aceptaron la

presencia de los miembros de la comunidad en el lugar. (Saavedra, Kurikama, Burbano, Atupaña y Chiriboga, 2017, p. 40- 44)

Después de un altercado, existió un enfrentamiento entre los abogados, los miembros de la comunidad, la policía, y varias personas que vivían cerca. Debido a esto, los integrantes del consorcio acudieron a la ayuda de Atik Kurikamak Yupanki, un experto en justicia indígena, para mediar la situación y pedir disculpas. Nunca se logró llegar a un acuerdo, y se instauró una denuncia por secuestro, en contra de José Sarmiento y Sergio Paucar. (Saavedra, Kurikama, Burbano, Atupaña y Chiriboga, 2017, p. 40- 44)

Para la fecha de los hechos a José Sarmiento ya lo habían denunciado en septiembre del 2015, debido a esto el acudió a rendir su versión en la Fiscalía de Cañar, junto con Sergio Paucar secretario del consorcio. Al finalizar, José Sarmiento y Sergio Paucar acudieron a sus domicilios, porque aquella noche viajaban a Quito. (José Sarmiento, entrevista, 10 de mayo de 2021)

Ambos fueron denunciados por el secuestro de Alfonso sin ni si quiera haber estado en el lugar de los hechos del presunto secuestro. El 17 de mayo de 2017 ambos líderes indígenas fueron declarados culpables, como autores responsables del delito de secuestro, fueron sentenciados a cumplir 5 años de pena privativa de libertad, y se les fijó una multa de 12 salarios básicos unificados.

Para Nicolás Salas, abogado de José Sarmiento, se produjo invisibilización de la actividad probatoria de su defendido, puesto que probó que no se encontraba en el lugar de los hechos, los testimonios de las supuestas víctimas y otros testigos eran contradictorios. Bajo su criterio, el Tribunal de Garantías Penales, no valoró las pruebas que demostraron que su defendido no estaba en el lugar de los hechos. (Conversatorio “Criminalización de la Justicia Indígena”, INREDH, junio 2020)

Posteriormente, se presentó ante la Corte Provincial de Cañar, el recurso de apelación, el cual no tuvo lugar, y se ratificó lo decidido por el Tribunal de Garantías Penales de Cañar en primera instancia, después se llevó el caso a la Corte Nacional de Justicia, a través del recurso de casación.

La Corte Nacional de Justicia, declaró la nulidad del proceso de apelación, considerando que se vulneró el derecho de José Sarmiento al debido proceso. Se regresó el caso al proceso apelación, para que esta vez se emita una sentencia que cumpla con la motivación necesaria.

Ahora bien, después de la descripción de los principales conflictos dentro del consorcio de justicia indígena de Cañar, en los dos siguientes puntos se analizará si se utilizaron mecanismos de cooperación y coordinación, cuando las autoridades y miembros de justicia de Cañar fueron judicializados, los efectos de los procesos en las personas y comunidad, y la posible vulneración de derechos que la serie de procesos judiciales generaron.

2.3 Análisis de los principales conflictos dentro del Consorcio

Del análisis de los procesos: 03282-2016-00182 (María Tamay y Luis Morocho), 03282-2016- 00196 (Hermanos Calle y Mama Digna) y 03282-2015-00181 (José Sarmiento), se puede observar que no existió el uso de mecanismos de cooperación y coordinación, como los mencionados en el punto anterior, entre ambas justicias. De hecho, Juan Jesús Pinguil, fiscal de asuntos indígenas, fue quién inicio los procesos en contra de los miembros y líderes del consorcio, sin considerar el contexto de todas las acusaciones.

Como se mencionó anteriormente los agentes fiscales indígenas deben cumplir con los requisitos generales que se exigen para ser fiscal, pero, además, deben tener un vínculo con la comunidad, contar con un certificado que acredite que pertenecen a un pueblo o nacionalidad indígena reconocida y ser originarios de una comunidad de la provincia donde ejercerán sus funciones. El tener un vínculo con la comunidad implica estar al tanto de la manera en la que la comunidad indígena procede cuando existe una falta de alguno de sus miembros, en los casos analizados no fue así, pues el fiscal en asuntos indígenas no tomó en consideración que estaba sucediendo en la comunidad.

Para los líderes y miembros de la comunidad procesados, no se respetaron los mecanismos de coordinación y cooperación, ni por parte de los funcionarios judiciales, ni por parte de sus defensores, tal como constan en los relatos Mama Digna y María Tamay no se les explicó el proceso, no entendían las etapas del mismo, ni las consecuencias jurídicas de las acusaciones por las cuales se los inculpó. Estos acontecimientos van en contra del principio de igualdad y diversidad de los principios de justicia intercultural que están contemplados en el Código Orgánico de la Función Judicial, mismos que dictaminan que los funcionarios judiciales en los casos que involucren a miembros de las comunidades indígenas deben tomar en cuenta las costumbres, prácticas y derecho propio de los miembros de los pueblos indígenas y tomar las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso. (COFJ, art.344, 2009)

Dentro del principio de igualdad se establece que para que los miembros de una comunidad indígena puedan estar en igualdad ante la justicia ordinaria, es deber de los funcionarios judiciales disponer la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en Derecho indígena. Lo cual, no sucedió en ninguno de los casos analizados, no hubo ninguna intervención de peritos o especialistas que ayuden en

este sentido. No se solicitó por parte de la defensa, ni se dispuso por parte de los tribunales, la intervención de peritos antropológicos o expertos en Derecho indígena que generen una idea, a modo general, de la manera en la que actuaron y ejercieron las facultades constitucionalmente reconocidas que tienen las comunidades de ejercer su propio derecho.

Dentro del mismo artículo se establece el principio de interpretación intercultural, el mismo que señala que se debe realizar una interpretación intercultural de los derechos controvertidos en el litigio, se deben tomar en cuenta los elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, en todas las actuaciones y decisiones judiciales. (COFJ, art.344, 2009). Nunca se llevó a cabo una interpretación cultural, ni si quiera se validaron de una manera adecuada las pruebas, tal como lo menciona el abogado defensor de José Sarmiento Jiménez, lo mismo sucedió en el caso de Mama Digna y María Tamay.

Otro mecanismo analizado dentro del anterior punto de este capítulo es la figura de la declinación de competencias como un mecanismo de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y ordinaria, como ya fue analizada, esta establece que por la autonomía de la justicia indígena y en respeto a la menor intervención posible de la justicia ordinaria, las juezas y jueces deben declinar su competencia a los líderes de la comunidad indígena. Esta declinación debe ser solicitada a través de una petición de la autoridad de la comunidad a la jueza, juez o tribunal que conoce el proceso, la misma petición debe ser probada bajo juramento. (COFJ, 2009, art.345).

Ahora bien, esta figura tampoco se pudo llevar a cabo, debido a que todas las autoridades del consorcio fueron denunciadas, se encontraban dentro de un proceso penal

e incluso fueron procesadas y condenadas. Nadie podía solicitar que se decline la competencia pues otras personas de la comunidad no figuraban como autoridades de la misma. Además, esta figura no es muy conocida, y más allá de esto, como se analizó previamente, aún existen vacíos: no se establece que debe contener la petición que la autoridad o autoridades indígenas deben presentar ante la justicia indígena, no se establecen qué casos pueden ser o no declinados a la justicia indígena, etc.

Ningún mecanismo normativo de cooperación y coordinación fue utilizado dentro de los procesos mencionados y estudiados; al contrario, todos los miembros de la comunidad fueron sentenciados por los delitos por los cuales fueron acusados. La falta de aplicación de los mecanismos de coordinación y cooperación que contemplan los cuerpos legales ecuatorianos ocasionó como efecto jurídico la posible vulneración de los derechos de los líderes y miembros de del consorcio, la cual será explicada en el siguiente punto.

La falta del uso de mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas justicias generó también efectos sobre las personas y sus núcleos familiares, por ejemplo: Digna Sarmiento, fue una de las personas que pagó casi toda su condena antes de ser resuelta la amnistía, ella cumplió su condena en Turi, alrededor de 1 año y 4 meses. En sus propias palabras me comenta que es algo que no le desearía a nadie, que en aquel lugar vio y escuchó cosas que nunca en su vida había visto o escuchado, el impacto fue tal que ella se desconectó de su realidad, no hablaba, no quería comer, no caminaba ni se movía por sí sola, allí dentro conoció a una mujer de nacionalidad colombiana que fue quien la cuidaba y protegía, ella la apoyó para que camine por sí misma y hable otra vez. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

En su estadía en Turi, Digna Sarmiento, vivió varias cosas, las más impactantes para ella fueron ciertos amotinamientos que existieron, los cuales fueron controlados con

gas lacrimógeno y violencia por parte del personal penitenciario, me comenta también que fue testigo de varias peleas entre bandos, que había violencia, la comida era terrible, y en las celdas había demasiadas personas. Con lágrimas en sus ojos, dijo en sus palabras, que si ella hubiese conocido como era estar en la cárcel ella misma hubiese pagado el dinero que José Peñafiel le pedía para no continuar con los procesos, toda su vivencia dentro de Turi fue muy difícil, todo era diferente. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

A Digna le afectó esa realidad ajena a la suya, pero no fue únicamente a ella, en su relato mencionó que también su familia se vio sumamente afectada, sus hijas se quedaron cuidando de su esposo, a quien se le hizo difícil la idea de que Digna estuviese encarcelada, uno de sus nietos también fue de los más afectados dentro de su entorno, él no quería comer, ni ir a clases, comenta que incluso empezó a tener momentos de rebeldía. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

Para María Tamay, también fue una situación difícil, ella junto con sus hijos se quedó sin su hogar y tuvo que vivir en una mediagua, que improvisó, comenta que durante años tuvo que permanecer escondida para no ser capturada, no podía ser vista junto con su familia, no asistir a las reuniones en las escuelas de sus hijos, sus maestras le ayudaban enviando lo que debía firmar o comentándole a sus hijos sobre las reuniones. Sus hijos se vieron afectados también, ellos fueron a quienes atacaron los familiares de su ex esposo en un inicio, comenta que tenían mucho miedo, incluso no querían salir sin ella. (María Tamay, entrevista, 28 de abril de 2021)

Todos estos procesos dieron como resultado que los miembros de las comunidades que conformaban el consejo de justicia indígena tengan miedo de continuar con el funcionamiento del mismo. Quedaron secuelas, ya que, al ver que varios líderes y

miembros de la comunidad fueron judicializados nadie quería volver a formar parte del consorcio de justicia indígena, como resultado este se debilitó. Incluso las hijas de Digna no querían que después de la amnistía siga formando parte de las asambleas, ni del consorcio, pues estaban atemorizadas de que los procesos judiciales se pudieran dar otra vez. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

Durante los años que se dieron esta serie de procesos el consorcio de justicia indígena no ejercía sus atribuciones jurisdiccionales, toda la comunidad sufrió de esta ausencia desde el año 2015 hasta el 2020, el proceso para reunificar el consorcio inició después de la amnistía. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

Digna menciona que desde que se dio el proceso de amnistía se siente mucho más tranquila con el ejercicio de la justicia indígena en los territorios del Alto Cañar, también menciona que al salir José Sarmiento, presidente del consorcio, de la cárcel este proceso tuvo la fuerza que necesitaba para conformarse nuevamente, aunque también al igual que sus hijas, muchas personas jóvenes no querían continuar con la formación del consorcio, no querían que les suceda lo mismo y peor aún que alguno de sus familiares esté involucrado. (Digna Sarmiento, entrevista, 28 de abril de 2021)

2.4 Análisis de la posible vulneración de derechos de los líderes y miembros de la comunidad indígena que fueron procesados por parte de la justicia ordinaria

La Constitución ecuatoriana le confiere a los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, ciertos derechos específicos como: mantener, desarrollar y fortalecer libremente sus tradiciones ancestrales, formas de organización social y convivencia; crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario; y

ejercer estas funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales (CRE, 2008, art.57 y art.171).

