



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo de titulación para la obtención del Título de Abogado

Título: La Competencia entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena

Autor: Vladimir Alejandro Andrade Rubio

2018.

DEDICATORIA

Esté trabajo está dedicado a mi familia y su esfuerzo, sin ustedes nada hubiera sido posible. Quiero hacer una mención y un agradecimiento especial a mi padre; mi maestro, mi referente y mi héroe, el mejor hombre que conocí, siempre intentaré llevar la vida en tu reflejo y hacer que te sientas orgulloso.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	4
1. DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	6
1.1 Qué son y en qué consisten los Derechos Humanos	6
1.2 Derecho Internacional de los Derechos Humanos	7
1.3 Derechos Humanos y Pueblos Indígenas	8
1.4 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	12
2. PLURINACIONALIDAD E INTERCULTURALIDAD	19
2.1 La Pluriculturalidad Ecuatoriana, Efectos Jurídicos.....	21
2.2 Derechos de los Pueblos Indígenas en el Marco Normativo Ecuatoriano ...	27
3. ANÁLISIS DEL CASO 190-16-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA.....	30
3.1 Criterios de la Corte Constitucional de Colombia para resolver conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.....	30
3.2 Hechos de caso Sentencia 190-16-SEP-CC de la Corte Constitucional Ecuatoriana.....	34
3.3 Análisis de la Sentencia 190-16-SEP-CC.....	36
3.3.1 Fuero indígena.....	36
3.3.2 Capacidad institucional.....	37
3.3.3 Bien jurídico.....	38
4. CONCLUSIONES.....	39
5. BIBLIOGRAFÍA	41

INTRODUCCIÓN

El Estado ecuatoriano reconoce a las diferentes nacionalidades que habitan dentro del territorio, parte de este reconocimiento es el derecho a la autodeterminación. Éste, consiste en que la población tiene derecho de auto regularse por lo cual podemos entender que, al momento de la aplicación de la justicia surge la interrogante de que, si es competente la Justicia Ordinaria o la Justicia Indígena. Por este motivo, el objetivo general de la presente investigación es indagar cómo se establecen los criterios de delimitación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria. Para explorar la jurisdicción de una y otra; presentamos a continuación tres capítulos. En primer lugar se revisarán los *derechos humanos de las poblaciones indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos*. Como segundo capítulo el análisis abarcará los conceptos de *plurinacionalidad e interculturalidad*. Finalmente en el tercer acápite se realizará un *análisis del caso 190-16-sep-cc de la Corte Constitucional Ecuatoriana*.

En el primer capítulo así, se desarrollará el concepto mismo de que son los Derechos Humanos. Inmediatamente después se propone una aproximación a los Derechos Humanos desde el Derecho Internacional. Más adelante se revisará la legislación internacional que ampara a las sociedades ancestrales. Seguido de eso se indagará en casos precedentes en los cuales ambas, Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria, se vean enfrentadas. Esto nos permitirá entender por un lado, un margen más amplio de legislación que ampara a las comunidades indígenas. Por otro lado es importante ya que los precedentes en decisiones jurisprudenciales suelen ser determinantes y marcan tendencia al momento de dictar sentencia.

A continuación en el segundo capítulo, se expondrán las teorías del pluralismo jurídico y el multiculturalismo. Mediante el estudio de estos se podrá analizar, si es posible la convivencia

entre el sistema de Justicia Indígena y Justicia Ordinaria. De manera complementaria se buscará identificar en la Constitución del Ecuador las normas legales donde se constate la existencia, delimitación y competencia de Justicia Indígena y Justicia Ordinaria. En este sentido el análisis será tendrá dos partes, en primer lugar desde la teoría para lo cual se han seleccionado académicos de rigor especializados en el tema. En segundo lugar se revisa el marco legal nacional en el cual se enmarca el estudio de caso.

Finalmente en el capítulo tercero se propone un análisis de caso. En el caso 190-16-sep-cc que, es sujeto de estudio para esta investigación encontramos el espacio para analizar el enfrentamiento entre la Justicia Ordinaria versus la comunidad o Justicia Indígena. Para el desarrollo del análisis de caso nos ayudaremos con los criterios de la Corte Constitucional Colombiana. Se expondrán los hechos de la sentencia en cuestión y se procederá a realizar un análisis de la misma. De esta manera, con el tratamiento de los tres acápites propuestos se planea indagar en el cómo se han tratado los casos de colisiones entre la Justicia Ordinaria e Indígena.

1. DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. Qué son y en qué consisten los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos, son aquellos inherentes a la persona tan solo tener dicha condición. En líneas generales los Derechos Humanos son promulgados y positivizados por los Estados miembros de las Naciones Unidas¹. En dicha positivación, se reconocen y declaran exigibles distintos tipos de derechos para las personas, buscando que las vulneraciones u omisiones que atenten contra la dignidad de éstas, tengan mecanismos de exigibilidad para su restitución o reparación. Las organizaciones de Estado del tipo de Naciones Unidas, promulgan distintos tratados en búsqueda de asegurar a los seres humanos llevar una vida digna. Estos Derechos Humanos se *dividen* en tres categorías generales, esto se explica por su aplicación y su reconocimiento. Esta división se conoce como las *Tres Generaciones de Derechos Humanos*; es así que surgen y son reconocidos, por su carácter histórico y consideración cronológica, por su aparición o reconocimiento en el orden jurídico normativo de cada país miembro y por su aplicación en la normativa interna de cada país.

La división de los derechos humanos en tres generaciones fue concebida por primera vez por Karel Vašák en 1979 y “cada una se asocia a uno de los grandes valores proclamados en la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad” (Jaramillo, Christian, 2017). La primera gran categoría se conoce como *Derechos de Primera Generación*, se refiere a los derechos civiles y políticos. En la *Segunda Generación*, encontramos a los derechos económicos, sociales y culturales; debido a ellos, el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho. Esto invita a que sean realmente accesibles y disfrutables por los miembros de las distintas sociedades. Se demanda un Estado de Bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que las personas los gocen de manera efectiva y paulatina, dependiendo de los presupuestos su aplicación progresiva.

¹ Organismo de Derecho Internacional vinculante para los estados miembros, creado a raíz de la Segunda Guerra Mundial.

A la fecha, se han creado diversos instrumentos en los cuales se desarrollan los derechos que la Declaración Universal establece. De manera tal, que los derechos humanos se mantienen en constante evolución y cambio en la búsqueda de una mayor protección para las personas. Apareciendo así una *Tercera Generación*, grupo que fue promovido a partir de la década de los ochenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional (Jaramillo, Christian, 2017). De esta Tercera Generación, destacan los derechos relacionados con la autodeterminación, la independencia económica y política, la identidad nacional y cultural, la paz y la coexistencia pacífica, la cooperación internacional y regional, la justicia internacional, el medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad y el desarrollo que permita una vida digna. Esta última categoría o generación es la pertinente para el interés de este trabajo, ya que como se menciona tiene que ver con la facultad de autodeterminación a un grupo humano. Todos los derechos anteriormente mencionados, de ser vulnerados, tienen normativas que les otorgan mecanismos de reparación o rescate en la búsqueda de condiciones de dignidad.

Así los derechos humanos, libertades fundamentales necesarias para el desarrollo de la vida humana en condiciones de plena dignidad, son inherentes a toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano. Para su exigibilidad tienen que estar asentados en las legislaciones locales. De igual manera los Estados deben reconocer y garantizar los derechos, mismos que son universales e inalienables. No existe jerarquía entre los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos, deja claro que todos los derechos ya sean económicos, políticos, civiles, culturales o sociales, tienen igual validez e importancia.

1.2 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encarga de, como lo explica la oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas, establecer las obligaciones que los Estados deben respetar. Esta rama del Derecho Internacional tiene como objetivo velar por el cumplimiento de la obligación de los Estados a abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o a su vez de limitarlos (ACNUDH, 1996-2018). A través de la ratificación

de los acuerdos internacionales, los gobiernos se comprometen “a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados” (ACNUDH, 1996-2018). De esta manera debemos entender el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un sistema de protección de las Naciones Unidas, derivado de la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros pactos afines. De manera complementaria para asegurarse de la aplicación existen procedimientos en el plano regional e internacional; las organizaciones receptan denuncias lo cual apoya a garantizar que los tratados sean aplicados en el espacio local (ACNUDH, 1996-2018). Dentro de los sistemas de protección regionales, para nuestro caso de interés centrado en América encontramos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Adicionalmente la Organización de los Estados Americanos (desde 1969) a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (adoptada en 1969), que ha creado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Departamento de Derecho Internacional, OEA, 2014-2018). Jurídicamente este es el órgano encargado de la aplicación y la creación de doctrina para el caso de estudio en concreto. Teniendo en claro siempre que los derechos humanos siempre son exigibles para los particulares, siempre ante un estado o sus delegados y no entre particulares.

