



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**APUNTES SOBRE UN TEMA INCONCLUSO DEL CONTROL
CONSTITUCIONAL APLICADO A LOS PROCEDIMIENTOS DE JUSTICIA
INDÍGENA.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para obtener el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la
República.

Profesor guía

Dr. Jhoel Escudero Soliz

Autora

Diana Carolina Velasco Aguilar

Año

2016

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la 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”.

Jhoel Marlin Escudero Soliz

Doctor en Derecho

C.I: 1716482201

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”.

Diana Carolina Velasco Aguilar
C.I 1716112048

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradezco a Dios por brindarme sabiduría, entendimiento para la realización de este trabajo.

El principal agradecimiento está dirigido a mi madre y a mi abuelita, quienes han contribuido cada día en todo ámbito para mi desarrollo profesional y personal.

Mis más sinceros agradecimientos a mi tutor Jhoel Escudero quien dedicó su paciencia, tiempo y sobre todo supo guiar esta investigación.

A mis amigas y amigos quienes de una u otra manera apoyaron a este objetivo.

DEDICATORIA

A los estudiantes de las facultades de derecho de los países latinoamericanos para que se incentiven en investigar acerca de los pueblos, comunidades y nacionalidades ancestrales

RESUMEN

En el Ecuador existe una diversidad de comunidades, pueblos y nacionalidades que a lo largo del tiempo y como resultado de las constantes luchas, han sido reconocidos particularmente sus derechos, a través de la libre determinación de los pueblos indígenas. Este reconocimiento establece un gran avance dentro de la normativa internacional y de la legislación interna del Estado ecuatoriano.

Se destaca que cada comunidad desarrolla diferentes procedimientos de justicia indígena por lo que se ha tomado en cuenta el caso emblemático de la comunidad La Cocha y la toma de decisiones acerca de sus conflictos internos, estos procedimientos podrían ser revisados mediante mecanismos de control de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional y la aplicación de garantías jurisdiccionales como la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de justicia indígena, mecanismos que pueden o no ser efectivos a través de sentencias emitidas por la Corte Constitucional.

ABSTRACT

In Ecuador, there are a diversity of communities, natives and nationalities whom through time and such result of the constant demands, have been recognized to define the free determination of these American native people. This awarded establishes a huge advance into international and inner legislation of the Ecuadorian state.

It delights each community develop sort of procedures, in act, by has focused out the sample case of “La Cocha” community and the way of taking decisions about their internal conflicts, these procedures should be revised through constitutional control mechanisms by supreme constitutional court and the application of jurisdictional warranties of protection against the indigean justice sentences. these mechanisms would or not be effectives by constitutional court statements.

ÍNDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I.....	3
EFFECTIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR	3
1.1 Principios Constitucionales de la justicia indígena	3
1.1.1 Pluralismo Jurídico en la Constitución 2008.....	7
1.1.2 La Multiculturalidad e Interculturalidad	9
1.1.3 El Derecho a la libre determinación como fundamento de los derechos de los pueblos indígenas.....	12
1.1.4 Reconocimiento de la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas en los Países Andinos.....	15
1.1.5 Implicación del Modelo de Estado Intercultural en Ecuador	22
1.2 El Derecho a la Libre Determinación de los pueblos indígenas... ..	25
1.3 Significado de la efectividad de los procedimientos de justicia indígena en la Constitución	27
1.3.1 Procedimientos de la Comunidad La Cocha.....	28
1.3.2 Justicia Indígena en Relación con Delitos	32
1.3.3 Justicia Indígena en relación con la Familia, Educación y Cultura	35
1.4 Relación Derechos Constitucionales con los Procedimientos de Justicia Indígena.....	36
1.5 ¿Cómo garantizar la efectividad de la justicia indígena en Ecuador?	39

CAPITULO II	41
MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA INDIGENA Y LA ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION DE JUSTICIA INDIGENA	41
2.1 El Control de Constitucionalidad de las normas relacionadas con temas de los pueblos y nacionalidades indígenas en Ecuador.	41
2.1.1 Control Concentrado de Constitucionalidad	43
2.1.2 Control Abstracto de Constitucionalidad.....	45
2.1.3 Control Concreto de Constitucionalidad	46
2.1.4 Aplicación del Control Abstracto y Concreto de Constitucionalidad en casos de Justicia Indígena	47
2.2 La Acción Extraordinaria de Protección en relación a la justicia indígena	51
2.2.1 La Acción Extraordinaria de Protección de Justicia Indígena ...	51
CAPITULO III	54
EFFECTIVIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL	54
3.1 Análisis de la efectividad de las sentencias de Corte Constitucional del Ecuador en los casos la Cocha, ley minera y taromenane	54
3.1.1 Análisis Sentencia No.113-14-SEP-CC “La Cocha”	54
3.1.2 Análisis Control Abstracto de Constitucionalidad Sentencia No. 080-13-SEP-CC “Ley de Minería”	59

3.1.3 Análisis Control de Constitucionalidad Vía Consulta de Norma Sentencia No.004-14-SCN-CC“Caso Taromenane”	63
3.2 Cuestionamientos a la Efectividad del Control de Constitucionalidad de la Justicia Indígena en Ecuador	67
CONCLUSIONES.....	73
RECOMENDACIONES.....	77
REFERENCIAS	79

INTRODUCCION

Los derechos colectivos son el resultado de la lucha de las diferentes clases sociales, lograr mejores condiciones materiales de vida, razón por la cual no son nunca, derechos concedidos, sino derechos arrancados al constitucionalismo clásico. También se reconoce que son reivindicaciones políticas y jurídicas, contrarias o limitantes de la reproducción salvaje de la explotación capitalista. (Wolkmer y Lixa, 2015)

El modelo estatal garantista ecuatoriano reconoce la libre determinación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que ejercen funciones jurisdiccionales siguiendo ciertos procedimientos establecidos en cada comunidad y emiten decisiones que deben ser respetadas por las instituciones y autoridades públicas, en correspondencia a la normativa internacional y el reconocimiento constitucional.

En este contexto, el objetivo central de este trabajo de titulación es analizar la efectividad del control de constitucionalidad y la aplicación de la garantía jurisdiccional Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de justicia indígena frente a los procedimientos y decisiones de autoridades de las comunidades. El estudio se enfoca en los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador, buscando una respuesta en la problemática que es abordada y analizada en tres capítulos constantes de este trabajo de titulación.

Debido al desconocimiento de los procedimientos de justicia indígena surge la necesidad de examinarlos por medio del caso emblemático de la comunidad "La Cocha", el cual plantea una serie de sucesos de alta controversia y ejemplos de algunas otras comunidades de la Sierra en relación con delitos, familia, educación y cultura.

La revisión constitucional desarrollada por parte de la Corte Constitucional solicitada por medio de control concreto y abstracto, ha sido blanco de

cuestionamientos dentro de nuestra realidad debido a que demuestra un desconocimiento de la administración de justicia indígena cediendo el paso a erróneas interpretaciones, de igual manera el poco desarrollo jurisprudencial fomenta incertidumbre porque se puede haber vulnerado derechos colectivos, situando en duda la efectividad del control constitucional en el Ecuador.

El estudio de la Acción Extraordinaria de Protección contra Decisiones de la Justicia Indígena, mecanismo de amparo directo de las comunidades acerca de sus derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos; no permite afirmar que no sea efectivo, debido a que se ha identificado un solo caso por medio del cual se haya resuelto esta garantía.

Finalmente el trabajo de titulación cuestiona jurídicamente la respuesta que ha dado la Corte Constitucional en los casos la cocha, ley minera y taromenane, los análisis de las sentencias demuestra la poca efectividad de los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en relación a la justicia indígena.

CAPITULO I

EFFECTIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

En este capítulo se identificarán los principios jurídicos de la justicia indígena, como elemento estructural de un Estado Constitucional, entre ellos el pluralismo jurídico, multiculturalidad e interculturalidad.

Se investiga los parámetros establecidos por el orden jurídico convencional e internacional, para comprender la efectividad de la libre determinación como fundamento de los derechos de los pueblos indígenas, puesto que es necesario verificar la existencia de una estructura propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Así mismo, a través de los procedimientos de la comunidad “La Cocha” y ejemplos en relación a delitos, educación y cultura desarrollados en comunidades de la Sierra, se evidenciara la aplicación de los principios constitucionales antes mencionados.

1.1 Principios Constitucionales de la justicia indígena

El reconocimiento de la justicia indígena parte del establecimiento de los Derechos Colectivos reconocidos en el derecho internacional de los Derechos Humanos de conformidad con el artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas Organización de las Naciones Unidas (ONU):

“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”(Declaración Naciones Unidas Pueblos Indígenas, art, 5)

En la legislación interna de cada Estado se han reconocido estos principios en las constituciones, así lo menciona José Manuel Hermida, Coordinador Residente del Sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador y Representante Residente del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD):

“El marco constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos reconocen el ejercicio, promoción y exigibilidad de los derechos tanto de forma individual como colectiva. La categoría de derechos colectivos, ampliamente desarrollada en la Constitución de la República de Ecuador, obedece a largos debates, demandas y realidades históricas que permitieron su reconocimiento progresivo, *basados en un sistema o derecho cimentado en la costumbre de los indígenas*[cursivas añadidas]”(Avila & Corredores, 2009, pág. 11)

El Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT) denominado: Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, publicado en el Registro Oficial No. 206 de 7 de junio de 1999 en su artículo 2 numeral 1, establece que:

“Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad ; el artículo 5 literal a) determina que “deben reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de los pueblos indígenas y tribales; y que debe tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.(Convenio Pueblos Indígenas y Tribales, arts. 2 y 5)

Este reconocimiento jurídico internacional, es formal y da paso a procesos de aceptación y convivencia entre los diferentes pueblos, en ese sentido, es

indispensable iniciar una exploración sobre la diversidad que existe en cada uno de los países que cuentan con distintas etnias.

En el Ecuador se tomó en cuenta el reconocimiento de la diversidad y el pluralismo jurídico en la Constitución de la República del Ecuador 2008, en forma de principios constitucionales como Manuel Atienza menciona que: “los principios se correlacionan mediante un caso con una solución normativa que conlleva la calificación normativa de una determinada conducta” (Atienza, 2007, pág. 30), esto quiere decir que los principios forman parte de la estructura del Estado convirtiéndose en un deber estatal.

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, se centra en el reconocimiento de la Interculturalidad y la Plurinacionalidad, como principios estructurales del Estado y de la Justicia Indígena, mediante el cual establece que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (Constitución, art 1) Contribuyendo en el fortalecimiento de la identidad indígena dentro del constitucionalismo ecuatoriano.

En este precepto constitucional se encuentra implícito, de forma abstracta los principios de interculturalidad y plurinacionalidad, con la posibilidad de tener una serie de autonomías pero no de regímenes estatales, implica una modificación sustancial tanto del sistema de fuentes de derecho, como de la visión de administrar justicia.

La respuesta del Estado basada en los principios estructurales de plurinacionalidad e interculturalidad se refleja en la Constitución mediante el reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas tales como identidad cultural, propiedad, participación, educación bilingüe, medicina tradicional, entre otros. (Avila & Corredores, 2009) , todo esto establecido en el capítulo cuarto de la Constitución en el artículo 56 menciona lo siguiente:

“Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

La plurinacionalidad o diversidad cultural no es otra cosa que el reconocimiento jurídico expreso de que en un país conviven distintos pueblos o nacionalidades; y que, a partir de ese reconocimiento el Estado está obligado a contar con la participación de dichos pueblos”. (Constitución, art .56)

El reconocimiento cultural de los indígenas en nacionalidades y pueblos, es la base de la organización política, económica y sociocultural; una nueva forma de integrar el gobierno en la cual la participación de los pueblos promueve la equidad social.

En el modelo de país planteado mediante la Constitución de la República 2008, busca la finalización de la fragmentación étnica, cultural y política. Los pueblos indígenas, se les reconoce la participación civil, política y económica, con el principal objetivo que no sean excluidos.

Respecto a la función jurisdiccional indígena bajo el criterio del territorio, se encuentra desarrollada en la sección segunda del artículo 171, formando parte del Capítulo Cuarto, denominado Función Judicial y Justicia Indígena, esto puede dar a entender que los administradores de justicia ordinaria se sobrepongan en las decisiones de la jurisdicción indígena.

De la lectura del artículo constitucional es necesario entender la función de la justicia indígena dentro de la Constitución, a partir del texto constitucional: si el capítulo cuarto de la Constitución establece que la justicia indígena forma parte de la función judicial o no; si el control de constitucionalidad tiene como finalidad el respeto del derecho propio de la justicia indígena.

De los parámetros expuestos la Corte Constitucional deberá evidenciar el reconocimiento de la justicia indígena tanto en la normativa internacional como en la nacional, por lo que es necesario resaltar los principios constitucionales en respuesta a este modelo de país planteado.

1.1.1 Pluralismo Jurídico en la Constitución 2008

Para entender la implementación del Pluralismo Jurídico en la Constitución 2008, se lo analizara desde un enfoque de Derechos.

“La noción de derecho consuetudinario y otras que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas”(Avila & Corredores, 2009, pág. 133).

La implicación de pluralismo jurídico, no debe reducirse simplemente a una Constitución ni a la normativa vigente, es el reconocimiento a una parte de la sociedad, quiere decir liberación intercultural autentica de una democracia. Sin embargo, la normativa del Ecuador ha reconocido mediante actos normativos.

En referencia a los actos normativos nacionales, se reconoció de distintas maneras el pluralismo jurídico. Según Decreto Ejecutivo 910 del Registro Oficial 561 de 21 de octubre de 2011 emitido por el Eco. Rafael Correa Delgado Presidente Constitucional de La República declaro el 12 de octubre de cada año como "Día de la Interculturalidad y Plurinacionalidad", destinado a reconocer y rectificar el verdadero significado del acontecimiento del 12 de octubre, promover el diálogo entre las diversas culturas y saberes. Asimismo busca fortalecer la unidad nacional en la diversidad, de construir el nuevo Estado incluyente de paz y justicia.

La declaratoria del Estado Plurinacional por parte de la Asamblea Constituyente 2008, en Montecristi - Ecuador, representa, por un lado, un acto de resarcimiento histórico para los pueblos y nacionalidades indígenas; y, por otro lado, es simultáneamente una oportunidad para que nuestra sociedad aprenda de los otros, asumiendo un compromiso de convivencia democrática y equitativa, en el que la armonía debe ser la marca de las relaciones de los seres humanos entre sí. (Acosta y otros, 2009).

Conforme al artículo 10 de la norma fundamental “las comunas, comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas son titulares de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”. (Constitución, art.10)

El pluralismo revela la coexistencia para una comprensión creciente de elementos multiculturales creativos, diferenciados y participativos. En una sociedad compuesta por comunidades y culturas diversas, el pluralismo funda una democracia, expresa el reconocimiento de los valores colectivos materializados en la dimensión cultural de cada grupo y comunidad.

La definición de pluralismo jurídico “reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, independiente del reconocimiento que como tales estos hagan entre sí”. (Wolkmer, 2014, p.145)

Para una mejor precisión de la definición, Lillian Fiallo comprende al “pluralismo jurídico como la coexistencia de diversos sistemas de derecho en un mismo territorio, logrando su eficacia en la conformidad de la conducta social con la conducta motivada por la norma”. (Fiallo, 2014, p.7)

El reconocimiento de las plurinacionalidades se ha dado mediante la implementación del pluralismo jurídico en nuestra Constitución y sus principales nuevos aportes, la existencia de varias culturas en un mismo territorio provoca la diversidad cultural ocasionando un desafío para el constitucionalismo de

nuestro país, la diversidad cultural es un cuestionamiento externo por los derechos establecidos dentro de la Constitución.