Como se mencionó en los años 2015-2016, surgieron en Cañar varias denuncias a líderes y miembros de la comunidad por ejercer su justicia, en el Anexo 1 se puede visualizar los procesos judiciales seguidos en contra de los 20 miembros y líderes del consorcio de comunidades indígenas de San Pedro, que lograron se les otorgue la amnistía, varios años después.

Como se analizó anteriormente, de acuerdo con el gráfico No. 1, el consorcio al momento de ejercer su jurisdicción tiene un procedimiento propio, que se ejecute el proceso de solución de conflictos de esta manera dentro del consorcio, responde a las tradiciones ancestrales y creencias de las comunidades que forman parte del mismo; esto responde a su autonomía jurisdiccional y legislativa. Pero, bajo la percepción del Derecho Penal en la justicia ordinaria la manera en la que supone actuaron cumple con los tipos penales por los que fueron juzgados; pero, no se toma en cuenta que el actuar de los procesados fue realizado en base a su derecho propio y con el fin de precautelar los valores de las comunidades pertenecientes al consorcio.

En los casos analizados, se denota que las personas que realizaron las denuncias en contra de los líderes y demás miembros, se basan en el hecho de que fueron retenidos en contra de su voluntad y fueron privados de su libertad, hasta que lleguen a arreglos con la otra parte y la comunidad. Pero, de acuerdo con el consorcio los acuerdos a los que se llegaron fueron aceptados, e incluso en el caso del señor Peñafiel, antes de ser juzgado por lo cometido en contra de su tía, ya había utilizado a la justicia indígena para resolver un problema como agraviado. Lo que quiere decir que, de su parte al menos, reconocía la existencia del consorcio y conocía cual era el procedimiento del mismo para sancionar a

las personas que realizan actos que van en contra de los valores comunitarios que precautelan y resultan importantes para la comunidad.

Lo que se tomó en cuenta dentro de los procesos ante la justicia ordinaria era el hecho de enviar comisiones para invitar y llevar a las partes a la Asamblea General del consorcio, esto como se explicó anteriormente responde a la manera que el consorcio tenía para ejercer su justicia. La cual, es establecida por todos sus miembros.

Bajo el criterio de los líderes y miembros de la comunidad, eso no significaba una privación de libertad, retención o traslado de un lugar a otro, sin la voluntad de la persona. Ellos no conciben esto como un delito, es un mecanismo comunitario que se utiliza; de hecho, en algunos casos, cuando acuden ambas partes a resolver un conflicto, no existe ni si quiera la necesidad de enviar a una comisión para invitar o llevar a la persona a resolver el conflicto. Esto resulta comparable con las notificaciones que realiza la justicia ordinaria, donde inclusive se utiliza a la fuerza pública en algunos casos, lo cual no es considerado un secuestro.

El adecuar estas conductas a tipos penales, supone principalmente una vulneración al derecho que tienen las comunidades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales en base a su derecho propio y tradiciones, lo cual esta constitucionalmente establecido y reconocido, porque no se está respetando su autonomía jurisdiccional y normativa.

Bajo el criterio de Mario Melo si no se cumple la Constitución, se genera vulneración de derechos, en este caso de ese derecho colectivo. Por supuesto, si se derivan juicios penales, se va a vulnerar el derecho a la libertad eventualmente de las personas que sean procesados por el ejercicio de su derecho constitucional a tener una justicia, y una vulneración al derecho de la seguridad jurídica. (Mario Melo Cevallos, entrevista, 10 de diciembre de 2020)

Según Raúl Llasag, sí se violenta autonomía jurisdiccional y la autonomía legislativa que otorgó el Estado, como resultado se pone en inseguridad a las personas porque no saben dónde recurrir, ni cómo actuar. Y como resultado resulta también vulnerada la seguridad jurídica. (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

Para Carlos Gallego, la seguridad jurídica “es entendida como un estado psíquico en el que los seres humanos “perciben” satisfacción y tranquilidad por observar cómo se garantiza y, a su vez, como se materializa el catálogo de valores que posee el ordenamiento jurídico.” (2012, p.76)

Lo que quiere decir que, la seguridad jurídica es la certeza que como ciudadanos tenemos del ordenamiento jurídico, es la convicción que adquirimos de que lo que está contemplado en la norma es lo que debe ser respetado, que los derechos que se consagran para nosotros deben ser garantizados, e igualmente las prohibiciones deben ser respetadas. A la vez, el conocer esto implica que sabemos que consecuencia podrían derivar nuestras acciones.

Asimismo, el artículo 82 de la Constitución establece que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” (CRE, 2008). Por lo que, queda claro que la seguridad jurídica se basa en el respeto a la existencia de la Constitución y las normas establecidas dentro del sistema jurídico, que son públicas y dictadas por la autoridad competente.

La seguridad jurídica, vista como un principio del Derecho, basa la certeza que se tiene sobre la norma en dos ámbitos: publicidad y aplicación, lo que significa que existe

seguridad en cuanto a lo que se conoce como prohibido, ordenado o permitido por el poder público. (Mora, 2016, p.8)

Los artículos mencionados anteriormente, sobre los derechos específicos de las comunidades indígenas de desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario con base en sus tradiciones ancestrales; y mantener sus estructuras de organización social, son normas constitucionalmente establecidas. Lo cual, quiere decir que los líderes y miembros del Consorcio de comunidades de San Pedro, tienen la certeza y convicción de que desarrollar sus funciones jurisdiccionales de acuerdo con sus costumbres y tradiciones es completamente válido.

Al ser ellos procesados por los delitos de secuestro, secuestro extorsivo y daño a bien ajeno, por ejercer funciones jurisdiccionales, se vulneró el derecho a la seguridad jurídica, porque bajo la concepción de los líderes y miembros del consorcio al estar consagrado en una norma constitucional que pueden ejercer su propia justicia, estaban ejerciendo sus derechos y no estaban haciendo algo que consideren “ilegal” o “ilegítimo”.

Pero, al procesarlos y condenarlos por aquello, se quebranta la seguridad jurídica que se supone debe existir, y da como resultado la vulneración de este derecho y principio de gran importancia en el mundo jurídico. Y, deja en tela de duda el cumplimiento de normas, derechos y garantías, por parte del estado. Asimismo, genera un conflicto en la persona que cree ajustar su actuar al margen de lo legal. En el presente caso esta transgresión a la seguridad jurídica puede ser vista incluso como una manera de criminalizar el ejercicio de la justicia indígena, porque varias personas fueron judicializadas por ejercer un derecho que está constitucionalmente reconocido.

Para Raúl Llasag, en el caso de Cañar esta criminalización en contra de miembros y líderes del consorcio, y la vulneración de sus derechos, se produjeron por dos razones:

- ❖ No se supera aún el sistema colonial capitalista en nuestro país, este sistema aún cree que hay los “otros” (pueblos indígenas), y piensa que no tienen la capacidad suficiente para resolver todos los conflictos, y en tal sentido debe estar funcionando a merced de la justicia ordinaria.
- ❖ Hay una cuestión de poder, al reconocer esta pluralidad se debe considerar que en la práctica las justicias tienen el mismo nivel de igualdad, por lo que la institucionalidad del estado debe distribuir ese poder que se encontraba únicamente concentrado en el estado. No se permite una distribución de este poder. Se estanca la construcción de la plurinacionalidad. (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

2.5 Proceso de Amnistía

Así como en los casos analizados de: José Sarmiento, los hermanos Calle, Digna Sarmiento Chuqui y María Tamay, varias personas también fueron procesadas, y cumplían con penas privativas de libertad otorgadas por la justicia ordinaria en centros de rehabilitación estatales, los que son ajenos a su realidad. Ante esto, en el año 2018 se presentó la solicitud de amnistía para los líderes y miembros procesados por delitos ante la justicia ordinaria.

Para abordar el proceso de amnistía solicitado para los 20 integrantes del consorcio (líderes y miembros), que fueron denunciadas ante la justicia ordenaría, y procesadas entre el 2015- 2016 es necesario tener claro que significa y abarca esta figura legal doctrinariamente y en el marco jurídico ecuatoriano. Para Hernán Salgado Pesantes la amnistía es

Un vocablo de origen griego que significa olvido, olvido de lo pasado. Esta institución se aplica en casos excepcionales de comisión de determinados delitos, es entonces que la amnistía extiende el velo del olvido sobre lo ocurrido o, al decir de otros comentaristas, borra la existencia del delito y de sus consecuencias. (Salgado, 1990, p. 103)

De acuerdo con el mismo autor, “tradicionalmente la amnistía se ha aplicado a los delitos llamados políticos, que se estima que se merecen un tratamiento especial más favorable que los delitos comunes, por cuanto los delitos políticos implican un móvil altruista y extra individual”. (IDEM)

Para Angélica Anichiarico, la amnistía es definida como:

Aquella medida a través de la cual se extingue la responsabilidad penal que alcanzará también a la pena y a todos sus efectos (...) la amnistía es un mecanismo basado en la extinción de la acción penal y ejecución de la pena, asociada con el olvido y el perdón de delitos de cualquier índole. (Anichiarico, 2015, 69)

Mencionado esto, se entiende a la amnistía como el “olvido” de cierto tipo de delitos, la amnistía tiene como efecto extinguir la responsabilidad penal y la pena que se dictó a la persona dentro de un proceso penal. Ahora bien, en cuanto a la legislación nacional, podemos mencionar que de acuerdo el artículo 80 de la Constitución la amnistía no se puede aplicar en las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado. (CRE, 2008)

La Constitución establece también que es atribución de la Asamblea Nacional conceder amnistías por delitos políticos e indultos por motivos humanitarios. Para esto, se debe contar con el voto favorable de las dos terceras partes de los asambleístas. No se pueden conceder amnistías por los delitos ya mencionados en el párrafo anterior, pero en este artículo se suman los delitos: en contra de la administración pública, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia. (CRE, 2008, art.120#13)

El Código Orgánico Integral Penal, establece que la amnistía es una forma de extinción de la pena y del ejercicio de la acción penal (COIP, 2014, art. 72 y art. 416). El mismo Código menciona que es un derecho y garantía de las personas privadas de libertad conferir la libertad inmediata o revocar la medida cautelar a la persona privada de libertad que haya recibido la amnistía, para esto se necesita únicamente la presentación de la orden de excarcelación. (COIP, 2014, art. 12#15)

De acuerdo con la Ley Orgánica de la Función Legislativa las solicitudes de amnistía deben ir dirigidas al presidente o presidenta de la Asamblea Nacional, la solicitud se pone en conocimiento del Consejo de Administración Legislativa, que verificará el cumplimiento de los requisitos y la pertinencia de la solicitud. La misma emite el dictamen previo de admisibilidad y la prioridad para el tratamiento de la solicitud, si es favorable se da paso al trámite, si es desfavorable se archiva la solicitud. (Art. 96)

Posteriormente, se elabora un informe por parte de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, la Asamblea Nacional debe conceder o negar la amnistía en una sola discusión, La amnistía debe ser aprobada con el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional. La resolución debe ser enviada para su publicación en el Registro Oficial. Si se niega la amnistía no se puede presentar otro pedido en un periodo de dos años (art.100). La Ley Orgánica de la Función Legislativa establece que los mismos efectos que el Código Orgánico Integral Penal, es decir, que se extingue la acción penal y la pena.