1.3 Derechos Humanos y Pueblos Indígenas

Es necesario entender que hay pueblos indígenas en todos los continentes, del Ártico al Pacífico pasando por Asia, África y las Américas. Debido a la diversidad implícita en lo mencionado, no existe una definición de pueblo indígena aceptada unánimemente en el contexto del derecho y las políticas internacionales. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se establece definición alguna. Sin embargo, en sus artículos 9 y 33 se afirma que los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate, y a determinar su propia identidad. En el Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2014) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes se establece la siguiente distinción entre pueblos tribales y pueblos indígenas a la vez que se subraya la importancia de la conciencia de la identidad indígena:

“1. a) Los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.” (OIT, 2014)

Pese a la ausencia de una definición universalmente aceptada, una serie de criterios contribuyen a la definición de pueblo indígena. El principal es el criterio de conciencia de la propia identidad indígena, al que se suman lo que propone José Martínez Cobo en su *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* (1986) a saber, se busca preservar, desarrollar y transmitir la “continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios (...) a futuras generaciones; sus territorios ancestrales y su identidad étnica de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”(Martínez Cobo, 1986). El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas insiste en la importancia del vínculo de las sociedades ancestrales con su territorio. De igual manera con los recursos naturales y protege sus sistemas sociales, económicos y políticos particulares. Así también ampara sus propios idiomas, cultura y sistema de creencias.

Muchos pueblos indígenas que habitaban determinadas zonas antes de la llegada de otros suelen conservar características culturales y sistemas de organización política y aparatos legales autónomos. Las sociedades originarias tienen un fuerte vínculo histórico y permanente con sus territorios y sus recursos, incluso cuando practican estilos de vida nómadas. Adicionalmente es necesario mencionar que comparten una experiencia de sujeción a otros, especialmente a grupos no indígenas. Aunque el estatuto jurídico de los pueblos indígenas equivale al de las minorías, no siempre, son minoría en los Estados en que residen. Las minorías y los pueblos indígenas comparten una serie de derechos semejantes conforme al derecho internacional, aunque cabe

apuntar que la Declaración de las NNUU sobre los derechos de los pueblos indígenas tiene un carácter más amplio que los instrumentos legales internacionales relativos a las minorías.

Los derechos de los pueblos indígenas conforme al Derecho Internacional han evolucionado, de la mano de los tratados de Derechos Humanos. Esta evolución se puede observar principalmente en el reconocimiento de su libre determinación y la defensa del derecho a sus territorios ancestrales. Sin embargo, aún hay un largo camino por recorrer ya que, por desgracia, muchos pueblos indígenas siguen encontrando problemas diversos en la esfera del cumplimiento de sus derechos. De hecho, el ejercicio de sus derechos dista de ser perfecto. Una de las mayores dificultades a las que hacen frente los pueblos indígenas deriva de la presión externa para realizar actividades relacionadas con el “desarrollo” y la extracción de recursos, por lo cual las comunidades se ven despojados de sus territorios. Sus culturas siguen amenazadas, la protección y la promoción de sus derechos se ven coartadas. En la Declaración se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, incluidos los que han poseído tradicionalmente, pero en la actualidad están controlados por otros (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, p. 10).

Contemporáneamente los pueblos indígenas han tenido acceso a procesos jurídicos y han participado activamente en ellos generando normativas que los respalden en cuestiones de los derechos humanos. Así, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración de las NNUU sobre los derechos de los pueblos indígenas el 13 de septiembre de 2007 (Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007). La Declaración, es el instrumento más amplio en lo relativo a los derechos de los pueblos indígenas; en ésta figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de derechos. Aunque no se aplica de forma uniforme, la Declaración orienta normalmente a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos. Uno de los derechos más importantes reconocido es, el ya mencionado derecho de libre determinación. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y, en consecuencia, a establecer libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007). A su vez, el ejercicio del derecho a la libre determinación complementa al ejercicio de otros derechos.

Todos los derechos enunciados en la Declaración son indivisibles y están relacionados entre sí. Su efecto se extiende a los demás derechos, que deben leerse a la luz de la libre determinación de los pueblos indígenas. Por lo que se refiere al derecho de los pueblos indígenas a la autonomía, en el artículo 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, se afirma que "los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas" (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, p. 5). A la par al derecho a la autonomía, los pueblos indígenas tienen derecho, en conformidad del artículo 34 de la Declaración, a "promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos..."(Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, p. 13).

