



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**LAS LIMITACIONES JURISDICCIONALES AL DERECHO A ADMINISTRAR
JUSTICIA INDÍGENA: UN ANÁLISIS DEL CASO LA COCHA 2**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

**Profesor Guía
Ms. María Dolores Miño Buitrón**

**Autor
Diego Alejandro Arias Sevilla**

**Año
2016**

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

María Dolores Miño Buitron
Master of Law in International Legal Studies.
C.I.: 171322078-6

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Diego Alejandro Arias Sevilla

C.I.: 1714439245

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, mis antepasados, mi familia, mis maestros y amigos por haberme acompañado, apoyado y guiado durante todo el periodo de elaboración del presente trabajo y los retos que la carrera me impuso.

Las palabras no me alcanzarán para expresar todo mi agradecimiento.

Diego

RESUMEN

El Estado ecuatoriano ha reconocido a nivel constitucional e internacional, el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas. Éste reconocimiento, impone la necesidad de identificar los límites que el Estado puede establecer a este derecho, sin que se incumpla con las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos y el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

El reconocimiento del derecho a administrar justicia de los pueblos indígenas, no supone que deba dejar de lado sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos con los individuos a quienes se les aplica el derecho indígena. Implica, desarrollar los principios que permitan alcanzar el pluralismo jurídico en el que el sistema ordinario estatal y el sistema indígena coexistan en un mismo territorio, interaccionen y se nutran mutuamente.

Así, el presente trabajo desarrolla algunas características de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, como mínimos que deben ser tomados en cuenta al momento de limitar racional y legítimamente el derecho a administrar justicia. Para ello, se analiza el alcance de las obligaciones generales del Estado de respeto y garantía de derechos humanos, específicamente de los pueblos indígenas. Se analizan las facultades que conceden el reconocimiento del derecho a administrar justicia; y finalmente, se exponen algunas de las limitaciones que se han impuesto a este derecho a través de la jurisprudencia, específicamente en Colombia y se cotejan estos límites con la decisión de la Corte Constitucional del Ecuador en el caso La Cocha II.

ABSTRACT

Ecuador has recognized the right to administer justice by indigenous people on a constitutional and international level. This recognition imposes the need to identify the limits that the State can impose to this right, without incurring into a breach with its international obligations in matters of respect and guarantying human rights and the recognition of collective rights of indigenous people.

The recognition of the right to administer justice by indigenous people doesn't imply that the obligation to respect and guarantee of Human Rights to Indigenous people, who are subject to Indigenous Law, can be put aside. It implies the development of the principles that allow the formation of legal pluralism where the state's ordinary system and the indigenous system coexist in the same territory, interact and feed each other.

Thus, this dissertation develops some of the features of the rights of indigenous people, the basic ones that must be taken into account when States impose rational and legitimate limits to the right of administration of justice. To do so, the author analyzes the scope of the general obligations of the State in matters of respect and guarantee of human rights, specifically that of indigenous people. The author also analyzes the faculties that the right to administer justice grants to indigenous people. Finally, the dissertation presents some of the limitations imposed on this right through a Colombian case and make a comparison with the decision of the Constitutional Court of Ecuador in the case of La Cocha II.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	4
1.1 NOCIONES GENERALES DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	4
1.2 LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	6
1.2.1 ¿Quiénes son los pueblos indígenas?	7
1.2.1.1 Reconocimiento como pueblos indígenas.....	7
1.2.1.1.1 Criterio subjetivo.....	8
1.2.1.1.2 Criterio Objetivo.....	8
1.2.2 Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.....	10
1.2.2.1 La problemática de los instrumentos internacionales referentes a los derechos de los pueblos indígenas	14
1.2.2.2 Aspectos esenciales de los derechos de los pueblos indígenas	16
1.3 RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO	19
1.3.1 Obligación de respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas.....	20
1.3.1.1 Alcances de la obligación de respeto a los derechos humanos.....	21
1.3.1.2 Obligación de respeto, su carácter negativo y prestaciones positivas	23

1.3.2	Obligación de garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas.....	24
1.3.2.1	Prevención: Adecuación del ordenamiento jurídico interno	26
1.3.2.2	Investigación	27
1.3.2.3	Sanción y Reparación	28
1.4	RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL.....	31
1.4.1	Factores de atribución de la responsabilidad internacional....	32
1.4.1.1	Responsabilidad indirecta	35

2	LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	38
2.1	CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA INDÍGENA	39
2.2	ALCANCE DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA.....	43
2.2.1	Facultad legislativa o de creación normativa	43
2.2.1.1	A mayor asimilación con occidente, menor facultad de aplicar normas propias de la comunidad	44
2.2.1.2	En caso de conflicto entre la norma indígena y las normas que protejan derechos fundamentales (a nivel constitucional o convencional), éstas últimas prevalecen.....	45
2.2.1.3	La validez de las normas de una comunidad indígena está condicionada a su concordancia con el orden público interno del Estado	45
2.2.2	Facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas	47
2.3	EL PLURALISMO JURÍDICO, LA JUSTICIA INDÍGENA Y EL PARADIGMA TRADICIONAL DEL ESTADO	50
2.3.1	Formas de coexistencia de los sistemas jurídicos	52

2.4	CRITERIOS SOBRE LA FORMA DE EJERCER EL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PARTE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	56
2.4.1	Limitación material de competencias	58
2.4.2	Total independencia de la justicia indígena con nula injerencia o supervisión del Estado.....	60
2.4.3	El Estado establece límites racionales al ejercicio de la facultad jurisdiccional y asegura su papel como garante de los derechos.....	61
3	LOS LÍMITES IMPUESTOS AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A ADMINISTRAR JUSTICIA POR PARTE DE LOS ESTADOS ECUADOR Y COLOMBIA.....	64
3.1	LAS LIMITACIONES AL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PARTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ANÁLISIS DE DECISIONES DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES DE COLOMBIA Y ECUADOR ...	64
3.1.1	Análisis de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia.....	64
3.1.1.1	El principio de legalidad y su alcance desde una perspectiva intercultural.....	65
3.1.1.2	La competencia del derecho indígena en razón de territorio y persona	67
3.1.1.3	La compatibilidad de los castigos corporales indígenas con la prohibición internacional de infligir tortura o tratos crueles	70

3.1.1.4	Comentarios sobre las líneas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia sobre la justicia indígena.....	72
3.1.2	Revisión de los estándares a partir del análisis del caso “La Cocha II” de Ecuador	73
3.2	ESQUEMATIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DENTRO DE LA ELABORACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN UN CONTEXTO INTERCULTURAL.....	80
4	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	83
4.1	CONCLUSIONES.....	83
4.2	RECOMENDACIONES	85
	REFERENCIAS	87

INTRODUCCIÓN

A partir del año 1998, el Estado Ecuatoriano reconoció constitucionalmente el derecho de las poblaciones indígenas a administrar justicia. Esta conquista, tiene relación con la incorporación, en el ordenamiento jurídico nacional, de las normas internacionales que protegen y reconocen los derechos de estos pueblos. No obstante, el ejercicio de este derecho se ha vuelto problemático; pues dentro de la normativa nacional, no se han desarrollado los mecanismos para garantizar su efectivo ejercicio.

Así, se identificó una situación delicada para el Ecuador y otros Estados. Los cuales internacional y constitucionalmente se encuentran obligados a garantizar el goce y ejercicio del derecho de administrar justicia de los pueblos indígenas desde su propia cosmovisión. Esto implica la necesidad de establecer límites claros y mecanismos que faciliten la coexistencia e interacción del derecho ordinario estatal y el derecho indígena. Sin embargo, el Ecuador, no ha desarrollado normativa que permita garantizar este derecho; por lo que, resulta necesario analizar las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos que mantiene el Estado internacionalmente, para hacer efectivo el derecho a administrar justicia indígena y apreciar los límites que puede imponer el Estado a este derecho para que su ejercicio no vulnere los derechos de otros ciudadanos.

El Estado ecuatoriano no puede desconocer sus obligaciones internacionales de respetar y garantizar los derechos humanos que permiten a los pueblos indígenas administrar justicia. No obstante, el derecho a administrar justicia no es un derecho absoluto y ha sufrido algunas limitaciones. Por lo que, en aras de evitar una determinación de responsabilidad internacional del Estado, por incumplir obligaciones frente a los indígenas o demás individuos en el territorio, es necesario revisar las decisiones judiciales que han establecido el alcance de este derecho y le han impuesto algunas limitaciones.

Específicamente, en el Ecuador se ha emitido una sentencia, denominada “la Cocha II”. En este trabajo se hará referencia a esta sentencia, expedida por parte de la Corte Constitucional del Ecuador; y se expondrá los criterios jurisprudenciales –específicamente colombianos- que desarrollan el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia y alcanzar un pluralismo jurídico. Lo anterior, con el objetivo de reconocer aquellas limitaciones que ha tomado el Estado colombiano para asegurar el goce y ejercicio del derecho a administrar justicia por los pueblos indígenas. Estos criterios serán esquematizados al final, para proponerlos como insumos jurídicos a los jueces constitucionales ecuatorianos, al momento de resolver casos relacionados a este derecho y evitar que el Estado limite el presente derecho de una manera desproporcionada y desconociendo la diversidad de las culturas.

De esta manera, la pregunta de investigación del presente documento se refiere específicamente a los límites que pueden ser aplicados al derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas sin que afecten a la diversidad cultural. Para responder la pregunta anterior, la información se encuentra dividida en tres capítulos. En primer lugar, se abordan los aspectos esenciales de los derechos humanos de los pueblos indígenas; haciendo mención a los aspectos generales en cuanto a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos que mantienen los Estados a nivel internacional y la responsabilidad a nivel internacional por incumplimiento a estas obligaciones.

En segundo lugar, se abordan las características de la justicia indígena, las facultades que implica el derecho a administrar justicia y se hace mención específicamente al pluralismo jurídico, la justicia indígena y el paradigma tradicional del Estado. En tercer lugar, se desarrollan los criterios jurisprudenciales –colombianos- que se han esgrimido frente al alcance y límites del derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas y se los contraponen con la sentencia paradigmática del Ecuador en el caso denominado “La Cocha II”.

Finalmente se sistematiza los principios a ser observados por los jueces constitucionales para reforzar la coexistencia de los sistemas jurídicos indígena y ordinario en igualdad, permitiendo así el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas; y se mencionan las conclusiones y recomendaciones que se desprenden de la investigación.

1 LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En el presente capítulo, se pretende analizar los aspectos fundamentales de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En ese sentido, se parte con una breve introducción a la noción de derechos humanos, posteriormente se analizan algunos aspectos de los derechos reconocidos en la normativa internacional a los pueblos indígenas; y finalmente se explicarán las obligaciones que se le imponen al Estado en materia de derechos humanos –específicamente la de respeto y garantía-. En caso de incumplimiento de estas obligaciones, es necesario que haya un mecanismo para reclamar su cumplimiento, por lo cual, al final se trata brevemente aspectos fundamentales de la responsabilidad internacional del Estado para tener claras las consecuencias en el caso de incumplimiento a las obligaciones de respeto y garantía. La presente caracterización permitirá comprender que los derechos no son absolutos, y visualizar los mínimos que deben ser asegurados dentro de una limitación estatal legítima y proporcional de los derechos de los pueblos indígenas.

1.1 Nociones generales de los derechos humanos

La primera aproximación que debe tenerse con los derechos humanos es entenderlos. En ese sentido, Faúndez Ledesma definió a los derechos humanos como “(...) las prerrogativas que, (...) tiene todo individuo frente a los órganos de poder para preservar su dignidad como ser humano” (2004, p. 5). Consonante con el pensamiento anterior, Ferrajoli sostiene que son todas aquellas expectativas positivas (prestaciones) o negativas (no sufrir lesiones) que corresponden a todos los seres humanos dotados del status de persona; prerrogativas inalterables y no contingentes de sus titulares, limitantes para todo poder (2014, pp. 19-21).

Otra definición de derechos humanos, similar a la de Faúndez Ledesma, fue propuesta por Aparicio y Pisarello, quienes establecieron que “(...) son pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, tiene de que

otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades” (2008, pág. 7). De esta manera, se entiende que los derechos humanos son expectativas, prerrogativas o facultades que mantiene un individuo para que otro u otros se comporten de determinada manera. Estas expectativas no son arbitrarias, pues mantienen una causa legítima en una necesidad o interés del individuo vitales para la realización de la persona y conservación de su dignidad.

Nikken reafirmó lo mencionado por los autores citados anteriormente afirmando que los derechos humanos corresponden a la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. Los derechos humanos son atributos de toda persona, inherentes a su dignidad y que el Estado, está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer (1996, p. 23).

De conformidad con lo anterior, se estableció que los derechos humanos son atributos que tiene todo ser humano, por el hecho de serlo, para consumir su dignidad. En ese sentido, los derechos humanos no son concesiones de los Estados, sino que son pretensiones y facultades universales que le corresponden a todo habitante humano en la tierra (Nikken, 1996, pp. 23-24).

Así, de las definiciones anteriores, para el presente estudio, se considerará como derecho humano a toda prerrogativa o facultad que tiene un ser humano, con la cual le es posible asegurar su dignidad. Estas facultades le imponen a otros sujetos, específicamente al Estado, una obligación de actuar de determinada manera; o de abstenerse de afectar las pretensiones del individuo.

Sin perjuicio de lo anterior, independientemente de la universalidad de atributos reconocidos a todos los seres humanos; han aparecido mecanismos orientados a proteger ciertos grupos de personas que por características especiales o históricas necesitan reforzar el goce y ejercicio de sus derechos, entre ellos los indígenas (Nikken, 1996, p. 33). Por ello, previo a analizar la relación entre los derechos humanos y las obligaciones que le impone al Estado, se hace

referencia a algunas de las especificidades de los derechos de los pueblos indígenas que tienen que tenerse en cuenta al momento de cumplir con las obligaciones.

1.2 Los derechos humanos de los pueblos indígenas

En el contexto latinoamericano, los pueblos indígenas, tuvieron muchos problemas para hacer efectivos sus derechos humanos. Prácticas discriminadoras en su contra comenzaron con la conquista española en 1532. Después, dentro de la evolución y desarrollo de los territorios coloniales, se evidenció que la existencia de pueblos originarios, reacios a la adopción de costumbres europeas, debían ser ocultados, camuflados e invisibilizados, dificultando así el goce y ejercicio de sus derechos. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema colonizador impuesto por españoles y criollos no fue del todo efectivo, pues los pueblos indígenas resistieron a la imposición de éste modelo, a través de la hibridación de prácticas culturales, o la realización de otras propias en la clandestinidad, lo cual facilitó mantener el goce y ejercicio de algunos derechos (Llásag Fernández, 2012, pp. 84-87).

Posteriormente, al finalizar la Guerra Fría se presentó ante la comunidad internacional la problemática que planteaban los grupos humanos que representaban una minoría étnica frente a las mayorías. Los exterminios suscitados en Rwanda y Somalia demostraron que, concluido el conflicto contra el comunismo, la paz mundial se vería amenazada por las diferentes luchas internas originadas por la concepción de un “Estado homogéneo” y su implementación. La visión tradicional del Estado supone que “el Estado, para consolidarse, requiere que haya una sola nación, una sola cultura, un solo sistema educativo, un solo ejército, un único derecho” (De Sousa Santos, 2012, p. 19). Las prácticas utilizadas por los grupos que accedían al poder constituían un conjunto de acciones enfocadas en la erradicación de las minorías. Por ejemplo, la imposición de lenguaje, imposición de formas de gobierno, normas y políticas discriminatorias. Todo ello, permitió que, en el caso que nos ocupa, los

indígenas fueran perdiendo la posibilidad de ejercer efectivamente sus derechos y que su cultura fuera decayendo (Kymlicka, 2009, p. 6).

Es así que, para garantizar que las poblaciones indígenas, puedan ejercer y gozar de sus derechos, imprescindibles para la materialización de su dignidad como individuos y como pueblo, inicia el reconocimiento de derechos específicos, adicionales a los derechos universales a todo ser humano. Este proceso de reconocimiento, tiene vital relevancia, pues los Estados han asumido compromisos internacionales para garantizar estos derechos.

1.2.1 ¿Quiénes son los pueblos indígenas?

Previo analizar las facultades que se les ha reconocido a los pueblos indígenas, es necesario, iniciar entendiendo a quienes se les reconoce estos derechos específicos. En este caso, corresponde identificar los criterios que permiten la identificación de un individuo o un grupo como indígena. Esto es fundamental para poder atribuir la titularidad de los derechos reconocidos por los diferentes instrumentos internacionales.

1.2.1.1 Reconocimiento como pueblos indígenas

Es necesario enfatizar que los pueblos indígenas no pueden ser representados por una definición concreta o taxativa. Esto se debe a que existen varios y muy diversos grupos indígenas alrededor del mundo y dar una definición concreta podría excluir a poblaciones que siendo indígenas, no podrían ser consideradas como tal, por no encajar en la definición (Union Interparlamentaria, 2014, p. 12).

Sin perjuicio de lo anterior, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante "OIT"), plantea dos criterios a ser considerados para determinar si un grupo humano es un pueblo indígena. A saber, un criterio subjetivo, el cual hace referencia a la autoidentificación de un individuo como indígena y de un grupo como indígena. El segundo criterio, es el criterio objetivo;

en el cual se toma en cuenta las raíces históricas de los asentamientos precolombinos, su cultura, costumbres, instituciones y cosmovisión diferente al grupo mayoritario de la población y el ánimo de preservarlos (International Labour Organization, 2013, p. 2).

1.2.1.1.1 Criterio subjetivo

En cuanto al criterio subjetivo, referente a la autoidentificación de un individuo o pueblo como indígena. La Corte IDH, ha establecido, teniendo en cuenta el Convenio No. 169, que el criterio subjetivo de autoidentificación corresponde exclusivamente al individuo o a la comunidad. Es decir que no puede el Estado, ni otros organismos externos controvertir el hecho que una comunidad se auto-identifique como indígena (Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, párr. 37). En este sentido, basta con el simple hecho de que una comunidad o individuo se autodefina como “indígena” y “ancestral”, para que cumpla este criterio.

1.2.1.1.2 Criterio Objetivo

El criterio objetivo tiene relación con características evidenciables del grupo a ser considerado como indígena. Para explicar el presente criterio, se hace referencia a algunas consideraciones que ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”) al momento de entender este criterio, específicamente en cuanto a la continuidad histórica, la conformación del grupo humanos y sus costumbres y tradiciones.

Continuidad histórica

Uno de los criterios fundamentales para considerar a un grupo como indígena es la continuidad histórica que posee con un determinado territorio. En ese sentido, se busca apreciar su vinculación con una de las múltiples sociedades preexistentes a los periodos colonizadores. Esto no quiere decir que se pretende

descubrir una sociedad idéntica a sus ancestros o antecesores, sino encontrar que la comunidad ha preservado, en su totalidad o parcialmente, usos y costumbres que lo vinculan con aquellas sociedades precolombinas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 13).

Conformación

En cuanto a su conformación, se ha reconocido que los pueblos indígenas y tribales en muchas ocasiones son multiétnicos. Es decir que, dentro de una comunidad indígena, pueden existir miembros que provengan de otro grupo étnico. Lo importante en los grupos multiétnicos es la autoidentificación como parte de una comunidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 14).

Usos y costumbres

Finalmente, se ha reconocido que los pueblos indígenas no pierden la titularidad de los derechos reconocidos internacionalmente por tener usos que no corresponden estrictamente a sus tradiciones. Esto se reconoce por la diversidad dentro los grupos humanos. En otras palabras, se refiere a "(...) que la identidad de los pueblos indígenas y tribales es compartida por sus miembros, pero es inevitable que algunos miembros de cada pueblo vivan con menos apego a las tradiciones culturales correspondientes que otros" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 14).