Ahora bien, la solicitud de amnistía a favor de las autoridades y miembros del consorcio de justicia indígena fue presentada ante la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, la cual conoció y admitió el trámite de la solicitud el 24 de abril del 2020. A continuación, la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional

aprobó el 8 de julio del 2020 el informe favorable para dar pasó a la solicitud de amnistías, con 9 votos afirmativos, 2 abstenciones y 1 voto en contra, en la sesión virtual N.67.

Para esto la Comisión analizó como procedería la amnistía en el caso de los líderes y miembros del consorcio, como ya se mencionó, el marco legislativo menciona que esta figura procede para delitos políticos, y no se puede conceder por los delitos de secuestro y secuestro extorsivo, delitos por los cuales fueron procesados la mayoría de miembros y líderes de la comunidad.

Por lo que, la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional para dar pasó a la petición y emitir el informe de admisibilidad, para que se pueda resolver en el pleno realizo, un análisis en el transcurso de 10 sesiones. El análisis estuvo enfocado en la naturaleza de los delitos políticos, pluralismo jurídico, plurinacionalidad, contexto histórico de los pueblos indígenas, estudio de cada caso, la judicialización de la justicia indígena, casos en los que ya había sido concedida la amnistía anteriormente, etc.

Una vez elaborado y presentado el informe el pleno de la Asamblea debe resolver, como se mencionó la Ley establece que se debe resolver en una sola sesión. Debido a la pandemia por COVID-19, la sesión No. 678 para resolver sobre la amnistía, se desarrolló en modalidad virtual. El 30 de julio del 2020, se aprobó la solicitud de amnistía con 112 votos a favor, 19 abstenciones, 2 votos en blanco y 0 votos negativos.

A través de la resolución N° RL-2019-2021-072, la Asamblea Nacional concedió la amnistía a 20 líderes y miembros de la Comunidad de San Pedro del Cañar, la misma fue publicada en el registro oficial el 05 de agosto del 2020. Para tomar la decisión se tomó en cuenta la vigencia del Estado pluricultural e intercultural, y el derecho que tienen las comunidades indígenas de ejercer sus derechos colectivos, dentro de estos el de practicar su derecho propio.

La resolución dicta que al ser favorable el pedido de amnistía: ya no se pueden ejercer acciones penales a futuro por los hechos investigados en los procesos de los cuales fueron juzgados los líderes y miembros de la comunidad, se extingue la pena, se deben archivar los procesos penales, se debe proceder a la excarcelación de las personas privadas de libertad, y se debe extinguir cualquier medida cautelar real o personal, y pena alternativa a la prisión. (RL-2019-2021-072, 2020, art. 2 y 3).

De lo analizado, se desprende que aún no existe igualdad de justicias, pues la justicia indígena se encuentra subordinada ante la justicia ordinaria, ya que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es esta quien le da la validez y legalidad. Los líderes y miembros del consejo de justicia indígena fueron procesados por ejercer sus derechos, lo cual quiere decir que mientras se llevaron a cabo sus procesos se dejaron fuera los principios de justicia intercultural, se dejó de lado su cosmovisión, se dejó de lado la pluriculturalidad del estado. Pero, estos elementos si fueron tomados en cuenta en los informes para dar paso a las amnistías lo cual evidencia que este reconocimiento al pluralismo, tiene validez cuando la visión occidental del estado así lo permite.

2.6 Análisis de los mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria

2.6.1 Mecanismos normativos

En cuanto a mecanismos normativos de cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria, no existe algún cuerpo legal ecuatoriano que contemple mecanismos específicos que se deban utilizar, o procedimientos especiales a seguir cuando ocurre un problema en el que se discuta sobre la competencia o jurisdicción de ambas justicias.

El Código Orgánico de la Función Judicial contempla la figura de “declinación de competencias”, misma que puede ser considerada como único mecanismo normativo de cooperación y coordinación entre ambas justicias, existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Un análisis más detallado de estos mecanismos se revisará en el acápite siguiente.

2.6.1.2 La declinación de competencia como mecanismo de cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria

En el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, se establece que la declinación de competencia opera cuando los jueces de la justicia ordinaria conocen sobre la existencia de un proceso que ya ha sido sometido al conocimiento de autoridades indígenas previamente, entonces por la autonomía de la justicia indígena y en respeto a la menor intervención posible de la justicia ordinaria, las juezas y jueces deben declinar su competencia a los líderes de la comunidad indígena.

Para que esta figura opere la autoridad de la comunidad indígena debe realizar una petición al juez o jueza que conoció la causa, una vez hecha, en el término de tres días se debe demostrar probatoriamente la pertinencia de la petición, bajo juramento de la autoridad indígena; si esta llega a ser aceptada, el juez ordena el archivo y remite el proceso a la autoridad indígena la cual se encargará de establecer la sanción para la falta de conducta que se ha cometido; caso contrario, si esta es negada el juez continuará el proceso en justicia ordinaria (COFJ, 2009, art.345).

Ahora bien, la declinación establece cierta comunicación entre ambos sistemas de justicia, pero aún queda mucho por hacer, la norma no establece que debe contener la petición que la autoridad o autoridades indígenas deben presentar ante la justicia indígena, no establece si existe o no un proceso de apelación ante la decisión de la justicia ordinaria,

no se establecen qué casos pueden ser o no declinados a la justicia indígena. Los vacíos legales existentes resultan un problema a la hora de querer exigir que se proceda la declinación.

Para Raúl Llasag, en esta figura la autoridad indígena es quien debe solicitar al juez de la justicia ordinaria, de cierta manera se le otorga la carga de la prueba, y no se toma en consideración que ambas justicias están en diferentes condiciones. Una con los recursos y personal, y la otra que no cuenta con lo mismo. (Raúl Llasag Fernández, entrevista, 20 de diciembre de 2020)

El fin en sí mismo de la declinación de competencias, es que esta figura de cierta manera ayude a que exista cooperación y coordinación entre ambas jurisdicciones, y a la vez responde al principio non bis in ídem. Pero, aún queda mucho por hacer para que se establezcan mecanismos claros en la legislación nacional, en cuanto a la declinación de competencias aún existen problemas en cuanto a lo que es y su uso, no está bien explicada en el Código Orgánico de la Función judicial, no se aclaran sus elementos, términos para presentar la petición al juez o jueza que conoció la causa, ni que debe contener la misma.

2.6.2 Mecanismos institucionales

Es necesario que existan mecanismos institucionales que la práctica ayuden tanto a los operadores de justicia ordinaria, como a los líderes de las comunidades a coordinar su actuar en pro de precautelar los derechos de las personas. Dentro del Código Orgánico de la Función Judicial, se habla sobre la promoción de la Justicia Intercultural:

Art. 346.- PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe

predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.

El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena. (COFJ, 2009, art.346).

El citado artículo establece que el Consejo de la Judicatura debe destinar los recursos necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre ambas justicias, tales como la capacitación a servidores de la Función Judicial que laboran en lugares donde existe predominio de población indígena, con la finalidad de que se mantengan al tanto de la cultura, idioma, practicas ancestrales, costumbres y derecho consuetudinario.

2.6.2.1 Fiscalías indígenas:

De acuerdo con lo mencionado, los mecanismos institucionales deberían desarrollarse directamente en las entidades estatales, a través de estas, se debería lograr que exista comunicación entre ambos sistemas, y así lograr que ambas justicias entiendan la existencia de la otra, para que se puedan establecer lazos de cooperación y coordinación.

En el año 2007 se procedió a la creación de “Fiscalías de asuntos indígenas”, debido al acuerdo No. 064-MFG-2007, suscrito por el Ministerio Público y el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos (CODENPE). Los fiscales de asuntos indígenas estaban destinados a formar parte de las Fiscalías de las provincias que cuentan con gran parte de población indígena dentro de su población, es así que se decidió que en un inicio estarían en: Cañar, Loja, Morona Santiago, Pastaza y Guayas.

Conforme al Reglamento para concurso de merecimientos para Fiscalías Indígenas (2011), los agentes fiscales indígenas deben cumplir con los requisitos generales que se exigen para ser fiscal; pero, además, deben tener un vínculo con la

comunidad, contar con un certificado que acredite que pertenecen a un pueblo o nacionalidad indígena reconocida y ser originarios de una comunidad de la Provincia donde se encuentra la vacante. A la par, el reglamento establece que los aspirantes al cargo deben someterse a una prueba oral de suficiencia del idioma nativo. (art.6 y art.8)

El conocimiento del idioma nativo es importante porque los agentes fiscales indígenas deben estar en la capacidad de poder receptar denuncias en el idioma propio de la supuesta víctima de un delito; y a la vez, deben estar capacitados para explicar en ese idioma el procedimiento, las acciones que se están tomando, los requerimientos necesarios, y todo lo que tenga relación con el proceso; para que, de esta manera cumplan con su objetivo de garantizar la igualdad.

Conforme al Acuerdo No. 064-MFG-2007, se establecieron como funciones de las fiscalías de asuntos indígenas las siguientes:

- a) Conocer las denuncias o partes de aprehensión en el distrito, que involucren a personas de comunidades indígenas y tengan relación con casos de derechos colectivos.
- b) Con el apoyo de la policía judicial, dirigir e impulsar la investigación preprocesal y procesal penal; dictar la resolución de inicio de la fase de indagación previa y de la etapa de instrucción fiscal, e intervenir en las demás etapas del proceso penal.
- c) Efectuar actos urgentes que fueren necesarios en virtud de su competencia, y los demás que les corresponda, de conformidad con lo previsto en la Constitución, los instrumentos internacionales, la Ley
- d) Orgánica del Ministerio Público, el Código de Procedimiento Penal y demás normativa relacionada. (Citado por Cachimuel, 2009)

No existen datos estadísticos sobre los casos que se llegaron a resolver, o cuan eficiente resultó la creación de estos órganos dentro de la institución, el único dato oficial que se tiene es sobre la Fiscalía de asuntos indígenas del Guayas, y de acuerdo con la página oficial de la Fiscalía, se menciona que, durante el 2014, la Fiscalía de Asuntos Indígenas del Guayas receptó 169 denuncias, de las cuales 80 avanzaron a investigación. El fiscal Juan Guamán Sagñay mencionó que la mayoría presenta su denuncia y no vuelve

más. Hasta mayo del 2015 se habían receptado 56 denuncias, de las cuales un 90% fueron por violencia intrafamiliar. (FGE, 2015)

La creación de este tipo de órganos dentro de las instituciones estatales, puede ser vista como un mecanismo de coordinación y cooperación entre ambas justicias, pero aún quedó mucho por hacer, no se llegó a comprobar si estas unidades especializadas funcionaban eficazmente; y se pueden dar casos como el del Consorcio de San Pedro, en el que el agente fiscal de asuntos indígenas es quién inicia los procesos por secuestro en contra de miembros y líderes de la comunidad, sin un análisis general de la situación.

Las personas encargadas de ser agentes fiscales en asuntos indígenas no únicamente deberían hablar el idioma de la comunidad para receptar las denuncias; sino que, también deben entender la cosmovisión de la justicia indígena y los alcances de esta.