Frente al mundo exterior, y también dentro de las comunidades indígenas, la singularidad cultural de los pueblos indígenas se considera uno de los rasgos que los definen. En este sentido, la Declaración consta de numerosas disposiciones encaminadas a impedir el trato discriminatorio y hostil por motivos culturales. De igual manera ampara y genera medidas positivas en favor de la diversidad cultural de los pueblos. Así, siguiendo esta línea, cabe destacar el derecho a no ser sometidos a asimilación, ni a la destrucción de su cultura; así el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales; el derecho a impartir sus convicciones culturales y a obtener la repatriación de sus restos humanos; y el derecho a "mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales"(Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2007, p. 12).

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas tienen, por definición, carácter colectivo. Dicho de otro modo, se confieren a individuos indígenas que se organizan en pueblos, aunque también se reconocen derechos individuales. Antes de la Declaración, el sistema internacional de derechos humanos había asimilado con lentitud el concepto de concesión de derechos a grupos. Por lo general, se daba por sentado que los derechos de los individuos bastarían para garantizar una protección adecuada de los derechos de proyección colectiva, como

el derecho a la cultura. Sin embargo, con la aprobación de la Declaración la comunidad internacional ha afirmado claramente que deben reconocerse los derechos colectivos de los pueblos indígenas para que éstos puedan disfrutar de sus derechos humanos.

Los pueblos y los individuos indígenas son: libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular, la fundada en su origen o identidad indígenas (OIT, 2014, p. 92). El reconocimiento de sus derechos en general está totalmente justificado desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación. Este enfoque promueve el reconocimiento de los derechos colectivos a sus tierras, territorios y recursos como equivalentes de los derechos de las personas no indígenas a su propiedad, según lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.4 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se encarga de los casos en que un Estado comete violaciones contra un derecho protegido en la Convención; siempre que se hayan agotado los recursos o procedimientos internos del país infractor. La Corte IDH es la encargada de recibir, analizar e investigar peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos. Puede realizar recomendaciones a los Estados miembros de la OEA para que garanticen los derechos humanos, o solicitar medidas cautelares específicas en casos graves y urgentes. De igual manera, puede actuar como defensa de las víctimas en esos litigios. Es importante destacar que todos los países del continente americano forman parte de la OEA, y por ende, las sentencias de la Corte IDH tienen valor en todo el continente. Es decir que los fallos no sólo son vinculantes para el país demandado sino para todos los países americanos suscritos en la Convención.

En este punto es importante mencionar que, los dictámenes previos son fundamentales. Como se ha indicado, los precedentes en decisiones jurisprudenciales marcan tendencia. Por lo cual suelen ser determinantes en el momento de dictar sentencia. Consientes pues de la importancia de las sentencias previas se trae a colación algunos casos de sentencias dictadas por la Corte IDH. Nos detendremos en las sentencias de casos en que comunidades indígenas

obtuvieron fallos de la Corte IDH que se convierten en derechos indígenas panamericanos, relacionados al territorio y la gobernanza. El cuadro presentado a continuación nos permitirá observar dichas sentencias de manera clara y concisa.

Tabla 1. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Pueblos Indígenas

Caso	Aspecto relevante - Aporte Precedente Jurisprudencial Principales	Derechos Involucrados
Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus el estado de Nicaragua	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de delimitación del territorio de la comunidad Mayagna Awas Tigni, así como a la ineficacia de los recursos interpuestos.	Derecho a la honra y la intimidad, Derecho a la vida, Derechos económicos y políticos, Dignidad, Libertad de circulación y residencia, Libertad de conciencia y religión, Propiedad privada, Protección judicial, Pueblos indígenas
Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus el Estado de Paraguay.	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaya, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros.	Calidad de vida, Derecho a la vida, Derechos de los niños y las niñas, Garantías judiciales y procesales, Personalidad jurídica, Protección judicial, Pueblos indígenas
Comunidad Yakye Axa versus el Estado de Paraguay.	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Yakye Axa, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros.	Calidad de vida, Derecho a la integridad personal, Derecho a la vida, Derechos de los niños y las niñas, Derechos económicos, sociales y culturales, Garantías judiciales y procesales, Protección judicial, Salud
Comunidad N'djuka Maroon de Moiwana versus el Estado de Surinam	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de investigación y sanción de los responsables de la muerte y malos tratos de pobladores de la comunidad Moiwana por parte de agentes militares, así como por su desplazamiento forzado.	Garantías judiciales y procesales, Libertad de circulación y residencia, Propiedad privada, Protección judicial, Pueblos indígenas
Comunidad Saramaka versus el Estado de Surinam	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber adoptado medidas efectivas que reconozcan el derecho de propiedad comunal del pueblo Saramaka, así como la falta de recursos adecuados y efectivos para cuestionar dicha situación	Derecho a la honra y la intimidad, Derecho a la vida, Derechos económicos y políticos, Dignidad, Libertad de circulación y residencia, Libertad de conciencia y religión, Propiedad privada, Protección judicial, Pueblos indígenas
Comunidad Aloeboetoe y otros versus el Estado de	El caso se refiere al reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado por el asesinato de siete cimarrones a cargo de	Derecho a la integridad personal, Derecho a la vida, Libertad personal, Protección judicial,