Según lo expuesto, se puede identificar que en el Ecuador coexisten diversas nacionalidades ubicadas en las diferentes regiones del territorio ecuatoriano, el pluralismo jurídico está reconocido formalmente en la legislación ecuatoriana, por lo tanto se evidencia en ciertos ámbitos el respeto a la autonomía de los pueblos indígenas.

1.1.2 La Multiculturalidad e Interculturalidad

Multiculturalidad

La multiculturalidad tiene como finalidad la diversidad de culturas refiriéndose a la pluralidad en conjunto y, también a la significación de cada una de ellas en singular para la humanidad que la tiene por suya.

Para complementar la noción de multiculturalidad, Catherine Walsh hace referencia a la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente en segregación de una cultura subordinada (Walsh, 2009)

Sin embargo, los énfasis del reconocimiento de la multiculturalidad pasan por la importancia o interés que se da al nivel local, nacional, regional o global, a la existencia de las diversas formas de articularlos y los beneficios o perjuicios que se encuentran en los diferentes tipos de relaciones. (Mignolo, 2003).

El derecho a la propia cultura no es así un derecho más entre otros o aún menos, según suele hoy decirse, es un derecho de última generación que viene por vía agregativa, convirtiéndose en un derecho primordial.(Walsh,2014)

Según los conceptos citados, un Estado es multicultural cuando comienza por reconocer que no es el mismo, sino otras entidades primarias, las culturas o los pueblos, quienes se constituyen principalmente como espacio político logrando

una integración entre sí por la formación de un Estado complejo y articulado, evidenciándose en las constituciones que se declaran hoy multiculturales por Latinoamérica.

Interculturalidad

El principal factor de la multiculturalidad es la interculturalidad, definida que la cultura solo puede ser pensada, vivida y conjugada en plural y por consiguiente solo existe en cuanto relación cultural y el reconocimiento de las otras culturas, definido en la interculturalidad.

La interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad que han naturalizado las asimetrías sociales (Walsh,2002)

Para entender el reconocimiento de la interculturalidad, según Boaventura de Sousa Santos la interculturalidad radica en el proceso que pasa del mero reconocimiento, a la celebración de la diversidad, constituyéndose en uno de los principales vectores de la constitucionalización, en este sentido se modifica el modelo de Estado y constituye una obligación estatal el permanente reconocimiento de la interculturalidad desde la legislación, las decisiones judiciales y toda acción u omisión del Estado.(Sousa,2014)

Los conceptos reflejan que la interculturalidad pasa por un proceso mediante el cual transforma las relaciones de poder, constituyéndose en una obligación estatal.

Interculturalidad significa el contacto e intercambio entre culturas, en condiciones de igualdad, sintetiza además el ejercicio práctico y diario del reconocimiento de las diversidades. Una vida en común, marcada no ya por la exclusión, sino por la inclusión, exige prácticas interculturales permanentes en

todos los ámbitos de la vida en colectividad, necesidad de la nación ecuatoriana, en su proceso de construcción democrática. (Ávila, 2011)

La interculturalidad responde al reconocimiento de las diversas culturas, con espacios jurídicos y políticos suficientes para que todas mantengan sus peculiaridades e identidades sin que, en las tradicionalmente dominadas, continúe una situación de desventaja con relación a la blanco-mestiza. El enfoque intercultural es una visión de las relaciones humanas y sociales que busca la valoración del otro en función de un proyecto común. (Malo, 2002)

Acercándonos a esta meta se supone “realizar cambios en el aparato jurídico del Estado, superar dogmatismos y buscar un país diverso pero armónico en el que fluyan las riquezas espirituales de las diversas culturas para enriquecer al ser humano que vive en este país aceptando que la diversidad es positiva pues refleja la multidimensionalidad del ser humano” (González, 2002, p.21).

La interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos con el afán de confrontar y transformar las relaciones de poder incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad que han naturalizado las asimetrías sociales (Walsh,2002).

Sin embargo, vale la pena considerar si este reconocimiento e inclusión pretenden atacar las asimetrías y promover relaciones equitativas, o si más bien solo añaden la particularidad étnica a la matriz existente, sin buscar o promover una mayor transformación.

De los conceptos citados se puede concluir que la interculturalidad en si no es algo que se puede realizar por reformas o leyes estatales, tampoco es algo que se reduce a la constitucionalización, y eso es porque la interculturalidad no es un producto o sustancia, sino un proceso continuo, algo por construirse y que nunca termina.

1.1.3 El Derecho a la libre determinación como fundamento de los derechos de los pueblos indígenas

Para definir el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se revisara a los tratados internacionales, la jurisprudencia y las constituciones. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT compromete a los Estados el reconocimiento de los pueblos indígenas como entidades históricas con derechos a decidir su destino y auto gobernarse internamente, consiste en respetar el derecho de libre determinación o autodeterminación interna de los pueblos indígenas. (Convenio 169 OIT Pueblos Indígenas y Tribales)

Una pieza fundamental de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es que conforme a los representantes de pueblos indígenas de todo el mundo luchaban por la Declaración en el sistema de la ONU a lo largo de más de dos décadas, se hizo cada vez más evidente que la libre determinación es un principio fundador que aglutina la constelación de derechos de los pueblos indígenas, como se establece en el artículo 3.

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, en virtud de este reconocimiento determinan libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, social y cultural”. (Declaración Naciones Unidas Pueblos Indígenas, art.3)

Sin embargo, el Artículo 3 de la Declaración y su afirmación de la libre determinación indígena demostró ser una de las disposiciones más polémicas, durante las negociaciones que precedieron a su adopción.

Con los tratados internacionales antes mencionados se identifica que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas ha sido una constante lucha que ha trascendido a través del tiempo, la cual ha logrado el desarrollo económico, político y social de estos pueblos.

Raquel Irigoyen menciona que la libre determinación de los pueblos se refleja en su estatuto o condición política; en su forma de vida o modelo de desarrollo, económico, social y político, el cual se basa en la autonomía, derecho propio, basado en un sistema de normas, valores, instituciones y procedimientos para regular la vida social, resolver conflictos, y controlar el orden público. (Yrigoyen, 2014)

La libre determinación se refiere a la firme y decidida elección de ser parte de un colectivo social que mantiene vigente las instituciones sociales, normas y políticas consuetudinarias para su pleno desarrollo social y garantía del equilibrio social o armonía comunitaria, algunos juristas lo reconocen como el reconocimiento por otros grupos o autoridad estatal como una colectividad distinta. (Pérez, 2010).

La autodeterminación, la soberanía y la autonomía de la voluntad tienen que incluir sobre todo la libertad para crear soluciones en aquellas circunstancias que lo ameriten, en función del bien común. Aún a sabiendas de sus limitaciones consustanciales como forma jerarquizada y adversativa de regulación social. De eso trata la democracia real, el derecho a darse su propio modo de producción, regulación y gobernanza no es más que la libertad efectiva para determinar su modo común de vida.

Según Kymlicka los derechos de autodeterminación se diferencian en tres, formas de derechos colectivos: a) los derechos de autogobierno b) derechos multiétnicos y c) los derechos especiales de representación. Estos derechos, se relacionan con el derecho de autodeterminación a diferentes niveles de autonomía política o jurisdicción territorial, como el control total o restringido del sistema educativo de un grupo, la administración de justicia, recursos naturales y riquezas situadas en su territorio. (Kymlicka, 2011)

Estos derechos en gran parte están reconocidos por el Estado, y corren riesgo de ser afectados como efecto de las concesiones que realiza el Estado a empresas explotadoras de recursos naturales como las hidrocarburíferas,

mineras, madereras y el peligro para las comunidades indígenas es que en cualquier momento pueden ser obligados abandonar sus asentamientos tradicionales.

Es preciso señalar que la defensa del derecho a la autodeterminación como parte del derecho a la libre determinación, en ningún planteamiento la separación de las comunidades del Estado Unitario, tampoco su independencia total. Lo que se reclama es el respeto y reconocimiento a sus derechos fundamentales como el derecho a una identidad cultural para ser considerados como pueblos diversos, el derecho a las tierras y territorios, el aprovechamiento de los recursos naturales existentes en sus dominios, a una forma de educación que parta de su realidad quiere decir la educación intercultural bilingüe, el respeto y reconocimiento de sus formas de administración de justicia. Mientras que como componentes de la sociedad nacional deben participar en la conducción política del Estado Unitario (Torres, 2011).

Independientemente del significado jurídico el principio de libre determinación por parte de los propios pueblos indígenas, contribuye con los atributos de la estatalidad, siendo entendida la libre determinación plena como el logro de un estado independiente o, por estas razones, esta tendencia hizo que la libre determinación indígena fuera motivo de un acalorado debate, tanto fuera como dentro del Estado, como se ha explicado.

Este derecho comprende , la implementación de dos o más sistemas de justicia aplicables en un mismo territorio, obligando al Estado a establecer mecanismos eficaces de reconocimiento y establecimiento de los sistemas jurídicos; en ese sentido, el gran dilema iniciado por definir quienes tomaran las decisiones acerca de los conflictos, que debe conocer y resolver cada uno de los sistemas jurídicos. Posteriormente, los conflictos se centran en la determinación de la jurisdicción indígena, el respeto de los Derechos Humanos.

Finalmente, algunos países optaron por el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en la Constitución y la ley, siendo objeto de debate la no imposición de un modelo de justicia desconociendo otro, sino que su principal labor deberá concentrarse en la preservación de los sistemas jurídicos, lo que ciertamente ha debilitado a los distintos sistemas jurídicos o distintos.

Sobre la base teórica constitucional y del reconocimiento de los derechos humanos se reconoce al pluralismo jurídico como parte de la estructura de la Constitución, el reconocimiento de las relaciones sociales en el contexto de la interculturalidad y la autodeterminación de los pueblos indígenas. Una vez identificado el conflicto, el presente estudio se preocupa de la efectividad del derecho indígena en relación con el control constitucional. Considerando indispensable el estudio de la efectividad de la autodeterminación de los pueblos indígenas, como se desarrolla a lo largo del presente trabajo.

1.1.4 Reconocimiento de la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas en los Países Andinos

Respecto al reconocimiento jurídico de la libre determinación de los pueblos indígenas, se pretende demostraren las similitudes y diferencias que se pueden identificar en el reconocimiento constitucional de este derecho en Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Respecto al reconocimiento del Estado como Pluricultural, los Estados que definen como tal, según las constituciones vigentes, Colombia reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; Perú reconoce la pluralidad étnica, Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico; y, Ecuador es un Estado constitucional intercultural y plurinacional.

En Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador se reconocen las costumbres, procedimientos y autoridades de los pueblos indígenas, así como también sus diferentes formas de resolución de conflictos.

Los titulares del reconocimiento son los pueblos indígenas cabe recalcar que en Perú y Bolivia también se reconocen a las comunidades campesinas.

La competencia territorial establecida en las normas fundamentales se otorga dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas.

La competencia material está reconocida constitucionalmente en todos los ámbitos, sin embargo en países como Ecuador se ha limitado mediante control constitucional.

Respecto a la competencia personal solamente en la Constitución de la República del Ecuador se reconoce expresamente a las autoridades de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el reconocimiento de los otros Estados solo se establece criterio territorial que podría entenderse que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.

Todas las normas, procedimientos y decisiones de los pueblos indígenas no tendrán que ser contrarios a la Constitución e instrumentos internacionales.

En las Constituciones se ha proveído la creación de una ley de coordinación o compatibilización.

La ubicación sistemática del reconocimiento de la justicia indígena, en Perú, Bolivia y Ecuador se encuentran en el capítulo referente a la Función Judicial, mientras que en la Constitución de Colombia se encuentra en el capítulo referido a la función jurisdiccional.

En los países analizados, el Control Constitucional lo efectúa la Corte Constitucional, en el caso que exista vulneración de derechos constitucionales

o los establecidos en los tratados internacionales de Derechos Humanos, en Colombia vía tutela, en Bolivia y Perú vía amparo y en Ecuador vía acción extraordinaria de protección contra decisiones de justicia indígena.

TABLA 1. Reconocimiento de la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas en los Países Andinos

Puntos de comparación	Convenio 169 OIT	Constitución de Colombia de 1991	Constitución de Perú 1993	Constitución de Bolivia 2009	Constitución Ecuador 2008
<p>1. Fundamento Estado reconoce la Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal</p>	<p>Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.</p> <p>Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados.</p>	<p>Art. 7. El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana</p>	<p>Art. 2. Toda persona tiene derecho: Inc. 19. A su identidad étnica cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación</p>	<p>Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional, Comunitario, libre, independiente,soberano, democrático,intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.</p>	<p>Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada (...).</p>

2. Objeto de reconocimiento y respeto	<ol style="list-style-type: none"> 1. Costumbres propias/derecho consuetudinario 2. Instituciones propias 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas (incluidos métodos de control de delitos) 	<ol style="list-style-type: none"> 1, Propias normas y procedimientos. 2, Autoridades de los pueblos indígenas 3, Funciones jurisdiccionales 	<ol style="list-style-type: none"> 1 Derecho Consuetudinario 2 Autoridades de las comunidades 3 Funciones jurisdiccionales 	<ol style="list-style-type: none"> 1 Normas, costumbres y procedimientos propios 2 Autoridades naturales de comunidades 3 Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos 	<ol style="list-style-type: none"> 1 Derecho, Consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos 2 Autoridades de los pueblos indígenas 3 Funciones de justicia
3. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del conocimiento)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pueblos indígenas en países independientes 2. Pueblos Tribales 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pueblos Indígenas 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Comunidades Campesinas 2. Comunidades Nativas 3. Rondas Campesinas 	<ol style="list-style-type: none"> 1 Comunidades Indígenas 2 Comunidades Indígenas Campesinas 	<ol style="list-style-type: none"> 1 Pueblos Indígenas
4. Competencia Territorial	No se menciona expresamente	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas/ y PI.	Dentro de su ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	Dentro de su ámbito territorial de las comunidades indígenas
5.Competencia Material	1 Todas no se limita	Todas las materias no se limita	Todas, no se limita	Todas no se limita	Todas no se limita
6.Competencia Personal	<ol style="list-style-type: none"> 1. En general: no se hace mención (art. 8,2) 2. En materia de represión de delitos, miembros de pueblos indígenas (art. 9,1) 	No se hace mención si solo se limita a indígenas Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Cabe entender que es para todos dentro del ámbito territorial indígena	No se hace mención si solo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino/indígena	No se hace mención si solo se limita a indígenas Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena	Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales

7.Límite	<p>1 En general; que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles</p> <p>a) Con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y</p> <p>b) B) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos</p> <p>2 En materia penal, que métodos de control sean compatibles con:</p> <p>a) El sistema jurídico nacional y</p> <p>b) Con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.</p>	<p>Que normas y procedimientos no sean contrarios a</p> <p>1 Constitución y</p> <p>2 Leyes de la República</p>	<p>Que no violen</p> <p>1 Los derechos fundamentales de la persona.</p>	<p>Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a:</p> <p>1 Constitución, Y</p> <p>2 Leyes de la República</p>	<p>Que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.</p> <p>Decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.</p>
8. Se prevé la creación de la Ley de Coordinación o Compatibilización	<p>(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre</p> <p>a) La conservación de costumbres e instituciones propias, y,</p> <p>b) Los derechos fundamentales y humanos</p>	<p>La ley establecerá las formas de coordinación:</p> <p>De la jurisdicción especial, con el sistema jurídico nacional.</p> <p>No hay ley pero si jurisprudencia</p>	<p>La ley de coordinación:</p> <p>Jurisdicción especial con los juzgados de Paz y Poder Judicial</p> <p>aún no se da ley</p>	<p>Ley compatibilizará:</p> <p>Estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con Las atribuciones de los poderes del estado</p> <p>Hay varias normas, pero no ley específica</p>	<p>La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria</p>

9.Ubicación sistemática	Parte 1: Política General - Artículo 8,inc.2 - Artículo 9 inc.1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional Señala dos tipos de jurisdicciones Ordinaria Especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI	Capítulo referido al Poder Judicial Ubicación al final del capítulo también la llama jurisdicción especial No es muy sistemático el tratamiento	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo	Capítulo cuarto Función Judicial y justicia indígena Sección segunda Justicia indígena
10 Ratificación del convenio 169		Ratificación en 1991	Ratificado en 1993 (depósito en 1994)	Ratificado en 1992	Ratificado en 1998
11 Control Constitucional		Control por parte de la Corte Constitucional vía tutela	Control por parte de la Corte Constitucional vía amparo	Control por parte de la Corte Constitucional vía amparo	Control por parte de la Corte Constitucional vía Acción Extraordinaria de Protección Indígena.