2.6.2.2 Capacitaciones

El artículo 346 establece que el Consejo de la Judicatura debe destinar los recursos necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre ambas justicias, tales como la capacitación a servidores de la Función Judicial que laboran en lugares donde existe predominio de población indígena, con la finalidad de que se mantengan al tanto de la cultura, idioma, practicas ancestrales, costumbres y derecho consuetudinario.

Finalmente, la sentencia del Caso “La Cocha” establece también que se deben llevar a cabo talleres de capacitación a fiscales y jueces a nivel nacional respecto a plurinacionalidad e interculturalidad; los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; del contenido y alcance del pluralismo jurídico y la

justicia indígena existente en el Ecuador. (CCE-EP- 0731-10- SEP-CC- 113-14, 2014, fj.35)

En el caso en particular, la capacitación hacia los servidores de la función judicial, no únicamente fiscales y jueces jugaría un rol muy importante en el ámbito de coordinación y cooperación de ambas justicias, porque a través de esta, se lograría expandir el conocimiento en temas de interculturalidad y pluralismo jurídico en los operadores judiciales.

Las capacitaciones podrían ser una herramienta fundamental para mejorar la comunicación entre ambas; y así, lograr una coexistencia solidaria e integral entre ambos sistemas de justicia. Sin embargo, no han existido capacitaciones periódicas sobre temas de justicia indígena, prácticas ancestrales de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, plurinacionalidad e interculturalidad.

Por su parte, el Consejo de la Judicatura en diciembre del año 2018 llevó a cabo un convenio de cooperación interinstitucional suscrito con la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, el cual tiene una duración de 5 años, dentro de este se establecía el desarrollo de la “Mesa por la Justicia Indígena”, con el objetivo establecer mecanismos de coordinación y apoyo mutuo, en temas relacionados con los sistemas de justicia indígena y la jurisdicción ordinaria, así como en el desarrollo de actividades de formación y capacitación. (CJ, 2018)

De acuerdo con el diario “La Hora” los dirigentes de la Conaie, en una entrevista para el diario, mencionaron que una de las finalidades era que se proponga la elaboración de un instructivo que delimite en qué delitos deben cooperar las dos justicias. Asimismo, el diario relata que en un principio la Conaie había acordado con la Judicatura la emisión de una resolución sobre justicia indígena, con tres puntos clave:

- ❖ Iniciar un proceso de revisión de los casos de criminalización de la justicia indígena.
- ❖ La eliminación de los jueces de paz en los territorios
- ❖ Que la figura de declinación de competencias también se aplique cuando un juez ordinario reciba un caso del ordenamiento indígena.

No obstante, esa resolución no fue aprobada por supuestamente tener inconsistencias legales. (Diario La Hora, 2018). En este sentido no se avanzó mucho a través del acuerdo mencionado. En definitiva, partiendo desde la idea de que el Ecuador se considera como un estado intercultural y plurinacional, en donde se reconoce legalmente el pluralismo jurídico, es necesario que se señalen mecanismos institucionales precisos de cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria.

Es necesario establecer un diálogo intercultural, en el que se vean los problemas que existen, para que en base a realidades se elaboren los programas, planes y proyectos necesarios; y así, lograr que existan proyectos funcionales, concretos, eficientes, y sobretodo continuos; para mejorar la coordinación y cooperación de ambas justicias.

Capítulo III

Implementación normativa e institucional de mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas justicias

3.1. Análisis del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria

3.1.1 Estado actual del proyecto de ley

El proyecto de ley fue propuesto el 1 de febrero del 2010, por la asambleísta Lourdes Tíban, a través del oficio AN-LTG-0043-10. Posteriormente, a través del memorando N° PAN-FC- 2010, emitido el 04 de febrero del 2010, se solicitó difundir el proyecto de ley a los asambleístas, y a la ciudadanía a través del portal web de la Asamblea Nacional, así como también, remitirlo al Consejo de Administración Legislativa (CAL), para el trámite correspondiente. Tal como lo establece el artículo 55 de la Ley Orgánica De La Función Legislativa.

A través del memorando N° SAN-2010-735 el CAL con fecha 01 de junio del 2010, calificó el proyecto de ley, consideró que este era un tema prioritario para el Ecuador y resolvió enviarlo a la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado.

Posteriormente, en diciembre del 2011, a través del Oficio N.° 715-CEPJEE-P, se emitió el informe por parte de la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, dentro de este se analizó la base legal nacional e internacional pertinente que avalaba el proyecto de ley, la necesidad de una normativa secundaria de

coordinación y cooperación, observaciones al proyecto de ley, mecanismos jurídicos, independencia jurisdiccional, temas de competencia, etc.

Para el primer debate, el proyecto de ley se redujo a 18 artículos, aun así la aprobación del proyecto de ley no ha seguido su curso, hasta el cierre de esta investigación no ha existido un segundo debate, no se emitieron más informes, no ha existido la aprobación del pleno, ni se enviado al ejecutivo. Tal como se ve reflejado en la página web del Observatorio Legislativo:



Gráfico N°2

Año: 2021.

Título: Estado actual del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria

Tipo: Ilustración

Recuperado de: Pagina web Observatorio Legislativo, Asamblea Nacional del Ecuador.

3.1.2 Aspectos del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria

De acuerdo con el contenido del mismo proyecto de ley, este tenía como objetivo determinar las formas de coordinación y cooperación entre ambas justicias, dentro del

marco del mutuo respeto y la interculturalidad, conforme al ordenamiento legal ecuatoriano e instrumentos jurídicos internacionales pertinentes. Para establecer la coordinación y cooperación, el proyecto de ley menciona que se toma en consideración que los dos sistemas jurídicos son diferentes en su origen, normas y procedimientos, pero con un fin común. Asimismo, reconoce que cada sistema tiene sus valores, legalidad y legitimidad. (Proyecto de ley presentado, 2010, art. 1 y 2)

Bajo esta línea, manifiesta que para efectos de cooperación y coordinación, la autoridad indígena competente será la respectiva dispuesta por la colectividad, y reconocida por la misma. Hay que recordar, como se analizó anteriormente, que cada comunidad indígena tiene su propia manera de organización, y su procedimiento para escoger quienes son sus líderes. De acuerdo con el proyecto de ley, estas autoridades deben ser independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional; y, de ser aprobada la Ley sólo estarán sometidos a lo establecido en la misma y en la Constitución. (Proyecto de ley presentado, 2010, art. 7 y 8)

En cuanto a la jurisdicción y competencia que tienen las autoridades indígenas, el proyecto de ley menciona que estas deben ser ejercidas dentro del marco de la norma constitucional, y de conformidad con las tradiciones ancestrales y derecho propio de cada comunidad. Lo cual, ya se encuentra establecido en la Constitución. (Proyecto de ley presentado, 2010, art. 9)

Pero a continuación, el siguiente artículo del proyecto de ley establece que “Las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conocerán y resolverán los conflictos en todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad, ni delito (...) ni la Constitución ni los Instrumentos Internacionales establecen límites en cuanto a la materia, cosas, ni persona o grados” (Proyecto de ley presentado, 2010, art.

10). Como se analizó en el capítulo anterior la Constitución ecuatoriana sí establece límites para el ejercicio de la justicia indígena, eso en base a que aún existe un pluralismo formal unitario. Es así que en la norma suprema se establecen: límites personales, territoriales, formales internos y externos.

El proyecto de ley en este punto cae en una contradicción, ya que, por un lado menciona que el actuar de la justicia indígena se someterá a lo establecido en la Constitución, la cual sí establece límites. Pero, a la vez no reconoce que la misma e incluso instrumentos internacionales establezcan limitación alguna, de cualquier tipo.

Ahora bien, continuando con el análisis el proyecto de ley contempla ciertos escenarios, en cuanto a los conflictos de competencia que pueden surgir entre ambas justicias:

Tabla N°1 -Análisis de la competencia en el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria (2010)

Competencia	Situación
Corte Constitucional	Conflicto de competencias entre autoridades de la justicia indígena y ordinaria.
	Entre una colectividad indígena y un individuo que no se autodefine o niegue ser indígena. La información de la autoridad indígena gozará del beneficio de la presunción de veracidad.
	Entre colectividades indígenas Estos casos serán resueltos por las autoridades de las organizaciones de grado inmediatamente superior a las que pertenezcan las colectividades que son partes del conflicto.
Son competentes las autoridades indígenas en:	Los conflictos entre personas pertenecientes a la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

	<p>Los conflictos en los que esté involucrado un no indígena que tenga domicilio, residencia, negocio, industria o alguna actividad que lo vincule con el quehacer de la comunidad indígena.</p> <p>Si el no indígena no acata lo establecido por la o las autoridades indígenas será expulsado de ella, y sus bienes inmuebles de tenerlos, pasaran al dominio de la respectiva colectividad, salvo los muebles, semovientes, y otros bienes que pueden ser separados de la tierra. El valor de la tierra, edificaciones y los cultivos permanentes o semipermanentes, una vez fijado el precio, serán pagados por la colectividad para entrar ocupar las tierras.</p>
	<p>Los conflictos en los que esté involucrado un no indígena, aun cuando no tenga su domicilio, residencia; negocio o industria en el territorio de la comunidad indígena.</p>
	<p>Los conflictos en los que esté involucrado un no indígena, aun cuando estuviere ocasional o temporalmente en la comunidad indígena.</p>
<p>Son competentes las autoridades de justicia ordinaria:</p>	<p>Cuando sucedan conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas, fuera del territorio indígena.</p> <p>La justicia ordinaria, debe tomar en cuenta la normativa nacional e internacional pertinente para garantizar el pleno goce de los derechos de los miembros de las comunidades que son juzgados ante la justicia ordinaria.</p>
<p>Es facultativo cuando:</p>	<p>Entre campesinos no indígenas si las partes involucradas están de acuerdo pueden someter el conocimiento del conflicto a la autoridad indígena.</p>

Realizado por: Sofía Llerena Pérez. Fuente de la información: Proyecto de ley presentado, 2010, art. 14-19

Por su parte, el proyecto de ley después del debate de la comisión especializada estableció, en cambio, que la competencia se clasificaría en 3 rangos: Competencia material, territorial y personal.