Surinam	mandos militares.	Responsabilidad internacional del Estado
Comunidad Yatama versus el Estado de Nicaragua	El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la exclusión de la organización indígena YATAMA de participar en las elecciones municipales de 2000	Derechos económicos y políticos, Garantías judiciales y procesales, Igualdad, Protección judicial, Pueblos indígenas
Pueblos amazónicos de la cuenca del río Xingú versus el Estado de Brasil	La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las siguientes condiciones mínimas: (1) realizar procesos de consulta, (2) garantizar que, en forma previa a la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta sea informada, las comunidades indígenas beneficiarias tengan acceso a un Estudio de Impacto Social y Ambiental del proyecto, en un formato accesible, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos; (3) adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú	Derecho a la salud, participación a ser consultados en el proyecto hidroeléctrico

**Información extraída de Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2014 ©
Elaboración: Alejandro Andrade, septiembre 2018**

El contenido del organizador gráfico nos permite observar que, existen precedentes en cuestiones de vulneraciones de derechos a comunidades indígenas en las cuales ha intervenido la CIDH. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus el Estado de Nicaragua; falla por primera vez en favor del derecho indígena colectivo al territorio y a los recursos naturales, conforme a su propio derecho consuetudinario y prácticas tradicionales; e independientemente que cuenten o no con un título formal de propiedad reconocido por el Estado. (Corte IDH, 2014). Así “en 1995 la Comunidad Awas Tingni sufrió la invasión de su territorio por una concesión maderera otorgada por el Estado de Nicaragua, sin haberse realizado procesos de consulta ni consentimiento previo” (Corte IDH, 2014) En el año 2001, la Corte IDH falló a favor de la comunidad indígena y estableció la obligación del estado de Nicaragua de demarcar y otorgar títulos de propiedad a los indígenas de esa comunidad., (Corte IDH, 2014. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.).

A continuación tenemos el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus el Estado de Paraguay. A causa de la guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay (1933-1936) la población en el Chaco aumentó. Los pobladores indígenas que ocupaban este poblado fueron no solo relegados y despojados sino que fueron hacinados en viviendas precarias y empleados en situación de casi esclavitud, esto provocó que los pobladores vivan en situación de dependencia alimentaria (Corte IDH, 2014). Desde 1991, los indígenas iniciaron un proceso para que sus tierras sean restituidas. “El fallo que establece que la posesión tradicional de los indígenas sobre las tierras es equivalente al título de propiedad que otorgan los Estados” (Corte IDH, 2014). En este sentido el fallo de la corte obliga al Estado Paraguayo a restituir las tierras a las comunidades.(Corte IDH, 2014. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay).

Seguido encontramos el caso de la Comunidad Yakie Axa versus el Estado de Paraguay. Al igual que en el caso revisado en el párrafo anterior esta comunidad pierde sus tierras a raíz de la Guerra del Chaco. Las comunidades de ser dueños del territorio pasan a convertirse en empleados explotados (Corte IDH, 2014). La comunidad se mantiene algunos años y al momento de querer independizarse y reclamar su territorio la empresa asentada allí aduce ser el propietario, es por esto que la comunidad busca ayuda en la CIDH (Corte IDH, 2014). De esta manera “En el año 2000, la comunidad denunció al Estado Paraguayo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por no reconocer la propiedad de sus territorios ancestrales” (Corte IDH, 2014). Para el año 2005 la Corte dictamina en favor de la comunidad ya que el Estado paraguayo violó los derechos de la propiedad de las comunidades ancestrales y se dictamina que la comunidad sea compensada. (Corte IDH, 2014. Caso Comunidad Indígena Yakie Axa Vs. Paraguay.).