Ahora, los criterios planteados por el Convenio No. 169 no son de carácter taxativo. Se han considerado otras características además de las enunciadas anteriormente para identificar a los pueblos indígenas, entre los cuales constan: su carácter minoritario dentro de una población, su vinculación con un territorio y los recursos naturales, singularidad de sus instituciones, etc. (La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p. 3). La evolución de estos criterios corresponde con el deseo de evitar que una

interpretación restrictiva de “pueblos indígenas” conlleve una limitación a los derechos reconocidos (Union Interparlamentaria, 2014, p. 13).

Por lo anterior, se concibe que los pueblos indígenas y tribales son muy variados y diversos. En ese orden de ideas, ésta característica no limita la titularidad de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales; empero, debido a su diversidad, resulta difícil delimitarlos con una denominación taxativa. Asimismo, las particularidades de los pueblos indígenas hacen menester que el alcance de los derechos reconocidos, sea entendida de otra manera.

1.2.2 Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas

La normativa internacional reconoció, en primer lugar, el derecho a la libre determinación de los pueblos y a las minorías étnicas. Ambas disposiciones están consagradas, en la Carta de Naciones Unidas, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”), en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “OEA”) y en la Convención Americana de Derechos Humanos, por mencionar algunos instrumentos. No obstante, si bien el reconocimiento de este derecho implicó un primer paso para lo que posteriormente se conocería como los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es necesario enfatizar que el derecho a la libre determinación se refería exclusivamente, y en ese primer momento, a aquellos pueblos en vías de descolonización o en proceso de conformación de nuevos Estados, y en ningún momento confería derechos especiales a los pueblos indígenas (Aylwin, 2010, p. 1).

Posteriormente, la presión política ejercida por los grupos indígenas a nivel nacional, regional e internacional permitió que, progresivamente, sus derechos ocuparan un lugar cada vez más importante en el marco de las discusiones mundiales relativas a los derechos humanos. Producto de lo anterior, los derechos de los pueblos indígenas se han ido desarrollando de manera complementaria a los derechos humanos “generales” reconocidos con

anterioridad (La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p. 4).

Así, los principales instrumentos internacionales que desarrollan las facultades reconocidas a los pueblos indígenas como derechos son: el Convenio No. 107 y el Convenio No. 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y la Declaración Americana sobre los pueblos indígenas. Cada instrumento presenta determinadas particularidades que se traducen en un diferente marco de protección y concepción sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Los primeros derechos que fueron reconocidos para los miembros de las poblaciones indígenas tuvieron relación con su inserción en la población mayoritaria del Estado. Así, en el año 1957, se adoptó el primer tratado de carácter vinculante referente a estas poblaciones: el Convenio No. 107 sobre poblaciones indígenas y tribales (en adelante “Convenio No. 107”), en el marco de Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”).

El Convenio No. 107 reconoció específicamente derechos individuales de los indígenas. Se reconocieron prerrogativas relacionadas a la titulación de tierras, derecho a la educación, contratación y condiciones de empleo, formación profesional, sanidad y seguridad social, entre otras. El mayor aporte de este instrumento fue el reconocimiento que por primera vez se dio a nivel internacional sobre el derecho a la propiedad de la tierra ancestral de los pueblos indígenas (MacKay, 2002, pp. 7-8). Sin embargo, los avances alcanzados gracias a la adopción de este instrumento, se vieron en gran parte opacados por su enfoque altamente asimilacionista (La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, s.f., p. 2).

El siguiente avance dentro del reconocimiento de facultades a los pueblos indígenas se dio en el año 1989, en la Conferencia General de la OIT donde se adoptó, el Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países

Independientes (en adelante “Convenio No. 169”), el cual se postulaba como una respuesta a la concepción altamente asimilacionista del convenio No. 107.

Dentro del contenido del Convenio No. 169, se reconoció derechos individuales a los miembros de las poblaciones indígenas que son inherentes a su condición humana, a la luz del principio fundamental de la igualdad ante la ley y no discriminación, aplicados especialmente en el ámbito laboral, acceso a educación y medios de comunicación. Cabe destacar que en el Convenio No. 169, se superó la intención de insertarlos dentro de la sociedad mayoritaria difuminado su identidad cultural, cosa que hacía el Convenio No. 107 (Valdivia, 2011, p. 37).

El avance más importante que surgió con el Convenio No. 169, fue el reconocimiento de derechos colectivos hacia los pueblos indígenas, cosa que se reprodujo también en los instrumentos internacionales que se adoptaron con posterioridad. En ese sentido, por ejemplo, el Convenio No. 169 reconoció el derecho colectivo de los pueblos indígenas a participar en la vida política del Estado, no como individuos, sino como comunidad; y se refuerza el derecho de propiedad colectiva sobre sus tierras ancestrales (Aylwin, 2010, p. 2).

El Convenio No. 169 reconoció a los pueblos indígenas, un cierto nivel de autonomía frente a los Estados a los que pertenecen, especialmente en el ámbito de la capacidad de decidir sobre cuestiones que los afectan directamente. Así, por ejemplo, se reconocieron algunos derechos de participación en la toma de decisiones estatales sobre asuntos donde el alcance de sus derechos esté en juego, así como otros mecanismos de decisión a nivel interno en la comunidad (Aylwin, 2010, pp. 2-3).

Además, las disposiciones relativas a los derechos territoriales conferidos a los pueblos indígenas a través del Convenio No. 169, protegen de mayor manera el derecho a la propiedad de las tierras que los reconocidos en su predecesor. En relación a lo anterior, se entiende a los territorios indígenas como “(...) la

totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Convenio 169 de la OIT, 1989, art. 13, párr. 2). De este modo, se obliga a los Estados a respetar y garantizar la propiedad de los territorios indígenas por la alta importancia que tienen éstos para sus culturas y cosmovisiones. Adicionalmente, cabe destacar que, a las poblaciones indígenas, se les confiere ciertos derechos relacionados a la explotación de los recursos, se les reconoce el derecho a ser consultados sobre el impacto de la explotación y a participar en los rendimientos que generen la explotación de recursos naturales en sus territorios (Aylwin, 2010, pp. 3-4).

Posteriormente, uno de los avances más emblemáticos dentro de los derechos de los pueblos indígenas, fue el reconocimiento al derecho de la libre determinación. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante “la Declaración de NU”) realiza por primera vez el reconocimiento al derecho a la libre determinación de los pueblos. Así se estableció que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. (...)” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, art. 3).

Este derecho se considera como pilar fundamental para el goce efectivo de todos los derechos humanos, pues no es concebible el goce de los mismos cuando se encuentra un pueblo sometido a otro. En otras palabras, para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades de los individuos y de la comunidad, debe existir, como requisito indispensable, la ausencia de un yugo colonial o extranjero (Gros Espinell, 1995, pp. 193-194). El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) señaló que el derecho a la autodeterminación debe ser concebido de una manera progresiva y especial para los pueblos indígenas. En su caso, debe ser entendido de manera que confiere a los pueblos indígenas facultades de autogobierno en cuestiones internas de la comunidad, respetando en todo momento la unidad de los Estados (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2008, p. 48).

El reconocimiento del derecho a la libre determinación a favor de los pueblos indígenas fue uno de los temas altamente controvertidos al momento de aprobar la Declaración de NU. Originalmente este derecho se lo entendió a la luz de los procesos descolonizadores en África después a la Segunda Guerra Mundial. Para ese entonces, la Asamblea General de Naciones Unidas estableció que el derecho a la autodeterminación era un fin legítimo para los pueblos que se encontraban en procesos de descolonización; sin embargo, este reconocimiento no se lo hacía a los pueblos indígenas, pues se estableció que todo intento total o parcial de menoscabar la unidad y territorio nacional constituía un acto contrario a los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas. Con ello, se protegió la integridad territorial de los Estado, y se excluyó la posibilidad de que los pueblos indígenas invocaran la autodeterminación para la secesión (Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 1514, 1960).

Como los derechos están íntimamente relacionados entre sí, en ejercicio del derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas gozan de varios derechos adicionales que les permite asegurar su libre determinación. A saber, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno; a preservar sus prácticas y costumbres, etcétera (La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p. 5). Dentro de estos derechos adicionales, también se reconoce el derecho a administrar justicia en relación con sus tradiciones y cosmovisión.

1.2.2.1 La problemática de los instrumentos internacionales referentes a los derechos de los pueblos indígenas

Al día de hoy, el Convenio 169, es “[e]l único instrumento jurídico obligatorio dedicado íntegramente a los indígenas (...)” (Aylwin, 2010, p. 2). Este Convenio hace el reconocimiento diferenciado entre derechos individuales que les corresponde a las personas pertenecientes a una comunidad indígena y los derechos colectivos que le corresponde a la comunidad (Aylwin, 2010, p. 2). Sin embargo, el lenguaje empleado en su redacción, hace que los derechos

reconocidos y por lo tanto, las obligaciones contraídas por los Estados, tengan un carácter relativo. Por lo cual, las expresiones utilizadas, tales como: “en lo posible”, “cuando sea conveniente”, etc. evitan que los derechos reconocidos se conviertan en obligaciones exigibles a los Estados (Aylwin, 2010, p. 4). En otras palabras, el lenguaje utilizado en el Convenio No. 169 haría suponer que las obligaciones que se desprenden de los derechos reconocidos, son meras aspiraciones y no deberes de inmediata exigibilidad para los Estados.

Por otra parte, no existe al momento, un mecanismo específico a nivel internacional para determinar la responsabilidad internacional del Estado en caso de violentar las disposiciones del Convenio No. 169 o el Convenio No. 107. Si bien los Estados que han ratificado estos convenios deben presentar un informe anual sobre las medidas que han sido adoptadas para la efectiva vigencia de los compromisos asumidos a través de los convenios, la OIT “(...) no constituye un foro jurisdiccional y no dicta fallos ejecutables en contra de los Estados miembros.” (Mereminskaya, 2011, p. 230). En ese sentido los incumplimientos a las obligaciones contraídas por los Estados carecen de una sanción, pues la naturaleza de la regulación por parte de la OIT es discursiva y persuasiva. (Mereminskaya, 2011, p. 230).

La Declaración de NU, por su parte, plantea como inconveniente su exigibilidad. Si bien la declaración fue aprobada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ésta no cuenta con el carácter vinculante de un tratado internacional. En ese sentido, los amplios derechos reconocidos en la Declaración se encuentran limitados por su falta de exigibilidad y a la buena voluntad de los Estados de hacerlos efectivos (Mereminskaya, 2011, p. 227).

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”), se ha planteado la necesidad de instrumentalizar internacionalmente los derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante “la Declaración Americana DPI”), aprobada el 15 de junio de 2016, recoge la visión de protección

de los derechos individuales de los indígenas, así como la protección de los derechos colectivos de la comunidad (Aylwin, 2010, p. 5).

Después de 17 años, la Declaración Americana DPI es el primer instrumento de la OEA que realiza el reconocimiento y desarrolla los derechos de los pueblos indígenas. La presente Declaración plantea un nuevo esquema para las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas del continente americano. Sin embargo, para poder verificar los beneficios que aporta el presente instrumento, se deberá esperar a que los Estados inicien el proceso de incorporación de la nueva normativa en sus ordenamientos internos (Organización de los Estados Americanos, 2016).

1.2.2.2 Aspectos esenciales de los derechos de los pueblos indígenas

Como se mencionó anteriormente, uno de los aportes más notables del SIDH en cuanto al desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, ha sido la producción, por parte de la Corte IDH, de jurisprudencia donde se ha explicado exhaustiva y progresivamente, las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de la CADH. Para ello, se ha utilizado normativa y principios del Convenio No. 169 de la OIT para interpretar las disposiciones de la Convención Americana.

La Corte IDH ha determinado que al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas y sus individuos, se debe tener en cuenta particularidades respecto a su cosmovisión. Lo cual va a tener como resultado un entendimiento muy diferente de estos derechos frente a la concepción tradicional.

En primer lugar, los derechos de las personas y pueblos indígenas no pueden ser interpretados desde una óptica individualista. En ese sentido, uno de los principales aportes, fue entender los derechos consagrados en la CADH desde una perspectiva colectiva; la cual se ajusta mucho mejor a su realidad y cosmovisión. En ese sentido, la Corte IDH ha establecido:

“[L]a normativa internacional relativa a los pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención [Americana] desde una dimensión colectiva” (Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 231).

Así, al momento de ejercer un derecho, como por ejemplo el derecho de la propiedad, la Corte IDH, ha establecido que los derechos no pueden deslindarse de la óptica comunitaria. Por ello señala que el concepto de propiedad, para los indígenas, tiene “(...) una tradición comunitaria (...), en el sentido de que la pertenencia de [la tierra] no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 149).

El segundo criterio necesario de tomar en cuenta, es el reconocimiento de la estrecha relación de pueblos indígenas con su territorio tanto material como espiritual. De la misma manera la Corte IDH consideró:

“Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.” (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr. 149).

En ese sentido, cuando la Corte IDH sancionó al Estado ecuatoriano, por violentar los derechos de la comunidad indígena Sarayaku, se tomaron en cuenta las afectaciones realizadas tanto materialmente a sus territorios como espiritualmente. Por ello, se estableció que las acciones perpetradas sobre los territorios con alto contenido simbólico y espiritual de la comunidad no solamente afectan a los derechos de propiedad de los indígenas, sino que también lesionan aspectos relevantes a su cultura e identidad (Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr. 218-220).

El cambio en la manera de entender los derechos de una comunidad indígena, dimanante de los criterios antes expuestos, demuestra el avance que se ha dado en cuanto a la interpretación de los derechos de las comunidades indígenas. Esto es, que deben ser entendidos no solamente desde una perspectiva tradicional de derechos humanos, como facultades inherentes a la persona, de manera que enfatiza el aspecto individual, sino que debe tomarse en cuenta su cosmovisión, eso incluye el carácter comunitario, la implicación espiritual de sus asuntos y relación con los territorios.

En ese sentido, al hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas, los Estados deben tener en cuenta la íntima relación con aspectos comunitarios y espirituales. Caso contrario, conllevaría a un mal entendimiento de los derechos que se reconoce a los pueblos indígenas y por consiguiente, una fragmentación a la diversidad cultural protegida. Se podría incluso decir, que no es posible materializar estos derechos, sin atender a estas características.

Ahora, como se mencionó anteriormente, si se reconocen facultades a los individuos para mantener la dignidad, en caso de no poder conseguirlas por sí solos, los individuos deben poder solicitar a otro sujeto que facilite la materialización de estas expectativas. De ahí que los derechos tienen íntima relación con obligaciones. En ese sentido, los autores Aparicio y Pisarello señalan, que los derechos pueden consistir en que otra persona se obligue a hacer algo o se abstenga de realizar determinada conducta con el fin de proteger

el interés o necesidad. Estas pretensiones pueden dar lugar a un derecho que puede tener un carácter positivo o uno negativo. En otras palabras el derecho es la relación que se crea entre los sujetos con las pretensiones y los sujetos obligados a no frustrarlas mediante una acción u omisión. (2008, pág. 8)

1.3 Relación entre los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y las obligaciones asumidas por el Estado

Para el estudio que nos interesa, se debe enfocar en las obligaciones de los Estados frente a los seres humanos, específicamente con los indígenas. Por ello, cabe recordar que, los humanos que se agruparon en organizaciones sociales complejas, a lo largo de la historia enfatizaban que el deber de las instituciones encargadas de gobernarlos, era procurar el bien de todos los habitantes. Rousseau enfatizaba este pensamiento al cuestionarse ¿Cuál es el fin de la asociación política? Y se respondía que era la conservación y prosperidad de sus miembros (1762, p. 72).

Posteriormente, tras los horrores de los crímenes cometidos durante la segunda Guerra Mundial, se evolucionó a la protección del individuo en un nivel internacional. Con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, se inicia la regulación de las actuaciones del Estado frente al individuo, pues, se deben evitar aquellas que lesionen o afecten las pretensiones legítimas de los individuos de las cuales dependen la dignidad humana. (Faúndez Ledesma, 2004, p. 20) Por ello, en la Declaración Universal de derechos humanos se reconoció que la inobservancia a los derechos fundamentales conllevaba a barbaries condenados por la humanidad (1948, preámbulo).

Así, las dos obligaciones principales que han asumido los Estados frente al individuo, es la obligación de respeto, y la obligación de garantía de los derechos humanos; las cuales se analizan a continuación desde una perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos (Faúndez Ledesma, 2004, p. 7).

1.3.1 Obligación de respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas

La obligación de respeto de los derechos humanos por parte de los Estados es uno de los primeros compromisos asumidos en el marco de la protección de la dignidad del ser humano. Esta obligación proviene de la existencia de un límite infranqueable, al cual el Estado, en el uso de sus atribuciones, debe respetar. Supone la existencia de una serie de atributos inherentes al ser humano los cuales por sí solos constituyen una restricción o al menos un espacio de acceso muy limitado al poder público (Ferrer Mac-Gregor, 2012, p. 151).

Esta obligación ha sido entendida de manera que “(...) implica no interferir con o poner en peligro los derechos. [En otras palabras, se] trata de una obligación tendiente a mantener el goce del derecho (...)” (Serrano & Vázquez, 2013).

Otra definición se refiere a que es “(...) una obligación de carácter general, que tiene un carácter eminentemente negativo, en cuanto involucra, fundamentalmente, el deber de abstenerse de interferir con el ejercicio de tales derechos (...)” (Faúndez Ledesma, 2004, p. 76). De conformidad con las definiciones mencionadas anteriormente se desprende, que la obligación de respeto, es eminentemente negativa, pues le impone al Estado el deber de evitar que sus actuaciones atenten a las pretensiones legítimas relacionadas con la dignidad humana.

Ferrer Mac-Gregor por su parte, la entiende como una obligación que consiste en el cumplimiento directo de la norma que reconoce uno o varios derechos; a través de la abstención de realizar determinada acción o en la entrega de alguna prestación (2012, p. 151). Así, concordante con lo anterior, la obligación de respeto responde a un carácter negativo principalmente; no obstante, no se agota en un deber de abstención, pues también puede implicar la entrega de alguna prestación como se verá más adelante.

En síntesis, se puede colegir que la obligación de respeto de los derechos humanos por parte del Estado consiste principalmente en la abstención del Estado en interferir con el goce o ejercicio de los derechos; sin embargo, también puede abarcar un aspecto positivo que comprende entrega de alguna prestación, la cual está ligada a la pretensión del individuo para mantener su dignidad humana. Ejemplo sobre la naturaleza negativa de la obligación, es el derecho a la integridad personal o a la vida y no pueden ser suspendidos en ningún momento independientemente de la situación en la que se encuentre el Estado (Ferrer Mac-Gregor, 2012, p. 151).

1.3.1.1 Alcances de la obligación de respeto a los derechos humanos

La obligación de respeto ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “Corte IDH”), específicamente a partir del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en el cual se estableció:

“(…) La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo [1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], es la de ‘respetar los derechos y libertades’ (...) Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.” (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 165).

Del fragmento jurisprudencial citado, la obligación de respeto de los Derechos Humanos por parte del Estado, corresponde a un deber de abstención, pues califica de ilícita toda actuación de poder público que indebidamente trasgreda los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana Sobre

Derechos Humanos (en adelante “CADH”, el “Pacto de San José” o “La Convención Americana”). En este sentido, la obligación de respeto supone que el Estado y sus agentes no puede incurrir en acciones que violen el ejercicio y alcance de los derechos reconocidos en los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2011, p. 8).

Moscatelli por su parte, afirmó que el respeto de los derechos comprende una imposición a toda autoridad estatal, al decir “(...) el respeto de las obligaciones contenidas en el artículo 1 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] imponen al Estado Parte pretender que todas las autoridades subordinadas a éste observen las disposiciones del Convenio.(...)” (2013). Así se puede afirmar que a toda autoridad que haga uso del *imperio* estatal, entiéndase autoridad nacional, regional o federal, le corresponde cumplir con la obligación de respeto de los derechos humanos.