Adaptado de: (Yrigoyen, R. 2006 pp.562-567)

1.1.5 Implicación del Modelo de Estado Intercultural en Ecuador

Para la concepción de Estado Intercultural se tomara como referencia las definiciones jurídicas reflejadas en las Sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Ecuador cuyo contenido es el siguiente:

“El Ecuador reconoce la existencia de una población blanco mestiza mayoritaria, pero también la existencia de comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos con sus propias características, costumbres y tradiciones, las mismas que deben ser observadas y respetadas por todos los poderes públicos al momento de tomar una decisión que tenga incidencia respecto a su cosmovisión”. (Corte Constitucional. Sentencia N.005-11-SIN-CC, 2011, p.31)

Durante varios años existió un gran avance acerca del reconocimiento de los pueblos indígenas, por ejemplo la Constitución que fue aprobada mediante el referéndum de 1978, reconoció el voto de los analfabetos, la relación con los indígenas era que la gran mayoría eran analfabetos debido a su idioma nativo que es el kichwa, les resulta muy difícil aprender a leer y escribir en español ; además no tenían acceso a la educación lo que les resultaba complicado, pero concederles el derecho al voto fue un avance en la constitución de 1978.(Ortiz,2015)

Ximena Cujabante menciona que: “desde el retorno de la democracia del Ecuador en 1979 determina la norma como un mecanismo para la inclusión de los pueblos indígenas en la formación del Estado” (Cujabante, 2014, p. 219), estableciendo alianzas y elementos de negociación, dando paso al fortalecimiento de las organizaciones indígenas.

El Partido Socialista, en 1986 propuso al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre las nacionalidades indígenas, definiendo a los pueblos indígenas como aquellos que se asientan en el territorio nacional y viven la continuidad social de pensamiento y organización de comunidades que poblaban América antes

de la Conquista europea, además reconocían que la República del Ecuador es un Estado Plurinacional. (Trujillo, 2012)

La primera organización indígena con autoridades plurales que se reconoció fue la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), como órgano representativo que promueve una gestión unitaria y facilita la interrelación, contando con una partida del presupuesto general del Estado para sus actividades. (Torres, 2011)

La lucha de los indígenas fue muy clara sobre la década de los 90 y 2000, quienes exigieron el reconocimiento de la plurinacionalidad que no era suficientemente ni bien entendida, se necesitaba generar consciencia en el resto de la población mestiza. Después de los años 90 hubo un planteamiento de los indígenas del Napo que prácticamente era un tratado internacional con el estado ecuatoriano como una entidad estatal frente otra, esto fue motivo de rechazo por parte del Doctor Rodrigo Borja en ese entonces Presidente de la República, quien tuvo que trabajar en la comprensión exacta de la plurinacionalidad no como un estado sobre otro estado, sino una posibilidad de tener una serie de autonomías, pero no regímenes estatales independientes.

La reforma constitucional de 1998, desarrolló un importante reconocimiento de la diversidad cultural incluyendo derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas, quienes exigían la transformación del Estado nación monocultural y no solo añadir su diferencia cultural a la matriz dominante existente.

En la actualidad, el modelo de país planteado mediante la Constitución de la República 2008 y el Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, proponen un modelo de Estado que acabe con la fragmentación étnica, cultural y política evidencia que los pueblos indígenas obtuvieron participación civil, política y económica con el principal objetivo que no sean excluidos.

La Constitución Ecuatoriana 2008 reconoce al Estado como plurinacional e intercultural, constituyéndose en el fortalecimiento de la identidad indígena

dentro del constitucionalismo ecuatoriano; así lo destaca el artículo 1 del texto constitucional.

El numeral tercero del artículo 3 de la Constitución Ecuatoriana 2008 establece como un deber primordial del Estado ecuatoriano “fortalecer la unidad nacional en la diversidad”, siendo un reconocimiento que debe ser observado por todas las autoridades públicas, quienes al ejercer sus actividades deben realizar una interpretación intercultural del texto constitucional.

En la medida que la resistencia indígena ha forjado con el tiempo, nacionalidades diversas con sus propias características, organización, lengua y cultura exige su reconocimiento constitucional. Además que las tierras indígenas son indivisibles inembargables e inafectables preservando su lógica comunitaria, con respaldo de la normativa interna y la internacional, mediante el derecho a la libre determinación de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Se puede argumentar que las reformas representan pasos hacia la transformación intercultural pero no de la constitucionalización e institucionalización de la interculturalidad, en las cuales se pueden presentar algunas limitaciones, como las siguientes mencionadas por Catherine Walsh:

“a) reducir la lucha por los derechos de los pueblos a una lucha por derechos aparte y no complementariamente también por derechos ciudadanos; b) restringir los derechos colectivos al espacio rural y territorial excluyendo las realidades multiétnicas y urbanas; c) asumir que el indígena que vive fuera de la comunidad puede y debe regirse por el derecho universal e individual, negando la existencia de la discriminación, el legado colonial o la monoculturalidad en la formulación y aplicación de estas normas; d) se negó la complejidad de la actual diversidad ecuatoriana”. (Walsh, 2002, p.29)

Con lo expuesto se puede concluir que la implicación de modelo de Estado Intercultural, ha trascendido a través del tiempo mediante la historia y el reconocimiento en la normativa internacional e interna, presentándose ciertas limitaciones.

1.2 El Derecho a la Libre Determinación de los pueblos indígenas

Una vez analizado el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en este apartado se procederá a comprobar la efectividad de este derecho en el desarrollo de sus procedimientos internos de cada comunidad.

La implementación de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones y en las legislaciones vigentes de algunos Estados tienen la intención de reconocer la libre determinación, este postulado es uno de los principales reconocimientos, pero muchas veces está en contradicción con las aspiraciones de los pueblos indígenas debido a que pretenden precisamente que se reconozca que tienen derechos, pero que no estén definidos y limitados por los Estados donde viven.

Esta posición radica en que la exigencia de los pueblos indígenas, no es solo el hecho de plasmar en las leyes o constituciones los resultados de los posibles acuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas, sino que ese reconocimiento trascienda.

Los representantes de los pueblos indígenas, rechazan todo intento para calificar o limitar su derecho a la libre determinación, debido a que se les impongan condiciones diferentes a las que están sujetos los demás pueblos. El objetivo y la efectividad del reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, es el de su igualdad con los demás pueblos.

“El reconocimiento explícito del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación es, ante todo, el reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen derecho a tomar parte en las decisiones que les conciernen y que, como entidad colectiva, tienen derecho a escoger y a negociar los acuerdos que garantizarán su continuidad como pueblo. Se trata de un compromiso político para respetar este hecho y para implementarlo progresivamente. Los resultados de estas decisiones y negociaciones serán seguramente tan variados como los son las situaciones y las necesidades de los pueblos indígenas del mundo”.(Leger, 2002, págs. 7-8)

Nina Pacari, en el caso de Ecuador, encuentra dos puntos de partida para el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas. El primer punto de partida, en América Latina, quienes han configurado los Estados nacionales, al pasar de la colonia a la república, son los únicos pueblos que tienen el privilegio de ejercer la libre determinación. Para superar esta discriminación, la libre determinación no requiere de apellido alguno, sino de voluntad política para compartir la toma de decisiones. (Pacari, 2002)

El segundo punto de partida, tiene que ver con la necesidad de nuevos modelos de Estados que puedan ser incluyentes. Si bien en la actualidad diversos Estados han reconocido su carácter pluricultural, ello queda sólo en una mera declaración. Su materialización aún está en ciernes. Muchas veces ni siquiera existe voluntad para reconocer la autoafirmación de la identidad. En algunos de nuestros países nos identificamos como naciones originarias, en el caso de Ecuador como nacionalidades indígenas. “Sin embargo, a los Estados les cuesta reconocer plenamente esta auto identificación colectiva cuya consecuencia repercute en el carácter del Estado como entidad plurinacional”.(Leger, 2002; Pacari, 2002, pág. 27)

La efectividad de este derecho comprende que :“La autodeterminación de las nacionalidades indígenas, va teniendo eco y ganando terreno en el ámbito nacional e internacional, debido que toda la población ya conoce a estas nacionalidades con su verdadero nombre logrando mantenerlo históricamente, durante 500 años de opresión, dominio y marginación”. En el ámbito internacional, las organizaciones e instituciones han reconocido y han puesto énfasis en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y sus elementales derechos.(Ayala, 1992, pág. 164)

En conclusión, la autodeterminación supone una nueva concepción de Estado, que exigen los pueblos indígenas a través del derecho a intervenir con su opinión y con su voto en los asuntos que les afecten. El derecho a compartir con las autoridades estatales la potestad decisoria en determinadas materias, reconocerlas sin embargo, y, consecuentemente, una nueva organización del mismo, por lo menos para los asuntos opuestos a los intereses de los pueblos indígenas.

1.3 Significado de la efectividad de los procedimientos de justicia indígena en la Constitución

En ésta parte del capítulo, se analiza los procedimientos de la comunidad la Cocha, como un caso emblemático de las comunidades indígenas de la Sierra, el cual fue aplicado para la resolución de las situaciones internas, se tomara en cuenta cómo resuelven las comunidades los conflictos en relación a delitos, familia, educación y cultura, a fin de establecer la efectividad del reconocimiento a estos procedimientos según lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

Con el análisis de los procedimientos se comprobara sus principales elementos culturales, distintos al derecho ordinario como los milenarios, colectivos, ágiles, oportunos, dinámicos, justos y orales, además se reconoce que estos procesos están en constante perfeccionamiento.

La efectividad del reconocimiento de los procedimientos de justicia indígena se refleja en el artículo 171 de la Constitución en el cual muestra elementos centrales de la jurisdicción indígena: la posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales reconociendo la autonomía de las comunidades en cuanto a su decisión de asumir el conocimiento de un caso, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas.(Sánchez, 2011)

A partir de la revisión del caso La Cocha y de algunos ejemplos de procedimientos, se identificara la efectividad de la justicia indígena como un mecanismo de resolución de conflictos que busca cumplir con el ordenamiento plural, en el cual se incorpora el desarrollo, visiones de los pueblos, valores y su cosmovisión.

1.3.1 Procedimientos de la Comunidad La Cocha

Se trata del caso ocurrido en la comunidad La Cocha parroquia Zumbahua, cantón Pujili, provincia de Cotopaxi, en la que los dirigentes indígenas tuvieron que desarrollar normas y procedimientos para resolver el caso de un asesinato de un joven llamado Marcelo Olivo Pallo, integrante de la comunidad fallecido por asfixia. La comunidad nombra una comisión de averiguaciones para esclarecer el caso recayendo la sospecha de la muerte en 4 jóvenes de la comunidad Guantopolo, posteriormente también la comisión determina que Manuel Orlando Quishpe Ante miembro de la comunidad La Cocha, fue partícipe de este acto.(Viviendo la justicia, Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena, 2012)

La comunidad de Guantopolo entrega a la comunidad la Cocha a los sospechosos, para que sean juzgados y resuelvan el caso, luego de las investigaciones realizadas recae que el principal sindicado era Manuel Orlando Quishpe Ante.

En asamblea general el 16 de mayo del 2010, se informan los resultados de las averiguaciones a los involucrados, familiares y a la comunidad en general. Aceptando la responsabilidad y culpabilidad de los implicados en el caso, la comisión decide imponer las medidas de reparación, corrección y rehabilitación a los cuatro cómplices siendo las siguientes: entrega del valor de cinco mil dólares a los familiares del fallecido que servirá en beneficio para la compra de equipos y materiales, prohibición de ingresar a las fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por el lapso de cinco años, expulsión de la comunidad durante dos años, un baño de agua fría y ortiga miento durante 30 minutos, rehabilitación por parte de sus familiares, cargar desnudos un quintal de tierra, dar la vuelta la plaza y expresar una disculpa pública y recibir latigazos de cada uno de los dirigentes de la comunidad. (Viviendo la justicia, Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena, 2012)

El 23 de mayo de 2010, nuevamente la Asamblea General se reúne para juzgar y sancionar a Orlando Quispe como autor material del asesinato, imponiendo las medidas de reparación, corrección y rehabilitación; tales como dar una vuelta a la plaza desnudo cargando un quintal de tierra y expresar una disculpa pública, someterse a un baño de agua y ortigada durante 40 minutos; recibir consejos por parte de los dirigentes indígenas; realizar trabajo comunitario durante cinco años con seguimiento y evaluación; e indemnizar a la madre del difunto con mil setecientos cincuenta dólares. (Viviendo la justicia, Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena, 2012)

Con la exposición de la noticia a las autoridades comunitarias la investigación, la sanción y su ejecución se cumplió con el debido proceso, de esta manera la muerte de Marcelo Olivo Pallo fue juzgada y ejecutoriada por lo tanto se evidencia que si bien es cierto que los procedimientos indígenas no constan en una norma positiva, se sigue un debido proceso interno en cada comunidad.

Una vez impuestas las sanciones por las autoridades indígenas ya no pueden ser revisadas por la justicia ordinaria porque son efectivos conforme el derecho

a la autodeterminación , únicamente por la Corte Constitucional en caso de que durante el proceso se hubiera violentado los derechos humanos, los mismos que deberán ser analizados desde una perspectiva intercultural.

Sin embargo a pesar de que la comunidad se pronunció al respecto del caso, llega a conocimiento de la justicia ordinaria mediante los medios de comunicación. En ese sentido el caso paso a la justicia ordinaria penal, el Fiscal ordenó el inicio de la indagación previa, llegando a conocimiento del Doctor Carlos Poveda, en ese entonces Juez de Cotopaxi, el defensor público indicó que el conflicto de la comunidad indígena ya fue resuelto, por lo tanto el juez no podría avocar conocimiento.

El juez decidió declarar en nulidad de todo lo actuado por la justicia ordinaria, debido a que ya existía un tema juzgado por parte de la comunidad La Cocha siendo el primer caso con la vigencia de la Constitución de 2008, el cual llega a conocimiento de justicia ordinaria y el cual se reconoce que este ya fue un caso juzgado.