En cuarto lugar encontramos el caso de la Comunidad Moiwana versus el Estado de Surinam. En 1986 las fuerzas armadas de Surinam atacaron a la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana, este hecho es una masacre y terminan con la vida de hombres, mujeres y niños. Los que lograron escapar, fueron exiliados o desplazados, perdiendo la posibilidad de retomar su estilo de vida tradicional (Corte IDH, 2014). En 1997 la comunidad presentó la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sin embargo por motivo de que el ataque es anterior a la ratificación de la Convención Americana por parte de Surinam, la Corte IDH no se podía juzgar la masacre, pero sí las consecuencias de desplazamiento que se mantenían vigentes

y que fueron el objeto de la demanda (Corte IDH, 2014). De esta manera en 2002, el caso llegó a la Corte IDH y en el año 2005 se estableció que cuando los territorios indígenas se han perdido por la violencia ejercida por terceros, el derecho territorial no se vincula a la posesión actual, sino a la posesión indígena tradicional (Corte IDH, 2014). Se consideró entonces que los miembros del pueblo N'djuka eran los “dueños legítimos de sus tierras tradicionales a pesar de no tener su posesión, porque salieron de ellas como consecuencia de actos de violencia que se produjeron en su contra” (Corte IDH, 2014. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname.).

Igualmente en Surinam, el caso del Pueblo Saramaka versus el Estado de Surinam. El pueblo Maroon Saramaka es descendiente de esclavos africanos, por lo cual, la característica particular de este caso es que no se trata de indígenas que habitaban tradicionalmente un territorio, sino de afrodescendientes que llegaron a Surinam durante la colonización. Durante un largo período, el Estado de Surinam permitió la deforestación de vastos territorios, facilitando el acceso de empresas madereras y mineras, perjudicando a la población indígena, incluidos los Saramaka (Corte IDH, 2014). El pueblo Saramaka llevó el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en el año 2007 la Corte IDH dictaminó a favor de éstos (Corte IDH, 2014). De este modo, reconoció a los afrodescendientes como titulares de derechos indígenas. Este fallo reconoce por primera vez a los pueblos afrodescendientes como “titulares de derechos indígenas; y adopta el derecho al libre consentimiento previo, informado, y de acuerdo con las costumbres y tradiciones” (Corte IDH, 2014. Caso Pueblo Saramaka Vs. Suriname.).

En el caso de la comunidad Aloeboetoe y otros versus el Estado de Surinam el caso nos explica que, en 1987, veinte hombres de la etnia Saramaka fueron interceptados por grupos militares, y detenidos bajo sospecha de pertenecer a un comando subversivo (Corte IDH, 2014). Al ser informados de que eran civiles, los militares liberaron a 13 hombres, pero mantuvieron detenido a otros siete, entre ellos un menor de 15 años de edad. Todos ellos fueron torturados, uno de ellos logró escapar, gravemente herido, pero los otros seis fueron asesinados (Corte IDH, 2014). El único sobreviviente fue encontrado por miembros de su comunidad que salieron a la búsqueda de los siete detenidos. En 1990, la Comisión Interamericana de Derechos humanos presentó la demanda responsabilizando al Estado de Surinam como responsable de los asesinatos (Corte IDH, 2014).. En 1991, el Estado de Surinam reconoció su responsabilidad, por lo cual se prosiguió a negociar las reparaciones o indemnizaciones. En 1993, la Corte IDH

decidió que el Estado de Surinam “debía pagar a la comunidad Aloeboetoe un total de US\$453.102, y con carácter de reparación, reabrir la escuela situada en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario de salud existente en ese lugar” (Corte IDH, 2014). Este fallo reconoció el derecho colectivo de las comunidades indígenas a ser indemnizados como grupo, sentando precedente de indemnización a dependientes colectivos en lugar de dependientes individuales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname.).

Nuevamente en Nicaragua, el caso de la comunidad Yatama versus el Estado de Nicaragua. Yatama es un partido político indígena representante de comunidades del Caribe de Nicaragua especialmente de los Miskitos (Corte IDH, 2014). Para las elecciones del año 2000 los candidatos de este partido que aspiraban postularse por cargos municipales fueron prohibidos de participar; por lo que el año siguiente presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2014). En el 2005 la Corte IDH decidió por unanimidad a favor del partido YATAMA ya que el “Estado Nicaragüense violó los derechos a garantías judiciales, a la protección judicial y los derechos políticos y de igualdad ante la ley” (Corte IDH, 2014). Este fallo sentó precedente para la creación de jurisprudencia sobre la participación de los pueblos indígenas en las elecciones de representantes municipales gubernamentales. Esta fue la primera sentencia de la Corte IDH sobre derechos políticos, y permitió crear jurisprudencia sobre la participación de los pueblos indígenas en las elecciones de representantes municipales (Corte IDH, 2014. Caso Yatama Vs. Nicaragua.).