Otro organismo que se pronunció sobre la presente obligación fue el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante “El Comité” o “El Comité de la ONU”), el cual, en su Observación General No. 31, acerca de las obligaciones contempladas en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Pacto IDCP”), señala que los Estados, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, están obligados al respeto, observancia y promoción de los derechos humanos y las libertades universales. En ese sentido, deben inhibirse de violar cualquier derecho reconocido en el Pacto IDCP, reafirmando así el sentido negativo de la obligación de respeto de los derechos humanos. Sin embargo, se permite la limitación de los derechos por parte del Estado, siempre y cuando las limitaciones se sujeten a las disposiciones del Pacto IDCP. Éstas se refieren a: 1) que toda limitación debe ser proporcional; 2) la limitación deberá tener como fin el proteger de mejor manera los derechos; 3) en todo momento se deberá demostrar su necesidad; 4) que no afecten el elemento esencial del derecho (Comité de Derechos

Humanos, 2004, p. 3). Es así que se tiene en cuenta que la obligación de respeto, tiene como carácter esencial ser el límite a la actuación pública, advirtiendo que es principalmente un mandato de abstención de lesionar el núcleo duro de los diferentes derechos o libertades reconocidos.

Finalmente, Melish señaló que “[e]l deber de respeto es una obligación negativa e inmediata, que no tiene nada que ver con los recursos disponibles, y que se aplica a todos los derechos humanos” (2005, p. 213). En otras palabras, se desprende que la característica fundamental de la presente obligación es que toda persona que ejerce poder estatal, se encuentre limitado en sus actuaciones por los derechos humanos de los individuos. Obligación que no depende de los recursos o situaciones en las que se encuentre el Estado.

1.3.1.2 Obligación de respeto, su carácter negativo y prestaciones positivas

Como se mencionó anteriormente, se consideró a la obligación de respeto solamente como un deber de abstención. En la actualidad, esta obligación ha adquirido nuevos alcances y dimensiones. Por ello necesario recordar que el respeto de un derecho tiende a variar dependiendo de la naturaleza de la pretensión. De esta manera se encuentra que “(...) el contenido de la obligación estará definido a partir del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las *acciones de cumplimiento*, que pueden ser *positivas* o *negativas* (...)” (Ferrer Mac-Gregor, 2012, p. 152).

Dicho de otra manera, dentro de la diversidad de derechos reconocidos en los diferentes instrumentos, encontramos algunos cuya obligación de respeto se encuadrará como una acción, mientras que existirán otros casos en los cuales la naturaleza del derecho impondrá que, para su respeto, el Estado se abstenga de realizar algo. Las acciones derivadas de la obligación de respeto conforman la relación que mantiene con la obligación de garantía de los derechos humanos. (Faúndez Ledesma, 2004, p. 77)

Finalmente, se puede afirmar que los Estado se han comprometido, mediante la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a abstenerse de violentar los derechos reconocidos, entre ellos el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia. En ese sentido, la obligación de respeto del derecho de administrar justicia de los indígenas es el primer deber que debe cumplir el Estado para poder alcanzar su goce y ejercicio.

1.3.2 Obligación de garantía de los derechos humanos de los pueblos indígenas

La segunda obligación que se debe analizar, es la obligación de garantía de los derechos humanos. En relación a la presente obligación, Gros Espinell destaca que “[l]a obligación de garantía supone el deber de impedir o de hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, (...)” (1991, p. 65). Es decir, la obligación de garantía se traduce en un deber de hacer del Estado a fin de asegurar que el ejercicio de los derechos humanos no se vea afectado por otros sujetos.

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que el segundo compromiso que han adquirido los Estados es el garantizar el pleno ejercicio de los derechos a toda persona. El garantizar los derechos implica que el Estado adecue todo su aparato gubernamental y, dicho de otra manera, adecue todas las estructuras mediante las cuales se manifiesta el poder público, para que puedan asegurarse jurídicamente el ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 166).

Melish sostiene que “[e]l deber de garantía es una obligación positiva, que depende en cierto modo de los recursos del Estado, y que se aplica a todos los [derechos humanos]” (2005, p. 213). En este fragmento se diferencian los alcances de la obligación de respeto y la de garantía, pues, la obligación de respeto le impone inmediatamente al Estado, el deber de abstenerse de interferir

en el ejercicio de los derechos, mientras que la de garantía, le manda a realizar todo lo que esté en su alcance para evitar que los derechos sean vulnerados por otras personas.

Es decir, la presente obligación, se traduce en la acción del Estado de adecuar todo el andamiaje estatal con el fin de permitir que los derechos puedan ser ejercidos de manera integral. Por lo tanto, en el marco de las obligaciones estatales relacionadas con los derechos humanos, la abstención de lesionar los derechos humanos (obligación de respeto) es importante; pero también se exige la acción o movilización del Estado para poner a disposición el poder público con el fin de materializar y hacer efectivo el goce de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

La Corte IDH indicó que el Estado, al adecuar su andamiaje para garantizar los derechos, frente a una violación de éstos, debe responder, al menos, previniendo, investigando, sancionando y reparando el derecho. Estas acciones son algunas de las actuaciones específicas que debe tomar como respuesta ante violaciones de derechos humanos, y que forman parte de la obligación de garantía. Por ello, se estableció que:

“Como consecuencia [de la obligación de garantía] (...) los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, (...), del derecho conculcado y, [ora], la reparación de los daños producidos por la violación (...)” (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 166).

No obstante, en cuanto a las acciones que debe emprender el Estado para cumplir con su obligación de garantía, se ha determinado que éstas deberán ser determinadas específicamente en función de las necesidades o pretensiones particulares de protección del titular de los derechos humanos (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2011, p. 8). Para el presente estudio se hace referencia a las acciones fundamentales que el Estado debe emprender para cumplir con la

presente obligación. Estas son: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación. Acciones que se analizan a continuación.

1.3.2.1 Prevención: Adecuación del ordenamiento jurídico interno

De conformidad con lo manifestado anteriormente, la obligación de garantía le impone al Estado, el adecuar el poder público a fin de materializar los derechos. Por ello, se toma en cuenta que el Estado tiene muchas formas de expresarse, y una de ellas es a través de las normas jurídicas. Así, la obligación de garantía impone como primera acción del Estado, el adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas de los tratados internacionales ratificados. Esto es importante, pues es necesario que las normas internacionales surtan efecto dentro del ordenamiento jurídico interno (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2011, p. 8).

Concordante con lo anterior, se entiende que el ordenamiento jurídico interno de un Estado está llamado a definir el alcance, contenido y restricciones de los derechos humanos. En ese sentido, el Estado cuenta con total libertad en cuanto a los mecanismos para interiorizar la normativa internacional dentro de la legislación nacional. Puede emitir nueva normativa, puede incorporar la normativa internacional o puede expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas contrarias a los tratados internacionales; pero siempre deberá procurar que las normas internas guarden relación con la normativa internacional (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2011, p. 8).

Así, la acción de adecuar el ordenamiento interno implica que el Estado deberá optar por establecer, al menos, los estándares mínimos establecidos en la normativa internacional (Nogueira Alcalá, 2012, p. 1168). Esto quiere decir que, establecer estándares inferiores a los establecidos internacionalmente correspondería con el incumplimiento de la acción de prevenir y diseñar un marco normativo que garantice los derechos, específicamente de los pueblos indígenas.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH ha establecido, sobre la obligación de garantía, que:

“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.” (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 167).

El fragmento referido anteriormente demuestra que la actuación del Estado no puede resumirse en generar normas que garanticen los derechos de los pueblos indígenas, si no existe un aparato estatal que permita asegurarlos. De esta manera se continúa con la siguiente acción de la obligación de garantía la cual es la investigación.

1.3.2.2 Investigación

Investigar las violaciones a derechos humanos surge del hecho que el Estado, como garante, no puede ser un agente pasivo frente a denuncias de violaciones. Por lo tanto, el Estado debe llevar a cabo una investigación seria cuando se denuncia la violación de derechos humanos (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2011, p. 11).

En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que investigar una violación a derechos humanos es “(...) un deber jurídico propio (...)” (Gonzales y otras vs. México, párr. 289). Es decir, no debe ser considerada como un deber formal, sino que, a pesar de los resultados, el Estado debe iniciar una investigación seria, a fin de determinar la verdad. Independientemente de los perpetradores de la violación, la inobservancia a ésta obligación de investigación, puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, pues al permitir que violaciones a los derechos humanos queden en la impunidad, sería similar a que

el poder público auxiliara a la perpetración de estos actos (Corte IDH, Gonzales y otras vs. México, párr. 289-291).

Dentro de la investigación, el ente estatal que debe asegurar el cumplimiento de esta acción es el organismo judicial. Por lo tanto, es necesario destacar el rol que tiene el control de convencionalidad dentro de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales internos. Al respecto Nogueira Alcalá establece que es una obligación del juez local ya que, éste en el ámbito de su competencia y de arreglo con los procedimientos internos, debe permitir que la normativa regional o internacional tenga también su espacio en el ordenamiento jurídico nacional y denunciar las incompatibilidades. De esta manera se asegura al derecho internacional como fuente del derecho interno (2012, p. 1170).

Por ello sostiene que el control de convencionalidad no es una herramienta exclusiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "SIDH") sino que es un mecanismo de control judicial que es percibido por excelencia en los casos que ocurren en el plano internacional. Éste mecanismo es vital para llegar a determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos humanos y verifica el arreglo de las actividades estatales a una norma o convenio específico (Nogueira Alcalá, 2012, p. 1169).

1.3.2.3 Sanción y Reparación

Las acciones de investigación, sanción y reparación le imponen al Estado la necesidad de rechazar todo acto que violente los derechos humanos. Así, supone la necesidad de rechazar y luchar contra la impunidad de estos actos. Por ello es fundamental el tener un ordenamiento jurídico y una institucionalidad estatal que realice éstas acciones frente a una violación de derechos humanos (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2011, p. 11).

La lucha con la impunidad se traduce en la piedra angular sobre la que descansa el objetivo de la realización de los derechos. Esto se debe a que la lucha contra

la impunidad impide que los actos violatorios de derechos humanos continúen (sanción) y restituye el derecho afectado mediante la reparación del daño (reparar) (Medina Quiroga & Nash Rojas, 2011). De esta manera, las leyes de amnistía que se promulgan para proteger a violadores de los derechos humanos, se constituyen como un elemento incompatible con la obligación de garantizar los derechos humanos (Faúndez Ledesma, 2004).

La obligación de garantía no se agota en la investigación, sanción y reparación de las violaciones de los derechos humanos. La Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, estableció que “[d]ebe precisarse, también, que *garantizar* implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención [Americana] reconoce.” (párr. 34). Consiguientemente, se puede concluir que la obligación de garantía también le impone al Estado el deber de facilitar toda gestión que esté a su alcance, con el fin de permitir el ejercicio de los derechos humanos.

Por lo anterior, se puede apreciar que la obligación de garantía es la más compleja en cuanto a prestaciones positivas se refiere, ya que implica una perspectiva global de los derechos en el país. El cumplimiento de esta obligación demanda entre otros, planificación y establecimiento de medidas de evaluación para asegurar la satisfacción de los derechos. En este aspecto, la obligación de garantía no se limita a asegurar el goce del derecho y, en caso de violación restituirlo, sino que procura también el deber de mejorar el ejercicio del derecho. Por ello se sostiene que el principio de aplicación de esta obligación es la prohibición de regresión (Vázquez & Serrano, 2013, p. 20).

Para comprender de mejor manera la presente obligación, puede graficársela en dos etapas: la primera, relacionada con la implementación de la infraestructura estatal para el ejercicio del derecho; y, la segunda como la provisión obligatoria de bienes y servicios necesarios para satisfacer los diferentes derechos. En otras palabras, la primera categoría se refiere a la adopción de toda medida

tendiente a materializar la existencia del derecho. Por ejemplo, el establecer un sistema de salud que cuente con los médicos, insumos y equipos necesarios. La segunda etapa, se refiere a las acciones mínimas y necesarias que debe emprender el Estado, frente a la falta de planificación o políticas, en las cuales se debe asegurar de manera directa y eficaz el derecho. Como por ejemplo, prestar la atención médica más allá de la existencia o no de un sistema de salud (Vázquez & Serrano, 2013, pp. 21-22).

Para ilustrar lo anterior, en la sentencia del caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, la Corte IDH estableció que el Estado ecuatoriano faltó, entre otras, a sus obligaciones de respeto y garantía del derecho a la vida de la víctima, Talía. La infracción se suscitó cuando el Estado no observó el deber de supervisión y fiscalización en la provisión del servicio de salud por un ente privado. En ese sentido, la corporación estableció que como consecuencia de la inobservancia a las acciones mínimas de control que el Estado debía mantener para garantizar el derecho a la salud, el contagio de Talía con VIH es una afectación al derecho a la salud que tiene fuertes incidencias sobre el derecho a la vida (Corte IDH, Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador).

Así se puede apreciar, que la obligación de garantía es muy amplia. Implica que el Estado debe realizar varias acciones para evitar que terceros violenten derechos. Por ello, no basta que una conducta se encuentre regulada en el ordenamiento jurídico, si el Estado, a través de su aparato institucional, no toma acciones que satisfagan las pretensiones que implica el derecho. Por ello, como se reflejó en el caso Gonzales LLuy y otros vs. Ecuador, el permitir un servicio de salud privado no es suficiente para garantizar el derecho a la salud, pues, si el Estado no ejerce acciones de control no cumple con la obligación de garantía.

En síntesis, en virtud de los convenios internacionales de derechos humanos los Estados han asumido obligaciones frente a las pretensiones de los individuos para garantizar su dignidad. Las obligaciones de respeto y garantía constituyen el mínimo que el Estado debe asegurar para poder hacer efectivo el goce y ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia. No obstante,

en caso de inobservar estos mínimos, debe existir algún mecanismo para exigir su cumplimiento al Estado; por lo tanto, se desarrollará de manera breve la responsabilidad internacional del Estado frente al incumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía, pues su entendimiento contribuirá a tener claras las posibles consecuencias en el hipotético caso, que el Estado falte a sus compromisos.

1.4 Responsabilidad internacional

El autor, Del Toro Huerta, afirma que las obligaciones provenientes del derecho internacional de derechos humanos, genera relaciones entre Estados y particulares. En estas relaciones el individuo es el acreedor y el Estado es el sujeto obligado a actuar para satisfacer esa necesidad, o en su defecto, abstenerse de impedir la realización de la pretensión individual. Así, la responsabilidad internacional, solamente recae en los Estados, siendo los particulares, los titulares de la reparación en casos de violación (Del Toro Huerta, 2002, p. 666).

Por lo tanto, el autor en mención establece que la responsabilidad estatal en la protección de los derechos humanos es la “piedra” angular sobre la cual descansan todos los sistemas de protección. Por lo que, es inconcebible, el derecho internacional, específicamente el derecho internacional de los derechos humanos, sin un sistema de determinación de responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados (2002, p. 663).

En ese sentido, se ha establecido que la responsabilidad es un principio general del derecho. Se ha establecido que todo incumplimiento a un deber acarrea consigo la obligación de llevar a cabo la reparación. Por lo tanto toda violación a una obligación contraída en el marco del derecho internacional de los derechos humanos –específicamente a las obligaciones de respeto y garantía-, ya sea por acción u omisión de un Estado, permite la aparición de una nueva relación jurídica, la obligación de reparación (Jiménez de Aréchaga, 2011).

1.4.1 Factores de atribución de la responsabilidad internacional

Jiménez de Aréchaga ha establecido que para determinar la responsabilidad internacional por incumplimiento a las obligaciones son necesarios algunos requisitos. De esta manera, son necesarios como elementos: 1) la existencia de una acción u omisión violatoria de una obligación contraída a la luz del derecho internacional; 2) el acto debe ser atribuible al Estado; y, 3) el acto ilícito debe producir o haber producido un efecto lesivo (2011, p. 508).

El autor, Del Toro Huerta por su parte, establece que a fin de determinar la responsabilidad internacional de un Estado, son necesarios dos elementos, un elemento objetivo y uno subjetivo. La acción u omisión que transgrede la obligación derivada del derecho internacional de derechos humanos sería el elemento objetivo y, la atribución al Estado por dicha transgresión sería el elemento subjetivo (2002, p. 669).

Sobre el elemento objetivo, se ha establecido que debe ser la “[e]xistencia de un acto u omisión que viola una obligación establecida por una regla del derecho internacional vigente (...)” (Jiménez de Aréchaga, 2011, p. 508). Sobre el presente elemento, se enfatiza que se presenta cuando un Estado no adecúa su proceder con las obligaciones contraídas. Para los efectos del presente estudio, se entiende que este elemento se configura cuando el Estado, por acción u omisión, incumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

Para que se configure el elemento objetivo la acción u omisión debe violentar una obligación proveniente del derecho internacional. Por esto, es necesario referirse al artículo 3 de la resolución A/RES/56/83 de la Asamblea General de Naciones Unidas que establece que “[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno” (2002). Así se entiende que no importa si para el ordenamiento interno,

la acción u omisión estatal, permiten respetar o garantizar los derechos, ya que la calificación de si el proceder estatal fue de acuerdo a sus obligaciones, es determinada en el marco del derecho internacional de derechos humanos y sus reglas. Por lo tanto, una acción estatal puede aparentar ser compatible con sus obligaciones internacionales; sin embargo, eso no quiere decir que lo sea.

El elemento subjetivo, o segundo requisito para la determinación de la responsabilidad internacional, es determinar que el acto u omisión es atribuible al Estado. En ese sentido, la Corte IDH ha señalado en varias ocasiones que es atribuible al Estado cualquier acto que provenga de un órgano o funcionario que ejerza poder público (Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 169). Por ello, es necesario recordar que el Estado, se refiere a todo ente gubernamental, que ejerza *imperio* dentro de un territorio. En ese sentido, incluso si el ente gubernamental realiza un acto inválido para el derecho interno; puede tener como consecuencia la violación de un derecho. Ejemplo de lo anterior, una sanción sin seguir un debido proceso; ese es un acto que no es válido dentro del ordenamiento jurídico, pero que además violenta los derechos. De esta manera se encuentra que toda acción estatal que lesione derechos humanos acarrea responsabilidad internacional.

Del Toro Huerta ha establecido que dentro el factor subjetivo, se lo puede dividir en dos cuestiones. A saber, el primero se refiere la unidad estatal en los aspectos políticos y territoriales. Por ello, establece que, al referirse al Estado, debe entenderse como un todo, sus funciones y administraciones aun si éstas se encuentran descentralizadas (2002, p. 675).

Por otro lado, como segunda cuestión, se refiere a la continuidad de la responsabilidad del Estado por cambios de gobierno (Del Toro Huerta, 2002, p. 675). Respecto a esto, la Corte IDH manifestó que la responsabilidad de un Estado subsiste independientemente de los cambios de gobierno. Esto quiere decir que, si una administración incumple con sus obligaciones, las siguientes administraciones podrán ser declaradas responsables. Empero, se tomará en cuenta las actuaciones que las nuevas administraciones tengan con el fin de

cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas (Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, párr. 194).

Finalmente, el tercer requisito para la determinación de la responsabilidad internacional es la existencia de un resultado lesivo, es decir que exista un daño. Sobre este requisito se ha escrito que dentro del derecho internacional “(...) el concepto de daño no tiene un carácter esencialmente material o patrimonial.” (Jiménez de Aréchaga, 2011, p. 508). Es decir, los daños no solamente son los detrimentos que afectan a cosas materiales. Existen, por ejemplo, acciones que afectan a necesidades o pretensiones que tienen un contenido inmaterial; como por ejemplo afectaciones al derecho a la libertad de expresión. De esta manera, se puede concluir que las afectaciones a prestaciones de necesidades no materiales también acarrearán responsabilidad internacional.