Este caso se reconoce el actuar de la justicia indígena como un debido proceso efectivo e inmediato lo que permitió el retorno de la paz y armonía en la comunidad. (Viviendo la justicia, Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena, 2012)

Para identificar la autoridad entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, el artículo 8 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas publicada en el Registro Oficial Suplemento 315 de 16 de abril de 2004 establece que: “El órgano oficial y representativo de la comuna es el cabildo, integrado por cinco miembros, quienes ejercerán las funciones de presidente, vicepresidente, tesorero, síndico y secretario”. (LORC, art.8)

De este artículo se deriva que la autoridad indígena nombrada por la comunidad para conformar el órgano oficial representativo, desde un enfoque del Derecho Positivo, pero el concepto de autoridad indígena dentro del

proceso de la justicia indígena es más amplio que el determinado en el referido artículo de la ley.

Según el peritaje antropológico, realizado por Esther Sánchez, se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, en materia de justicia indígena, es la Asamblea Comunal; que el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados que lo realizan a las personas de la comunidad con mayor nivel de autoridad, respeto o edad, y que luego todas las partes que intervienen en el proceso se someten a los principios, procedimientos y resoluciones que se adopten en la Asamblea Comunal. (Sánchez, 2011)

Respecto al procedimiento que siguen para la resolución de conflictos dentro de esta comunidad, de modo general, existen varios momentos que se cumplen, a saber:

“La demanda o denuncia (Willachina o willana), el periodo de averiguación o constatación de los hechos (Tapuykuna o tapuna), período de deliberación para contrastar las versiones de las partes (Chimbapurana o nawichina), adoptar las medidas de solución o conciliación entre las partes, así como también aquellas medidas destinadas a la sanación del infractor (Kishpichirina), el castigo determinado por la Asamblea (Paktachina) en esta fase las mujeres tienen un papel muy activo, pues son ellas quienes ejecutan la resolución. Posteriormente, vendrá el aconsejador (kunak), quien por sí solo o con la familia del infractor lo aconseja y reprende, haciéndole comprender el valor y el sentido de lo actuado, así como de lo que debe resguardar, que ante todo es el buen vivir de la comunidad (ayllukuna allí kawsay)”. (Sánchez, 2011)

Se demostró que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad. A pesar de que estas no estén registradas o escritas. Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria.

En los procedimientos se evidencia que la runa justicia busca la protección de la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que les rodea. El informe de la experta Esther Sánchez sustenta la dimensión colectiva de la armonía en la comunidad, no solo del proceso de resolución de conflictos internos, sino también de la vida que se protege y de la sanción que se resuelve.

1.3.2 Justicia Indígena en Relación con Delitos

La relación de la justicia indígena con delitos ,no prioriza la sanción o venganza contra el infractor, más bien la finalidad es corregir, enmendar con el consejo orientador, sobre lo malo, lo incorrecto que ha sido la conducta o acción del infractor que procura limpiar la conciencia, profundizando la reflexión del mal que se hace a sí mismo, a su familia, amigos y a la comunidad que como consecuencia de su acto negativo nacen los problemas que rompen la armonía natural comunitaria, es esta la razón por la que necesariamente interviene el dirigente, el líder y en determinados casos también la comunidad a facilitar el arreglo como único e imperativo categórico para retornar al equilibrio social. Los correctivos a las conductas antijurídicas son variables y se determinan en función de elementos como la cuantía, los infractores, las circunstancias y la violencia con la que se cometen los ilícitos. (Guartambel, 2010)

Con el siguiente ejemplo se puede constatar la sanción impuesta para la infracción de robo. En el cantón Otavalo, el día miércoles 18 de noviembre de 2015, dos mujeres de entre 23 y 25 años de edad fueron sometidas a la

aplicación de justicia indígena, en el parque de la parroquia de Ilumán, por un presunto robo de teléfonos celulares. (La Hora, 2015)

Según el relato de los hechos, la noche del martes, a eso de las 19:00, en una unidad de transporte que realizaba el recorrido desde Otavalo hasta la parroquia de Ilumán, a la altura del sector de Peguche, dos mujeres habrían intentado robar los teléfonos celulares a estudiantes que se encontraban en el medio de transporte, quienes al percatarse del intento de robo informaron al chofer y controlador del medio de transporte, quienes les habrían trasladado a las presuntas delincuentes hasta el parque de la parroquia, para entregarlas a miembros de la Junta Parroquial para su juzgamiento. (La Hora, 2015)

Según Jorge de la Torre, presidente del GAD de San Juan de Ilumán, esa misma noche acudió el personal de la Policía Nacional para llevarse a las detenidas, pero la población habría sido la que solicitó que se les realice la justicia indígena, afirmando que “No se permitió que se lleven a las delincuentes, amparados en el derecho que nos faculta dentro de la propia Constitución y en los tratados internacionales. Las dos mujeres no han sido maltratas ni verbal ni físicamente”. (La Hora, 2015)

El Presidente de la Junta Parroquial también mencionó que uno de los celulares de los estudiantes efectivamente fue encontrado en manos de una de las detenidas. Y dice: “Esa misma noche convoqué al Consejo del Cabildo de las nueve comunas, quienes tomaron la resolución de administrar la justicia indígena mediante la purificación para que no vuelvan a parecer por esta parroquia. No vamos a permitir que aparezcan más delincuentes por este sector, porque procederemos de esta misma manera”. (La Hora, 2015)

En la purificación, parte de la justicia indígena, estuvieron presentes todas las comunidades y barrios, con sus respectivos presidentes de cabildo, quienes realizaron el baño ritual a las dos mujeres, con ortiga y dando latigazos, para

posteriormente hacerlas caminar alrededor del parque, con el fin de que no vuelvan a cometer este tipo de delito.(La Hora, 2015)

Al momento de su detención las dos mujeres acusadas no portaban sus documentos, pero por su propio testimonio se conoció que eran oriundas de la ciudad de Cayambe. (La Hora, 2015)

Luego de proceder a la purificación correspondiente las detenidas fueron puestas en libertad, entregándolas a sus respectivos familiares. (La Hora, 2015)

La nota periodística, nos da a entender que desde su visión, tienen debido proceso para determinar o no la culpabilidad y para establecer los correctivos que se aplicarán, según el caso.

“Para los robos de cuantía menor cometidos por menores de edad se corrige con ortiga frotando las manos del infractor manos traviesas que hacen daños, se imparten lecciones de ética y moral para que llegue a los más profundo de la conciencia del “muchacho travieso” y que “nunca más vuelvan hacer daños a sus semejantes. Finalmente el responsable de la infracción tiene la obligación de resarcir el daño material causado con la devolución de lo sustraído, en caso de aun conservarlo, de no ser así debe devolver con un objeto similar o el equivalente a su valor económico”. (Guartambel, 2010, p. 417)

En algunas comunidades se han dado latigazos y baños con agua fría en altas horas de la noche, es verdad, pero en circunstancias en las que son capturados los cuatreros, ciudadanos especialistas en robar ganado que constituyen auténticos ladrones avezados que teniendo la culpa se niegan asumir la falta y lo que es peor hacen resistencia, responden altercados y amenazan con vengarse. (Guartambel ,2010)

Las penas no son necesariamente las privativas de libertad, se prevé la posibilidad de aplicar penas alternativas propuesta por el Derecho Indígena, en caso que el individuo no cumpla la pena en la comunidad será entregada a la autoridad estatal para que cumpla su pena en el respectivo Centro de Rehabilitación Social.

El Derecho Indígena es más constructivista y realista tomando en cuenta el arrepentimiento, reparación del daño y la reconciliación de las partes.

“Los delitos contra la propiedad son frecuentes en las comunidades, tiene relación con la actividad diaria de los campesinos, por el contacto con las herramientas de trabajo, cometiéndose la sustracción de picos, palas, machetes, azadones, yugos y otros instrumentos de labranza, también se cometen robos de cosechas, dineros, electrodomésticos y los más frecuente los robos de ganado vacuno, porcino, caballar, ovino, aves de corral y animales menores”. (Guartambel, 2010, p. 415)

Todo lo precisado nos lleva al campo del pluralismo jurídico, estamos frente a la existencia de varios sistemas jurídicos, porque en el mundo indígena no solo existe una forma de administración de justicia.

1.3.3 Justicia Indígena en relación con la Familia, Educación y Cultura

En la sociedad que vivimos el prestigio depende de la calidad y cantidad de bienes que cada persona ha logrado acumular, en tanto que en el mundo indígena el prestigio se lo obtiene cuando se distribuye entre los demás lo que se tiene en exceso, generando un comportamiento y conducta distintos de los parámetros que se producen en la sociedad. (Torres, 2003)

El intercambio en los indígenas se da bajo reglas estrictas y constituye verdaderas ceremonias siendo la reciprocidad un factor en las relaciones familiares, económicas, sociales, organizacionales y otras. El parentesco sigue siendo un lazo muy fuerte siendo imposible adecuar su conducta y cualquier

tipo de norma reconociendo a los pueblos una autonomía real que posibilite su propia administración de justicia.

“Los elementos constitutivos de cualquier pueblo son la cultura y la educación, la educación deberá estar vinculada con las actividades, los procesos y las entidades productivas mediante la información, orientación y capacitación profesional tanto en las ocupaciones que necesite el desarrollo profesional, presente y futuro de los pueblos indígenas por lo que no es suficiente que la educación intercultural bilingüe sea manejada por los indígenas sino que es menester que también participen en los órganos que tienen la función de laborar y aprobar los planes y programas de la educación general del país”.
(Guartambel, 2010, p.50)

1.4 Relación Derechos Constitucionales con los Procedimientos de Justicia Indígena.

Los indígenas al igual que los demás ecuatorianos tienen derecho al debido proceso, las garantías tienen relevancia para las nacionalidades indígenas y sus miembros para ser juzgados por los jueces estatales los indígenas tienen derecho a contar con un defensor que se encargara de hacer efectivo el derecho de acceder a los órganos judiciales competentes, los indígenas tienen derecho a ser oportuna y debidamente informados en su lengua materna, la garantía del debido proceso en las causas que se ventilen ante la autoridad indígena supondrá que el acusado sea informado del asunto que se litiga que la autoridad sea la que en el derecho consuetudinario tenga competencia para ese caso, en el momento de enjuiciar el debido proceso en el Derecho Indígena se debe tener presente la pluralidad cultural reconocida en la Constitución.(Trujillo,2012)

El sistema de garantías constitucionales se ha construido bajo el espíritu estatal, así acontece con los principios de legalidad, igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso, estado de derecho e imperio de la ley; en

consecuencia en el derecho indígena la costumbre se impone a la norma estatal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha venido interpretando muy activamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos en pro de la defensa de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas ocupándose del reconocimiento de sus particularidades culturales y sus implicaciones jurídicas (García ,2010)

Cabe recalcar que los dos sistemas tanto el de garantías constitucionales, reconocimiento internacional como el de justicia indígena cumplen metas, la justicia indígena sustenta el equilibrio social, la autoridad indígena, la comunidad indígena, instituciones sociales, económicas culturales, políticas como la minga, asamblea, el cabildo, el consejo de gobierno mientras que las garantías constitucionales tienen como objetivo básico la protección de derechos constitucionales y la prevalencia de tratados internacionales.(Trujillo,2012)

Según la investigación empírica en comunidades indígenas en Perú y Ecuador realizada por Jaime Vintimila Saldaña:

“[...] el derecho al debido proceso es considerado como valor importante dentro de los miembros de las comunidades: Este derecho incluirá las siguientes garantías: la legalidad, que significa que las autoridades tiene que decidir de acuerdo a las normas comunales, la imparcialidad y neutralidad de los actores de la justicia comunitaria ,la rapidez que significa que las autoridades deben tratar de resolver los conflictos dentro de poco tiempo, el derecho a la defensa y la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y no auto inculparse y el derecho a ser representado”(Vintimilla,2012,p.30)

Por ejemplo, en la investigación realizada por Liliam Fiallo acerca de la Nacionalidad Tsachila “No se han suscitado problemas con crímenes u otros conflictos mayores, solo problemas a nivel familiar por lo tanto solo se recurre al cabildo comunal” (Fiallo, 2014, p.61)

Según los parámetros de la justicia ordinaria, se afirma que la indígena no cumple el debido proceso, lo que constituye otra forma de discriminación cultural y política. Los procesos de aplicación de la justicia indígena, desde las denuncias hasta las sanciones, se encuentran claramente establecidos, tanto en la tradición oral como en instrumentos escritos y cada una cuenta con un término y prácticas específicas definidas. Para comprender esta realidad como es necesaria una interpretación intercultural de las garantías del debido proceso.

La aplicación de la justicia indígena implica una serie de prácticas que varían de acuerdo a cada nacionalidad o pueblo y que también pueden ser diferentes al proceso judicial ordinario.

Sin embargo, lo importante no solamente son las formas, sino sobre todo que existan garantías que exijan que los conflictos se solucionen con imparcialidad e independencia y que se cumpla el derecho a la defensa ante cualquier acusación.

El respeto a la dignidad humana individual y colectiva está presente en los procedimientos de justicia indígena, en las nacionalidades kichwa de la sierra, por ejemplo comprende varios momentos: el Willachina (avisar): se da conocimiento del conflicto sucedido a las autoridades; luego, el Tapuikana (averiguar): las autoridades oyen las partes del conflicto; a continuación el Chimbapurana (confrontación de las partes): se establece responsabilidades; sigue el Killpichirina (imponer una sanción); y finalmente el Paktachina (hacer cumplir la sanción).

1.5 ¿Cómo garantizar la efectividad de la justicia indígena en Ecuador?

La Efectividad de la justicia indígena tiene tres elementos que lo caracterizan:

- 1) Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas,
- 2) El derecho propio sustentado en tradición, costumbre y respeto,
- 3) El reconocimiento de la resolución en la comunidad, las personas involucradas y la aceptación por el ordenamiento jurídico ordinario.

Una vez que se ha demostrado los elementos que caracterizan a la efectividad de la justicia indígena, se procede a establecer el parámetro conceptual de justicia indígena. Los Estados internamente, así como en el marco internacional han asignado derechos a las poblaciones indígenas a través del reconocimiento en las constituciones y en las leyes conformando nuevas identidades genéricas como categorías oficiales y jurídicas.

En este sentido en las constituciones encontramos referencias genéricas o específicas tanto al colectivo como un territorio existente, en Ecuador desde 1998 se reconoce a las comunidades indígenas y circunscripciones territoriales indígenas, pero el reconocimiento no solo basta con adecuación del ordenamiento jurídico, sino también el respeto a las costumbres de cada comunidad, la conservación de la dignidad nacional que principalmente las comunidades de la Sierra se han ganado luchando y que de alguna manera la conservan.

Los avances producidos por la lucha de los indígenas generan consciencia en los mestizos, en el resto de la población que debe efectivizar este derecho, la lucha de los indígenas fue muy clara sobre la década de los 90 pero también actualmente demandando la plurinacionalidad que no era suficientemente ni bien entendida.

En momentos difíciles, después de los años 90 hubo un planteamiento de los indígenas prácticamente un tratado internacional con el estado ecuatoriano como de una entidad estatal frente otra entidad estatal, esto fue rechazado por

el gobierno de turno desde ese momento se ha tenido que trabajar en la comprensión exacta de la plurinacionalidad no como un estado sobre otro estado sino una posibilidad de tener una serie de autonomías pero no regímenes estatales eso se ha ido perfeccionando por tal razón los avances en la Constitución del Ecuador 2008 son de gran trascendencia.(Ortiz,2015)

La principal garantía para el efectivo reconocimiento de la justicia indígena es el ejercicio pleno de lo que dispone la Constitución, instrumentos internacionales y la legislación nacional, la recopilación y construcción de la jurisprudencia de los sistemas indígenas.