- ❖ Competencia material: de acuerdo con el artículo las autoridades indígenas tienen competencia para conocer y resolver, con base en sus tradiciones ancestrales y derecho propio, todos los conflictos que atenten contra la armonía de la comunidad indígena, esta jurisdicción les compete únicamente sobre los conflictos internos que se desarrollen dentro del ámbito territorial habitualmente ocupan. El artículo es claro en mencionar que no se consideran como conflictos internos los siguientes:
- Genocidio, crímenes de lesa humanidad y aquellos contra el derecho internacional humanitario.
 - Delitos contra la vida y la libertad sexual.
 - Delitos que tengan naturaleza transnacional o cuyo impacto exceda la jurisdicción donde la autoridad indígena ejerza su competencia (fuera del territorio habitual de la comunidad indígena).
 - Delitos contra la seguridad interna y externa del Estado.
 - Delitos contra la administración pública, tributarios y aduaneros.
 - Procesos contenciosos administrativos o en que el Estado sea parte.
 - Casos de violencia intrafamiliar, investigación o impugnación de la paternidad y que versen sobre pensiones de alimentos. (Proyecto de ley para primer debate, 2011, art. 9)
- ❖ Competencia territorial: Las autoridades indígenas deben ejercer jurisdicción únicamente dentro de su ámbito territorial, mismo que comprende el lugar que habitualmente ocupa la comunidad indígena. Si existiere un conflicto entre personas indígenas fuera de sus respectivos ámbitos territoriales, éstas podrán decidir si someten la causa ante las autoridades indígenas u ordinarias. Si las personas consideran que la justicia ordinaria no es competente deben ponerlo en

consideración de forma inmediata y oportuna ante las autoridades indígenas, para que el proceso continúe bajo su jurisdicción. (Proyecto de ley para primer debate, 2011, art. 10)

❖ Competencia personal:

Tabla N°2 - Análisis de la competencia material en el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria (para primer debate 2010)

Competencia	Situación
Corte Constitucional	Conflicto de competencias entre autoridades de la justicia indígena y ordinaria.
Son competentes las autoridades indígenas en:	Los conflictos entre personas pertenecientes a la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.
	Si una parte del conflicto no se considera indígena, pero su residencia o lugar de comercio habitual se encuentra dentro del espacio o lugar habitual de la comunidad indígena, quedan sujetos a la jurisdicción indígena.
Es facultativo cuando:	Un conflicto entre personas no indígenas no suponga conflicto según el derecho propio o consuetudinario de la comunidad indígena, podrán voluntariamente someter la causa ante las autoridades de la jurisdicción ordinaria.
	Cuando el conflicto sea en contra de un miembro de la comunidad indígena, la persona que no pertenece puede elegir la jurisdicción que considere pertinente, se establece la prohibición de obligar a alguien a someterse a la jurisdicción indígena.
	Si existe una vulneración de una persona perteneciente a la comunidad hacia otra que no lo sea o no se considere indígena, si la persona afecta lo decide voluntariamente pueden someter su caso ante jurisdicción ordinaria.

Realizado por: Sofía Llerena Pérez. Fuente de la información: Proyecto de ley para primer debate, 2011, art. 11

Tanto el proyecto de ley presentado, como el proyecto modificado por la comisión especializada, que fue analizado en el primer debate, establecen que, si el conflicto se llegase a dar entre autoridades, la competente en resolver es la Corte Constitucional. (Proyecto de ley para primer debate, 2011)

3.1.2.2 Mecanismos de coordinación y cooperación que contempla el proyecto de ley

Tal como fue analizado en el capítulo anterior, los cuerpos legales ecuatorianos sí contemplan mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas justicias, aunque estos no sean siempre aplicados, ni del todo eficaces. De acuerdo con el proyecto de ley tenemos los siguientes llamados “mecanismos específicos” que deben respetar los derechos de libre determinación y autonomía de las comunidades indígenas:

❖ Para el cumplimiento y ejecución de las decisiones de autoridades indígenas:

Las autoridades indígenas podrán solicitar la colaboración y cooperación de las autoridades judiciales, fiscales, policiales y administrativas del Estado, que consideren necesarias para el mencionado fin. Si las autoridades a las cuales solicitaron apoyo no cumplen con el auxilio solicitado estas deben asumir la responsabilidad de los perjuicios ocasionados por la omisión, El incumplimiento constituye delito tipificado en el Art. 277 del Código Penal (Proyecto de ley, 2010, art 25). Para el momento en el que se discutía sobre este proyecto de ley aún no estaba vigente el Código Orgánico Integral Penal (COIP), por lo que al delito que se refiere es al contemplado en el cuerpo legal anterior a este, el cual es prevaricato.

- ❖ Abstención de conocer casos: si las autoridades de la jurisdicción ordinaria llegasen a conocer un caso que involucre a personas o bienes indígenas, o el conflicto se haya producido dentro el territorio indígena, deben abstenerse de acusar y juzgar, y regresar el caso a conocimiento de las autoridades indígenas. (Proyecto de ley presentado, 2010, art 26).
- ❖ Asistencia de profesionales y especialistas: en dos sentidos, en primer lugar, el proyecto de ley menciona el uso de peritos interpretes especialistas en lenguas nativas, profesionales en antropología y sociología jurídica y/o cultural para los miembros de comunidades dentro de los procesos que los involucren. En segundo lugar, plantea la conformación de una Sala Especializada dentro de la Corte Constitucional, la misma estaría conformada por un equipo multidisciplinario e intercultural, con especialistas en derecho indígena, autoridades de la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal. El fin de esta Sala Especializada es que sea la que resuelva cuando a la Corte Constitucional le lleguen casos que involucren a miembros de comunidades indígenas. (Proyecto de ley presentado, 2010, art 27-30).
- ❖ Fiscalías indígenas: de acuerdo con el proyecto de ley estas debían ser complementadas y fortalecidas por el Ministerio Público, establece también que las fiscalías indígenas son un espacio público de cooperación y coordinación entre los dos sistemas jurídicos, y deben velar por el pleno cumplimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, cuando sus miembros sean procesados por la jurisdicción ordinaria. (Proyecto de ley presentado, 2010, art 31).

Para el primer debate de la Asamblea Nacional, dentro del proyecto de ley, todos los artículos mencionados que se supone establecían mecanismos de coordinación y

cooperación fueron reducidos a únicamente un artículo, el número 17, el mismo que establecía que se debe aplicar el principio de reciprocidad entre ambos sistemas, lo cual significaba que las actuaciones de las autoridades indígenas y ordinarias deberían articularse por medio de la corresponsabilidad y asistencia, se menciona además que se suscribirán convenios de cooperación entre las instituciones estatales y autoridades indígenas. Se establece que los convenios de cooperación deberían ser publicados en el Registro Oficial. (Proyecto de ley para primer debate, 2011, art. 17)

Entre otra de la medida se establece el uso y presencia de intérpretes interculturales cuando se dé el juzgamiento de miembros de una comunidad indígena en la jurisdicción ordinaria. Así como también, de ser necesario contar con asesoría para la prevención de conductas que afecten la integridad familiar y los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. (Proyecto de ley para primer debate, 2011, art. 17)

Cómo tal el proyecto de ley presentado y el adecuado para el primer debate, planteaban ciertos mecanismos de cooperación y coordinación entre ambas justicias que ya se encontraban en el Código Orgánico de la Función Judicial desde el 2009, por ejemplo: el uso de profesionales expertos en derecho indígena, interpretes, antropólogos, peritos especializados y traductores con el fin de garantizar el principio de igualdad, de los miembros de comunidades que se encuentren dentro de algún proceso en la justicia ordinaria.

En cuanto a la “abstención de conocer casos”, es una figura equiparable a la figura de la declinación de competencias, la cual ya forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Pero, lo innovador en el proyecto de ley, y lo cual podría ser un ajuste adecuado es que esta declinación se haga desde la justicia ordinaria. Es decir, cuando el funcionario judicial conozca que una de las partes controvertidas en el proceso o ambas

pertenecen a una comunidad indígena, debe remitir el proceso a la autoridad indígena considerada la competente para ejercer jurisdicción, ya que, desde la creación de esta figura hasta la actualidad para que opere este mecanismo de coordinación y cooperación debe ser solicitada por la autoridad indígena, quienes además deben asumir la carga probatoria en un lapso determinado.

Respecto al fortalecimiento de las fiscalías indígenas, resulta necesario que se lleve a cabo esto, el proyecto de ley no es muy preciso en este asunto, solo asume la cooperación que debe existir, pero no establece ningún lineamiento, lo que sí resulta idóneo es que de acuerdo con este proyecto de ley los fiscales en asuntos indígenas deben velar por la persona procesada, debido a que las fiscalías indígenas son vistas como un “espacio público de cooperación y coordinación entre los dos sistemas jurídicos”, lo cual no es lo que actualmente sucede, ya que el fiscal en asuntos indígenas sólo se encarga de la recepción de la denuncia y la defensa del accionante, es un equivalente a un fiscal de cualquiera de las unidades que existen en la Fiscalía.

Lo nuevo del proyecto de ley es la conformación de una Sala Especializada dentro de la Corte Constitucional, que resuelva los casos que lleguen a la Corte Constitucional e involucren a miembros de comunidades indígenas, la misma debía ser conformada por un equipo interdisciplinario. Quizás no resulte necesario crear la sala especializada y seguir institucionalizando al derecho indígena, pues es deber de todos los administradores de justicia respetar y garantizar el ejercicio del derecho indígena, junto con los principios de jurisdicción indígena, de ser el caso que la Corte Constitucional llegue a conocer un caso que involucre a miembros de comunidades indígenas, esta debe actuar respetando los principios analizados.

No es la primera vez que en la historia del Ecuador desde 1998, año en donde se reconoció constitucionalmente el pluralismo jurídico, se han presentado proyectos de ley relativos al ejercicio de la justicia indígena. El 13 de noviembre del 2001 los representantes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, presentaron, el proyecto de ley denominado “Ley de ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas”, ante el Congreso Nacional, este proyecto de ley fue el resultado de más de tres años de discusión al interior de los pueblos y nacionalidades indígenas. Dicho proyecto fue aprobado en segundo debate, pero fue vetado totalmente el 8 de enero del 2002, por el ex presidente de la república Gustavo Noboa Bejarano. (García, citado por Tapia).

Posteriormente, luego de varios meses, el 27 de noviembre del 2002, la Universidad Andina Simón Bolívar presentó el proyecto de ley denominado “Ley de compatibilización y de distribución de competencias en la administración de justicia”, como resultado de varios debates entre organizaciones indígenas, académicos, investigadores, jueces y magistrados. Pero el Congreso Nacional observó ciertas irregularidades, desde el primer momento el proyecto no fue conocido por la comisión correspondiente y finalmente se elaboró un borrador de informe que contenía 30 observaciones, con lo cual finalmente dicho proyecto fue archivado. (García, citado por Tapia).

Ahora bien, hay que tener presente que la manera de ejercer justicia dentro de cada comunidad es diferente, las normas, los procedimientos, sanciones e incluso valores comunitarios son distintos. Los aspectos mencionados varían de comunidad en comunidad, las prácticas de justicia indígena de una comunidad de la Sierra no resultan ser las mismas prácticas de otra comunidad de la misma región, siendo así son menos similares las maneras de ejercer justicia de una región a otra. Por lo que, establecer a

través de una ley mecanismos de coordinación y cooperación a modo general, no resultaría ser adecuada para cubrir las diferentes necesidades que surgen entre cada comunidad y la justicia ordinaria.

La existencia de una Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, la cual sería analizada, debatida y aprobada por legisladores, que en su mayoría no pertenecen a comunidades indígenas, como la que contempla el proyecto de ley, resultaría incluso como un limitante del ejercicio de la justicia indígena.

3.2 Política pública para la existencia de coordinación y cooperación

La existencia de coordinación y cooperación entre ambas justicias es algo que no puede ser resuelto únicamente con el establecimiento de una ley o reglamento, que incluso podría llegar a establecer más límites, de los que ya tiene el ejercicio de la justicia indígena. La existencia de coordinación y cooperación debe ser vista como un proceso, y podrían llegar a pasar varios años hasta conseguir finalmente un Estado Pluricultural fuertemente consolidado, que respete las diferencias, y no únicamente sea establecido en la norma. Tal cómo se ha evidenciado en las luchas sociales que han tenido los pueblos indígenas para el reconocimiento de sus derechos y las garantías para el ejercicio de las mismas.