Ahora bien, en el marco de la protección de los derechos humanos, la posición que ha adoptado la Corte IDH, como organismo regional supervisor del cumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos humanos, es la de instaurar la responsabilidad objetiva del Estado frente a las violaciones de los derechos humanos. Es decir, en virtud de esta tesis, no importa que la conducta u omisión estatal no acarree un daño, si se ha incumplido con una obligación, es susceptible de ser determinado internacionalmente responsable. Por ello, se ha establecido que toda infracción a estas obligaciones (obligación de respeto y garantía) acarrea *per se* el surgimiento de la correspondiente responsabilidad internacional (Del Toro Huerta, 2002, p. 668).

Este pensamiento puede evidenciarse en el siguiente fragmento:

“La tesis de la responsabilidad objetiva enfatiza correctamente el elemento de la diligencia debida por parte del Estado, del control que debe éste ejercer sobre todos sus órganos y agentes para evitar que, por acción u omisión, se violen los derechos humanos consagrados. Así siendo, es ésta la tesis que, a mi modo de ver, más contribuye a asegurar la efectividad (*effet utile*) de un tratado de derechos humanos. (...)No veo cómo

condicionar la determinación del incumplimiento de las obligaciones convencionales de protección a una eventual constatación del elemento subjetivo de la falta o culpa de los Estados Partes, o de la ocurrencia de un daño subsiguiente.” (Corte IDH, El Amparo vs. Venezuela, párr. 27).

Como se estableció anteriormente, un elemento para la determinación de la responsabilidad internacional es el elemento subjetivo o el poder determinar que la infracción le es atribuible al Estado. No obstante, Faúndez Ledesma menciona que un hecho que violenta una norma del derecho internacional cuya responsabilidad no es atribuible prima facie a un Estado, puede derivar en una responsabilidad internacional, lo cual será analizado a continuación (2004, p. 79).

1.4.1.1 Responsabilidad indirecta

Por cuanto nos ocupan los incumplimientos a las obligaciones relacionadas con los derechos humanos, se entiende que, los actos contrarios a los derechos no siempre son perpetrados por agentes estatales, sino también por particulares. Por ello, ya sea que la falta provenga de un particular o, que el infractor puede no estar identificado, el Estado no puede dejar de lado su obligación de garantizar los derechos. Así, el Estado puede ser declarado responsable internacionalmente por faltar a la diligencia que el deber de garantizar los derechos humanos le impone (Faúndez Ledesma, 2004, p. 79).

Consonante con lo anterior, la Corte IDH ha manifestado que los incumplimientos de la CADH no pueden ser sancionados aplicando reglas referentes a elementos orientados a determinar la culpabilidad individual de los autores. Durante el análisis de responsabilidad internacional, lo fundamental es determinar si una determinada violación a los derechos tuvo lugar con el apoyo o tolerancia del Estado. Así, la motivación o intención de los perpetradores de la infracción es irrelevante, al punto que pueden no estar identificados. Sin embargo, si el Estado ha incumplido sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos,

es responsable internacionalmente (Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 173).

Por lo expuesto, si una violación de los derechos humanos queda impune, asemejaría a que esta práctica o hecho cuenta con el apoyo del poder público, y que el Estado está inobservando las acciones mínimas que le impone la obligación de garantizar los derechos humanos. Así se entiende que, el Estado no se puede deslindar de la responsabilidad por violaciones, incluso si son perpetradas por particulares, pues está obligado a respetar y garantizar los derechos. (Camargo, 2003, p. 85)

La jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, ha expresado que la responsabilidad internacional derivada de los instrumentos de derechos humanos es solamente para los Estados y ésta no se refiere en ningún momento a los individuos. Lo anterior se debe a que el Estado es quien está llamado a respetar y garantizar los derechos a través de su ordenamiento jurídico y demás herramientas con las que cuenta para garantizar los derechos (Camargo, 2003, pp. 85, 86).

Por ello, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte IDH han sido enfáticas en establecer que, en el marco de su competencia contenciosa, no les corresponde determinar la inocencia o culpabilidad particular de la violación de los derechos. Sino verificar que las obligaciones estatales adquiridas a través de los diferentes instrumentos internacionales, hayan sido cumplidas y de ser necesario determinar responsabilidad estatal internacional (Moscatelli, 2013, p. 3).

Finalmente, de la presente sección del trabajo, se puede identificar que los pueblos indígenas gozan de derechos humanos específicos que tienden a proteger sus diferencias frente a la población mayoritaria de un Estado. Los derechos específicos de estos pueblos, constituyen un grupo de facultades especiales que mantienen tanto individual como colectivamente con el propósito de asegurar su dignidad. Estas facultades, reconocidas por varios instrumentos internacionales, poseen características propias, como son el carácter colectivo y espiritual, que implican una diferente forma de concebir a los derechos humanos.

Estas facultades, con características propias, imponen a los Estados obligaciones internacionales, específicamente el respeto y la garantía. Por lo tanto, para asegurar el fiel cumplimiento de estas obligaciones, los Estados, deben tomar en cuenta, al menos estas características de comunitario y espiritual de los derechos reconocidos. Pues su desconocimiento implicaría una mala tutela de los derechos de los pueblos indígenas y por lo tanto, puede comprometer la responsabilidad del Estado internacionalmente.

En síntesis, los derechos de los pueblos indígenas poseen características propias –carácter comunitario y espiritual- diferentes a los derechos de la población mayoritaria del Estado. Estos derechos no son absolutos y pueden ser limitados mientras se tome en cuenta que las características de éstos, constituyen parte del mínimo que debe ser respetado por los Estados. No tomar en cuenta estas características, podría constituir una limitación ilegítima y desproporcional a los derechos y comprometer la responsabilidad de un Estado. Teniendo esto en cuenta, se continua con el análisis del derecho a administrar justicia en el siguiente capítulo.

2 LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como se analizó anteriormente, los derechos de los pueblos indígenas han sido abordados en varios instrumentos internacionales. En el presente capítulo, corresponde, desarrollar específicamente el derecho que tienen a administrar justicia de conformidad con sus tradiciones y cosmovisión. Pues, teniendo en cuenta características específicas que mantienen los derechos de los pueblos indígenas –específicamente su sentido comunitario y la noción espiritual-; el derecho a administrar justicia por estos pueblos, contempla ciertas peculiaridades que son necesarias de tener en cuenta por parte del Estado, al momento de buscar los mecanismos que permitan hacer efectivo su goce y ejercicio; respetar sus obligaciones internacionales y establecer las limitaciones a este derecho.

Se hace referencia a que el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas tiene su origen en el derecho a la libre determinación. Como se mencionó, el reconocimiento al derecho a la autodeterminación fue uno de los puntos más controvertidos al momento de aprobar la Declaración de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas. Por ello conviene iniciar estableciendo brevemente los alcances de este derecho, para entender su relación con el derecho a administrar justicia.

Para Figuera y Ariza, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, consiste esencialmente en la facultad de una colectividad humana, unida por conciencia y voluntad, de construir una unidad y actuar en función de un futuro. Esta facultad implica la capacidad de decidir libremente su estatuto político tanto interna como externamente (disposición política); la disposición de sus propias riquezas (disposición económica); y la disposición de su propia identidad cultural (disposición cultural) (2015, pp. 60-71).

Así, el derecho a la autodeterminación debe ser entendido como la facultad de auto organización y gobierno del grupo indígena, en estrecha relación con la

cosmovisión, tradiciones, aspiraciones y deseos propios. De este derecho se desprende, el reconocimiento por parte del Estado a un sistema de normas propias del pueblo indígena, diferente al sistema estatal, que incluye la creación y aplicación de las normas (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2009, p. 151).

Lo anterior es reforzado por Ávila Linzán (2009) cuando menciona que el reconocimiento del derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas implica tres consecuencias para la conformación del poder dentro de un Estado. A saber, señala que se da materialidad a las normas indígenas, es decir que adquieren la misma obligatoriedad que las normas estatales. La segunda, se refiere a que el Estado abandona el monopolio de producción normativa y acepta la legitimidad de otras normas provenientes de otras fuentes formales. Finalmente, se refiere a que se coloca al sistema ordinario estatal y al sistema normativo indígena en igualdad.

Por lo anterior, para analizar el derecho a los pueblos indígenas a administrar justicia en base a sus costumbres y tradiciones, se vuelve necesario indagar en algunas de las características que presenta el derecho indígena.

2.1 Características de la justicia indígena

En primer lugar, se hace referencia a que el “sistema indígena” o “derecho indígena” son el conjunto de instituciones, principios, normas, costumbres, autoridades y usos que se encargan de la regulación y preservación de la convivencia pacífica de una comunidad o grupo indígena (Hernández Terán, 2011, pp. 11-12). El derecho indígena tiene como finalidad la preservación de la paz comunitaria. Para ello, utiliza una gran cantidad de prácticas e instituciones de carácter altamente simbólico que persiguen la reinserción y rehabilitación de la persona implicada dentro de la comunidad. En la justicia indígena se persigue superar el conflicto a través de la reflexión y entendimiento de las partes involucradas y de la comunidad (Ávila Santamaría, 2012, p. 299).

A modo general, el derecho indígena es transmitido de generación en generación, lo cual permite que sea conocido y vivenciado por todos los individuos que comparten una misma raíz cultural. Es decir, que el derecho indígena es accesible a todos los miembros de la comunidad sin distinción en cuanto a su preparación, pues el derecho indígena comprende un elemento indispensable dentro de la convivencia comunitaria. Ésta es una característica que lo distingue del sistema ordinario estatal, el cual se mantiene preferentemente a través de la escritura, cuyo entendimiento se limita en gran parte a los abogados y estudiosos del Derecho. Por ello, se ha sostenido que el derecho indígena es, en su diversidad, un sistema histórico, vivo, dinámico y esencialmente oral (Hernández Terán, 2011, pp. 11-13).

Otra característica importante sobre el derecho indígena, es que éste no hace una clara distinción entre lo familiar, social, religioso y público (Fiallo Monedero, 2014, p. 65). A diferencia de lo que ocurre en el pensamiento occidental, la cosmovisión indígena no fragmenta y dispersa los saberes y conocimientos, sino que los interconecta y relaciona en un saber integral (Hernández Terán, 2011, p. 13). El derecho indígena no pretende ser un elemento autónomo y separado de las demás cuestiones de la convivencia comunitaria. Es por ello que las autoridades encargadas de la administración de la justicia indígena cumplen otras funciones, verbigracia espirituales, políticas o económicas, además de la administración de justicia (De Sousa Santos, 2012, p. 22).

Consonante con lo anterior, la cosmovisión indígena se encuentra alimentada por una gran cantidad de elementos espirituales, de óptica comunitaria y simbólica. La aplicación de la justicia indígena por una comunidad persigue por una parte el restablecimiento y fortalecimiento de los vínculos comunitarios rotos por el cometimiento de una infracción; y por otra, busca purificar al individuo que cometió la infracción y a asegurar su reinserción en la comunidad. En ese sentido, se percibe que en la aplicación del derecho indígena, existen instituciones donde se emplea la violencia, pero ésta tiene un carácter purificador y sanador (Ávila Santamaría, 2012, p. 299).

Baltazar Yucailla, defiende que el sistema indígena tiene características propias. Las cuales hacen referencia a su carácter histórico, colectivo, en constante evolución, ágil, oportuno y dinámico (2009, p. 454). Además, se refiere a su carácter histórico o milenario, por ser costumbres y tradiciones que han permanecido arraigadas en las diferentes comunidades y poblaciones indígenas a pesar del transcurso del tiempo (Baltazar Yucailla, 2009, p. 454).

La autora en mención, se refiere a su carácter colectivo por el alto grado de participación de la comunidad en su aplicación y evolución. Dentro de la comunidad, la intervención de las familias de los implicados, amigos y conocidos, resulta vital para evitar que posteriormente la paz comunitaria se vea amenazada por las consideraciones de justa o injusta que puede ser una decisión. En ese sentido, para evitar las “venganzas de sangre” se necesita la intervención de toda la comunidad y la posibilidad de que sus aportes permitan una mejor comprensión de la situación de los implicados (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349, 1996). Es así que la aplicación del sistema indígena no recae en unos pocos, sino que se convierte en un escenario participativo en el que discute toda la comunidad (Baltazar Yucailla, 2009, p. 454).

Posteriormente, Baltazar Yucailla (2009, p. 454) sostiene que el sistema indígena se encuentra en permanente evolución e hibridación. Para lo anterior se tiene en cuenta que la cosmovisión indígena es ecléctica, es decir ha sabido asimilar las prácticas positivas y rechazar lo negativo de otras culturas (Esterman, 2009, p. 314). En relación a lo anterior, se entiende que el derecho indígena ha experimentado varios procesos de adaptación. Es, por lo tanto, sensible a modificarse progresivamente de acuerdo a las necesidades de la comunidad. Aquellos preceptos históricos que han permanecido vigentes hasta la actualidad, se preservan por su aplicabilidad en las situaciones actuales (Hernández Terán, 2011, p. 14).

La autora Baltazar destaca, sobre la oportunidad, agilidad y dinamismo del derecho indígena, que responde de manera rápida aún en los conflictos graves

(Baltazar Yucailla, 2009, p. 454). Sobre lo anterior, Ávila Santamaría (2012, p. 297) plantea la diferencia con el sistema estatal, pues se evidencia que el Estado carece de capacidad para resolver oportuna y ágilmente los conflictos suscitados en la zona urbana mestiza. En consecuencia, señala que, los conflictos que se han presentado en las poblaciones indígenas suelen ser resueltos oportunamente por sus autoridades ya que éstos procuran una conciliación por parte de los implicados y sus familias llegando a una resolución más rápida. El no conseguirlo pondría en peligro la convivencia armónica de la comunidad.

Finalmente, se afirma que el sistema indígena es heterogéneo y nunca ha pretendido configurarse como un sistema unitario. Es decir, el derecho indígena es muy diverso. A palabras de Santos (2012, pp. 20-21):

“Son enormes las variaciones en el tipo de autoridades que administran justicia, en la manera de aplicarla, en las orientaciones normativas que presiden la aplicación, en los tipos de litigios para cuya resolución se consideran competentes, en las sanciones que aplican con más frecuencia, en la relación entre oralidad y escritura, en la relativa distancia normativa e institucional en relación a la justicia ordinaria y en las formas de articulación y cooperación que mantienen con ella.”

En ese sentido, hay que tomar en cuenta que cada comunidad o pueblo indígena tiene, en mayor o menor medida un sistema jurídico interno que comprende sus usos y costumbres. Entonces resulta imposible hablar de un único derecho indígena, debido a que cada comunidad que se distingue de otras por sus costumbres, tradiciones, localización geográfica, creencias, asimilación, etc. (Hernández Terán, 2011, p. 11). Razón por la cual es preferible referirse a “derechos indígenas”, pues estos términos permiten abarcar de mejor manera la diversidad que el derecho indígena implica (De Sousa Santos, 2012, p. 21).

2.2 Alcance del derecho a la administración de justicia indígena

La Corte Constitucional colombiana, ha hecho relevantes avances en cuanto a determinar el alcance del derecho de las poblaciones indígenas a administrar justicia. El desarrollo de esta corporación ha sido referido por autores como Hernández Terán (2011, pp. 19-21), Sánchez Botero y Jaramillo Sierra (2009, pp. 149-152), por mencionar algunos. En ese sentido, se ha establecido que el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas comprende dos facultades. La primera se refiere a la facultad legislativa de la comunidad. Es decir, a la potestad que tiene la comunidad para generar normas y procedimientos que regulen la convivencia del grupo indígena. La segunda facultad, es la jurisdiccional, entendida como la capacidad de la comunidad de conocer y resolver un determinado asunto en base a sus reglas (Sentencia C-139, 1996).

2.2.1 Facultad legislativa o de creación normativa

La primera facultad que se desprende del derecho a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas es la capacidad de crear un sistema normativo, con normas y procedimientos propios de conformidad con su propia cosmovisión y necesidades (Baltazar Yucailla, 2009, p. 453). El reconocimiento de la presente facultad implica el reconocer fuentes normativas que no tienen la misma fuente formal que el derecho estatal y reconocer que estas normas son igualmente exigibles que las normas estatales (Ávila Linzan, 2009).

No obstante, el reconocimiento de la facultad legislativa dentro la jurisdicción especial indígena, plantea la problemática de determinar la jerarquía entre la ley, y los usos y costumbres indígenas como fuentes de derecho. En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha determinado que para dirimir las discrepancias provenientes de la aplicación de sistemas jurídicos diferentes, se deben aplicar las siguientes reglas de interpretación, que constituyen los mínimos para sobrepasar las diferencias conceptuales y axiológicas (Sentencia T-254, 1994).

2.2.1.1 A mayor asimilación con occidente, menor facultad de aplicar normas propias de la comunidad

La primera regla para determinar la ubicación de la costumbre indígena frente a la ley es “[a] mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994). Sobre la presente, esa Corporación estableció que hay que diferenciar los pueblos indígenas que han sufrido una mayor asimilación del sistema jurídico estatal, de los pueblos que han preservado en mayor parte su orden interno. Así, aquellos pueblos que sufrieron una mayor asimilación del sistema estatal deben regirse en mayor parte a las leyes de la República, mientras que los que han preservado sus usos y costumbres pueden aplicarlas en la resolución de los asuntos internos, ya que constituye un acervo cultural que debe ser protegido (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994).

Esta regla reconoce el hecho que existen comunidades que, dentro de sus costumbres, pueden tener normativa específica que regule una determinada situación, mientras que otras carecen de ella. Al momento de suscitarse la situación fáctica en las segundas poblaciones, es necesario que los intereses de la persona afectada se vean tutelados, y por tanto la ausencia de regulaciones expresas sobre esos asuntos no deberían justificar una falta en la resolución de esos asuntos, pues ello generaría indefensión. En ese orden de ideas, aquellas poblaciones que tienen una regulación gozan de autonomía para aplicarla, mientras que aquellas que carecen de regulación, deberán someterse a las leyes estatales. Esto implica desarrollar un aparataje estatal que permita conocer las necesidades específicas de los pueblos indígenas y su grado de preservación dentro del territorio. Lo anterior se justifica a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, que, obliga en última instancia al Estado, a incurrir indirectamente en responsabilidad internacional, en el caso de que una persona quedara en indefensión de la tutela de sus derechos por una imprecisa o inexistente normativa llamada a tutelar sus intereses (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994).

2.2.1.2 En caso de conflicto entre la norma indígena y las normas que protejan derechos fundamentales (a nivel constitucional o convencional), éstas últimas prevalecen

La segunda regla se refiere a que “[l]os derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994). En ese sentido, sostiene que el contenido axiológico de la Constitución, es decir los derechos fundamentales, “(...) constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional (...)” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994). En otras palabras, sostiene que los derechos fundamentales constituyen un límite, interculturalmente aceptado, que restringe las facultades normativas y jurisdiccionales de los pueblos indígenas. No obstante, los derechos fundamentales para poder operar como un límite a la facultad legislativa, deben ser interpretados en un contexto intercultural, propio del pluralismo jurídico, el cual será explicado posteriormente. Ello es consonante con lo dispuesto en tratados internacionales en la materia referente al reconocimiento del derecho a administrar justicia.

2.2.1.3 La validez de las normas de una comunidad indígena está condicionada a su concordancia con el orden público interno del Estado

Como tercera regla se hace referencia a que “[l]as normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994). La presente regla hace referencia a que existen valores jurídicos, los cuales son constitucionalmente superiores al principio de diversidad étnica y cultural. Estos valores jurídicos son desarrollados por leyes imperativas y protegen el orden público. En ese sentido, establece que estas leyes priman por sobre las costumbres indígenas, pues el

interés particular de la comunidad no puede primar en todo momento (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994). Para ejemplificar, se puede confrontar a la seguridad nacional frente a las costumbres de la comunidad. En el hipotético en mención, las costumbres de una población indígena no pueden obstaculizar la aplicación de normas que garanticen la seguridad nacional.