Las políticas de Estado, deberían tener transversalización de interculturalidad con el objetivo de conservar la ecología de saberes a través del dialogo e intercambio permanente entre conocimientos científicos y ancestrales. (Plan Nacional del Buen Vivir, 2013-2017)

Desafíos considerables de los pueblos indígenas desde fortalecer organizaciones, hasta tener un rol activo en los Estados Nacionales con el objetivo del libre ejercicio de sus derechos a tierras, recursos naturales y sus relaciones con los Estados.

Estado plurinacional incorpora visiones del buen vivir y desarrollo, visiones de los pueblos y valores, significa institucionalidad plural, sistema normativo con sistemas jurídicos indígenas consenso de instituciones indígenas, implica justicia pluralizada significa pacto político económico cultural respeto a autonomía, valores comunes institucionalización común, la implementación de mecanismos para resolver conflictos entre pueblos y estado plurinacional.

CAPITULO II

MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA INDIGENA Y LA ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION DE JUSTICIA INDIGENA

Cabe explicar que existe una premisa no específica acerca de un procedimiento, sino genérico sobre las decisiones de justicia indígena, en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, por tal razón la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional crea la garantía jurisdiccional concreta.

Si bien el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador hace referencia a un control constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional precisa y crea una garantía subjetiva de constitucionalidad como la Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de Justicia Indígena, mientras que el control de constitucionalidad se refiere a actos normativos.

En este caso, el estudio abarcara las normas estatales que involucran temas de los pueblos indígenas mediante control de constitucionalidad a través del control abstracto y concreto y la Acción Extraordinaria de Protección frente a decisiones de justicia indígena.

2.1 El Control de Constitucionalidad de las normas relacionadas con temas de los pueblos y nacionalidades indígenas en Ecuador

El Control Constitucional es una función impostada dentro del gran aparato del Estado, pues si este funcionase óptimamente, no habría necesidad de ejercerlo. Sin embargo, ya Sagués, decía que para vivir dentro de la Constitución, era menester crear un mecanismo que la hiciese respetar. En ese

entonces, su propuesta para crear un *juri constitucional*, fue negada por unanimidad, pero luego el tiempo y la historia le darían la razón (Lopez, 1998)

Aparece como una función impostada dentro de las funciones normales del Estado, nace por una necesidad estatal y ciudadana, en el momento que se quebranta la Constitución, es necesaria la aplicación de un control constitucional, el control se impone ante el quehacer constitucionalmente defectuoso, antidemocrático de las funciones del Estado.

El Control Constitucional en el Ecuador, optimiza el desenvolvimiento de las funciones del Estado, preserva la democracia, da a la constitución la supremacía que debe tener en la administración, somete a la ley al imperio de una norma de mayor jerarquía (Lopez, 1998)

“El control de constitucionalidad denota el grado de constitucionalización de cada país, pues es a través de este que el ordenamiento jurídico purifica su constitucionalidad y en consecuencia la efectiva vigencia de los derechos”.(Benavides y Escudero (Coord), 2013, pág. 293)

Según Agustín Grijalva, la evolución del control constitucional en Ecuador se ha desarrollado de la siguiente manera:

“El control constitucional de la ley y de otras normas jurídicas ha pasado por tres etapas históricas: 1) soberanía parlamentaria (1830-1945); 2) surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional (1945-1996); 3) desafíos de institucionalización (1996 hasta el presente). Mientras que en los dos primeros períodos prevalece el control político de constitucionalidad, en el tercer período hay primeros brotes de control jurídico. El problema central del control constitucional en Ecuador es que ambos tipos de control el jurídico y el político no se han diferenciado suficientemente ni en términos institucionales ni tampoco en la cultura política del país”.(Grijalva, 2012, pág. 171)

Según el artículo 428 de la Constitución 2008, “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional (...)”. (Constitución, art.428)

Respecto al artículo mencionado, en Ecuador se aplica el sistema de control concentrado de constitucionalidad modelo europeo, el sistema aplicado en España, puesto que las juezas y jueces, en caso de considerar, advertir o dudar sobre la constitucionalidad de una disposición normativa aplicable a un caso concreto deben consultar sobre la constitucionalidad de la norma a la Corte Constitucional.(Benavides y Escudero (Coord), 2013)

El control constitucional sobre la jurisdicción indígena principal problemática de este trabajo de titulación, este solo podría tener por función ubicar el ejercicio de esta jurisdicción en el marco de una comprensión intercultural de los derechos constitucionales. Su función no es la de desvirtuar la autonomía y diferencia cultural que la propia Constitución reconoce y garantiza a esta jurisdicción. Para el efecto, la Corte Constitucional deberá asegurar en su funcionamiento institucional algunas formas de análisis o diálogo intercultural.

2.1.1 Control Concentrado de Constitucionalidad

El control concentrado de constitucionalidad fue concebido por Kelsen en la Europa de la primera postguerra como una especie de legislador negativo que controla la eventual dictadura de las mayorías sobre el particular(Kelsen, 1982).En la Constitución ecuatoriana de 1945 aparece el Tribunal de Garantías Constitucionales y, con este uno de los primeros ensayos del modelo kelseniano de control concentrado en América Latina (Salgado, 2012)

El Control Concentrado de Constitucionalidad, fortalece la idea de que exista un órgano de justicia protector de la Constitución. Así, su característica general

es la de crear un Tribunal Constitucional, encargado de defender la Constitución, conocer acciones de inconstitucionalidad y que actúa como legislador negativo, esto quiere decir que no crea normas. Se considera protector de la Constitución debido a que su principal función es la de defender la Constitución contra las violaciones.(Storini y Escudero, 2011)

Sin embargo el control concentrado de constitucionalidad, ha modificado su rol dando un paso adelante hacia un comportamiento activo y garantista, volviéndose, en algunos casos, legislador positivo esto quiere decir creador de derecho. En ese sentido, es necesario revisar el control constitucional en el nuevo constitucionalismo al tipo de control que abarca, al momento de control constitucional, la legitimación activa y los efectos de las sentencias.

Una de las modificaciones más relevantes que incorpora la Constitución del 2008 es el cambio de un sistema de control difuso a un sistema de control concentrado de la constitucionalidad. En efecto, a diferencia de la Constitución de 1998, que en su artículo 274 habilitaba a cualquier juez a declarar inaplicable, por decisión propia, una norma que considerara contraria a la Constitución, el artículo 428 de la nueva Constitución introduce un cambio sustancial ante un suceso de estas características: el juez deberá remitir la norma sobre la cual existan dudas acerca de su constitucionalidad a la Corte Constitucional, que deberá resolver al respecto en un plazo máximo de cuarenta y cinco días. Se trata, a todas luces, de una de las innovaciones de primera magnitud introducidas por el constituyente, con el propósito de fortalecer la justicia constitucional por medio del control concentrado de la constitucionalidad, responsabilidad de la Corte Constitucional(Martínez, 2008)

En un sistema de control constitucional como el nuestro, en el que hay elementos de control concentrado, es necesario que un único tribunal actúe como órgano de cierre del sistema y supere estas diferencias interpretativas mediante una jurisprudencia única y obligatoria. La falta de unidad y claridad en la interpretación de los derechos fundamentales en los casos a estudiar de los

derechos de los pueblos indígenas , es claramente una situación atentatoria a la seguridad jurídica de los ciudadanos y por ello se requiere esta labor unificadora de la Corte Constitucional.

2.1.2 Control Abstracto de Constitucionalidad

En el control abstracto de constitucionalidad se faculta a los jueces para que definan la inconstitucionalidad de las normas desligándose de los casos concretos (Kelsen, 1942), se realiza una constatación de compatibilidad lógica entre una norma infra-constitucional y una norma constitucional (Quinche, 2008)

Se denomina abstracto debido al tipo de examen que los tribunales constitucionales realizan mediante el cual se procura la anulación o derogación de una regla de derecho positivo, según lo establecido en los artículos 74 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Cuando el control recae sobre la norma y no existe un caso específico, este control puede a su vez ser previo o posterior a la promulgación de la norma(Masapanta, 2008)

“El control abstracto de constitucionalidad faculta a la Corte Constitucional para definir la existencia de compatibilidad lógica entre dos normas, una de las cuales es la Constitución. Esta atribución de constatación de compatibilidad entre una norma infra-constitucional y una norma constitucional o del bloque constitucional de derechos, se realiza desligándose de los casos concretos. El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.”(Pulido, 2011, pág. 165)

Los conceptos citados anteriormente se centran en que la combinación de la comprobación de requisitos de legitimación y objeto de impugnación permite constitucionalidad de las leyes la depuración abstracta del ordenamiento.

2.1.3 Control Concreto de Constitucionalidad

El control concreto de constitucionalidad se da cuando en un proceso judicial, el juez encargado de impartir justicia o una de las partes, advierten que la disposición legal o norma jurídica, aplicable al caso es inconstitucional. El procedimiento de la consulta de norma, consiste en remitir el caso consultado a la Corte Constitucional, correspondiéndole a este tribunal resolver de forma exclusiva si la disposición o norma consultada es o no inconstitucional.(Highton, 2015)

La finalidad del control concreto de constitucionalidad es garantizar la Constitución mediante la adecuada aplicación de las disposiciones jurídicas, dentro de los procesos judiciales. También se refiere a la relación de la aplicación del derecho los jueces de todo el país, quienes tienen la obligación de consultar cuando se encuentren frente a normas contrarias a la Constitución y cuando se encuentren sin normas legales de menor jerarquía. (Corte Constitucional, Sentencia 001-13-SCN-CC). La Corte mediante jurisprudencia, obligó consultar en todos los casos, afectando el principio de aplicación directa de la Constitución contenido en su artículo 11.3.

Lo mencionado se establece en los artículos 141 al 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la misma que consta publicada en el Segundo Suplemento, del Registro Oficial No. 52, de fecha Octubre 22 de 2009.

El objetivo más importante que tiene el procedimiento del Control Concreto de Constitucionalidad, tanto de oficio como a petición de parte, es confirmar la existencia de una duda razonable y motivada de una situación contraria a lo

dispuesto por las normas constitucionales o por los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.(Velez, 2014)

El enfoque de este trabajo de titulación es evidenciar la relación entre control de constitucionalidad concreto y los casos de la justicia indígena. Para ello se revisaran casos en los cuales los jueces de instancia mediante este mecanismo han acudido a la Corte Constitucional, corresponde evidenciar si en la aplicación de las normas jurídicas o en las disposiciones generales riñen con el derecho indígena, para ello es necesario realizar un estudio de casos.

2.1.4 Aplicación del Control Abstracto y Concreto de Constitucionalidad en casos de Justicia Indígena

Para proceder a explicar la relación del control constitucional con la justicia indígena en Ecuador, se tomara en cuenta casos de inconstitucionalidad y consulta de norma. Es así que se revisaran la Sentencia No. 001-10-SIN-CCy Sentencia No.006-14-SCN-CCemitidas por la Corte Constitucional, mediante las cuales se realizaron la verificación de la constitucionalidad de la ley minera y la consulta de norma en un caso de un delito cometido en una comunidad indígena.

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 10, 11.1, 436.1 establece que todas las personas pueden acceder a los derechos y garantías constitucionales. Es así que todas las personas pueden presentar acciones de inconstitucionalidad, por su parte la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece como requisito que se identifique la incompatibilidad de la ley con las normas constitucionales. En ese sentido la Corte Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la ley o en su defecto preservar el contenido de la ley mediante sentencias interpretativas.

La demanda fue presentada por los representantes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui en ejercicio de su derecho al acceso a la justicia

constitucional. Los demandantes afirmaron que la Ley Minera es violatoria de los derechos reconocidos en el artículo 57 de la Constitución, como se explicará más adelante, por cuanto las actividades mineras concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios. (Corte Constitucional Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 2010)

Respecto a las principales razones para el planteamiento de inconstitucionalidad según los argumentos expuestos en la sentencia son:

“La violación de la indivisibilidad, varios artículos de la Ley de Minería permiten que se impongan gravámenes de servidumbre legal sobre los territorios de las nacionalidades indígenas, la declaratoria de utilidad pública y constitución de servidumbre que la Ley Minera establece para permitir que en esos territorios, libres de impedimento legal, se realicen actividades distintas a las de la cosmovisión y prácticas indígenas, imposición de una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígenas, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera puede buscar sustancias minerales en propiedades colectivas de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, la materia que regula la Ley de Minería entraña sistemas complejos, en donde coexisten derechos de las nacionalidades indígenas y la naturaleza, la misma debió apegarse a los preceptos que consagra la Constitución, y que al no hacerlo se configura una inconstitucionalidad de fondo que debe ser subsanada por la Corte Constitucional”. (Corte Constitucional Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 2010)

La Corte Constitucional decidió declarar que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución; en consecuencia, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma,

de la Ley de Minería. (Corte Constitucional Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 2010, pág. 51)

La decisión de la Corte Constitucional desconoce los derechos obtenidos de los pueblos indígenas acerca del reconocimiento del territorio establecidos en la Constitución, tratados internacionales manifestando la falta de sustento jurídico en afectación a comunidades, pueblos y nacionalidades.

En virtud que el control abstracto se ejerce sobre la normativa vigente para garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Una de sus principales características es que tiene efectos *erga omnes*, es decir, con irradiación para todo el sistema y en todos los casos, pero en este proceso la Corte Constitucional se ha pronunciado a través de una sentencia interpretativa, excluyendo la forma de interpretación constitucional al ser inconstitucional, pero confirmando la interpretación que se ajuste a la Norma Fundamental.

Ahora corresponde revisar la relación entre control concreto y justicia indígena, en ese sentido se va a revisar la Sentencia No.006-14-SCN-CC, publicado en el Registro Oficial Suplemento 346 de 02 de octubre de 2014, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi somete a consulta si es posible que se juzgue por segunda ocasión a indígenas pertenecientes a una comunidad, si estos ya fueron juzgados por las autoridades de dicha comunidad y se resuelva sobre la constitucionalidad de los artículos 33 y 217 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que su contenido no guarda coherencia con lo previsto en el artículo 171 de la Constitución de la República.

El control concreto se realiza en un caso específico, donde una ley aplicable al caso puede ser contraria a la Constitución. En este modelo de control, el caso llega a la Corte producto de la tramitación de una causa, donde el Juez observa que existe una norma que se contrapone a la Constitución, teniendo efecto únicamente inter partes.

Respecto a la problemática resuelta por la Corte , establece que: “en virtud de la existencia de derogatoria expresa de las normas legales constantes en el Código de Procedimiento Penal por parte del Código Orgánico Integral Penal, la Corte Constitucional no puede realizar un control concentrado de constitucionalidad, por carecer de la materia de análisis. El juez consultante deberá ajustar sus actuaciones a lo establecido por la norma penal vigente”. (Corte Constitucional, Sentencia No.006-14-SCN-CC, 2014), absteniéndose de pronunciarse acerca de la consulta.

Respecto a la consulta del doble juzgamiento la Corte en las consideraciones adicionales resolvió que:

“la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas. Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la comunidad; por lo tanto, la Corte declara que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios en el pueblos kichwa Panzaleo” (Corte Constitucional, Sentencia No.006-14-SCN-CC,2014)

Por lo tanto mediante estas consideraciones la Corte Constitucional, reconoce la libre determinación de los pueblos indígenas, sus procedimientos, pero contradiciéndose en líneas posteriores delimitando el juzgamiento de delitos contra la vida.