Dentro de este proceso es necesario que exista el uso de política pública. Dentro de los Estados es de gran importancia el uso de la misma para reforzar a los sistemas legales. Según Raúl Velásquez la política pública es:

Un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades

con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener. (Velásquez, 2009, 156)

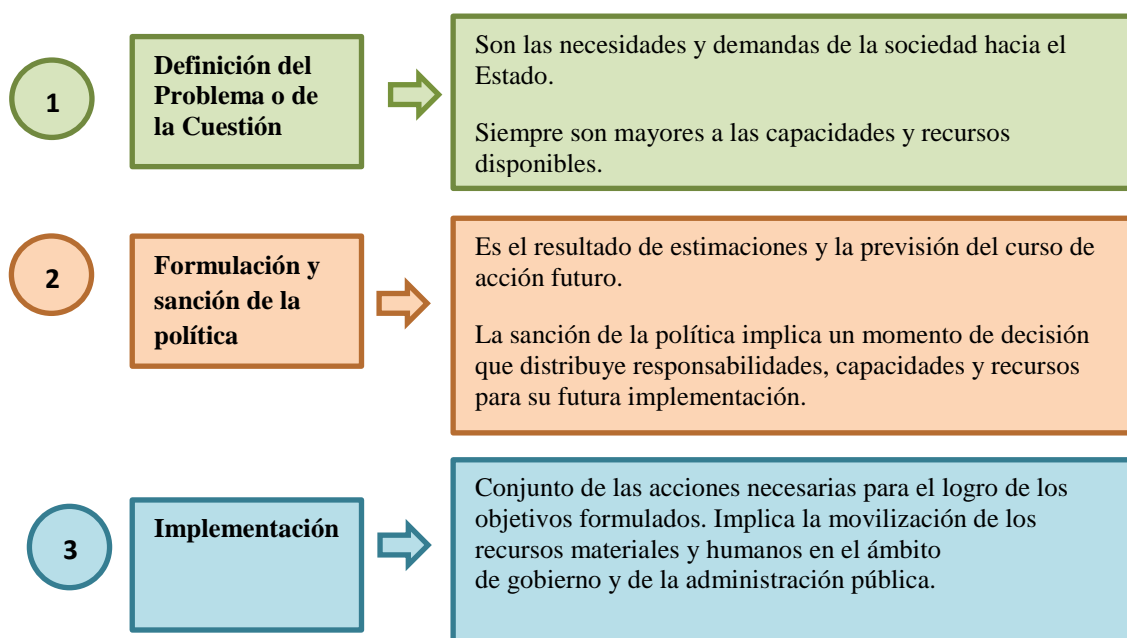
Para Aguilar (2009) la política pública “es un conjunto (secuencia, sistema, ciclo) de acciones, estructuradas en modo intencional y causal, que se orientan a realizar objetivos considerados de valor para la sociedad o a resolver problemas cuya solución es considerada de interés o beneficio público”. (Citado por Jaime, Dufour, Alessandro, y Amaya, p. 59)

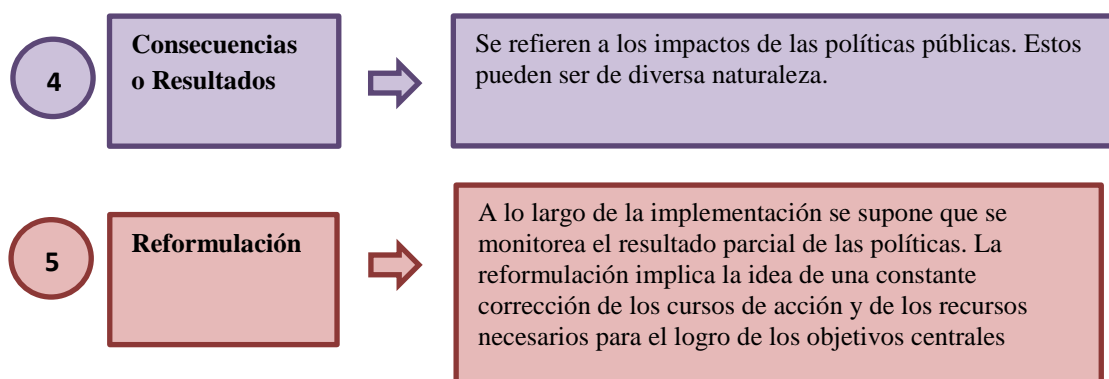
Por lo tanto, la política pública es una serie de acciones, decisiones, acuerdos e instrumentos, que permite que se generen directrices que lleven a solucionar o prevenir situaciones problemáticas, para que, de esta manera se logre una vida digna para todos, y generar un beneficio.

Para Mendoza las políticas públicas son cursos de acción, enfocadas a un fin, definen estrategias de acción encaminadas a resolver problemas públicos a partir del interés y opinión de los grupos sociales afectados” (Citado por Mosquera, 2017)

3.2.1 Pasos para la elaboración política pública

Gráfico No.3 - Pasos para la elaboración política pública





Realizado por: Sofía Llerena Pérez. Fuente de información: Norberto Zeller (compilador), 2007.

3.2.2 A modo de propuesta

En cuanto a la justicia indígena, su reconocimiento como un sistema de justicia independiente, y la coordinación y cooperación entre ambas justicias, es necesaria la implementación de política pública, en dos ejes principales:

- ❖ Capacitación continua a funcionarios judiciales y comunidades indígenas.
- ❖ Fortalecimiento de las fiscalías de asuntos indígenas.

Siguiendo los pasos de Norberto Zeller, se puede planificar a la política pública de la siguiente manera:

1. Definición del Problema o de la Cuestión

Si bien es cierto, de acuerdo con lo analizado anteriormente, a la ley establece como mecanismos normativos para la cooperación y coordinación entre ambas justicias a la capacitación y las fiscalías indígenas. Sin embargo, éstas no han sido eficaces, ni suficientes, por lo cual se presenta aquí el problema.

En cuanto a la capacitación, de acuerdo con la investigación realizada, las capacitaciones no son frecuentes, desde la firma del Convenio de Cooperación

Interinstitucional entre el Consejo de la Judicatura y la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie), en el año 2018. Por parte del Consejo de la Judicatura, de acuerdo con la revisión de los informes de rendición de cuentas en el 2018, no existe registro de capacitaciones en este sentido, y con respecto a justicia indígena únicamente se menciona que se realizaron 4 informes sistematizados sobre “Cooperación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena con énfasis en la aplicación del principio de Interculturalidad”, mismos que tenían como objetivo promover el óptimo acceso a la justicia por parte de la ciudadanía, según el mismo informe el objetivo se cumplió en un 100%. Pero, no se socializaron dichos informes sistematizados, ni existen detalles de lo trabajado.

De la revisión del informe de la rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura del 2019, se obtuvo que no existieron ni capacitaciones, ni informes, ni detalles de cualquier trabajo realizado, correspondientes a coordinación y cooperación entre ambos sistemas de justicia, principios de justicia intercultural o figuras como las ya analizadas: declinación de competencias y fiscalías indígenas.

Para el año 2020, en el informe de la rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura consta que se llevó a cabo un seminario, mismo que fue organizado por la Fundación Regional en Asesoría de Derechos Humanos INREDH, la comunidad San Pedro del Cañar y el Consejo de la Judicatura, el mismo fue realizado con el objetivo de promover el diálogo entre justicia indígena y ordinaria a través del estudio de herramientas jurídicas que clarifican los ámbitos de acción de las dos justicias. El tema del seminario fue: “Conversatorio Análisis de los alcances de la amnistía y sentencia de Corte Constitucional No. 134-13-EP/20” y contó con la participación de 500 asistentes, entre ellos autoridades de la justicia indígena de Cañar y jueces de la justicia ordinaria de la provincia. (Consejo de la Judicatura, 2020)

Por parte de la Fiscalía General de Estado, según el boletín de prensa FGE No. 1046-dc-2020, en el año anterior se llevó a cabo una capacitación sobre justicia indígena, misma que estuvo dirigida a 2600 funcionarios judiciales, fue un curso virtual, cuyo objetivo era actualizar y reforzar los conocimientos, respecto a los alcances y límites del sistema de administración de justicia indígena y su relación con la justicia ordinaria. La capacitación se llevó a cabo del 16 al 18 de noviembre del 2020, y de acuerdo con la Fiscalía General del Estado es parte del Plan de Capacitación Institucional que ejecuta la Dirección de Capacitación y Fortalecimiento Misional de la FGE. (Fiscalía General del Estado, 2020). Dentro del mismo boletín no se menciona cuántas horas duró la capacitación, y tampoco los resultados obtenidos de la misma.

En cuanto a las Fiscalías Indígenas, en el acuerdo No. 064-MFG-2007, suscrito por el Ministerio Público y el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos (CODENPE), desde el 2007 se establecieron las funciones de los fiscales en asuntos indígenas, las cuales ya fueron mencionadas en el anterior capítulo. De lo analizado durante la investigación la creación de las fiscalías de asuntos indígenas fue vista como una respuesta a la falta de mecanismos de coordinación y cooperación institucionales entre ambas justicias, pero no existe gran diferencia entre las funciones de los fiscales en asuntos indígenas y las funciones de los fiscales de las otras unidades, sus labores esenciales son: receptor denuncias, dirigir la investigación pre procesal, y efectuar las diligencias necesarias durante la investigación y seguir el proceso penal correspondiente, como la parte acusadora.

La dos únicas diferencias, como se mencionó con anterioridad, es que los fiscales indígenas deben dominar a totalidad el idioma nativo de la comunidad, y tener un vínculo con la misma. El fin de dominar el idioma de la comunidad es garantizar el acceso a la justicia penal de uno o varios miembros de una comunidad indígena. Pero, de acuerdo

con el art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial los principios de la justicia intercultural ya garantizan aquellos.

Con respecto al vínculo con la comunidad, se debe tener en cuenta algunos factores, las fiscalías en asuntos indígenas se encuentran en varias provincias, cada provincia tiene varias comunidades, y resulta imposible que los fiscales en asuntos indígenas tengan un vínculo con cada una de ellas. Como se puede observar en los casos analizados, de hecho el Consejo de justicia indígena estaba conformado por varias comunidades del Alto Cañar, y fue el mismo fiscal de asuntos indígenas quien impulso los procesos en contra de líderes y miembros de la comunidad, sin antes conocer sobre las actas donde contaban los acuerdos del proceso de justicia indígena, ni el contexto del consorcio de comunidades indígenas de San Pedro, y sin percatarse que cada vez existían más y más acusaciones por parte de las personas que fueron sancionadas.

Como se puede evidenciar, en cuanto a capacitaciones en los últimos años, se han realizado únicamente dos capacitaciones, y una de ellas solo fue dirigida a funcionarios judiciales, las personas que capacitan son expertos en derecho ordinario. Por parte de las instituciones estatales, al menos por el momento, solo se ha capacitado a funcionarios, no hay presencia en el campo, ni hay intercambio de saberes. Por lo que, sin esos elementos no se puede hablar sobre una verdadera capacitación integral en temas de interculturalidad y pluralismo jurídico. Asimismo, las capacitaciones no han sido frecuentes, ni periódicas, inclusive aun después de suscribir el acuerdo.