Finalmente, la última regla se refiere a que “[l]os usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas del Estado.” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994). Ésta regla, no pretende aceptar la costumbre contraria a la ley, sino por el contrario respetar la diversidad cultural existente en un territorio. En ese sentido, se reconoce que existen prácticas comunitarias que regulan una determinada situación y, que ésta regulación no afecta o tiene injerencia en un bien jurídico superior a la diversidad cultural; en estos casos, priman las costumbres y usos de la comunidad (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-254, 1994).

Para ejemplificar de mejor manera la regla anterior se hace referencia al Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. En ese caso, la Corte IDH reconoció que el derecho de familia referente a la filiación de Surinam no era aplicable para la comunidad Saramaca; y determinó que las reparaciones a favor los sucesores de la víctima debían determinarse en razón de las costumbres de la comunidad. Esto implicó reconocer que existen prácticas comunitarias que son diferentes al derecho estatal y, que en ciertos casos éstas deben primar por sobre el derecho ordinario (Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, párr. 58-66).

De la revisión de la bibliografía, se puede afirmar que, sobre la facultad de generación normativa por parte de los pueblos indígenas, las costumbres internas de una comunidad priman por sobre la ley estatal excepto en cuestiones relacionadas al orden público y derechos fundamentales. Adicionalmente hay que tener en cuenta el grado de asimilación que han tenido las diferentes comunidades para determinar su autonomía en cuanto a la producción normativa.

2.2.2 Facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas

Como se mencionó anteriormente, el derecho a aplicar un sistema de justicia propio no se agota, para los pueblos indígenas, en la mera facultad de crear normativa dentro de la comunidad; para mantener la paz social del grupo humano, supone también la posibilidad de que éstos puedan conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en aplicación de dichas normas (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2009, p. 160).

Para entender la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas, es necesario entender en primer lugar, los supuestos que comprende la jurisdicción para la teoría clásica del derecho procesal. Según ésta teoría, la jurisdicción comprende: la *notio*, el *iudicium* y el *imperium*. Sobre la *notio* se ha establecido que comprende la facultad de avocar conocimiento según las reglas de la competencia correspondientes a cada juez. Esta facultad incluye la posibilidad de disponer la citación, recolectar pruebas, notificar a las partes, etc. Sobre el segundo presupuesto, el *iudicim*, es la facultad resolutoria del juez; es decir la facultad de resolver el asunto que ha sido sometido a su conocimiento. Finalmente, el *imperium* se lo conoce como a facultad de hacer cumplir lo juzgado incluso mediante el uso de la fuerza (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2009, p. 160).

Ahora teniendo claro lo que implica la jurisdicción en la teoría clásica del derecho, se puede afirmar que, la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas, es la prerrogativa que tienen sus autoridades, de conocer, resolver, y hacer cumplir lo decidido de conformidad con sus normas, costumbres y cosmovisión (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2009, p. 160).

En el derecho ordinario, se dispone, a modo general, que la determinación de la jurisdicción de un tribunal se hace en atención de la materia, persona y territorio; sin embargo, la jurisdicción indígena, por su naturaleza, no responde a la misma división, y es pertinente analizar cómo estos criterios no son compatibles (Ariza, Martínez, Padilla, Regalado, & Valiente, 2012, p. 37).

Como se enfatizó anteriormente, la justicia indígena trata de resolver el conflicto de manera integral prestando atención a todas sus vertientes. Es decir, la justicia indígena no se fragmenta en justicia penal, civil, pública; pues trata de unificar todas las vertientes para solucionar el conflicto. Por lo tanto, la distinción material del derecho ordinario es entorpecedora al momento de delimitar los campos de acción de la facultad jurisdiccional indígena (Ariza, Martínez, Padilla, Regalado, & Valiente, 2012, p. 37).

No obstante, sí es posible delimitar la aplicación de la jurisdicción indígena por el territorio y persona. En cuanto a la territorialidad, dicha condicionante se encuentra plasmada en la normativa que reconoce la facultad jurisdiccional. El uso de vocablos tales como “dentro de su territorio” demuestra que la tendencia es limitar el ejercicio de ésta facultad dentro de un territorio específico. Por ejemplo, la Constitución vigente del Ecuador, de manera expresa, establece “(...) dentro de su ámbito territorial, (...)” (Constitución, art. 171), como condicionante para la aplicación de la facultad jurisdiccional indígena. Esto quiere decir que la comunidad indígena podría conocer de los asuntos que se han suscitado dentro de su territorio; sin embargo, la problemática radica en la delimitación del territorio indígena, pues no todos los territorios se encuentran definidos. En ese sentido es necesaria la cooperación entre los sistemas jurídicos con el fin de determinar “criterios jurídicos claros e información etnográfica profesional para definir las competencias.” (Ariza, Martínez, Padilla, Regalado, & Valiente, 2012, p. 38).

En cuanto al criterio de competencia personal, se estableció que es necesario diferenciar dos situaciones fácticas diferentes. La primera es en la que se encuentran implicados individuos pertenecientes de diferentes comunidades y raíces étnicas, verbigracia mestizo e indígena, negro e indígena, indígenas de comunidades distintas, etcétera; y la segunda situación en la que todos los individuos pertenecen a la misma comunidad. Es decir, los sujetos activo y pasivo de la relación pertenecen al mismo grupo étnico (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349, 1996). En el primer caso, cuando los individuos no se encuentran vinculados y auto-identificados con la comunidad, se prioriza

que el conflicto sea resuelto por la justicia ordinaria procurando preservar el pluralismo jurídico en cuanto a la reparación que tiene el sistema indígena. En el segundo caso, no habría objeción a la aplicación de la facultad jurisdiccional indígena, pues los sujetos sobre quienes recaerá la resolución son parte de la comunidad y comparten la misma formación cultural. Una inadecuada intervención estatal podría encontrarse contrario a la unidad y cosmovisión indígena.

La facultad jurisdiccional que tiene una comunidad es discrecional. En ese sentido, su reconocimiento implica que no están obligados a ejercerla. Esta característica diferencia a la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas de los tribunales del Estado, pues la administración de justicia estatal no está sujeta a discrecionalidad alguna. Así, una vez establecida la competencia del juez en aplicación de la ley, no sería posible que éste decline o se abstenga de ejercerla, pues ello supondría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente al juez competente, y eventualmente, podría incluso generarle responsabilidad internacional al Estado (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2009, p. 159).

En sentido contrario, una comunidad indígena puede abstenerse de conocer un determinado asunto y ejercer la facultad jurisdiccional, cuando ésta así lo desee. El ejercicio del derecho a administrar justicia, no está condicionado de ninguna manera. Por lo tanto, las comunidades indígenas no están obligadas a garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva, como si lo está el Estado (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2009, p. 159).

Consecuencia de lo anterior, la expedición de una resolución que ponga fin a un conflicto, en ejercicio de la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas, se constituye como el ejercicio legítimo de su derecho a administrar justicia. La abstención implica una forma de ejercer el derecho de los pueblos indígenas a aplicar su justicia y, por lo tanto, en ningún momento la abstención, se traduce en una denegación de justicia (Sánchez Botero & Jaramillo Sierra, 2009, p. 159).

La falta de criterios claros sobre cuando un determinado sistema debe operar, pueden causar conflictos tanto a la función judicial del Estado, como a las autoridades de las comunidades indígenas. En particular, podría generar situaciones donde los sujetos pueden escoger el sistema jurídico que mayor conveniencia le presente (*fórum shopping*) que tendría como consecuencia, por una parte, la desintegración de la comunidad y por otra, permitiría la impunidad a violaciones de los derechos fundamentales de otras personas (Ariza, Martínez, Padilla, Regalado, & Valiente, 2012, p. 37).

En síntesis, se puede considerar al derecho a la administración de justicia por parte de las comunidades indígenas como una derivación del derecho a la autodeterminación. Éste derecho se consagra también como un derecho a la protección cultural, en miras a la preservación de las costumbres y tradiciones propias de los pueblos. Finalmente, éste derecho se configura como el reconocimiento de una doble facultad, legislativa y jurisdiccional, a la comunidad. Por lo tanto, en ejercicio de dichas facultades, las resoluciones adoptadas por una comunidad constituyen la expresión del ejercicio de éste derecho.

2.3 El pluralismo jurídico, la justicia indígena y el paradigma tradicional del Estado

En otro orden de ideas, no se puede hablar de derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, sin hacer referencia al pluralismo jurídico. El reconocimiento de este derecho, plantea un problema para la concepción hegemónica del Estado homogéneo. Esta concepción supone que “el Estado, para consolidarse requiere que haya una sola nación, una sola cultura, un solo sistema educativo, un solo ejército, un único derecho” (De Sousa Santos, 2012, p. 19). El reconocimiento del derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas rompe esta concepción, y abre la puerta a la coexistencia, en igualdad, a diversos sistemas jurídicos de un territorio; es decir a un pluralismo jurídico.

El pluralismo jurídico busca integrar de mejor manera el Derecho en una sociedad heterogénea (Rojas Estévez, 2014, pp. 39-40). En ese sentido, Wolkmer lo define como “(...) la multiplicidad de prácticas [jurídicas] existentes en un mismo espacio socio político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales [de los pueblos].” (2003, p. 5). En otras palabras, el pluralismo jurídico se lo entiende como la coexistencia, en paralelo, de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico, político y temporal. Sin perjuicio de lo anterior, más allá de la coexistencia de sistemas jurídicos en un espacio geopolítico, se trata del enriquecimiento de los sistemas jurídicos que interactúan entre sí (Fiallo Monedero, 2014, p. 7).

El concepto “pluralismo jurídico” es un concepto esgrimido a finales del siglo XIX como respuesta al monopolio de la producción normativa por parte de Estado y la doctrina positivista (Rojas Estévez, 2014, p. 39). Sin embargo, la multiplicidad de sistemas operantes en un territorio, ha existido desde la Edad Media. Muestra de lo anterior, fue el régimen de fueros, la convivencia entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico, o la aplicación del Derecho Romano en conjunción con el derecho local de ciertas comunidades en Europa (Fiallo Monedero, 2014, p. 5). Como lo relata Wolkmer, en la época medieval existía una multiplicidad de regímenes normativos que interactuaban constantemente. Desde las costumbres locales en territorios diversos hasta la aplicación del Derecho Canónico o Derecho Romano, se evidencia el surgimiento natural de un pluralismo jurídico (2003, p. 4).

No obstante, aunque previamente la regla general era la coexistencia, los postulados de la revolución francesa y el proceso de codificación alemana reforzaron la noción de necesidad de una unidad nacional para la existencia, estabilidad y permanencia del Estado. Estos ideales de unidad social, política y de sometimiento del poder estatal a una voluntad soberana única, marcaron el rápido declive de la pluralidad jurídica existente y que en la actualidad se busca

retomar con el reconocimiento del derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas (Wolkmer, 2003, p. 4).

La propuesta de un pluralismo jurídico no está en el desconocimiento radical del Derecho estatal, por el contrario, es el reconocimiento que éste es uno de los sistemas operantes que puede existir. El pluralismo jurídico, específicamente en América Latina, busca el generar prácticas normativas donde convivan los valores plurales propios de la región (Wolkmer, 2003, p. 7).

2.3.1 Formas de coexistencia de los sistemas jurídicos

Como se dijo anteriormente, el pluralismo jurídico, entendido como la coexistencia de diferentes formas de derecho en un mismo espacio geográfico, no es algo nuevo, pues antiguamente la regla general, era la coexistencia.

No obstante, las formas en las que se presentó el pluralismo jurídico son distintas. De hecho, el nivel de integración y coordinación entre unos y otros varía según diversos factores y momentos. En ese sentido, desde la doctrina se ha categorizado las diferentes formas de coexistencia de los sistemas jurídicos a través de modelos que reflejan la manera de interacción de los sistemas jurídicos en un territorio. Para efectos del presente trabajo, tomaremos como referencia la categorización realizada por Santos, quien establece cuatro modelos denominados: “la negación, la coexistencia a distancia, la reconciliación y la convivialidad” (2012, p. 35).

El primer modelo referente a la negación, radica en el rotundo desconocimiento e invisibilización de cualquier sistema jurídico diferente, lo que implica que el sistema hegemónico desconoce y reprime cualquier otra manifestación de derecho. Éste modelo se expresó a través de políticas y prácticas que trataban de imponer, incluso a la fuerza, el sistema jurídico hegemónico. Prácticas relacionadas con éste modelo concretamente pueden ser la criminalización de prácticas distintas, etcétera (De Sousa Santos, 2012, pp. 35-36).

El segundo modelo, la coexistencia a distancia, implica el reconocimiento mutuo de sistemas jurídicos, pero sin que entre ellos exista contacto o interacción alguna. En otras palabras, esos sistemas jurídicos coexisten de manera paralela, pero no integrada por haber una separación tajante de culturas. Ejemplo de ello fue el sistema de “apartheid” en Sudáfrica que duró hasta la última década del siglo XX (De Sousa Santos, 2012, p. 36).

Como tercer modelo, en la reconciliación, el sistema jurídico hegemónico, reconoce la existencia de uno o varios diferentes, sin embargo, éste subordina a los demás (De Sousa Santos, 2012, p. 36).

Por último, la convivialidad, es un modelo quimérico. Éste anhelo, en el cual dos o más sistemas jurídicos puedan coexistir armónicamente y se nutran entre sí. Es decir una hibridación en los distintos derechos e incluso la facultad de entrelazarlos para regular de mejor manera situaciones sociales, aplicando el sistema que procure los resultados más provechosos para la sociedad (De Sousa Santos, 2012, pp. 37-39).

Noguera ha desarrollado modelos similares a los de Santos, y sostiene que “[e]xisten dos modelos o maneras diferentes de interpretar y aplicar los límites por parte del derecho positivo-occidental sobre el derecho indígena” (2008, p. 98).

El primer modelo se denomina “modelo de inclusión del contrario” o etnocentrista. Éste modelo se encuentra nutrido por el “mito de igualdad” en el cual los valores y concepciones propios son considerados como referente; mientras que los valores y concepciones ajenos son considerados jerárquicamente inferiores. En ese sentido, en este modelo la justicia ordinaria reconoce la existencia de justicias indígenas, no obstante la supervigila con el fin de evitar supuestas violaciones a los derechos humanos (Noguera Fernández, 2008, pp. 98-99).

El segundo modelo es llamado “modelo del multijuridismo”. Este modelo sostiene un verdadero pluralismo legal, donde los diferentes sistemas se utilizan para definir e interpretar los derechos humanos. Se proyecta como un sistema de tutela integral en el cual los campos semiautónomos (sistemas jurídicos) tienen plena obligatoriedad sobre sus normas, pero también son dúctiles al permitir que otros campos interfieran y los nutran (Noguera Fernández, 2008, pp. 100-101).

Los dos modelos presentados anteriormente por Noguera son similares con los modelos de reconciliación y convivencia propuestos por Santos. En ese sentido, el modelo de la reconciliación de Santos se asemeja con el etnocentrista de Noguera, pues ambos comparten la característica de mantener al sistema jurídico imperante como supervisor u orientador de los demás. Por otro lado, el modelo del multijuridismo de Noguera se equipara con el de convivencia de Santos, pues en ellos se pretende llegar a un estadio superior en el cual se goce de un verdadero pluralismo jurídico en el que se nutren los diversos sistemas y mantiene una integralidad en la regulación de la conducta humana.

Aplicando estas teorías al caso latinoamericano, se puede notar que mientras gran parte de los países han declarado el reconocimiento del pluralismo jurídico existente en sus territorios, verbigracia las constituciones ecuatoriana, mexicana, venezolana, boliviana; condicionan el ejercicio del derecho a la administración de justicia a criterios concebidos dentro de la justicia ordinaria, el respeto a la constitución y los derechos humanos. Lo anterior demuestra un modelo imperantemente etnocentrista que no da luces de ser superado. Ello, sin perjuicio de los avances realizados hacia el modelo de convivencia que se han logrado a partir de la jurisprudencia constitucional de tribunales locales, siendo el caso de Colombia un ejemplo paradigmático en este sentido.

La Corte Constitucional Colombiana ha manifestado:

“Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras

que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. (...) [E]l verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los parámetros valorativos de las diversas culturas, y obliga a propender por un relativismo [ético] moderado en el que se admita la comparabilidad entre culturas bajo la fórmula de la tolerancia y el respeto de la especificidad cultural, salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona. La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones justifica la adopción de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos (...)" (Sentencia T-254, 1994).

Con lo anterior, no se pretende asegurar que el Estado colombiano ha incursionado en el tan anhelado modelo del multijuridismo. Pero sí merece resaltarse el paso dado en la justicia constitucional colombiana para llegar a él, entendiendo que los límites constitucionales provienen de cosmovisiones y valores éticos de culturas diferentes. En ese sentido, al pretender llegar al multijuridismo, se reconoce un moderado relativismo ético, con el fin de nutrir los sistemas y tratar de llegar a la integralidad. Al realizar esta distinción, se está permitiendo que el ejercicio del derecho a la administración de justicia por los pueblos indígenas, tenga nuevas dimensiones.

Entre tanto, en el Ecuador con a la expedición de la sentencia No. 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional, llamado "caso La Cocha II", se puede evidenciar que se ha optado por un modelo de "inclusión del contrario", pues como se verá posteriormente, se limita el conocimiento de ciertos temas a la justicia indígena evitando que se pueda dar un verdadero pluralismo jurídico. Por lo tanto, la

consecución del pluralismo jurídico del modelo de convivencia, puede significar que el Estado está realizando todas las acciones necesarias para hacer efectivo el goce y ejercicio del derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas.

El reconocimiento del pluralismo jurídico, implica una discusión sobre las actuaciones del Estado al momento de avanzar en su consecución. Se recuerda en el presente punto, que tradicionalmente el Estado ha estado encargado de la administración de justicia. Sin embargo, cuando dos sistemas jurídicos pueden operar en un territorio, el panorama se complica, pues el Estado será siempre, en última instancia, el responsable internacionalmente por errores al momento de ejercer la jurisdicción.

2.4 Criterios sobre la forma de ejercer el derecho a la administración de justicia por parte los pueblos indígenas

Se reconoce que el sistema ordinario estatal de administración de justicia es proclive de cometer abusos o excesos que violentan los derechos humanos y comprometen internacionalmente al Estado. Como menciona Ávila Santamaría, los pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos en contra de los Estados por el incumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos son el reflejo y el registro de las fallas del sistema ordinario estatal (Ávila Santamaría, 2012, p. 293). En este aspecto, el rol de garante del Estado supone realizar, en ciertas instancias, un control sobre los actos de la función judicial que pudieran ser lesivos de derechos fundamentales. En el caso ecuatoriano, esta obligación se materializó con la creación de la acción extraordinaria de protección.

La justicia indígena, como cualquier otro sistema de administración de justicia, no es perfecto. Dentro del ejercicio de la función jurisdiccional de los pueblos indígenas pueden presentarse situaciones que se considerarían lesivas a los derechos humanos. Los más mediatizados son los excesos donde se perdió la

óptica purificadora del uso de la violencia. No obstante, los excesos por parte de las comunidades indígenas que han sido documentados no representan más que el 4,1 por ciento de los casos que han conocido y sancionado; mientras que el 90 por ciento no presenta incompatibilidad alguna con los estándares internacionales de derechos humanos (Ávila Santamaría, 2012, p. 301).

Previo a señalar cómo el Estado debe limitar este derecho, frente a los posibles excesos de la administración de justicia indígena, para regular el ejercicio de la facultad jurisdiccional; es necesario diferenciarla de otros actos que no podrían ser categorizados como administración de justicia, porque no son realmente parte de lo que se considera “administración de justicia indígena”. Particularmente, conviene distinguirla de acciones como el linchamiento, o administración de justicia por mano propia que muchas veces son mal entendidas como administración de justicia indígena, lo cual es equivocado.