2.2 La Acción Extraordinaria de Protección en relación a la justicia indígena

La acción extraordinaria de protección es la garantía jurisdiccional mediante la cual se controla las actuaciones de quienes ejercen la potestad jurisdiccional. Respecto a los pueblos indígenas, rige con el objetivo del respeto para las comunidades, pueblos y nacionalidades que coexisten en el Estado.(Montaño, 2011)

Efraín Pérez menciona que “(...) a partir de la Constitución 2008, se concibe la Acción Extraordinaria de Protección como una acción para concretar las garantías de los Derechos Humanos, protegiendo al ciudadano de las actuaciones lesivas de los derechos constitucionales, por parte de los órganos judiciales” (Perez,2015)

Específicamente el caso de la acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones de autoridades indígenas se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la Constitución no consta expresamente pero se podría entender en el artículo 171 un desarrollo lógico de la norma, como constará desarrollado a continuación.

2.2.1 La Acción Extraordinaria de Protección de Justicia Indígena

La Constitución ecuatoriana en el artículo 171 establece el reconocimiento a la administración de justicia indígena a favor de los pueblos y comunidades, siendo necesario la implementación de herramientas que hagan efectivo el ejercicio de protección a los derechos constitucionales acordes a esta realidad. (Masapanta,2015)

Esta garantía se basa en los principios de interculturalidad, multiculturalidad y pluralismo jurídico, busca controlar las actuaciones de las autoridades indígenas, esto implica el control de la no violación de los derechos humanos en los procedimientos propios de la jurisdicción indígena.(Montaño, 2011)

El artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece como principios en los cuales se debe basar el control de constitucionalidad: la interculturalidad, pluralismo jurídico y autonomía.

Las decisiones provenientes de autoridades de los pueblos indígenas deben someterse al análisis de sus actuaciones, es decir generar límites constitucionales a la administración de justicia indígena en caso de que sus decisiones fueren atentatorias a los derechos humanos se activa un mecanismo para garantizarlos el cual es la acción extraordinaria de justicia indígena”.(LOGJCC, art 66)

Los casos resueltos por la justicia indígena no pueden ser conocidos por los jueces de instancia, sino que en caso de conflicto de norma o derechos debe conocer la Corte Constitucional del Ecuador mediante la Acción Extraordinaria de Protección de Justicia Indígena.

La interposición de una acción extraordinaria de protección frente a una decisión indígena si bien es procedente de acuerdo a la Constitución de la República y a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la realidad fáctica de la justicia indígena, es muy difícil que prospere de manera correcta y respetando los principios que conlleva un estado plurinacional como lo es el Ecuador, pues la Corte Constitucional, en estos momentos no cuenta con los recursos necesarios para emitir un fallo objetivo, que respete los derechos colectivos, cosmovisión y valoración de derechos humanos por parte de las comunidades indígenas. (Suarez, 2012)

La Constitución Política del Ecuador, al igual que instrumentos internacionales sobre derechos de los indígenas, ha reconocido la potestad de las autoridades indígenas para ejercer jurisdicción en sus conflictos y que puedan resolverlos de conformidad con sus propias normas., esto se reitera en el artículo 57 “reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades

indígenas sus derechos colectivos” (Constitución, art.57)

La acción extraordinaria de protección contra las decisiones de justicia indígena es una garantía que tiene como objetivo el resarcimiento por parte de la Corte Constitucional cuando se han afectado derechos de las personas a través de una decisión.

De la revisión de sentencias de Corte Constitucional se ha identificado un solo caso que haya resuelto esta garantía lo que no permite afirmar que sea efectiva ante los múltiples conflictos jurídicos, por una o varias razones por ejemplo si existe desconocimiento de la ley, o porque los integrantes de las comunidades están de acuerdo con los procedimientos implementados.

CAPITULO III

EFFECTIVIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1 Análisis de la efectividad de las sentencias de Corte Constitucional del Ecuador en los casos la Cocha, ley minera y Taromenane

La garantía jurisdiccional para el control de las decisiones de justicia indígena en Ecuador es la Acción Extraordinaria de Protección contra Decisiones de Justicia Indígena, creada con criterios específicos para lograr la restitución de derechos constitucionales vulnerados dentro del contexto del pluralismo jurídico.

Sin embargo, este mecanismo no siempre ha sido utilizado, considerando que se han presentado varios casos de relevancia nacional que han requerido la intervención de la justicia constitucional.

En vista que la Corte Constitucional ha conocido un solo caso de justicia indígena por vía de Acción Extraordinaria de Protección de Justicia Indígena, resulta insuficiente definir la eficacia de este mecanismo, esta se ha pronunciado mediante consulta de norma, mecanismo de control de constitucionalidad, que no cuenta con criterios específicos para dar tratamiento a los casos provenientes de la justicia indígena. En ese sentido, se concluye que la garantía creada para el efecto no ha sido eficaz ni efectiva en cuanto a la revisión de las decisiones de las autoridades de las comunidades indígenas.

3.1.1 Análisis Sentencia No.113-14-SEP-CC “La Cocha”

Es una sentencia de altos niveles de controversia, centrándose en algunos elementos relevantes del fallo, se trata de un asesinato en la comunidad indígena la Cocha como se había relatado anteriormente, personas perpetraron un asesinato, se siguió el procedimiento previsto en la tradición de la justicia

indígena de la comunidad, fueron aplicados una serie de sanciones, los perpetradores del hecho entendieron que muchos de sus derechos habían sido desconocidos en el proceso seguido en el sistema de justicia indígena en este caso, y apoderaron a la jurisdicción penal ordinaria, este suceso plantea una serie de acontecimientos de alta controversialidad.

Las principales cuestiones jurídicas que están involucradas en este caso son si hubo o no doble persecución y doble juzgamiento planteamiento, respecto a este aspecto existe el precedente que la Corte Constitucional mediante la Sentencia No.006-14-SCN-CC resolvió reconocer que la Asamblea General Comunitaria es la encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos, ratificando uno de los preceptos principales de la libre determinación de los pueblos indígenas.(Corte Constitucional Sentencia No. 006-14-SCN-CC,2014)

Si la justicia indígena tiene reconocimiento constitucional e internacional para la permanencia de un sistema de justicia indígena y cuál es su límite en el Ecuador, la Corte empieza haciendo un preámbulo destacando como necesario la consideración jurídica sobre la naturaleza del estado ecuatoriano a partir de la Constitución aprobada en el año 2008 en el Ecuador, se establece énfasis en la parte introductoria acerca del carácter plurinacional, intercultural y unitario del estado ecuatoriano.(Constitución,art.1)

La Corte menciona que lo plurinacional no es contradictorio con la idea de lo unitario, porque si bien la Constitución reconoce la existencia de nacionalidades, el Estado actúa como elemento unificador de todas ellas acertadamente llama como nación cívica, una nación de ciudadanos en la que todas las nacionalidades convergen en el ámbito jurídico.

A reglón seguido se avoca al análisis de la cuestión relacionada con el tema de la jurisdicción indígena, el convenio 169 de la organización internacional del trabajo OIT en su artículo 8 tiene una previsión que reconoce que la forma de

organización institucional del pueblo originario debe permanecer como derecho en su forma, condiciona al Estado a que en el ejercicio de su potestad y autoridad respeten el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento constitucional.(Convenio OIT Pueblos Indígenas y Tribales,art.8)

En la Constitución del Ecuador en los artículos 57 y 171 contienen previsiones similares ,un reconocimiento de un sistema de administración de justicia indígena cuyas actuaciones se debe exigir que sean respetuosas del ordenamiento jurídico, los derechos de las mujeres, de niños y niñas y adolescentes, *prima facie* no hay un problema mayor para que el tribunal concluya en que la jurisdicción indígena tiene un fundamento jurídico solido en el Estado ecuatoriano, es cuestionable la problemática en la evasión de que personas hayan sido investigadas, procesadas y sancionadas por la jurisdicción indígena y luego se inicia un proceso en la jurisdicción penal ordinaria existiendo un doble juzgamiento.(Constitución,arts.57 y 171)

El sistema de administración de justicia indígena obedece a una jurisdicción y a presupuestos culturales que tienen características que no permiten su equiparación con el sistema tradicional de la administración de justicia el concepto de persona, responsabilidad, obligación, y autoridad. Las finalidades de la sanción son radicalmente distintos al sentido y significados que a estos conceptos se les da en la jurisdicción ordinaria, específicamente en la jurisdicción penal la noción de derecho subjetivo es distinta no existe nada como el derecho subjetivo, la noción del bien jurídicamente protegido es distinta en la comunidad indígena la vida como derecho subjetivo no es un bien que se proteja, cuando alguien le quita la vida a otro en la comunidad indígena, la comunidad no analiza tanto la vida sino el derecho subjetivo que quiere decir el hecho que ha lastimado a la comunidad, la vida en armonía y el resquebrajamiento de la condiciones de armonía de la vida de la comunidad.(Sanchez,2011)

El sujeto no existe en si mismo sino como parte de la comunidad, lo que se intenta resarcir es la integridad, incluida la dimensión espiritual, la idea se remite a la armonía en la comunidad del buen vivir, esto dice la Corte cuando la jurisdicción indígena conoce el proceso y aplica la sanción, supuestos anhelos del sistema de justicia penal ordinario, mediante el cual la vida como derecho subjetivo está reconocida, el sentido de la sanción indígena es distinto, por tanto derecho tenía la jurisdicción indígena a actuar en comparación a la jurisdicción penal ordinaria a ejercer su rol ,imponiendo una sanción de castigo, y en el caso de la jurisdicción ordinaria imponiéndole una pena privativa de libertad desautorizando el reconocimiento de las comunidades indígenas.(Corte Constitucional, Sentencia No.113-14-SEP-CC,2014)

La cuestión es que esas personas fueron objeto de sanciones, es decir una autoridad que se desplego en su contra, les impusieron el baño en agua fría, la ortiga, la carga de piedras frente a la comunidad, fueron sancionados y es lo que se contradice con el pronunciamiento de la Corte de que sean sancionados por la justicia ordinaria.

La Corte se pregunta si las sanciones adoptadas por la Asamblea General de la Comunidad están basadas en las tradiciones, cultura y la cosmovisión de la comunidad apoyadas en dos dictámenes de antropología cultural, los cuales concluyen afirmativamente. Pero la pregunta que debía realizarse es que si las sanciones estaban ancladas en la tradición cultural y en la cosmovisión de la comunidad indígena, las practicas ancladas en esa tradición cultural son compatibles con las nociones de dignidad e integridad personal con que opera la Constitución ecuatoriana y el sistema internacional de los Derechos Humanos suscrito por el Ecuador, que prescribe la violación de la integridad personal y por tanto la aplicación de sanciones que consistan en la aplicación de castigos corporales bajo lo entendido que con ello está comprometido la idea de dignidad humana.(Corte Constitucional, Sentencia No.113-14-SEP-CC,2014)

La sentencia no responde a una cuestión sensible jurídica del problema, se alegó actos de barbarie, tortura y no hay una respuesta en la decisión, porque la pregunta planteada por la corte no fue sobre los presupuestos culturales y cosmovisionales, los procedimientos internos de cada comunidad no son una cuestión que surgen de la nada sino que son parte de una visión en una cosmovisión no válida por la corte, no se tomó en cuenta la realidad intrínseca de las comunidades que realizan esa práctica, siendo que todos los procedimientos forman parte de esa nación cívica es decir de esa comunidad de ciudadanos que vive en paz, armonía en pluralismo y en una diversidad de tradiciones.

La Corte Constitucional al dictaminar debía considerar la no interferencia ni disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena

James Anaya Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas expresó lo siguiente: “resulta contraproducente para la construcción del Estado intercultural y plurinacional que declara la nueva Constitución del Ecuador que se llegue a calificar de salvaje y violatoria de los derechos humanos a toda expresión de justicia indígena, basados en información parcial e incompleta de medios de comunicación” (Anaya, 2012, pag.619). Instó a la sociedad y a las autoridades ecuatorianas a reconocer el funcionamiento efectivo y pacífico de las justicias ancestrales, así como la necesidad del apoyo jurídico –ancestral para temas de derechos humanos. (Viviendo la justicia, 2012)

Los pueblos y nacionalidades indígenas cuentan con diversos procedimientos reconocidos constitucionalmente en igualdad con la justicia ordinaria, sin embargo las prácticas de justicia indígena siguen siendo fuente de debates polémicos y polarizados en el Ecuador.

3.1.2 Análisis Control Abstracto de Constitucionalidad Sentencia No. 080-13-SEP-CC “Ley de Minería”

La sentencia presenta dos acciones de inconstitucionalidad que fueron acumuladas, estas fueron promovidas a través de representantes de los pueblos originarios, el planteamiento de las acciones de inconstitucionalidad versadas sobre si la ley de minería vigente era constitucional o no ,al haberse infringido un derecho colectivo era la consulta pre legislativa prevista en la Constitución del Ecuador en el artículo 57 numerales 7 y 17, la corte tenía que analizar si se había realizado o no la consulta pre legislativa que determina la Constitución y que naturaleza tenía, si era un requisito formal para validez de la norma o se trataba de un requisito sustantivo para la validez de la norma o un derecho humano.(Constitución, art.57)

La Corte analizó algunos problemas ,como primer asunto que plantea la corte en su resolución es si la Constitución del Ecuador es directamente aplicable, esto significa que para la aplicabilidad no se requiere de una ley secundaria, los mandatos de la Constitución deben ser optimizados o maximizados mediante la interpretación constitucional y deben realizarse en la mejor manera posible, lo primero que se estima es que no se requiere de una ley secundaria para la protección de un derecho fundamental de carácter colectivo que es la consulta previa, libre e informada de carácter pre legislativo. (Constitución, art. 424)

En segundo lugar la sentencia menciona que no se trata simplemente de un requisito de forma para la validez de la norma, sino que es una cuestión sustancial y que conlleva obligaciones a cargo del estado de dar, hacer, se trata de un derecho colectivo que es exigible a través de los medios procesales que establece la propia Constitución ecuatoriana. También determina que al aprobarse la ley de minería no se cumplió con este derecho humano de carácter colectivo y que por lo tanto, la ley tiene vicios de inconstitucionalidad por no haberse realizado la consulta pre legislativa que determina la norma fundamental.(Corte Constitucional, Sentencia No. 080-13-SEP-CC,2013)

La sentencia de la corte es muy minuciosa desarrolla los diferentes tipos de consulta que prevé la constitución ecuatoriana, por ejemplo se habla de la consulta popular la cual se plantea mediante referéndum como el plebiscito, habla de otro tipo de consulta que es en materia de medio ambiente, y finalmente la consulta a los pueblos originarios donde el titular del derecho son las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que reconoce el ordenamiento jurídico del Ecuador, esta consulta previa libre y formal no solo tiene fundamento en el artículo 57 de la Constitución sino que también en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo tratado que ha sido ratificado por el estado ecuatoriano.

Se explica los dos tipos de consulta en materia de pueblos originarios consulta pre legislativa obligatoria que se debe realizar antes de la aprobación de cualquier disposición secundaria con carácter legislativo que puede afectar a los pueblos originarios del Ecuador y se concluye que se violó el derecho colectivo debido a que se aprobó la ley de minería sin haberse realizado la consulta.