A pesar de ser un caso por el momento sin sentencia, merece la pena mencionar el caso de las comunidades que se ven afectadas por el proyecto de la represa de Belo Monte en Brasil. Este caso fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2010, por una coalición de organizaciones de la sociedad civil, demostrando que se puso en riesgo el derecho al territorio de las personas indígenas que allí habitan (CIDH, 2014). Se calculó que se afectaría directamente a 20 mil personas incluido los pueblos en aislamiento voluntario y a 100 mil personas de forma indirecta (CIDH, 2014). La CIDH sostiene que la obra pone en peligro la vida de las comunidades, incluyendo algunas en aislamiento voluntario, e instó al Estado de Brasil a suspender la obra (CIDH, 2014). El Ministro de Asuntos Exteriores de Brasil respondió

a la Comisión manifestando que las autoridades se han quedado “perplejas” ante estas “injustificadas” peticiones. Las comunidades indígenas aseguran que mantendrán su resistencia contra el complejo Belo Monte (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2014. Ficha Informativa Exp. MC 382/10. 2014Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu).

De esta manera podemos notar, a través de los casos tratados, que si bien se han vulnerado los derechos de las comunidades la presión de la comunidad internación ha permitido remediar los atropellos a las comunidades indígenas. Las sentencias determinan por un lado estándares de protección y por otro lado estimulan el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina. Es importante mencionar que, que la corte ha fallado de manera reiterada en campos limitados referente a el territorio, abuso de autoridad del Estado. Sin embargo no se ha dado suficiente énfasis en la búsqueda de la reivindicación del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.

2. PLURINACIONALIDAD E INTERCULTURALIDAD

Hay pues, un compromiso de reivindicar a las culturas minoritarias contra la sociedad en la que están englobadas. Para distinguir este reconocimiento desde las sociedades occidentales el filósofo Kymlicka (1996) denomina esta reivindicación como protección externa y entiende por ésta la concesión de derechos diferenciados en función de grupo. Dichos derechos básicamente son, por un lado, derechos especiales de representación. De esta forma, si los miembros de las culturas minoritarias tienen representación dentro de las instituciones políticas, resulta menos probable que dichas culturas sean ignoradas en la toma de decisiones que afectan al conjunto de la sociedad. Así, por ejemplo, la Constitución señala que la ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades indígenas, pueblos montubios, afro descendientes y campesinas en igualdad de tratamiento y de oportunidad. Por otro lado, encontramos a los derechos de autogobierno. En este sentido los derechos confieren poder a unidades políticas más pequeñas. De esta manera las culturas minoritarias no pueden ser desestimadas o sobrestimadas por la cultura mayoritaria en decisiones que le atañen directamente². Adicionalmente se reconocen los derechos poliétnicos los mismos que buscan proteger las prácticas culturales y religiosas específicas que podrían no estar adecuadamente legitimadas en la cultura mayoritaria, o que están en desventaja en la legislación vigente (Kymlicka, 1996, p. 66).

Al hablar de justicia indígena, refiriéndonos a un método alternativo de fallo de litigio. Nos encontramos ante una forma de resolución de conflictos ancestral de pueblos originarios, anclada en todo un sistema de territorios, de autogobierno, de cosmovisiones propias, etc. Como parte de la plurinacionalidad, la justicia indígena cuestiona frontalmente la concepción de nación por la que se rige el Estado liberal moderno. En este sentido, la nación como concepto, es el conjunto de individuos que pertenecen al mismo espacio. El Estado en amplio sentido se entiende como toda relación geo política y la pertenencia al mismo se puede entender como ciudadanía. El concepto de Estado, sin embargo, a pesar de parecer totalmente inclusivo, esconde muchas exclusiones. Por un lado, desconoce que las sociedades no son solo individuos, sino también grupos sociales que tienen diferentes formas de pertenecer al territorio abarcado por el Estado. Por otro, se reserva el derecho de excluir de la forma más intensa de pertenencia, la

² políticas públicas vinculadas a educación, lengua, explotación de recursos naturales, entre otras

ciudadanía, a grupos sociales enteros que a veces son mayoritarios en términos poblacionales. Fue a través de luchas sociales, a menudo sangrientas, que estos grupos discriminados u olvidados adquirieron la ciudadanía y ejercicio de sus derechos. Este reconocimiento de la existencia de diferentes conceptos de nación y de su coexistencia dentro del mismo Estado, en un Estado plurinacional -entendiendo así al estado ecuatoriano-, donde coexistiendo con las nacionalidades indígenas y las justicias ordinarias.