Como se mencionó anteriormente, el sistema jurídico indígena es el conjunto de instituciones, prácticas, costumbres, normas, autoridades que regulan el convivir pacífico de una comunidad. La administración de justicia por mano propia, por el contrario, es un acto de venganza frente a la imposibilidad de tutelar eficazmente los derechos por parte de un sistema. La justicia por mano propia, no preserva el carácter simbólico y restaurativo de la paz comunitaria del sistema jurídico indígena. Por lo tanto, los actos de administración de justicia por mano propia o linchamientos, responden a la ausencia de toda forma de regulación social (derecho) y no puede ser equiparada a las prácticas de administración de justicia por parte de los pueblos indígenas (Baltazar Yucailla, 2009, p. 453).

En el presente trabajo no corresponde analizar la actuación que debe tomar el Estado ante los linchamientos, pues, como es la ausencia total de un sistema normativo, le corresponde obligatoriamente investigar, perseguir y sancionar a los culpables para garantizar los derechos. El análisis dentro del presente trabajo busca identificar los límites que los Estados podrían imponer al derecho de administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, sin que ello afecte y menoscabe su derecho.

Así, los posibles excesos que se cometan dentro del ejercicio de administración de la justicia por parte de los pueblos indígenas, suponen una vulneración a los derechos humanos mínimamente exigibles dentro de todo procedimiento de toma de decisiones; verbigracia, la vulneración a un debido proceso, aplicación de sanciones desproporcionadas o la falta de previsibilidad en cuanto a las actuaciones de las autoridades de las comunidades indígenas que genere violaciones al principio de legalidad.

Estas situaciones, podrían acarrear violaciones a derechos humanos como consecuencia de la administración de la justicia indígena. En estos casos, el Estado no puede ser un espectador pasivo, pues en ese caso se entendería que estas violaciones cuentan con el aval del Estado, o por lo menos con su tolerancia.

De esta manera, se distinguen tres posturas diferentes sobre la forma de ejercer la jurisdicción los pueblos indígenas. Estas posturas se refieren específicamente a las actuaciones del Estado al momento de reconocer la independencia de esta jurisdicción. Estas son: 1) limitar materialmente los asuntos que puede conocer la justicia indígena; 2) la absoluta independencia de los sistemas de administración de justicia indígena y ordinario, sin posibilidad de intervención; y, 3) la intervención excepcional del Estado como garante de la compatibilidad de las acciones de las comunidades indígenas en administración de justicia y los derechos humanos.

2.4.1 Limitación material de competencias

Este argumento parte del supuesto de que hay ciertos ámbitos del derecho que solo pueden ser tutelados por el Estado. Este argumento, ha sido especialmente esgrimido en el ámbito del derecho penal, en cuanto a la posibilidad de restricción de competencias para el conocimiento de ciertos conflictos. Andrade Dávila, sostuvo que la Constitución y la normativa penal establecen que exclusivamente la ley (penal) puede declarar una acción como reprochable y

establecer sanciones de carácter penal; por lo tanto, las normas y costumbres indígenas no pueden modificar ni derogar la ley, y eso se traduce en la imposibilidad de ser aplicadas (2002, p. 31).

Así, se han presentado argumentos en el sentido “(...) que la justicia indígena no tiene competencia para conocer casos considerados desde la justicia eurocéntrica como penales (...)” (Llasag Fernández, 2012, p. 344). Es decir, este criterio pretende impedir constitucional, legal o jurisprudencialmente el conocimiento de ciertos temas (específicamente penales) a los pueblos indígenas.

Argumentos de este tipo son consecuentes con el modelo de “reconciliación” propuesto por Boaventura de Sousa Santos, en el cual el sistema jurídico ordinario estatal tiene la obligación de limitar las actuaciones de la administración de justicia indígena y, de esta manera, resolver los temas a los cuales la justicia indígena no puede conocer.

Esta postura tiene como fin el desconocer prácticas consuetudinarias como mecanismos válidos e idóneos para solucionar conflictos intercomunitarios, ya sea por su poca comprensión o por un esfuerzo en centralizar el poder punitivo del Estado. La adopción de este criterio, conllevaría a la limitación material de competencias de la justicia indígena, algo incompatible con su cosmovisión, pues, como se explicó anteriormente, el derecho indígena pretende solucionar la problemática social abordándola desde una integralidad, no segmentada en cuanto a materias.

Esta posición supone el desconocimiento de prácticas y normativas propias de las poblaciones indígenas y que podrían conllevar a una afectación al derecho a la administración de justicia, específicamente en relación a sus saberes y costumbres, debido a que la limitación material no se encuentra plasmada en la normativa que reconoce este derecho.

Por lo tanto, el criterio de limitar los asuntos que puede conocer la justicia indígena implica no permitir, de conformidad con la obligación de respeto, el goce y ejercicio de este derecho. Más aun, la limitación material no es compatible con los instrumentos internacionales de la materia y, los reconocimientos a nivel constitucional de los derechos a los pueblos indígenas, por lo que su adopción podría conllevar al incumplimiento con la obligación de garantía de los derechos y la posible determinación de responsabilidad internacional del Estado.

2.4.2 Total independencia de la justicia indígena con nula injerencia o supervisión del Estado

Desde una postura indigenista, Carlos Pérez Guartambel, sostiene la absoluta independencia de los sistemas jurídicos en cuanto a la posibilidad de supervisión del Estado en caso de violaciones de derechos humanos por las decisiones de la justicia indígena. En ese sentido, se supone que el Estado no debe actuar como supervisor, sino como un ente que esté en igualdad de jerarquía y autoridad. Por lo tanto, rechaza toda forma de revisión de las decisiones expedidas por parte de las comunidades indígenas de la administración de justicia estatal. Es decir, una independencia total.

En ese sentido, se ha sostenido que al reconocer el derecho a administrar justicia por parte de las comunidades indígenas se ha imposibilitado la injerencia estatal dentro de los asuntos internos de los pueblos indígenas, pues ésta abstención permite el respeto a la toma de decisiones por parte de la comunidad sobre los asuntos que le afectan (Pérez Guartambel, 2006, p. 204).

Esta posición, proviene de una literal interpretación de la normativa que obliga al Estado a respetar las decisiones provenientes de la administración de justicia de los pueblos indígenas, su autonomía e independencia, pues, se sostiene que de conformidad con los tratados internacionales, la justicia indígena tiene autonomía plena, independiente de cualquier otro sistema jurídico (Pérez Guartambel, 2006, p. 204).

Esta postura, desconoce que las comunidades indígenas no representan un Estado aparte, ni que el reconocimiento de estos derechos, no implican la posibilidad de secesión. Ante ésta realidad, no se puede pretender una autonomía radical de la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, pues, es incompatible con el papel de garante de los derechos humanos por parte del Estado.

Posiblemente, esto serviría únicamente para cumplir con la obligación de respeto del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia. Sin embargo, supondría desconocer a los individuos de esas comunidades (y posiblemente a otros que no pertenecen a ésta), otros derechos humanos que el Estado debe asegurarles, especialmente aquellos relativos a las garantías procesales y el acceso a la justicia, y a que se investiguen y sancionen acciones que vulneren otros derechos fundamentales.

Por lo tanto, éste razonamiento no es posible de cumplirse en la práctica, pues implicaría exigirle al Estado que incumpla las obligaciones de respeto y garantía consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así, esta postura parecería corresponder con el modelo de “convivencia a la distancia” de Santos, pues no procura un acercamiento entre los sistemas; por el contrario, fomenta “(...) estar juntos pero de espaldas, (...)” (Ávila Santamaría, 2012, p. 303) lo cual sería un retroceso en cuanto a la consecución de un verdadero pluralismo jurídico dentro de los Estados.

2.4.3 El Estado establece límites racionales al ejercicio de la facultad jurisdiccional y asegura su papel como garante de los derechos

Finalmente, el último modelo es una postura más conciliadora, donde por un lado, el Estado puede ejercer su rol de garante de los derechos humanos, y por otro lado, las comunidades indígenas gozan de un margen de autonomía, en la cual la intervención estatal toma en cuenta aspectos importantes de la diversidad étnica y cultural.

El rol de garante de los derechos humanos del Estado supone que frente a situaciones donde se alega posibles violaciones a los derechos humanos, éste debe investigar, perseguir y sancionar a los responsables, de conformidad con la obligación de garantía de los derechos humanos analizada anteriormente. En ese sentido, la investigación estatal no supone una nueva instancia judicial, pues, esto conllevaría el desconocimiento del derecho colectivo de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, se entiende que la justicia indígena entonces es susceptible de la revisión por parte de la justicia estatal en caso de alegadas o posibles violaciones a los derechos humanos, empero, esta revisión no viene a controvertir la decisión adoptada dentro de la administración de justicia indígena, sino que, solamente verifica que, dentro del ejercicio de éste derecho, se hayan respetado los derechos humanos los cuales son entendidos desde una perspectiva intercultural y ecléctica.

De esta manera se entiende que las decisiones adoptadas dentro de la justicia indígena no son inamovibles, se encuentran sometidas a un control de constitucionalidad, lo cual permite su constante evolución al igual que el derecho estatal. Por lo que el cuestionamiento y revisión de los sistemas jurídicos es posible, siempre y cuando se tome en cuenta el contexto social y cultural en el que se ejerce (Ugsha Cuyo, 2013).

En definitiva, se puede hacer referencia a que las características comunitarias y espirituales de los derechos de los pueblos indígenas desarrolladas anteriormente, se encuentran también dentro del derecho a administrar justicia. El reconocimiento del presente derecho por parte de los Estados, supone el abrir las puertas para desarrollar un pluralismo jurídico. Pues, se reconoce una facultad normativa y jurisdiccional a los pueblos indígenas, que rompe con el paradigma monopólico del Estado en cuanto a asuntos de creación normativa y administración de justicia. Así, la consecución de un verdadero pluralismo jurídico, sería la máxima expresión del cumplimiento de las obligaciones

internacionales de respeto y garantía de los derechos colectivos de los pueblos indígenas por parte del Estado.

En otras palabras, el derecho a administrar justicia comprende dos facultades – normativa y jurisdiccional-; y cada una de ellas mantiene las características de los derechos de los pueblos indígenas. Este derecho no es absoluto, pues no es compatible una radical autonomía de los sistemas jurídicos dentro de un territorio con el pluralismo jurídico. Así, una limitación desproporcional e ilegítima de este derecho, no toma en cuenta las características de los derechos de los pueblos indígenas y subordina un sistema jurídico a otro. La limitación apropiada para este derecho debe facilitar la consecución del verdadero pluralismo jurídico.

3 LOS LÍMITES IMPUESTOS AL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A ADMINISTRAR JUSTICIA POR PARTE DE LOS ESTADOS ECUADOR Y COLOMBIA

En la presente sección del trabajo, se pretende identificar los límites que han impuesto los Estados (específicamente ecuatoriano y colombiano) para hacer efectivo el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas de conformidad con su cosmovisión. Frente a la ausencia de una norma que regule cómo debe ejercerse el presente derecho, su desarrollo ha sido principalmente jurisprudencial. Algunos de los fallos de la Corte Constitucional colombiana que se mencionan en la presente sección, reflejan algunos criterios que han permitido, respetar y garantizar el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas; y constituyen un referente que podría ser utilizado por el Ecuador para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

3.1 Las limitaciones al derecho a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas. Análisis de decisiones de las Cortes Constitucionales de Colombia y Ecuador

A través de la jurisprudencia, algunos Estados han tenido la oportunidad de desarrollar estándares que refuerzan el concepto del pluralismo jurídico a la luz de los derechos de los pueblos indígenas a administrar justicia. A través de la jurisprudencia constitucional analizada para la elaboración del presente trabajo, se ha podido evidenciar la adopción de las posturas anteriormente descritas en cuanto al desarrollo de la interrelación de los sistemas ordinario estatal y el sistema indígena, y se pueden mencionar algunos aciertos que se han establecido para limitar el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia sin afectarlo ni menoscabarlo.

3.1.1 Análisis de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia

La jurisprudencia constitucional colombiana es rica en cuanto a la tutela de los derechos humanos a la luz de una perspectiva intercultural. Los criterios

esgrimidos por esa corporación han permitido determinar criterios básicos que han sido insumos en la producción de proyectos legislativos para la articulación de jurisdicciones en Colombia. Además éstos han permitido la convivencia de las comunidades y pueblos indígenas colombianas durante más de dos décadas, lo que demuestra que la experiencia colombiana puede servir de ejemplo para otros Estados (Montaña Pinto, 2009, p. 278).

La producción de jurisprudencia colombiana sobre el dialogo intercultural de los diferentes sistemas jurídicos, demuestra un verdadero interés en cuanto a desarrollar el modelo de convivialidad propuesto por Santos, y establecer mecanismos claros para hacer efectivo el derecho a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas. En ese sentido se analizaron tres sentencias expedidas por la Corte Constitucional Colombiana (en adelante “la Corte colombiana”) con fin de demostrar posibles acciones tomadas para la articulación de la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Los problemas jurídicos resueltos, en cuanto al ejercicio de la facultad jurisdiccional, dentro de las sentencias revisadas para la elaboración del presente trabajo son: 1) el principio de legalidad y su alcance desde una perspectiva intercultural; 2) la competencia de la justicia indígena en razón de territorio y persona; y, 3) la compatibilidad de ciertos castigos corporales indígenas con las obligaciones internacionales que prohíben tortura y los tratos crueles e inhumanos.

3.1.1.1 El principio de legalidad y su alcance desde una perspectiva intercultural

En la sentencia T-349 de 1996, la Corte colombiana conoció el caso de una persona indígena que había cometido un delito dentro de su comunidad. La autoridad comunitaria le impuso un castigo de prisión, que no era lo que se estilaba para ese tipo de casos. Aquí, esa corporación tuvo que determinar si en este caso, se había violado el principio de legalidad, y qué supone éste en el

marco de la interpretación pluri-étnica que debe regir para interpretar los derechos de los pueblos indígenas al momento de administrar justicia.

Primeramente, la Corte colombiana indicó que, de acuerdo a la Constitución, la justicia se encuentra subordinada específicamente a los derechos humanos, entendidos como un mínimo interculturalmente aceptado entre los pueblos con diferentes cosmovisiones. De esta manera, la justicia indígena está limitada a la observancia del debido proceso (Sentencia T-349, 1996).

Posteriormente, indicó que uno de los principales componentes del derecho al debido proceso es el principio de legalidad; sin embargo, éste debía ser interpretado en un contexto intercultural que respete las tradiciones y cosmovisión de los pueblos indígenas. Por lo que, en el marco de la justicia indígena, el principio de legalidad no puede entenderse como agotado solamente cuando exista una norma escrita y positivizada que la contenga. El principio de legalidad, interpretado a la luz de una perspectiva intercultural se agota comprobando que tanto la conducta punible, como el castigo que le corresponde, son conocidos por la comunidad con claridad y anterioridad a su aplicación (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349, 1996)

Así, se identificó que dentro de la comunidad implicada se encontraban previamente sancionados los delitos contra la vida, de una manera acorde a sus tradiciones y cosmovisión (que no incluía la privación de libertad) y, cuando los implicados se reusaban a acatar dicha sanción, éstos eran puestos a disposición de las autoridades estatales para que sean sancionados (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349, 1996).

Esa corporación aclaró que, a pesar de su análisis anterior, éste no implicaba afirmar que las sanciones impuestas por los pueblos indígenas debían permanecer inamovibles a lo largo del tiempo. Señaló que deben ir en continua evolución, pero no podían ser completamente antagónicas con las sanciones previas. Debían mantener una coherencia con situaciones anteriores, es decir previsibilidad, pues al no guardar esa relación, podrían ser consideradas como

prácticas arbitrarias o abusivas (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349, 1996).

Finalmente, decidió que al sancionar el delito contra la vida con una pena privativa de la libertad (que normalmente es una sanción propia de la justicia estatal) no se respetó el principio de legalidad, por cuanto, esa sanción no guardaba concordancia con los castigos que tradicionalmente se aplicaban a este tipo de situaciones, conculcando de esa manera el derecho al debido proceso (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349, 1996).

Así, la Corte colombiana ha establecido que, para entender los límites a la administración de justicia por parte de las comunidades indígenas, se debe mantener una perspectiva intercultural; se estableció que la legalidad de la norma indígena deriva de su aceptación general como obligatoria y conocida previamente por los miembros de la comunidad. Sobre la legalidad de la sanción, se decidió que ésta debe guardar relación con aquellas emitidas anteriormente, sin que esto implique que las costumbres de la comunidad deban permanecer estáticas en el tiempo. Por lo tanto, este criterio constituye un aporte en cuanto a la manera de ejercer el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, pues es necesario que se respeten los derechos humanos de los individuos sujetos a la jurisdicción indígena y se haga compatible el principio de legalidad dentro de sus actuaciones, sin que esto signifique que este principio deba interpretarse únicamente desde el derecho ordinario.

3.1.1.2 La competencia del derecho indígena en razón de territorio y persona

En el caso T-496 de 1996, la Corte Constitucional colombiana conoció el caso de un indígena que había asesinado a su compañero de trabajo, en un lugar distinto a su territorio tradicional indígena. La víctima tampoco pertenecía a su comunidad. Fue sometido a la justicia penal ordinaria, donde surgió la necesidad de delimitar los alcances del fuero indígena, situación que luego fue sometida a justicia constitucional en acción de tutela.

Para determinar el alcance al fuero indígena, la Corte colombiana empieza indicando que, el Estado colombiano, para garantizar el respeto a la cosmovisión indígena, ha asegurado que los individuos (indígenas) tengan el derecho a ser juzgados por sus autoridades según sus tradiciones y procedimientos propios dentro de sus territorios. De ese reconocimiento, se desprende la institución del fuero indígena; sin embargo, este reconocimiento no es absoluto, pues se establecen criterios que permiten la activación del fuero indígena, a saber: 1) en razón de la persona; y, 2) en razón del territorio (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496, 1996).

Con respecto al elemento personal del fuero especial para personas indígenas, la corporación señaló que la sola pertenencia a una población indígena no basta para la activación del fuero indígena. Para ello, debe determinarse previamente el grado de aislamiento y asimilación tanto del infractor como de la comunidad a la que pertenece. Esto conllevará a entender si el individuo conocía de la ilicitud de sus acciones (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496, 1996).

Sobre el elemento geográfico, se señaló que la territorialidad no siempre es un elemento restrictivo al fuero indígena, pues, no basta con que el hecho sea cometido fuera del territorio de las comunidades indígenas para que el derecho indígena sea incompetente para sancionarlo. Para determinar la competencia de los tribunales ordinarios o las autoridades indígenas de un ilícito fuera del territorio indígena, es necesario reconocer la existencia de al menos tres situaciones posibles: (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496, 1996).

La primera posibilidad es que el ilícito cometido solamente esté determinado como tal solo por el derecho indígena, en cuyo caso, el derecho aplicable y las autoridades competentes para su sanción son indígenas, y éstas serán las que decidirán si lo juzgan o no (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496, 1996).

La segunda posibilidad es que el ilícito esté tipificado solamente por el derecho ordinario, en cuyo caso, los jueces y tribunales estatales son los competentes

para juzgar al indígena. Sobre ésta posibilidad, es necesario establecer que las autoridades estatales deberán examinar el grado de asimilación y aislamiento del individuo con el fin de determinar su imputabilidad (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496, 1996).

La tercera posibilidad es que el ilícito sea reconocido como tal en los dos sistemas, el ordinario estatal y el indígena. En este caso, en principio lo conocerían las autoridades estatales; sin embargo, se deberá tomar especial atención al grado de asimilación cultural del implicado y aislamiento cultural de su comunidad para determinar la mejor autoridad competente (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496, 1996).