Respecto a la consulta previa libre e informada dirigida a los pueblos originarios que es la consulta que se debe realizar para la aprobación de actos de naturaleza administrativa como para el otorgamiento de concesiones, declaratoria de utilidad pública, servidumbres en los territorios de los pueblos originarios o cualquier tipo de obra o construcción en los territorios de los pueblos originarios, la sentencia hace un análisis y distingue entre el derecho de propiedad clásico y el derecho territorial de los pueblos originarios a su hábitat, como están vinculados a su hábitat tanto por razones económicas políticas, sociales, culturales, etc.(Convenio 169 OIT Pueblos Indígenas y Tribales)

La sentencia de la Corte expone todo lo expuesto de manera muy pormenorizada, concluyendo que no se había cumplido con el derecho a la consulta pre legislativa, sin embargo el punto más interesante de la resolución ,

es cuando la corte dicta una sentencia atípica, es decir no expulsa del ordenamiento jurídico ecuatoriano a la ley de minería, se explica lo que son las sentencias atípicas, los tipos de sentencias atípicas deductivas aditivas y manipulativas, se trata de una sentencia interpretativa es decir lo que va hacer es aplicar directamente la Constitución de manera muy creativa fundándose en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en informes de relatores de Naciones Unidas para pueblos indígenas, elabora ciertas reglas y procedimientos para la realización de las consultas sin existir ley con esto se refleja la parte creativa de la sentencia, tanto para la consulta pre legislativa en materia de pueblos originarios como para la consulta en materia administrativa para el otorgamiento de concesiones elabora estas reglas y estos procedimientos de manera muy descriptiva.(Corte Constitucional, Sentencia No.080-13-SEP-CC,2013)

El cuestionamiento se centra en que no se declara la inconstitucionalidad de la ley de minería, aunque es evidente que se violó el derecho colectivo a la consulta pre legislativa porque la declaración de inconstitucionalidad se considera de ultima ratio, como último mecanismo al que debe recurrir el tribunal constitucional y que en primera instancia debe realizar esta sentencia de interpretación armónica en la cual crea todas las reglas y procedimientos expuestos, y que no lo hacen para salvaguardar el principio de conservación del derecho, se cita precedentes de derecho colombiano como resoluciones de la Corte Constitucional Colombiana, se toma en cuenta el principio de conservación del derecho, principio *in dubio prolegislature* y se llega a la conclusión de no declarar la inconstitucionalidad a pesar de que no se realizó la consulta y se realiza una sentencia interpretativa para determinar que en todos los casos a futuro cuando se apruebe leyes que afecten a pueblos originarios, tiene que realizarse la consulta previa de carácter legislativo.

Los asuntos interesantes de esta resolución son la motivación ,en la cual no declara la inconstitucionalidad de la ley de minería para salvaguardar el interés

nacional, el principio de conservación de derecho, se refiere a consecuencias sociales que tienen que ver con la paz pública, la gobernabilidad del Estado.

La Corte Constitucional por un lado establece que hay que aplicar directamente la constitución y generar todas las reglas y los procedimientos para la aplicación de las consultas en materia de pueblos originarios por otra no declara la inconstitucionalidad se sitúa en un término medio.

Existe un gran debate ,discusión en los medios académicos, políticos del Ecuador, porque para los positivistas tradicionales es muy molesto el activismo judicial de la corte al establecer todas las reglas y procedimientos, para la aplicación directa de la constitución, como también para los pueblos originarios que no se declarara la inconstitucional de la ley de minería cuando había elementos para declarar la inconstitucionalidad completa por no haberse respetado el derecho colectivo a la consulta pre legislativa, por lo tanto hay una posición intermedia en la sentencia de acuerdo a un argumento de tipo consecuencialista que se utiliza en la resolución de la corte.

La efectividad hubiera consistido en analizar qué consecuencias políticas y sociales como la paz pública y la gobernabilidad del Estado, si se declaraba inconstitucionalidad de la ley, se refleja la falta de argumentación del fundamento consecuencialista, respecto al principio del conservación del derecho no se realizó la argumentación suficiente debido a que en el caso de la ley de minería claramente se violó la disposición constitucional, no hay el desarrollo suficiente.

Concluyendo el por qué no declara la inconstitucionalidad la corte, siendo que realizo una sentencia interpretativa, argumento debidamente el principio *indubio pro legislatore*, explico que era una sentencia conforme al ordenamiento constitucional, son las corte constitucionales tribunales menesterosos, porque muchas veces no se enfrentan contra el poder público en este caso la Asamblea Nacional, el problema de forma es la transparencia

democrática, por qué los tribunales constitucionales no declaran a menudo inconstitucionalidades de las leyes como sería deseable para que los mandatos de la Constitución fuesen realmente efectivos, existe un problema de origen que radica en la efectividad democrática.

3.1.3 Análisis Control de Constitucionalidad Vía Consulta de Norma Sentencia No.004-14-SCN-CC“Caso Taromenane”.

Respecto a los hechos relevantes ocurridos en este caso, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, describe lo siguiente:

“El 05 de marzo del 2013, se produjo un ataque en contra de dos personas de nacionalidad Waorani. Según la información recogida, dos ancianos de nombre Ompore Omeway y Buganey Caiga fueron emboscados posiblemente por un grupo de indígenas Taromenane que viven en situación de aislamiento.

El hecho fue notificado a las autoridades de Orellana. El ataque se produjo a escasos metros de la comunidad Yarentaro, cantón Aguarico, provincia de Orellana, en un sendero que conducía hasta su vivienda, lugar conocido como Ñemeguno. La pareja de ancianos se hallaba regresando hasta su casa ubicada a más de dos horas del camino.

Asimismo, el pasado 02 de abril, se alertó sobre un presunto ataque de parte de la comunidad waorani a los pueblos aislados, en alguna zona de la Provincia de Orellana, los primeros testimonios recogidos hablaban presuntamente de 15 víctimas producto del supuesto ataque, dos niñas taromenane de 3 y 6 años aproximadamente, fueron sustraídas de sus familias naturales, introduciéndolas en las comunidades Dikaro y Yarentaro”. (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2013)

Según el artículo 428 de la Constitución de la República, el juez segundo de garantías penales de Orellana plantea una consulta de norma a través del

control concentrado de constitucionalidad, la consulta de norma proviene de una instrucción fiscal, por la muerte de dos ancianos Waoranis.

La consulta de norma consiste si el artículo 441 del Código Penal es aplicable al caso concreto, dado que los imputados en dicho acto supuestamente antijurídico son personas pertenecientes a una nacionalidad indígena, lo cual podría devenir en vulneratorio a los derechos reconocidos en la Constitución y específicamente para estas nacionalidades.(Corte Constitucional, Sentencia 004-14-SCN-CC,2014)

La Constitución es bastante amplia en el desarrollo de la justicia indígena, siempre y cuando está no violente los Derechos Constitucionales y los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Ecuador prohíbe la pena de muerte entonces al existir esta prohibición, no podría aceptar ninguna justicia que tenga implícita o explícitamente la misma en alguna práctica por más que sea una práctica tradicional.

Partimos que los Tagaeri, Taromenane o los Waoranis, no han desarrollado su justicia indígena, en comparación con los pueblos de la Sierra, la justicia indígena de estos pueblos es por medio de la lanza por tal razón existen las matanzas entre los Waoranis y los Taromenanes debido a que viven bajo un régimen autárquico, el nudo crítico radica que si el Estado debe ser el regulador con el objetivo de prevenir estas matanzas, este gran problema radica en que estas nacionalidades no han desarrollado ciertos procedimientos internos como la justicia ordinaria ha desarrollado a lo largo de los años.

Según Pablo Piedra, los Waoranis son un pueblo, el cual ha tomado contacto inicial con occidente hace 50 años a través de reducciones, reservas que el Instituto Lingüístico de Verano organizó, entonces los recluyeron supuestamente para capacitarlos, concluyendo en un fracaso, al regresar a su territorio encontraron que su territorio ya no era el mismo que habían dejado, se

encontraron con carreteras, colonos, y esto genero conflictos entre los Waoranis y los nuevos actores. (Piedra,2015)

Respecto al manejo de la industria extractiva y la problemática, mediante la negociación a través del intercambio de productos, por ejemplo las petroleras les ofrecían vestimenta, alimentación todo lo solicitado por las nacionalidades y a cambio la autorización de realizar todo lo planificado en el territorio; de la misma manera la industria maderera, por lo tanto este contacto con occidente no fue ordenado ni ideal debido a que nadie les explico a los Waoranis cuál es la cosmovisión, la función, las leyes de la sociedad ecuatoriana, toda esta situación se incorporó a su cultura y emergió las relaciones violentas.(Piedra,2015)

Los Waoranis no tienen procedimientos establecidos debido a que ellos piensan que su modo de vida es la caza, la guerra, aproximadamente hay una o dos naciones de contactados, siendo que todavía existe generaciones de no contactados que habitan en las comunidades.

El rol del Estado frente a estas comunidades tendrá que ser global, mediante un proceso de incorporación de todas las áreas con la participación de ambas partes tanto del Estado como de las nacionalidades, con el reconocimiento de la forma de vida.

El Estado no lo ha realizado, sin embargo sigue manteniendo el régimen de negociación a través de las compañías petroleras, de la omisión de garantizar las relaciones entre las comunidades Waoranis y otras industrias legales e ilegales que operan en la zona.

La pretensión del Estado de introducirse en el ámbito de vida de las comunidades es completamente inefectivo, reflejado en lo que actualmente sucede que Ecuador pretende juzgar bajo las leyes penales, y según la sentencia de la Corte Constitucional respecto a este caso de la matanza del

2013, “Declaró que en el caso concreto la aplicación del artículo innumerado antes del 441 del Código Penal, merece una interpretación desde una perspectiva intercultural, con el fin de evitar vulneraciones a derechos constitucional”. (Corte Constitucional, Sentencia 004-14-SCN-CC,2014, pag.32)

Está decisión resulta completamente inefectiva, por motivo del desconocimiento de lo que sucede en realidad, el cual es que estas nacionalidades no necesariamente lo ven como un castigo, muchos no lo entienden, lo ven como un premio, desconocen por qué están siendo privados de libertad, entonces el Estado no ha actuado de la mejor manera, ha sido errada su intromisión en estas situaciones particulares.

Es necesario que la comunidad Waorani y todos sus miembros que fueron responsables sean sancionados, por el delito que cometieron, pero el sistema jurídico ecuatoriano debería ser lo suficientemente innovador, imaginativo para generar un proceso y una sanción acorde a la cosmovisión de estos pueblos.

Se busca que la fiscalía, jueces penales encuentren una salida que visibilice los hechos ocurridos y se encuentre una sanción eficaz apropiada para estas comunidades, a través de peritajes que entiendan la cultura y no tengan largas duraciones.

El Estado simplemente se ha preocupado de estas nacionalidades para encontrar el fácil acceso a los territorios, explotar los recursos y no como ciudadanos que gozan derechos, entonces el reto consiste de cómo obtener un proceso y una sentencia adecuada en estos casos y a futuro de cómo evitar que esto suceda y cómo lograr que el contacto con los Waorani no produzca violaciones a sus derechos y prevenir si un pueblo no contactado decide buscar el contacto, como evitar cometer los mismos errores que se cometieron anteriormente.

3.2 Cuestionamientos a la Efectividad del Control de Constitucionalidad de la Justicia Indígena en Ecuador

Pese al imperativo constitucional la jurisdicción indígena ha sido el blanco de serios cuestionamientos por parte de los operadores judiciales del Estado ecuatoriano, denotando un incumplimiento del precepto constitucional de respeto al derecho consuetudinario, así como la competencia de sus autoridades para ejercer jurisdicción en asuntos relativos a su forma de vida comunitaria, las autoridades jurisdiccionales deberían exigir la observancia de una cosmovisión distinta a la hora de administrar justicia en un contexto plural, en donde se deben observar ciertas particularidades propias de los pueblos indígenas. (Masapanta, 2015)

Con esta premisa y los análisis expuestos se evidencia el inefectivo reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas debido que no se ha respetado el derecho de los pueblos a tomar decisiones que les conciernen como entidad colectiva. (Leger, 2002)

En los recientes casos examinados y resueltos por la Corte Constitucional, se demuestra el desconocimiento de la cosmovisión de cada comunidad, pueblo o nacionalidad con las siguientes toma de decisiones:

Mediante Sentencia N. ° 113-14-SEP-CC de 30 de julio 2014 la Corte Constitucional emitió pronunciamiento del caso acerca del asesinato de Marco Antonio Olivo de La Cocha.

En este caso la Corte Constitucional resolvió como puntos críticos:

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

justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento.

4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:

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

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

c) Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de

resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios”. (Corte Constitucional, Sentencia 113-14-SEP-CC,2014,pag.34)

En esta decisión refleja la intromisión de la justicia ordinaria, excluyendo la jurisdicción y competencia de la justicia indígena para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, estos casos tendrán que resolverse mediante el sistema penal ordinario

Mediante la Sentencia No.001-10-SIN-CC “Ley Minera” en la cual se examina la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, la Corte Constitucional del Ecuador determino lo siguiente:

“1. Declarar que ante la ausencia de un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre legislativa, el proceso de información y participación implementado previo a la expedición de la Ley de Minería se ha desarrollado en aplicación directa de la Constitución; en consecuencia, se desecha la impugnación de inconstitucionalidad por la forma, de la Ley de Minería.

3. Que la consulta pre legislativa es de carácter sustancial y no formal”.(Sentencia Corte Constitucional No.001-10-SIN-CC,2010,pag.48)

El cuestionamiento se centra en que no se declara la inconstitucionalidad de la ley de minería, aunque es evidente que se violó el derecho colectivo a la consulta pre legislativa, en contradicción con el derecho constitucional establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República y los tratados internacionales que reconocen la consulta previa como elemento significativo relacionado con las tierras, territorios y recursos de los pueblos y comunidades indígenas.

En esta sentencia se consolida la protección especial a los pueblos en atención al principio de igualdad en el ámbito territorial, sugiriendo al juez consultante

guiarse de estudios antropológicos para tomar una decisión y reconociendo los principios interculturales.

Respecto al Control de Constitucionalidad Vía Consulta de Norma Sentencia No.004-14-SCN-CC“Caso Taromenane”, la Corte Constitucional decide:

“ 3. De conformidad con artículo 143 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la figura penal del genocidio solo podrá ser aplicada en el caso concreto por el juez consultante, siempre que se verifique de manera argumentada el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos convencionales determinados en la “Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”, todo ello en observancia a los parámetros de interculturalidad, en los términos previstos en esta decisión.

4. Para proceder a una interpretación intercultural en el caso concreto se dispone:

4.1. Que el juez segundo de garantías penales de Orellana, que conoce el caso, previo a la aplicación de la norma consultada, implemente las medidas urgentes necesarias, entre otros peritajes sociológicos, antropológicos, con el fin de asegurar que el proceso penal sea sustanciado desde una interpretación con perspectiva intercultural, con observancia de los parámetros señalados en la parte motiva de esta sentencia (ratio decidendi).

4.2. Todo lo resuelto se implementará de manera célere, sin perjuicio de las medidas y acciones procesales inmediatas que deberá adoptar el juez segundo de garantías penales de Orellana, en conocimiento del caso, para subsanar las actuaciones y omisiones establecidas.

4.3. Las normas penales que fueren aplicables en el presente caso, de conformidad con el criterio del juez, deberán observar los principios constitucionales analizados y deberán ser interpretadas desde una perspectiva intercultural.”

Esta decisión resulta completamente inefectiva, por motivo del desconocimiento de lo que sucede en realidad, en los pueblos en aislamiento voluntario en los cuales se aplican sanciones que no necesariamente lo ven como un castigo, muchos no lo entienden, como un premio, desconocen por qué están siendo privados de libertad, entonces el Estado no ha actuado de la mejor manera, ha sido errada su intromisión en estas situaciones particulares.

El rol del Estado frente a estas comunidades tendrá que ser global, mediante un proceso de incorporación de todas las áreas, con la participación de ambas partes tanto del Estado como de las nacionalidades, con el reconocimiento de la forma de vida.