2. Formulación y sanción de la política

Como se analizó en el gráfico No.2 este paso involucra: “un momento de decisión que distribuye responsabilidades, capacidades y recurso” (Zeller, 2007). Por lo que resulta

importante que para lograr capacitación continúa a funcionarios judiciales y comunidades indígenas y fortalecer las fiscalías de asuntos indígenas, es necesario tomar en cuenta que:

a.) La capacitación:

- ❖ Debe tener dos vías, debe estar dirigida a los operadores de justicia, pues son quienes están encargados de la administración de justicia, y son quienes tienen contacto directo con los miembros de comunidades indígenas cuando ellos acuden a la justicia ordinaria. Así como también, debería estar dirigida a los miembros y autoridades indígenas, para que estos conozcan sus derechos, aplicación de garantías y principios que deben ser respetados. La capacitación es necesaria en ambos sentidos.
- ❖ Debe ser más frecuente, y debe abarcar temas como: Derecho y justicia indígena, pluralismo jurídico, normativa nacional e internacional sobre el pluralismo jurídico, principios de interculturalidad, como proceder ante la declinación de competencias, etc. También debe contar con la presencia de autoridades y miembros de comunidades indígenas, para lograr una capacitación en ambos sentidos.

b.) Las fiscalías en asuntos indígenas:

- ❖ En este sentido, la existencia de las fiscalías indígenas no debe estar orientada únicamente a que estos funcionarios sean operadores de justicia que básicamente se dediquen a receptor denuncias en un idioma y continuar el proceso, ya que se debe dar por entendido que esto lo debe aplicar cualquier funcionario judicial, en cumplimiento a lo que dictamina el Código Orgánico de la Función Judicial. Para que exista una verdadera coordinación y cooperación, las fiscalías de asuntos indígenas deben

trabajar en conjunto con las comunidades, esta institucionalidad no permite hacer mucho.

3. Implementación:

La implementación de las capacitaciones continuas y el fortalecimiento de las fiscalías debe llevarse a cabo en las provincias que cuentan con esta unidad fiscal, que de acuerdo con la Fiscalía General del Estado tal como fue visto antes, son las provincias que cuentan con una población indígena significativa: Guayas, Esmeraldas, Morona, Zamora, Napo , Pastaza, Morona Santiago, Cañar y Loja.

Las fiscalías en asuntos indígenas deberían:

- ❖ Estar orientadas a ser organismos que estén en continuo contacto con las comunidades indígenas de la provincia la que forman parte, y no únicamente se verifique con un certificado que pertenecen a una comunidad indígena.
- ❖ Conocer la organización y manera de ejercer justicia de cada comunidad indígena de la provincia a la que pertenecen.
- ❖ Al receptar una denuncia, valorarla y analizarla de acuerdo al contexto propio de la comunidad.
- ❖ Realizar una investigación dentro de la misma comunidad indígena para conocer si existe o no una resolución anterior por parte de las autoridades indígenas.

Ahora bien, tal como se menciona en el gráfico No2, para lograr los objetivos de la política pública, en este caso en concreto: lograr que exista cooperación y coordinación entre justicia indígena y ordinaria a través de capacitaciones y el fortalecimiento de fiscalías en asuntos indígenas, el conjunto de las acciones necesarias implica la

movilización de los recursos materiales y humanos necesarios para lograrlo, y es el Estado el llamado a cumplir con esta responsabilidad. La administración pública es la llamada a ejecutar todo un proceso de planificación e implementación de política pública.

4.) Consecuencias o Resultados:

Como este punto se refiere al impacto alcanzado por la política pública, este debe ser analizado una vez implementada la política pública. Aquí se verifica el cumplimiento o no de los objetivos de la política pública, se puede visualizar la magnitud del problema y si este ha reducido o no, se puede verificar los efectos de la aplicación de las medidas tomadas. Para ello es importante el señalamiento de indicadores de resultados, tales como:

- ❖ Establecer estadísticas en cuanto al número de capacitaciones programadas en cada provincia y su cumplimiento.
- ❖ Establecer estadísticas con respecto al número de personas capacitadas: funcionarios judiciales y miembros de comunidades indígenas.
- ❖ Llevar a cabo un análisis de los temas tratados, para verificar si es suficiente o se debería abarcar más.
- ❖ Número de casos coordinados entre ambas justicias, a través de la declinación de competencias, la aplicación de los principios de interculturalidad y el actuar de fiscalías indígenas.

5.) Reformulación:

Lograr que existencia de coordinación y cooperación entre justicia indígena y ordinaria, y un verdadero dialogo cultural entre ambas, es un proceso que podría llevar varios años hasta conseguir finalmente que exista coordinación y cooperación y que la

justicia indígena deje de estar subordinada. A lo largo de la implementación, se deben ir monitoreando y verificando el alcance de la política pública, porque es necesario ir corrigiendo y reformulando los cursos de acción para lograr el objetivo.

La reformulación debe realizarse de manera objetiva, conforme a los resultados previstos según los indicadores aplicados, mencionados en el punto anterior, para que de esta manera se logre evaluar el impacto de la política pública, trabajar en su adecuación para aplicarla nuevamente y lograr resolver el problema de falta de cooperación y coordinación de ambas justicias.

CONCLUSIONES

- ❖ Ecuador desde inicios de su República ha mantenido la idea de estado-nación, lo cual ha hecho que el Estado no se preocupe por verificar condiciones en la que varias culturas puedan coexistir en igualdad. Por el contrario, esta definición plantea, como ya se mencionó, que todos los aspectos de un Estado sean homogéneos, lo que implica uniformidad en el lenguaje oficial, un sistema jurídico único, y a veces incluso una sola religión aceptada, etc.
- ❖ En el Ecuador, desde antes de haberse consolidado como una República, se llevaban a cabo procesos de justicia indígena, pero fue desde 1998 que se dio su reconocimiento formal en la Constitución, lo mismo que se mantuvo y fortaleció en la Constitución del 2008. Este reconocimiento implica que en el Ecuador existe más de un sistema jurídico, lo cual quiere decir que existe pluralismo jurídico en el Ecuador.
- ❖ En el Ecuador, siempre han existido diversos pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, por lo mismo, cada una tiene una forma propia de ejercer funciones jurisdiccionales, tener su propio sistema de administración, idioma, tradiciones, etc. De acuerdo con la Constitución ecuatoriana, las comunidades indígenas tienen el derecho de aplicar, desarrollar y practicar prácticas ancestrales de justicia, pero esto dista mucho en la realidad, ya que, como fue explicado dentro del trabajo de investigación la justicia occidental impone límites de carácter: personal, territorial y de competencia, lo que da como resultado la existencia de un pluralismo jurídico formal unitario, que tal como se analizó comprende el reconocimiento de otros sistemas de justicia en la norma estatal, pero subordinado por la justicia occidental.

- ❖ En el ordenamiento legal ecuatoriano como mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, se contemplan 2 tipos: mecanismos normativos e institucionales. En cuanto a mecanismos normativos, se encuentra la declinación de competencias, pero tal como se analizó y de acuerdo con la investigación aún queda mucho por trabajar, la figura no está definida claramente en la norma, e incluso resulta desconocido qué debe contener la solicitud de las autoridades indígenas. En cuanto a los mecanismos institucionales, están: las fiscalías indígenas y las capacitaciones, y al igual que los mecanismos normativos, aún queda mucho por hacer. Los fiscales en asuntos indígenas no deberían hablar únicamente el idioma, sino que deberían estar en continuo contacto con las comunidades indígenas de la provincia la que forman parte, resulta importante también que conozcan la manera de ejercer justicia de cada comunidad. Y con respecto a las capacitaciones, no han sido permanentes ni continuas, no existe un verdadero intercambio de saberes, ni visitas a territorio, ya que, no se capacita en conjunto, en su mayoría están dirigidas a los operadores de justicia y se deja de lado a las comunidades y autoridades indígenas.
- ❖ La inexistencia de mecanismos de coordinación y cooperación claros, adecuados y eficaces, entre justicia indígena y justicia ordinaria, ocasiona que vulneren derechos constitucionalmente reconocidos como el de aplicar, desarrollar y las prácticas ancestrales de justicia por parte de miembros de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la seguridad jurídica, y el debido proceso, porque al no aplicarse ningún mecanismo dentro de los procesos mencionados y analizados, se produjo una vulneración de derechos. Así como también, se generaron efectos psicológicos, en las personas procesadas y todo su entorno, debido a que no conciben a la prisión como un mecanismo de sanción. Socialmente también se

afectó a la comunidad, ya que, el consorcio se debilitó debido al miedo de las personas a ser procesadas por ejercer su derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referencias Bibliográficas Capítulo I:

Ávila, R. (2013). La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3826>.

Ayala, E. (2002). Ecuador: patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad. Quito, Ecuador Universidad Andina Simón Bolívar.

Bonilla M. (2006). Revista de Derecho Universidad de los Andes Bogotá. *Pluralismo jurídico y propiedad extralegal: Clase, cultura y derecho*. Volumen, (36), (p.207-233)

Bonilla y Ariza. (2007). *El Pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*. Bogota, Colombia: Siglo del Hombre editores.

Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

CONAIE, (1989). *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador, Nuestro proceso organizativo*. Quito, Ecuador: Abya Yala.

Dávalos, P. (2000). *Movimiento indígena ecuatoriano: La constitución de un actor político*. Recuperado de: <http://icci.nativeweb.org/papers/davalos1.pdf>.

De Sousa, B. y Grijalva A. (Eds.). (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburg/ Abya Yala.

Díaz, O. y Antúnez, A. (2016). Revista Temas Socio Jurídicos. *El conflicto de competencia en la justicia indígena del ecuador*. Volumen. (35), (p. 95-117)

Flores, D. (s/f). *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*.

Recuperado de:

https://www.inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_danie_laflores.pdf.

Guerra, L. (2018). La aplicación del principio de non bis in ídem en los actos de

Competencia desleal con énfasis particular en el sector de las Telecomunicaciones. (tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar.

Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6125/1/T2632-MDEMGuerraLa%20aplicacion.pdf>

Hernández, M. (2011). *Justicia indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Larrea, M (13, enero, 2004). El Movimiento Indígena Ecuatoriano: participación y resistencia. *CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales*.

Recuperado de:

<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/osal/20110307010944/6ACMaldonado.pdf>

Llano, J. (2012). Criterio Jurídico. *Teoría del derecho y pluralismo jurídico*. 12(1), (p.p 191-214). Recuperado de:

<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/586/769/>.

- Lasag, R. (2013), ¿Justicia indígena Delito o Construcción de la Plurinacionalidad?: Caso La Cocha en SANTOS, Boaventura y GRIJALVA, Agustín, Justicia indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en el Ecuador, Ediciones ABYA YALA.
- Ortiz, P. (2014). *Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina Una panorámica de cuarto de siglo*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Pérez, C. (2015). *Justicia Indígena*. Recuperado de: <https://www.azuay.gob.ec/wp-content/uploads/2019/11/Justicia-indigena.pdf>
- Rengifo, C. Carlos A, Wong J. Eduard M, Posada Jorge G. (2013). Pluralismo jurídico: Implicaciones epistemológicas. Volumen (15), (p .27-40)
- Rivera, F. (1998). América Latina, hoy. *Los indigenismos en Ecuador: de paternalismos y otras representaciones*, 19, (pp.57-63). Recuperado de: <https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/2251/0>.
- Salgado, J. (Comp.) (2002). Justicia y derecho en la administración de justicia indígena. Aportes para un debate. Quito, casa editorial: Universidad Andina Simón Bolívar / Embajada Real de los Países Bajos / Abya-Yala
- Schmill, U. (2003). El positivismo seguro. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Volumen (53), (p.139). DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2003.240.61412>
- Toticagüena M. y Riaño, E. (2016). *Aproximación a los conceptos de asimilación, segregación e integración cultural a través de la composición musical*. DEDICA. REVISTA DE EDUCACIÓN E HUMANIDADES, volumen (10), (p. 215-228)

Yrigoyen, R. (1995) *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario*. Lima, Perú: CEAS.

Yrigoyen, R. (2000). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). *Revista Pena y Estado* # 4. Recuperado de: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4323/jurisdiccion-andinos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Yrigoyen, R. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino Recuperado de: <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>

Rivera, F. (1998). América Latina, hoy. *Los indigenismos en Ecuador: de paternalismos y otras representaciones*, 19, (pp.57-63). Recuperado de: <https://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/2251/0>.