En el caso *sub judice*, se determinó que la comunidad a la que pertenecía el infractor se había asimilado en gran parte con la cultura occidental, y que, debido a la explotación cafetera tenía suficiente y permanente contacto con ésta. También tomó en cuenta la situación individual del acusado, especialmente el hecho de que había salido de su comunidad a trabajar, y que esta era una práctica recurrente para él. Ello sirvió para que la Corte colombiana determine que éste tenía suficiente inmersión en la “cultura occidental”, y que, por lo tanto, no era posible sostener que desconocía lo ilícito de su conducta, adoptando los valores occidentales, por lo que se negó su petición de aplicar el fuero indígena (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-496, 1996).

En el establecimiento de restricciones a la aplicación del derecho indígena, es posible que se desconozcan prácticas ancestrales y las particularidades que tienen los derechos de los miembros de los pueblos indígenas –carácter comunitario y espiritual-. De esa manera, las reglas de competencia del derecho indígena en cuanto al territorio y persona podrían limitar la solución de las controversias por parte de las comunidades dentro del cúmulo de posibles conflictos que se suscitan en un grupo humano. No obstante, el avance que propone la Corte colombiana para solucionar ese problema, es determinar la competencia de las autoridades de las comunidades indígenas caso por caso, y

atendiendo a los criterios anteriormente mencionados. Lo cual constituye un aporte en cuanto a hacer efectivo el derecho a administrar justicia.

El presente caso presenta como aspecto positivo el limitar la posibilidad que haya una suerte de *fórum shopping* que suponga un desplazamiento innecesario de alguno de estos dos regímenes en aras de la conveniencia del implicado y no de la justicia.

Esta posición en cuanto a la competencia permite que se garanticen las obligaciones internacionales del Estado en cuanto al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, pues no se somete a la administración de justicia por los pueblos indígenas a condiciones rígidas que potencialmente conculcarían sus derechos por inobservancia de la casuística particular; esta posición garantiza que exista un análisis minucioso de los hechos y sujetos del caso lo que favorece a que el Estado tenga la oportunidad de tutelar los derechos de mejor manera.

3.1.1.3 La compatibilidad de los castigos corporales indígenas con la prohibición internacional de infligir tortura o tratos crueles

Uno de los debates que ha surgido en cuanto a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, es la compatibilidad de sanciones como castigos corporales con la prohibición internacional de la tortura y tratos inhumanos. Sobre lo anterior, la Corte colombiana ha mencionado que éstas tienen un alto significado espiritual y simbólico para esas culturas, por lo que no pueden ser entendidas como prácticas contrarias a la protección de la integridad humana, la prohibición de la tortura y tratos crueles y degradantes.

Al momento de entender la tensión entre la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas y los derechos fundamentales, no es posible la imposición de una concepción occidental para caracterizar las posibles violaciones, por ello se inclina por “(...) una posición intermedia entre un universalismo extremo y un relativismo cultural incondicional (...)” (Corte

Constitucional Colombiana, Sentencia T-812, 2011, párr. 22); esta postura supone la restricción de ciertas prácticas que violenten los derechos fundamentales entendidos como mínimos infranqueables por parte de las autoridades indígenas (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-812, 2011, párr. 3-52).

De esta manera, la Corte colombiana consideró que es necesario indagar sobre la naturaleza y finalidad de estas sanciones para determinar si efectivamente podían ser consideradas como tratos crueles e inhumanos, y por lo tanto prohibidas. Así, determinó que lo que caracteriza a estas prácticas es el carácter simbólico-espiritual que permite la reinserción de los infractores, y restaurar el desequilibrio de la comunidad provocado por el cometimiento del ilícito (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-812, 2011, párr. 3-52).

Además, insiste en que lo que caracteriza a las prácticas prohibidas es la intencionalidad y finalidad de provocar sufrimiento físico o psicológico en la víctima, y los daños verificables de tales castigos y su gravedad, por lo que, las sanciones corporales indígenas no comparten estas características, no corresponden a esta categoría de tratos crueles, inhumanos y degradantes (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-812, 2011, párr. 3-52).

Por ejemplo, al referirse sobre la compatibilidad del castigo del cepo o del látigo, la Corte colombiana estableció que:

“(…) se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad.” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-349, 1996).

En síntesis, como se demuestra con los ejemplos anteriores, la Corte colombiana ha establecido como criterio jurisprudencial que es necesario investigar sobre la naturaleza de las sanciones impuestas por parte de los pueblos indígenas para catalogarlas como contrarias con los derechos a la integridad personal, a la prohibición de la tortura y como tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En ese sentido, se reconoció que existe una tensión entre el entendimiento de los derechos humanos y la facultad jurisdiccional indígena, y la posición adoptada por la Corte colombiana de mantener un relativismo ético moderado, en el que pueden converger diferentes cosmovisiones sin imponer una concepción por sobre otra, demuestra el interés en desarrollar el pluralismo jurídico efectivo.

3.1.1.4 Comentarios sobre las líneas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia sobre la justicia indígena

Los aportes de la Corte colombiana demuestran que no es concebible la aplicación rígida de conceptos de la justicia ordinaria dentro de la justicia indígena. La interpretación en cuanto a la aplicación de penas corporales dentro de un territorio indígena, como lo es el látigo o el cepo, demuestran que hay que profundizar el entendimiento de estas prácticas en el caso concreto, con el fin de entenderlas a su plenitud.

Mal podría esa corporación establecer qué tradiciones y prácticas simbólicas de ciertas culturas atentan a los derechos humanos. Estas prácticas, aplicadas cuando son necesarias, constituyen un acervo cultural, el cual los Estados están obligados a preservar. Su desconocimiento conlleva al mal entendimiento de estas prácticas y consiguientemente, la limitación de la facultad de administración de justicia indígena, lo que impide que las comunidades mantengan su unidad, se avance a la concreción de un pluralismo jurídico y sería lesivo a los derechos de los indígenas reconocidos internacionalmente.

Por lo tanto, a la luz de los criterios y experiencia de la Corte Colombiana, se puede afirmar que, su producción de criterios jurisprudenciales persigue avanzar en la implementación del modelo de convivencia, pues, los límites impuestos a la justicia indígena deben ser comprendidos de una manera que no implique imponer una visión restrictiva a una sola cosmovisión. Esto asegura que, el Estado cumpla su rol de garante, sin afectar los derechos reconocidos a las comunidades indígenas a administrar justicia. Demostrando así que los mecanismos para hacer efectivo el derecho de las poblaciones indígenas se pueden desarrollar si se mantiene una perspectiva intercultural y se mantiene una postura flexible en el entendimiento de ciertas instituciones.

En síntesis, la Corte colombiana ha limitado al derecho de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas en tres aspectos. A saber, el primero es la sujeción de la facultad jurisdiccional al principio de legalidad, entendido éste como un mínimo de previsión en cuanto a las acciones de las autoridades indígenas. El segundo es la competencia del fuero indígena en cuanto al territorio y persona, criterios que deben ser analizados en cada caso. Por último, la compatibilidad de los castigos corporales con la prohibición de infligir tortura, los cuales son permitidos en cuanto se indague sobre la naturaleza simbólica y espiritual de los castigos corporales aplicados. Estos tres aspectos demuestran que el derecho a administrar justicia no es absoluto; sin embargo, su limitación no supone la subordinación de un sistema jurídico al otro, por el contrario, procura velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que tiene el Estado.

3.1.2 Revisión de los estándares a partir del análisis del caso “La Cocha II” de Ecuador

En el contexto ecuatoriano, la Corte Constitucional ecuatoriana (en adelante “la Corte Constitucional” o “la Corte ecuatoriana”), como máximo organismo administrador de justicia constitucional, ha resuelto muy pocos casos relacionados al derecho de administrar justicia por parte de los indígenas.

No obstante, en el Ecuador, se presentan continuamente situaciones en las cuales los indígenas son sometidos a la justicia ordinaria y no se consigue una armonización entre los sistemas. Sin embargo, como precedentes jurisprudenciales obligatorios referentes a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, la sentencia No. 113-14-SEP-CC es un caso emblemático, pues se estableció un criterio restrictivo a la competencia de la justicia indígena, que podría ser incompatible con los mecanismos para hacer efectivo el derecho a la justicia indígena.

En la presente sección del trabajo, se analizará la compatibilidad de la sentencia en el caso conocido como La Cocha II con las nociones de pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas, comparándola con los estándares esgrimidos por la Corte Constitucional de Colombia al momento de limitar este derecho; ya que, como se mencionó anteriormente, los estándares colombianos han constituido criterios adoptados para la elaboración de proyectos de ley sobre la materia y han sido referidos como posible ejemplo para otros Estados (Montaña Pinto, 2009, p. 278).

El expediente No. 0731-10-EP de la Corte Constitucional, tuvo como hechos relevantes, que dentro de la parroquia indígena de Zumbahua, cantón Pujili, provincia de Cotopaxi, se asesinó a un miembro de la comunidad indígena La Cocha (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 2-4).

Las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha y Guantopolo, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales avocaron conocimiento del ilícito y, determinaron la responsabilidad penal de cinco jóvenes miembros de la comunidad Guantopolo en el cometimiento del asesinato. Los cinco jóvenes se acogieron voluntariamente a la aplicación del derecho indígena y su sanción contempló penas como el baño con agua fría y ortiga, el cargar tierra y piedras alrededor de la plaza pública, expulsión de la comunidad y multas económicas (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 2-4).

Esta decisión fue altamente mediatizada, por lo que, la justicia ordinaria, a través de la fiscalía, pretendió ingresar al territorio indígena a fin de detener a las autoridades indígenas que administraron justicia bajo sospechas de cometimiento del delito de plagio, y rescatar a las víctimas. Los dirigentes indígenas fueron apresados y posteriormente liberados, mientras que los implicados en el delito fueron detenidos y puestos a disposición de las autoridades judiciales ordinarias por el delito de asesinato (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 2-4).

Así, se presentó una acción extraordinaria de protección, como la garantía para asegurar los derechos fundamentales dentro de un proceso judicial, en contra de las decisiones indígenas de la comunidad La Cocha y Guantopolo por parte del hermano de la víctima del delito. En la sentencia, la Corte Constitucional identificó como problemas jurídicos el determinar si las autoridades indígenas administraron justicia respetando los derechos humanos; y, si la justicia ordinaria respetó las decisiones de las autoridades indígenas (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 11-12).

Para resolver el problema jurídico, la Corte Constitucional inició delimitando los alcances y significados de los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y unidad reconocidos en la Constitución ecuatoriana (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 12).

Al referirse a éstos principios estableció que no se oponen entre sí, por el contrario, contradicen la perspectiva homogénea del Estado. En ese sentido establece que el Estado tiene el deber de precautelar la diferencia étnica en el territorio (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, pp. 12-13).

Posteriormente, se preguntó ¿quién es la autoridad que establece la sanción en la administración de la justicia indígena y cuál es el procedimiento para adoptarla? Al hacerlo, implícitamente está realizando un análisis para determinar si la autoridad que ejerció la facultad jurisdiccional, es reconocida como tal, y si tienen un marco de regulación. Este análisis es similar al análisis de la Corte

Colombiana dentro del criterio de principio de legalidad, pues debe verificar que existan normas anteriores y una autoridad reconocida como tal previamente para aplicar las normas indígenas. Así, la Corte ecuatoriana identificó que dentro de las comunidades kichwa de Panzaleo existen diferentes autoridades que ejercen la facultad sancionadora, en el presente caso, la Asamblea General es la máxima autoridad. Esta autoridad, sigue un riguroso proceso el cual inicia solamente con una denuncia realizada ante la autoridad (en este caso la Asamblea General) y conlleva la obligación de someterse y respetar la decisión adoptada (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, pp. 16-18).

Posteriormente existe un periodo de investigación de los hechos denunciados, en la cual se nombra a personas que se encargan de recopilar información acerca del hecho. Concluida la etapa de averiguaciones se convoca nuevamente a la Asamblea para deliberar acerca de la información recopilada, se puede contradecir y presentar nueva información por parte de todos los interesados. Al final de la etapa deliberativa, se procede establecer la inocencia o culpabilidad de las personas implicadas y se establecen las medidas correctivas y conciliatorias pertinentes. El proceso culmina con el perdón comunal a los afectados y se rehacen los vínculos de las personas juzgadas con su familia y la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, pp. 16-19).

En ese sentido, se reconoció que la comunidad indígena de Panzaleo, cuenta con un proceso, con normas claras, previas y públicas que sancionan el delito que se encontraba tipificado; y, también que goza de una autoridad legítima que administra la justicia y es reconocida por toda la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 20). Por lo tanto, al contraponer el principio de legalidad frente a las actuaciones de los indígenas, en este caso, se percibe que lo han hecho de manera congruente con sus instituciones y cosmovisión; y han asegurado que haya previsibilidad dentro de sus actuaciones.

Posteriormente realiza un análisis de las medidas de castigo corporal adoptadas por parte de las autoridades indígenas y su compatibilidad con los estándares de protección de la integridad humana. Este análisis es similar al realizado por la Corte Colombiana, desarrollado en líneas anteriores. Así estableció que éstas persiguen reestablecer el equilibrio y la sanción de las personas involucrados, por lo que no constituyen prácticas violatorias de los derechos humanos (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 19). Establecer lo anterior implica, el reconocimiento del contenido simbólico y espiritual que mantienen los derechos de los pueblos indígenas. Como fue expuesto en el principio del presente trabajo, los indígenas ejercen sus derechos conjuntamente con instituciones de grado simbólico y espiritual. Por ello, el reconocer en este caso, que los castigos corporales empleados no constituyen prácticas violatorias de derechos humanos, permite incorporar el carácter purificador de éstos dentro del alcance del derecho a administrar justicia.

Finalmente, se pregunta sobre el bien jurídico protegido dentro del presente proceso. En ese sentido, entiende que la justicia indígena tiene un carácter comunitario, lo cual la distingue del carácter individualista de la justicia ordinaria, por lo que los procesos seguidos por parte de las comunidades indígenas buscan tutelar el bien jurídico de la convivencia armónica de la comunidad o la comunidad en sí misma (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, pp. 21-23).

Señala que la justicia indígena del pueblo Panzaleo, no tutela el bien jurídico vida, sino que lo tutela a través del bien jurídico de la comunidad persiguiendo la resolución del conflicto entre las familias dentro de la comunidad (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, pp. 21-23).

En otro sentido, señala que el derecho a la vida es un bien jurídico protegido en sí mismo, por su sola existencia. Por lo tanto, reconoce que el Estado es el garante del derecho a la vida. Éste reconocimiento le prohíbe atentar contra la vida de las personas y le obliga a instrumentalizar un sistema que sancione la

muerte sin distinción de los involucrados (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, pp. 25-27).

De esta manera establece que las comunidades indígenas deben precautelar el derecho a la vida en su dimensión objetiva y subjetiva, garantizando que los responsables de atentar contra este derecho reciban una sanción. Señala que a la justicia ordinaria le corresponde conocer todos los casos de afectación a este derecho, por lo tanto, les corresponde a las autoridades indígenas colaborar con el Estado en la investigación y sanción de los perpetradores de estos delitos (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 28).

Finalmente, señala que la justicia indígena, como derecho de los pueblos indígenas, no es absoluto, éste se encuentra garantizado en tanto no se contraponga con los convenios internacionales y la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, p. 29).

Con bases en el razonamiento anterior, la Corte ecuatoriana establece un elemento importante dentro del estudio de la compatibilidad de esta sentencia, con los estándares esbozados a lo largo del presente trabajo de investigación. Estableció una regla de aplicación obligatoria en el *dictum* de la sentencia en la que le concede únicamente al derecho penal ordinario la competencia de resolver casos que atenten contra el bien jurídico vida, aun si los presuntos involucrados pertenecen a pueblos y nacionalidades indígenas o si los hechos fueron cometidos en territorio de una comunidad (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC, 2014, pp. 34-35).

La Corte indicó, que el Ecuador ha asumido obligaciones en aras de proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas (especialmente con la ratificación del Convenio No. 169 de la OIT); éstas comprenden, entre otras, el reconocimiento de distintas cosmovisiones conjuntamente con la posibilidad de administrar justicia. El reconocimiento de distintos sistemas jurídicos implica que su coexistencia sea en igualdad, por lo tanto, el Estado debería respetar la diferencia de cosmovisiones entre los pueblos.

Es así que, se debe recordar que la justicia indígena no hace una segmentación de los conocimientos o materias. Como se mencionó al inicio del presente documento, el ejercicio de algunos derechos por parte de los pueblos indígenas implica también una perspectiva comunitaria. Con esto en mente, se puede afirmar que la posición adoptada por la Corte ecuatoriana, es incompatible con la naturaleza integral y colectiva del sistema de justicia indígena. La cosmovisión indígena pretende tutelar los asuntos desde una integralidad, abordando todas sus aristas, por lo que no puede esperarse que se tutele el derecho a la vida individualmente, sino dentro de su integralidad y las consecuencias comunitarias que las afectaciones a la vida producen.

En ese sentido, el hecho de que la Corte haya establecido una competencia excluyente a los pueblos indígenas en materia penal (específicamente, de los delitos contra la vida), no es congruente con el pluralismo jurídico consagrado en la Constitución, que, exige permitir la tutela de diferentes bienes jurídicos a la luz de una perspectiva integral, como lo hace la cosmovisión indígena. Esta decisión entonces, contradice no solo el texto constitucional sino además es contrario a lo establecido en el Convenio No. 169 de la OIT, pues ni uno ni otro cuerpo normativo excluyen a los pueblos indígenas la posibilidad de poder conocer cuestiones relativas a delitos de ninguna índole al momento.

Así, en ningún momento, el artículo 171 de la Constitución, ni los instrumentos internacionales, prohíben, *in limine*, que la justicia indígena conozca cuestiones relativas a derecho penal. Este artículo solo subordina las decisiones de las comunidades, adoptadas sobre cualquier materia, a la observancia con los principios constitucionales e internacionales de derechos humanos. De esta manera, la limitación material de competencias para los pueblos indígenas establecida a partir del caso La Cocha II, parecería establecer un estándar que, además de ser inconstitucional, podría acarrear responsabilidad internacional al Estado por haber contravenido las obligaciones asumidas frente a la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que mantienen características propias como lo es, el ejercicio comunitario de algunos derechos.

Así, la consecución de la integralidad dentro de un verdadero pluralismo jurídico implica el reconocimiento de diferentes formas de tutelar los derechos frente a los problemas cotidianos. Por lo que, entender que el bien jurídico vida puede ser tutelado dentro de la integralidad que pretende la justicia indígena, permite avanzar en el reconocimiento de en igualdad de los sistemas jurídicos vigentes en el territorio ecuatoriano.

El derecho a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas no es absoluto, como se analizó anteriormente, éste se encuentra limitado por la Constitución y los derechos humanos; empero, la limitación supone entender al texto constitucional y los derechos humanos dentro de un contexto intercultural que permita la coexistencia en igualdad de los sistemas jurídicos. La limitación que en ésta sentencia se impone, podría entenderse como la subordinación de la indígena a la ordinaria. En otras palabras, que los niveles de protección de los pueblos indígenas, no son lo suficientemente adecuados para tutelar derechos importantes, como lo es el derecho a la vida. En ese sentido, la disposición que se hace con efectos *erga omnes* de la sentencia, es incompatible con los textos internacionales de derechos de los pueblos indígenas, y por lo tanto, su aplicación podría conllevar a la determinación de responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento a las obligaciones que le impone hacer efectivo el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas.

En síntesis, los mecanismos necesarios para garantizar efectivamente los derechos de los pueblos indígenas, deben procurar respetar la tensión entre estas cosmovisiones y garantizar un entorno que facilite la convivencia en igualdad, esto es, permitir que asuntos puedan ser entendidos y tutelados a partir de la multiplicidad de cosmovisiones.

3.2 Esquematización de los principios dentro de la elaboración de jurisprudencia en un contexto intercultural

Acorde con la investigación realizada en el presente trabajo, se resalta la necesidad que los jueces constitucionales, específicamente en el territorio

ecuatoriano, al momento de resolver casos en los cuales sea necesario hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas, específicamente el de administrar justicia, deben procurar tutelar estos derechos desde una perspectiva intercultural.