La pretensión del Estado de introducirse en el ámbito de vida de las comunidades es completamente inefectivo, reflejado en lo que actualmente sucede que Ecuador pretende juzgar bajo las leyes penales. Es necesario que la comunidad Waorani y todos sus miembros que fueron responsables sean sancionados, por el delito que cometieron, pero el sistema jurídico ecuatoriano debería ser lo suficientemente innovador, imaginativo para generar un proceso y una sanción acorde a la cosmovisión de estos pueblos. Se busca que la fiscalía, jueces penales encuentren una salida que visibilice los hechos ocurridos y se encuentre una sanción eficaz apropiada para estas comunidades, a través de peritajes que entiendan la cultura y no tengan largas duraciones.

Con los cuestionamientos expuestos se puede concluir que la Corte Constitucional no ha reconocido la efectividad del reconocimiento al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, puesto que se ha desconocido el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidad sustentado en tradición, costumbre y respeto, el reconocimiento de la resolución en la comunidad, las personas involucradas y la aceptación por el ordenamiento jurídico ordinario y principalmente el derecho a compartir con las autoridades estatales la potestad decisoria en determinadas materias, reconocerlas, y,

consecuentemente por lo menos para los asuntos opuestos a los intereses de los pueblos indígenas.

CONCLUSIONES.

La multiculturalidad, interculturalidad y pluralismo jurídico como características del Estado no son simples enunciados constitucionales que aparecen inscritos en la Constitución de la República, sino que plantean un nuevo modelo de Estado de aceptación a la diversidad cultural, se trata de la incorporación de pueblos y nacionalidades indígenas. Como parte de esta construcción, se reconoce sus derechos, procedimientos de solución de conflictos, formas de organización, su cosmovisión; es decir, plantea una nueva forma de Estado, incluyente, diverso, participativo y democrático.

Se entiende por el derecho a la libre determinación como la base teórica, constitucional del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas mediante el cual se establece el pluralismo jurídico como estructura del estado, el reconocimiento de las relaciones sociales en el contexto de la interculturalidad y la autodeterminación de los pueblos indígenas, y es por tal razón que el presente estudio se preocupa de la efectividad del reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas.

La implementación de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones y en las legislaciones vigentes de algunos Estados tienen la intención de reconocer la libre determinación. Este postulado es uno de los principales reconocimientos, pero muchas veces está en contradicción con las aspiraciones de los pueblos indígenas debido a que pretenden precisamente que se reconozca que tienen derechos, pero que no estén definidos ni limitados por los Estados donde viven.

La efectividad del reconocimiento de la autodeterminación supone una nueva concepción del Estado. Los pueblos indígenas exigen el reconocimiento del derecho a intervenir con su opinión y con su voto en los asuntos que les encierren, el derecho a compartir con las autoridades estatales la potestad decisoria en determinadas materias, reconocerlas, y, consecuentemente, una

nueva organización del mismo, por lo menos para los asuntos opuestos a los intereses de los pueblos indígenas.

El reconocimiento de los procedimientos de justicia indígena se refleja en el artículo 171 de la Constitución el cual muestra elementos centrales de la jurisdicción indígena: la posibilidad que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales reconociendo la autonomía de las comunidades en cuanto a su decisión de asumir el conocimiento de un caso, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas.

Con el estudio del caso emblemático de la comunidad La Cocha, se evidencia que si bien los procedimientos indígenas no constan en una norma positiva, se sigue un proceso interno en cada comunidad.

Los elementos que caracterizan la efectividad de la justicia indígena son los siguientes:

- 1) Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas,
- 2) El derecho propio sustentado en tradición, costumbre y respeto,
- 3) El reconocimiento de la resolución en la comunidad, las personas involucradas y la aceptación por el ordenamiento jurídico ordinario.

Sobre el control constitucional, la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de justicia indígena es una garantía que tiene como objetivo el someter al análisis las decisiones provenientes de autoridades de los pueblos indígenas por parte de la Corte Constitucional cuando se han afectado derechos de las personas pertenecientes a una comunidad.

En vista que la Corte Constitucional ha conocido un solo caso de justicia indígena por vía de Acción Extraordinaria de Protección de Justicia Indígena, resulta insuficiente definir la eficacia de este mecanismo. La Corte se ha

pronunciado mediante consulta de norma, mecanismo de control de constitucionalidad, que no cuentan con criterios específicos para dar tratamiento a los casos provenientes de la justicia indígena. En ese sentido, se concluye que la garantía creada para el efecto no ha sido eficaz ni efectiva en cuanto a la revisión de las decisiones de las autoridades de las comunidades indígenas.

Respecto al análisis de la Sentencia No. 113-14SEP-CC “La Cocha”, la problemática planteada por la Corte Constitucional no responde a una cuestión sensible jurídica del problema, se alegó actos de barbarie, tortura y no hay una respuesta en la decisión, porque la Corte no juzga sobre presupuestos culturales y cosmovisiones, los procedimientos internos de cada comunidad no son una cuestión que surge de la nada sino que son parte de una visión en una cosmovisión no válida por la corte. No se tomó en cuenta la realidad intrínseca de las comunidades que realizan esa práctica, siendo que todos los procedimientos forman parte de esa nación cívica, es decir, de esa comunidad de ciudadanos que vive en paz, armonía, en pluralismo y en una diversidad de tradiciones.

La Corte Constitucional al dictaminar debía considerar la no interferencia ni disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena

La problemática del análisis de la Sentencia No.001-10-SIN-CC “Ley Minera” se centra en que la Corte Constitucional por un lado aplica directamente la Constitución y genera todas las reglas, procedimientos para la aplicación de las consultas pre legislativas en materia de pueblos originarios, por otro no declara la inconstitucionalidad de la Ley Minera situándose en un término medio, contradiciendo su competencia de establecer todas las reglas y procedimientos, para la aplicación directa de la Constitución, como también para los pueblos originarios por no haberse respetado el derecho colectivo a la

consulta pre legislativa, existe un problema de origen que radica en la efectividad democrática de los tribunales constitucionales.

Respecto a la Sentencia No. 004-14-SCN-CC “Caso Taromenane”, la pretensión del Estado de introducirse en el ámbito de vida de las comunidades es completamente invasiva, reflejado en lo sucedido en la matanza entre waoranis y taromenanes en la cual el gobierno ecuatoriano pretendió juzgar bajo leyes penales a los causantes de la matanza interna sucedida dentro de estos pueblos.

El rol del Estado frente a estas situaciones tendrá que ser creativo, mediante un proceso de incorporación de todas las áreas con la participación de ambas partes tanto del Estado como de los pueblos, con el reconocimiento de la forma de vida, en sí de su cosmovisión, el reto consiste en cómo obtener un proceso y una sentencia adecuada en estos casos, a futuro de cómo evitar que esto suceda y cómo lograr que el contacto con los waoranis no produzca violaciones a sus derechos.

No existe una adecuada coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena respecto a la competencia para la solución de los conflictos que surgen en las comunidades. Como consecuencia de aquello, en los casos en los que el Estado interviene a través de la Función Judicial o la Corte Constitucional en las comunidades, lo hace de forma arbitraria y violenta, desconociendo la jurisdicción y la competencia de las autoridades sobre sus territorios, violentando sus derechos colectivos y atentando contra derechos reconocidos en la Constitución y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

RECOMENDACIONES.

Es indispensable la capacitación a las comunidades, pueblos y nacionalidades acerca de sus derechos y garantías como la Acción Extraordinaria de Protección contra Decisiones de Justicia Indígena; y, se desarrollen adecuadamente los principios de interculturalidad, multiculturalidad y pluralismo con criterios basados en el derecho indígena propio de cada comunidad.

Es necesaria la creación de un mecanismo intercultural de revisión dentro de la Corte Constitucional, esto quiere decir de la participación directa de las autoridades indígenas en las sentencias a ser emitidas en estos casos. Este mecanismo de revisión intercultural permitiría identificar los puntos de coincidencia y discrepancia los cuales serían objeto de un análisis profundo entre jueces y representantes indígenas cuyo objetivo sería encontrar respuestas innovadoras desde la perspectiva intercultural que permitan la convivencia de diversas cosmovisiones en un país unitario, conforme a la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Se debería impulsar procesos de fortalecimiento de los sistemas de justicia de las comunidades y pueblos indígenas, rescatando los propios conocimientos y prácticas relacionadas con la resolución de conflictos y la administración de justicia, los cuales permitan evolucionar a situaciones y contextos futuros de manera congruente con sus propios preceptos culturales, sociales y políticos.

Finalmente, en relación a la cooperación informal, los funcionarios de los órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos de la Función Judicial, en su diario actuar, deben convertirse en agentes cooperantes de las autoridades indígenas respecto de los procesos de solución de conflictos que éstos últimos tienen en sus comunidades, por lo que sus actuaciones deben darse en el marco de la interculturalidad; esta obligación es correlativa para las autoridades indígenas con los operadores de justicia ordinaria.

Puede ser de utilidad analizar modelos en otras regiones , especialmente en países andinos de los cuales tienen muchos años de funcionamiento, aunque no sean perfectos, ofrecen ejemplos importantes de la interacción entre la justicia ordinaria y la justicia indígena dentro de diversos contextos.

REFERENCIAS

- Ariza, R. (2013). *Pueblos Indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (1.ªed.). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Atienza, M. y. (2007). *Las Piezas del Derecho*. Barcelona, España: Ariel.
- Avila, M., & Corredores, M. (. (2009). *Los Derechos Colectivos Hacia una efectiva comprensión y protección*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ayala, E. (1992). *Pueblos Indios, Estado y Derecho*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Benavides, J y Escudero, J (Coord). (2013). *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Bernal, A.(Comp). (2000). *De la Exclusión a la Participación: Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador* (1.ªed.). Quito, Ecuador: Abya-Yala.
- Berraondo, M. (2006). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos* (1.ªed.). Bilbao, España: Universidad de Deusto.
- Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009
- Condor, E. (Coor). (2009). *Estado de la Relación entre Justicia Indígena y Justicia Estatal en los Países Andinos* (1.ªed.). Lima, Perú Ecuador Comisión Andina de Juristas.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Constitución Política de Colombia, (1991). Recuperado el 20 de agosto 2014 de http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm
- Constitución Política de Perú, (1993). Recuperado el 26 agosto de 2014 de <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, (2009). Recuperado el 30 de agosto de 2014 de http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia N. ° 113-14-SEP-CC*. Recuperado el 20 de septiembre de 2014 de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia N. ° 004-14-SCN-CC*. Recuperado el 26 de septiembre de 2014 de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional. (2011). *Sentencia N. ° 005-11-SIN-CC*. Recuperado el 16 de octubre de 2014 de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia N. ° 006-14-SCN-CC*. Recuperado el 10 de enero de 2015 de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia N. ° 030-13-SCN-CC*. Recuperado el 20 octubre de 2014 de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional. (2013). *Sentencia N.º 080-13-SEP-CC*. Recuperado el 10 de diciembre de 2014 de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia N. ° 001-10-SIN-CC*. Recuperado el 10 de febrero 2015 de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/>
- La Hora. (s.f.) *Aplican justicia indígena a dos presuntas delincuentes*. La Hora . Recuperado el 20 de Noviembre de 2015, de <http://www.lahora.com.ec>
- De Sousa, B. (2010). *Para Descolonizar Occidente. Más Allá del Pensamiento Abismal* (1.ªed.). Buenos Aires, Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
- De Sousa, B. y Grijalva, A. (Eds.). (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburgo.
- Espinosa, C. y Caicedo, D. (Eds.). (2009). *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Fiallo, L. (2014). *Pluralismo jurídico en Ecuador. El caso de la nacionalidad Tsachila* (1.ªed.). Quito, Ecuador: UDLA, Sede Ecuador.
- García, F. (2010). *No se aloquen, no vayan a carrera de caballo, vayan a carrera de burro: comunidades Chimborazo y Chibuleo* (1.ªed.). Quito, Ecuador: Abya Yala.

- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho.
- Highton, E. (2015). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Recuperado el 24 de Septiembre de 2015, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>
- Ilaquiche, R. (2004). *Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador* (1.ªed.). Quito: Ecuador Fundación Hanns Seidel.
- Kelsen, H. (1982). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. París: Vaduz.
- Leger, M. (2002). El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: ¿Amenaza o ventaja? Seminario Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas (págs. 4-8). Nueva York: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52 de 22 de octubre de 2009.
- López, E. (1998). *Experiencias Constitucionales en el Ecuador y en el mundo*. Quito: Corporación de Investigación y Estudios Multidisciplinarios.
- Martínez, R. (2008). *Desafíos Constitucionales*. Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos.
- Masapanta, C. (2015). *Acción Extraordinaria de Protección contra Decisiones de la Justicia Indígena* (1.ªed.). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Masapanta, C. (23 de Septiembre de 2008). *El Control Difuso de Constitucionalidad por parte de los Jueces Ordinarios*. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador) . Quito, Ecuador: <http://repositorio.uasb.edu.ec>.
- Montaño, J. (2011). *La acción extraordinaria de protección*. Quito- Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ospina, P., Kaltmeier, O. y Buschges C (Eds.). (2009). *Los Andes en Movimiento*. Quito: Ecuador. Corporación Editorial Nacional.
- Pacari, N. (2002). *La libre determinación en el contexto de un Estado plurinacional: La experiencia de Ecuador* .Seminario Derechos a la Liber

- Determinación de los Pueblos Indígenas (pág. 27). Nueva York: Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático.
- Plurinacionalidad Democracia en la diversidad* (2009). Quito: Ecuador. Abya Yala.
- Pulido, E. (2011). Control Constitucional Abstracto. *Revista Prolegómenos*, 165-180.
- Salgado, H. (2012). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales.
- Salgado, J. (2002). *Justicia Indígena aportes para un debate* (1.ªed.). Quito: Ecuador Abya Yala.
- Sánchez, E. (1998). *Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia* (1.ªed.). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Santamaría, R. y Ayala, E. (Eds.). (2012). *El Silencio ante un atropello es imposible*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional
- Sentencia Corte Constitucional No. 001-10-SIN-CC, 001-10-SIN-CC (Corte Constitucional 21 de Abril de 2010).
- Sepúlveda, R. y García, D. (Eds.). (2012). *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa.
- Storini, C. y Navas, M. (Eds.). (2013). *La Acción de protección en Ecuador*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- Storini, C y Escudero, J. (2011). El Control de Constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano. *Revista General de Derecho Público*, 33.
- Torres, R. (Comp). (2000). *Derechos de los Pueblos Indígenas Situación Jurídica y Políticas de Estado* (1.ªed.). Cayambe, Ecuador: Abya-Yala.
- Vélez, J. (2014). El Control Concreto de Constitucionalidad. *Revista Jurídica de Derecho Público*, 20-75.
- Vintimilla, J. (2012). *Ley Orgánica de Coordinación entre justicia indígena y la jurisdicción ordinaria Ecuatoriana* (6to.vol). Quito, Ecuador: Justicia Comunitaria en los Andes.
- Viviendo la Justicia, Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador* (2012).. Quito: Ecuador. Manthra Editores

- Wolkmer, A. y Fernández, I. (Eds.). (2015). *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico En América Latina*. Florianópolis, Brasil: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat NEPE - Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC)
- Wolkmer, C. (2014). Pluralismo Jurídico, Derechos Humanos y Globalización. *Cálamo* (2), 142-143.
- Yrigoyen, R. (1999). *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal* (1.ªed.).Guatemala: Fundación Myrna Mack.