Hoekeman, A. (2002). El otro Derecho, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, 26-27, (pp.1-86). Recuperado de: http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_26_27/El_otro_derecho_26.pdf.

Normativa:

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 169.

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

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (1830).

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (1835).

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (1869).

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (1998).

Asamblea Nacional del Ecuador. Código orgánico de la función judicial. [Ley 0 de
2009]. (22 de mayo de 2015). RO. 544 de 22 de mayo de 2015.

Referencias bibliográficas capítulo II:

Albán, P. (2018). *La justicia indígena en el Ecuador: La comunidad San Pedro en la provincia de Cañar*. (Tesis de maestría). Universidad de Azuay: Cuenca, Ecuador.

Anichiarico, A. (2015) Amnistías condicionadas y crímenes internacionales. Una visión desde la justicia transicional (Tesis de maestría, Universidad Carlos III de Madrid). Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21230/TFM_MEADH_Angelica_Anichiarico_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Badía, J. (1975). La nación . *Revista de estudios políticos*. (202), ISSN 0048-7694, (pp.5-58). Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/355872071/Dialnet-LaNacion-1705042-pdf>

- Zúñiga, D. (2008). Nación, identidad y ciudadanía: del ejercicio de inclusión al de exclusión. *Revista Ciencias Sociales Universidad Icesi*. 2 (diciembre), (pp.165-80). DOI: <https://doi.org/10.18046/recs.i2.415>.
- Bernal, N. (2013). Cuestiones Constitucionales *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de Derecho*. (28), (pp. 365-383). Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n28/n28a12.pdf>
- Carrillo, Y. y Cruz, P. (2016). Algunos límites a la justicia indígena en Ecuador. *Ratio Juris*. 11(23), 10.24142/raju.v11n23a6. (pp.155-188). DOI: 10.24142/raju.v11n23a6
- Consejo de la Judicatura (2018). Consejo de la Judicatura y Conaie institucionalizan creación de la Mesa por la Justicia Indígena. Recuperado de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/7057-consejo-de-la-judicatura-y-conaie-institucionalizan-creaci%C3%B3n-de-la-mesa-por-la-justicia-ind%C3%ADgena.html>
- Consejo de la Judicatura. (2016). Guía para la transversalización del principio de interculturalidad en la justicia ordinaria. Recuperado de: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/GUIA%20INTERCULTURALIDAD.pdf>
- Cordovéz, M., Villegas, M, Romo-Leroux, R. (2021). Un acercamiento al estado plurinacional y el estado constitucional de derechos: dicotomías entre justicia indígena y ordinaria, 8 (1), (pp.119-143). DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2180>

Díaz, E. y Antúnez, A. (2016). Revista Temas Socio Jurídico. *El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador*. 35(70), (pp. 95 - 117). Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35496.pdf>

Equipo consultor del GAD Parroquial Honorato Vásquez. (2015). *Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial de la Parroquia Honorato Vásquez. Diagnóstico Parroquial Preliminar*. Recuperado de: http://app.sni.gob.ec/sni-link/sni/PORTAL_SNI/data_sigad_plus/sigadplusdocumentofinal/0360018010001_PDYOT%20H_29-10-2015_15-30-17.pdf

Fiallos, E. (2009). El delito político y la amnistía: vigencia en la

Fiscalía General del Estado (2015). Fiscalía indígena de Guayas consigue primera sentencia por el delito de violación. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-indigena-de-guayas-consigue-primera-sentencia-por-el-delito-de-violacion/>

Fiscalía General del Estado (2015). Fiscalías especializadas. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalias-especializadas/>

Gallego, C. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el estado social. Revista JURIDICAS. 9(2). (pp.70-90)

Jara, E. (2016). Violación a la seguridad jurídica y normas del debido proceso. (Tesis de Maestría). UNIANDÉS. Recuperado de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/4731>

Fiallos, E. (2009). El delito político y la amnistía: vigencia en la legislación ecuatoriana. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de:

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/373/1/T692-MDE-Fiallos-El%20delito%20pol%c3%adtico%20y%20la%20amnist%c3%ada.pdf>

Llano, J. (2012). Criterio Jurídico. *Teoría del derecho y pluralismo jurídico*. 12(1), (p.p 191-214). Recuperado de: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/586/769/>

López, G. (2006). Pueblos Indígenas. Recuperado de: http://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/430trabajo.pdf?PHPSESSID=ffc42510e755335c76404a255913b8ab

Molina, J. (2013). *Análisis de las garantías del debido proceso en la justicia indígena: una primera aproximación a la interpretación de los Derechos humanos desde la cosmovisión indígena, caso La Cocha 2010*. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Recuperado de: <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/5898/T-PUCE-6057.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Peñañiel, N. (2017). *El desconocimiento de la justicia ordinaria a la justicia indígena en la comunidad de San Pedro del cantón Cañar*. (Tesis de maestría). Unidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6424/1/T2740-MDPE-Pe%C3%B1a%20afiel-El%20desconocimiento.pdf>

Pesantes, H. (1990). La amnistía y su doctrina. Recuperado de: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2_La_Amnistia_Y_Su_Doctrina.pdf

Saavedra, L., Kurikama, A., Burbano, H., Atupaña N. y Chiriboga, P. (2017) La justicia indígena en San Pedro de Cañar. Recuperado de: https://www.inredh.org/archivos/pdf/i_justiciaindensan%20pedro_2017.pdf.

Schiele, A. (2008). La jurisprudencia como fuente del Derecho: El papel de la jurisprudencia. Recuperado de: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>

Sin autor. (19 de agosto de 2012). ‘Sombra Negra’ encuentra un espacio para dar paz. *El Telégrafo*. Recuperado de: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/regional/1/sombra-negra-encuentra-un-espacio-para-dar-paz>

Sin autor. (20 de diciembre de 2018). La Conaie conformará Mesa de Justicia Indígena. *Diario La Hora*. Recuperado de: <https://lahora.com.ec/loja/noticia/1102209358/la-conaie-conformara-mesa-de-justicia-indigena->

Sin autor. (21 de abril de 2015). Pandilla “Sombra Negra” trasciende fronteras. *El Diario*. Recuperado de: <https://eldiariony.com/2015/04/21/pandilla-sombra-negra-trasciende-fronteras/>

Sosa, E., Campoverde, L., & Sánchez, M. (2019). Los principios de titularidad, exigibilidad e igualdad y no discriminación como principios de aplicación de los derechos en el estado ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*, 11(5), 428-436. Recuperado de: <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>

Equipo consultor del GAD Parroquial Honorato Vásquez. (2015). *Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial de la Parroquia Honorato Vásquez. Diagnóstico*

Parroquial Preliminar. Recuperado de: http://app.sni.gob.ec/sni-link/sni/PORTAL_SNI/data_sigad_plus/sigadplusdocumentofinal/03600180100_01_PDYOT%20H_29-10-2015_15-30-17.pdf

Villavicencio, L. (2018). HYBRIS. Revista de Filosofía. Justicia social y el principio de igualdad - Social Justice and Equality Principle, 9(Nº Especial: Debates contemporáneos sobre Justicia Social), (pp. 43-74), DOI: 10.5281/zenodo.1320372

Normativa:

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 169.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código orgánico de la función judicial. [Ley 0 de 2009]. (22 de mayo de 2015). RO. 544 de 22 de mayo de 2015.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de la Función Legislativa

Resolución N° RL-2019-2021-072, Asamblea Nacional.

Fiscalía General del Estado. Reglamento para concurso de merecimientos para Fiscalías Indígenas. (2011). Resolución n° 012-fge-2011

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. (30 de julio de 2014) Sentencia SEP-CC- 113-14. [MP Fabián Jaramillo Villa].

Segundo Tribunal de Garantías Penales de la provincia del Cañar. (20 de julio de 2017).

[MP José Urgiles]

Segundo Tribunal de Garantías Penales del Cañar (01 de febrero de 2017) [MP Mirian

Pulgarin Muevecela]

Entrevistas:

Melo, M. (10 de diciembre de 2020). Entrevista. (S. Llerena, Entrevistadora).

Llasag, R. (20 de diciembre de 2020). Entrevista. (S. Llerena, Entrevistadora).

Tamay, M. (28 de abril de 2021). Entrevista. (S. Llerena, Entrevistadora).

Sarmiento, D. (28 de abril de 2021). Entrevista. (S. Llerena, Entrevistadora).

Sarmiento, J. (10 de mayo de 2021). Entrevista. (S. Llerena, Entrevistadora).

Referencias bibliográficas capítulo III:

Consejo de la Judicatura (2018) Informe de rendición de cuentas del Consejo de la

Judicatura año 2018. Recuperado de:

<http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/documentosdirecciones/transparencia/2019/RENIDCION%20DE%20CUENTAS%202018.pdf>

Consejo de la Judicatura (2019) Informe de rendición de cuentas del Consejo de la

Judicatura año 2019. Recuperado de:

<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/RCCJ2019.pdf>

Consejo de la Judicatura (2020) Informe de rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura año 2020. Recuperado de: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/RENDICION%20CUENTAS%202020%20NACIONAL.pdf>

Velásquez, R. (2009) Desafíos, *Hacia una nueva definición del concepto “política pública”*, 20 (s/n), (pp. 149-187). Recuperado de: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/433>

Tapia, M. (2016). Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5096/1/T2009-MDE-Tapia-Mecanismos.pdf>

Jaime, F., Dufour, G., Martín, A., Amaya, P. (2013). *Introducción al análisis de políticas públicas*. Recuperado de: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/icsya-unaj/20171114040327/pdf_1260.pdf

Fiscalía General del Estado (2020). Boletín de prensa FGE No 1046-DC-2020. *Funcionarios de Fiscalía potencian sus conocimientos sobre “Justicia indígena”*. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gob.ec/funcionarios-de-fiscalia-potencian-sus-conocimientos-sobre-justicia-indigena/>

Normativa:

Asamblea Nacional, Resolución N° RL-2019-2021-072.

Asamblea Nacional. (2010) Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria

Asamblea Nacional. Oficio No. AN-LTG-0043-10.

Asamblea Nacional, Memorando N° PAN-FC- 2010

Asamblea Nacional, Oficio N.° 715-CEPJEE-P,

Asamblea Nacional, Memorando N° SAN-2010-735 el CAL.

Asamblea Nacional, (2011), Informe para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre los Sistemas de Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria.

ANEXOS

ANEXO 1.

Procesos en contra de líderes y miembros del consorcio de justicia indígena de San Pedro de Cañar.

N° PROCESO	CAUSA	N° DE LÍDERES Y MIEMBROS PROCESADOS
03282-2015-00179	Secuestro	2
03282-2015-00188	Secuestro	5
03282-2015-00181	Secuestro	8
03201-2015-01041	Medida cautelar	1
03282-2015-00160	Daño a bien ajeno	3
03282-2015-00186	Secuestro	4
03282-2016-00196	Secuestro	1
03282- 2016-00182	Secuestro	4

03282-2016-00178	Secuestro	2
03282-2016-00185	Secuestro	2
03282-2016-00190	Hurto	2
03282-2017- 00089	Secuestro	3
03282-2017-00085	Secuestro	1

Tabla N°3

Fuente de la información: RESOLUCIÓN N° RL-2019-2021-072, Asamblea Nacional

Año: 2020

Realizado por: Sofía Llerena Pérez.