Hacer lo anterior, implica reconocer que la justicia indígena tiene límites (la Constitución y los derechos humanos); sin embargo, éstos no pueden ser interpretados a la luz de una única cosmovisión. Para ello, es necesario tener en cuenta que el reconocimiento a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas persigue la consecución de un verdadero pluralismo jurídico. Ello, además, es obligatorio para nuestros jueces constitucionales, pues se trata de un principio constitucional. Es decir que los sistemas ordinario estatal e indígena convivan en igualdad y se nutran mutuamente. Lo cual es congruente con la obligación de garantía de los derechos humanos.

Además, es necesario entender que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos son compatibles con el reconocimiento del pluralismo jurídico, pues éste conlleva la apertura a una posibilidad infinita de nuevos razonamientos que permitan asegurar el cumplimiento de éstas obligaciones por parte del Estado, sin necesidad de afectar o desconocer las prácticas consuetudinarias del derecho indígena.

Cuando existan discrepancias en cuanto a compatibilidad de los derechos humanos y el texto constitucional con los diferentes sistemas jurídicos; el Estado en su papel de garante, deberá procurar que los juzgadores busquen la manera de armonizar la relación de los sistemas y procurar su convivencia en igualdad. Esto es también, reconocer las características de sentido comunitario y simbólico espiritual que mantienen los derechos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, los principios esgrimidos por la Corte Colombiana sobre la jerarquía de los usos, costumbres y normas propias de los pueblos indígenas podrían ser adoptados por los juzgadores ecuatorianos, en razón que éstos se

muestran compatibles con la protección de los derechos humanos en general y en hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas.

Así, los criterios expuestos dentro del presente trabajo investigativo podrían constituir los mínimos que deberían asegurar los juzgadores para cumplir cabalmente las obligaciones internacionales asumidas, pues, se mantiene una flexibilidad ética frente a las diferentes cosmovisiones, lo que se traduce en establecer límites racionales a los derechos de los pueblos indígenas sin que se afecte o menoscabe sus derechos. De esta manera, el Estado difícilmente se vería inmerso en situaciones que deriven en la determinación de responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones internacionalmente asumidas.

A modo de conclusión, la Corte Colombiana, al limitar el derecho a administrar justicia por parte de los indígenas a: un principio de legalidad; a condicionar la aplicación del fuero indígena a criterios de persona y territorio necesariamente observados en el caso concreto; y, al tolerar los elementos simbólicos y espirituales de su cosmovisión dentro de algunos de los castigos corporales, respeta las diferencias propias de una cultura diversa. En el Ecuador, si bien, se declara un Estado que protege las diversidades, al momento de limitar este derecho a un criterio de materia, demuestra que este discurso no corresponde a la realidad. Pues subordina o desconoce que un sistema jurídico reconocido en igualdad, tutela bienes jurídicos desde otra concepción, como lo es el indígena. Por lo tanto, la postura ecuatoriana revisada en el caso la Cocha II, es incompatible con un verdadero pluralismo jurídico y por el contrario subordina el sistema indígena al ordinario por considerarlo “incapaz” de resolver cuestiones penales.

4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

El presente trabajo de investigación surgió a partir de la identificación de un problema emergente para el Ecuador y que se ha dado en otros países de la región que han reconocido la facultad de los pueblos y comunidades indígenas a administrar su propia justicia dentro de sus territorios. En ese sentido, ante la falta de normativa que desarrolle el ejercicio de este derecho, se han establecidos alcances y límites a través de la jurisprudencia. No obstante, los mecanismos para hacer efectivo este derecho en particular en el Ecuador, no han sido concordantes con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado.

A partir de esto, se identificó que los derechos de los pueblos indígenas tienen características particulares que deben ser respetadas el momento de establecer límites a sus derechos. Por ello, es importante que los jueces constitucionales, puedan acceder a ciertos aspectos que nutren estos derechos y puedan profundizarlos a través de la jurisprudencia.

De acuerdo a lo anterior, y tomando en cuenta las cuestiones desarrolladas a lo largo del presente trabajo, es posible concluir que:

1. Para que los Estados tutelen correctamente los derechos de los pueblos indígenas y, no se desproteja la identidad cultural y étnica, deben respetar cuestiones relacionadas al aspecto comunitario y espiritual, propios de su cosmovisión.
2. Actualmente en Derecho Internacional, específicamente dentro del ámbito de los Derechos Humanos, establece como único sujeto con capacidad plena para contraer obligaciones al Estado, por lo que su observancia le corresponde únicamente a él, caso contrario se enfrentaría a la posibilidad de determinación de responsabilidad internacional por su incumplimiento.

3. Las comunidades indígenas no suponen Estados independientes, ni similares, por lo que, el reconocimiento de derechos colectivos implica el respeto por parte del Estado de sus derechos y por parte de los pueblos indígenas el respeto al orden jurídico interno. Es decir, sus derechos no son absolutos.
4. El derecho a la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas supone el reconocimiento de dos facultades, la legislativa y la jurisdiccional. Estas dos facultades también mantienen el carácter comunitario y espiritual de los derechos de estos pueblos. Su desconocimiento, podría conllevar la determinación de responsabilidad internacional del Estado, por incumplir sus obligaciones.
5. El pluralismo jurídico supone la coexistencia e interacción de múltiples sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio. Aquello implica, que el sistema jurídico estatal coexista y se nutra del sistema indígena y viceversa; esto es, que instituciones para garantizar los derechos humanos propias del derecho ordinario, sean compatibles con los sistemas de derecho indígena, siempre y cuando se las entienda a la luz de un contexto intercultural.
6. El modelo de coexistencia a la distancia, es una manera de garantizar el cumplimiento de la obligación de respeto hacia el derecho de administrar justicia de los pueblos indígenas. Pues no se interfiere en ese sistema y existe una radical autonomía. Sin embargo, este modelo, no contribuye a la consecución del modelo de convivencia, en el cual, se busca asegurar un verdadero pluralismo jurídico. Esto implica, respetar y garantizar el derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas lo que se traduce en la interacción de los sistemas jurídicos y un aporte mutuo.
7. La posición de limitación de competencias de la justicia indígena no es conveniente para el Estado, toda vez que ésta podría desconocer prácticas que afectaría los derechos de los pueblos indígenas y sería incompatible con los textos internacionales donde se les reconoce el derecho a administrar

justicia. Lo cual podría implicar la determinación de responsabilidad internacional, por incumplimiento a las obligaciones contraídas, específicamente la de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas.

8. El Estado juega un papel de garante de los derechos humanos, por lo que, la posición de permitir un moderado relativismo ético, es el único camino para avanzar en la consecución del pluralismo jurídico. En ese sentido, debe permitirse la participación del Estado en caso de alegadas o posibles violaciones a los derechos humanos en aplicación del derecho indígena; sin embargo esto no supone que el sistema ordinario estatal tenga que controvertir la decisión adoptada en aplicación del de la justicia indígena, supone que el Estado debe verificar que dentro de la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas se hayan respetado los derechos humanos entendiéndolos a la luz de otras cosmovisiones.
9. Frente a la ausencia de normativa al respecto, las limitaciones al derecho a administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, se han dado principalmente dentro de la jurisprudencia. Sin embargo, los jueces ecuatorianos están llamados a proteger la diversidad existente y, al limitar los derechos de estos pueblos, deben tomar en cuenta que el camino al pluralismo jurídico, no está determinado; pero, se puede aproximar a él tomando como referencia la experiencia de nuestros vecinos en la región.

4.2 Recomendaciones

El Estado ecuatoriano para cumplir cabalmente con las obligaciones internacionales asumidas dentro del marco de la protección de los derechos humanos y los pueblos indígenas debería:

1. Capacitar a las máximas autoridades de administración de justicia constitucional en la interpretación intercultural de los límites impuestos a la

justicia indígena con el fin de establecer precedentes que contribuyan al desarrollo del pluralismo jurídico.

2. Los jueces constitucionales deberán desarrollar jurisprudencia acorde con las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos y la protección de los pueblos indígenas; teniendo en cuenta las particularidades que implican los derechos de los pueblos indígenas para poder hacerlos verdaderamente efectivos.
3. Los legisladores deberán desarrollar normativa que permita una mejor interacción de los sistemas jurídicos operantes en el territorio; cuidando en todo momento, que el contenido de esta normativa sea acorde a los textos internacionales en materia de derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. Esto es, que deberán respetar las características de los derechos de los pueblos indígenas –carácter comunitario y espiritual-; así como entender que la consecución de un pluralismo jurídico implica la no subordinación de un sistema a otro.
4. Garantizar mediante políticas públicas, que las prácticas consuetudinarias de los pueblos indígenas sean entendidas y expuestas dentro de un entorno intercultural, preservando su carácter espiritual y simbólico como una diversidad cultural que debe ser protegida.
5. Los operadores de justicia deberán fomentar el desarrollo de esta temática a través de la tutela continua de casos de este tipo con el fin de nutrir el desarrollo jurisprudencial del pluralismo jurídico.

REFERENCIAS

- Aguiar Aranguren, A. (1993). La responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos humanos:(Apreciaciones sobre el Pacto de San José). *Revista Vasca de Administración Pública*(17), 13.
- Andrade Dávila, J. C. (2002). La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales. *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia* (6), 29-32.
- Aparicio Wilhelmi, M., & Pisarello Prados, G. (2008). *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas*. Recuperado el 29 de abril de 2016, de http://campuslaam.sos-kd.org/mediateca%5CDERECHOS%20HUMANOS/DOCUMENTOS/15_Los%20derechos%20humanos%20y%20sus%20garantias.%20Nociones%20Basicas.pdf
- Ariza, R., Martínez, J. C., Padilla, G., Regalado, J., & Valiente, A. (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: Manual para operadores de justicia*. Recuperado el 28 de marzo de 2016, de Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer: http://www.kas.de/wf/doc/kas_31740-1522-4-30.pdf?120925194132
- Arteaga Jara, A. (2007). *Los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas*. (U. d. sociales, Productor) Recuperado el 29 de abril de 2016, de http://200.10.23.169/images/_publ/Memoria%20de%20prueba%20-%20Andres%20Arteaga%20Jara.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1960). Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales. *Resolución No. 1514*. Recuperado el 11 de abril de 2016, de <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2002). *Resolución No. 56/83*. Recuperado el 12 de abril de 2016, de <http://old.dipublico.org/doc/A-RES-56-83.pdf>

Assemblée Générale de France. (1793). Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Ávila Linzan, L. F. (2009). Los caminos de la justicia intercultural. En C. Espinosa Gallegos-Anda, & D. Caicedo Tapia (Edits.), *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ávila Santamaría, R. (2012). ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? En B. d. Santos, & A. Grijalva Jiménez (Edits.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Ayala.

Aylwin, J. (2010). *Pueblos indígenas en el derecho internacional y comparado*. (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes) Recuperado el 27 de marzo de 2016, de Centro de Documentación Mapuche un Portal para el Mundo: <http://200.10.23.169/trabajados/Jos%E9%20Aylwin.pdf>

Baltazar Yucailla, R. C. (2009). La Justicia Indígena en el Ecuador. En C. Espinosa Gallegos-Anda, & D. Caicedo Tapia (Edits.), *Derechos Ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Camargo, P. P. (2003). *Manual de derechos humanos* (2da. ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Editorial Leyer.

Cançado Triande, A. A. (2003). El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional. En A. A. Cançado Triande, & M. E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte*

Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. Costa Rica. Recuperado el 12 de abril de 2016, de <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Indigenas.sp.01/Indice.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado el 29 de abril de 2016, de <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/05/LOS-DERECHOS-DE-LOS-PUEBLOS-INDÍGENAS-A-LAS-TIERRAS-ANCESTRALES.pdf>

Comité de Derechos Humanos. (2004). *Observación general No. 31*. Recuperado el 16 de noviembre de 2015, de Naciones Unidas: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAAahUKEwiNmPW9uZbJAhVK7yYKHcwOCVU&url=http%3A%2F%2Fdocstore.ohchr.org%2FSelfServices%2FFilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%252Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoaq%252FhW%252FTpKi2tPhZsbEJw%252FGeZRATdbWLGyA1RX6IE1VC%252FXrdwzm%252BNA%252BPSqz8d7eGbKx8Gng%253D%253D&usg=AFQjCNHTXSLZrTw9DQJ0h_JtFTHcAuKowA&sig2=ri3x2SqLxplj2z6Mg69bfbw

Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. (1998). *Lignes directrices pour la présentation des Communications*. Recuperado el 26 de marzo de 2016, de http://www.achpr.org/files/pages/communications/guidelines/achpr_infosheet_communications_fra.pdf

Constitución de la República del Ecuador. (s.f.). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011 y Registro Oficial 653, Suplemento, de 21 de diciembre de 2015.

- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia T-254, Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado el 15 de marzo de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm#_ftn4
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-139, Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. Recuperado el 15 de marzo de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm#_ftn1
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-349, Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. Recuperado el 15 de marzo de 2016, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm#_ftn5
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-496, Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. Recuperado el 15 de marzo de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-812, Magistrado Ponente, Juan Carlos Heano Pérez. Recuperado el 15 de mayo de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-812-11.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador. (s.f.). Sentencia No. 113-14-SEP-CC, 30 de julio de 2014. *Registro Oficial 323, Suplemento de 1 de Septiembre de 2014.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Asunto Viviana Gallardo y otras. Decisión de 13 de noviembre de 1981.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso “Cinco pensionistas” vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso El Amparo vs. Venezuela. Voto disidente del juez Antônio Cançado Triande. Resolución del 16 de abril de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso Gonzales LLuy y otros vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Caso González y otras (“Campo algodonero”) vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Opinión Consultiva OC-11/90. Opinión del 10 de agosto de 1990.
- De Sousa Santos, B. (2012). Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. En B. d. Santos, & A. Grijalva Jiménez (Edits.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e*

interculturalidad en Ecuador. Quito, Ecuador: Fundacion Rosa Luxemburg/Abya Yala.

Del Toro Huerta, M. I. (2002). La responsabilidad del Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En R. Méndez Silva, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Esterman, J. (2009). *Filosofía andína: Saviduría andina para un mundo nuevo* (2da. ed.). La Paz, Bolivia: Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología.

Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales* (3ra. ed.). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Fernández Alemany, A., & de la Piedra Ravanal, C. (2011). Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: Aporte de la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias. *Estudios Públicos*(121), 71-132.

Ferrajoli, L. (2014). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana. *Estudios Constitucionales*(2), 141-192. Obtenido de <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art4.pdf>

Fiallo Monedero, L. (2014). *Pluralismo jurídico en Ecuador: El caso de la nacionalidad Tsachila*. Quito, Ecuador: Universidad de las Américas. Facultad de Derecho.

Figuera Vargas, S., & Ariza Lascarro, A. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Estudios Sociales*(53), 65-76.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2008). *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos*. Recuperado el 29 de marzo de 2016, de http://www.unicef.org/argentina/spanish/derechos_indigenas.pdf

Gros Espinell, H. (1991). *La Convencion Americana y La Convencion Europea de Derechos Analisis Comparativo*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Juridica de Chile.

Gros Espinell, H. (1995). *Estudio sobre Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Hernández Terán, M. (2011). *Justicia indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico: Análisis, doctrina y jurisprudencia*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.

International Labour Organization. (2013). *Understanding the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*. Recuperado el 27 de marzo de 2016, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205225.pdf

Jiménez de Aréchaga, E. (2011). *Manual de derecho internacional publico*. (M. Sorensen, Ed.) México D.F., México: Fondo de cultura económica.

Kymlicka, W. (2009). Derecho de las minorías en la filosofía política y el derecho internacional. En *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Ginevra, Suiza: Naciones Unidas.

- La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (s.f.). *Folleto No 8: La OIT y los pueblos indígenas y tribales*. Recuperado el 28 de marzo de 2016, de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet8sp.pdf>
- Llasag Fernández, R. (2012). Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala.
- Llásag Fernández, R. (2012). Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos. En B. d. Santos, & A. Grijalva Jiménez (Edits.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala.
- MacKay, F. (2002). *Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Organización Internacional del Trabajo*. Recuperado el 21 de abril de 2016, de http://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/files/ilo_guide_jul02_sp.pdf
- Marshall Barberán, P. (2010). El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 1(8), 43-78.
- Medina Quiroga, C., & Nash Rojas, C. (2011). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Recuperado el 16 de noviembre de 2015, de Centro de Derechos Humanos: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>
- Melish, T. (2005). *El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Avances y Retrocesos en el Sistema Interamericano*. Recuperado el 26 de mayo de 2016, de <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2469/11.pdf>

- Mereminskaya, E. (2011). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: Derecho internacional y experiencias comparadas. *Estudios Públicos*(121).
- Mont Oyarzún, S., & Matta Aylwin, M. (2011). Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile. *Estudios Públicos*(121), 133-212.
- Montaña Pinto, J. (2009). La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia. En C. Espinosa Gallegos-Anda, & D. Caicedo Tapia (Edits.), *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Moscatelli, S. (2013). Obligación de respetar los derechos humanos . En *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos. El Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de derechos humanos.
- Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- Nikken, P. (1996). *Sobre el concepto de derechos humanos*. (I. I. Humanos, Productor) Recuperado el 15 de junio de 2016, de http://datateca.unad.edu.co/contenidos/302587/Sobre_el_concepto_de_los_derechos_humanos.pdf
- Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 45(135), 1167-1220.
- Noguera Fernández, A. (2008). *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*. Recuperado el 21 de marzo de 2016, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26603.pdf>

- Organización de los Estados Americanos. (2016). C-075/16. Recuperado el 20 de junio de 2016, de Comunicados de Prensa: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16
- Organización Internacional del Trabajo - OIT. (1989). Convenio No. 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Pérez Guartambel, C. (2006). *Justicia Indígena*. Cuenca, Ecuador: Universidad de Cuenca.
- Rojas Estévez, E. (2014). Pluralismo jurídico: ¿Nuevo paradigma de juricidad? *Cálamo*(2), 38-46.
- Rousseau, J.-J. (1762). *Du contrat social ou principes du droit politique*. Recuperado el 9 de Noviembre de 2015, de http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/contrat_social/Contrat_social.pdf
- Sánchez Botero, E., & Jaramillo Sierra, I. C. (2009). La jurisdicción especial indígena. En *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Ecuador : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Serrano García, S., Estrada Adán, G. E., Hernández Cervantes, A., & Archundia Bañuelos, V. (2012). *Curso básico de derecho internacional* (1ra. ed.). México D.F., México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Serrano, S., & Vázquez, D. (2013). *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*. (Flacso-Mexico) Recuperado el 23 de febrero de 2016, de <http://www.cjslp.gob.mx/seminario/programa/Panel%20IV/Enfoque%20de%20derechos.%20Operacionalizaci%20n%20de%20esta%20ndares%20internacionales.pdf>
- Tangarife Pedraza, M. A. (2011). Tesis de Maestría. *La estructura jurídica de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones a los derechos humanos*.

México D.F., México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO. Recuperado el 15 de mayo de 2016, de http://bibdigital.flacso.edu.mx:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/773/Tangarife_MA.pdf?sequence=1

Ugsha Cuyo, R. (2013). Caso La Cocha 2 y la garantía del debido proceso. *Aportes Andinos*(32), 58-73.

Union Interparlamentaria. (2014). *Aplicación de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado el 28 de marzo de 2016, de <http://www.un.org/esa/socdev/publications/Indigenous/Handbook/ES.pdf>

Valdivia, J. M. (2011). Alcances jurídicos del Convenio 169. *Estudios públicos*(121), 35-70.

Vázquez, D., & Serrano, S. (2013). *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción* (1ra. ed.). México, D.F.: Reforma DH.

Wolkmer, A. C. (2003). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*. (CENEJUS, Editor) Recuperado el 21 de marzo de 2016, de Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO): <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>