Aunque en la actualidad varios Estados se consideran plurinacionales como Canadá por efecto de la migración. En América Latina, el argumento más utilizado en contra del proyecto plurinacional es que la plurinacionalidad pone en peligro la unidad y la cohesión sociales -ya de por sí frágiles- en países que surgieron de la dominación colonial. Las amenazas a la unidad y la cohesión sociales nunca vinieron de los pueblos indígenas. Por el contrario, estos fueron violentamente excluidos de cualquier proyecto de unidad y cohesión nacionales. Solo con mucha lucha y sufrimiento consiguieron alguna inclusión en el ejercicio de derechos. Boaventura de Sousa Santos (2013) expresa que el colonialismo está presente en el debate sobre la plurinacionalidad. Es la idea de que el colonialismo no terminó con las independencias. Continúa hasta hoy a través de dos formas principalmente: el racismo y el colonialismo interno; estos afectan tanto a las relaciones sociales como a las identidades y subjetividades. Es este colonialismo, que contamina todo el debate sobre la plurinacionalidad, no solo escultural, sino político; el sistema justifica la explotación capitalista más salvaje.

El complejo colonialismo opera en el debate sobre la plurinacionalidad a través de una doble escisión cuyo objetivo fundamental es aislar a los pueblos indígenas y neutralizar sus causas más avanzadas. Esta segregación consiste por un lado de apartar a la comunidad del resto de la sociedad y por otro lado se propone dividir a las comunidades entre sí, fomentando divisiones entre las organizaciones y, sobre todo, separando a los indígenas de los liderazgos de sus organizaciones. Esta escisión actúa a través de la demonización de los líderes indígenas y la criminalización de las protestas que organizan. El proyecto plurinacional es un proyecto a largo plazo, el aislamiento social y político de los pueblos indígenas puede ser uno de los efectos perversos de los cambios constitucionales y puede llevar a los propios liderazgos indígenas a pensar que el proyecto de plurinacionalidad es sólo un tema indígena y no una cuestión que afecta al país en su conjunto. La justicia indígena es quizá la cara más visible y también la más

vulnerable del proyecto plurinacional. Y en el proceso de homogenización global puede ser descaracterizada y trivializada.

La unidad del sistema político son los individuos y la doble obligación política que los vincula. Esta doble obligación política es por un lado horizontal en la que une a los ciudadanos entre sí mediante la idea de la igualdad de todos ante la ley; y por otro vertical y vincula por igual a todos los ciudadanos con el Estado. De esta doble obligación política nace la distinción entre el derecho privado y el derecho público. En la democracia representativa los ciudadanos no toman decisiones políticas; eligen a quienes las toman a través del voto individual. El ejercicio de la democracia se lleva a cabo en el espacio público y está reservado a los ciudadanos.

2.1 La Pluriculturalidad Ecuatoriana, Efectos Jurídicos

Para proceder al estudio del tema central de investigación es necesario dar una definición de los términos pluralismo y cultura, al respecto el Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, define al Pluralismo como “la teoría que supone la realidad compuesta por principios diferentes y no reducibles a unidad; doctrina que pondera la coexistencia de varias tendencias políticas y que fundamenta las democracias formales” (Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno, 1995). De lo establecido podemos señalar que el pluralismo hace referencia a la multiplicidad cultural o en palabras comunes varias culturas, religiones, ideologías, etnias etc., dentro de las cuales se encuentra introducida una agrupación humana asentada dentro del territorio de un estado determinado. El pluralismo se ha ido desarrollando y consolidando con el paso del tiempo, a través de los múltiples requerimientos de participación e intervención de los diferentes grupos que reclaman su reconocimiento legal. En el Ecuador, a consecuencia de los requerimientos, el Estado reconoce las especificidades y la diversidad cultural en respuesta a la lucha social desde las minorías étnicas existentes en el país, con lo que se hace visible la diversidad socio-cultural existente dentro del estado ecuatoriano.

El Ecuador posee un espacio territorial reducido, sin embargo, alberga una gran diversidad de culturas independientes unas de otras. Debido a la multiplicidad étnica, el Ecuador es un estado pluricultural; es importante señalar que a pesar de la enorme influencia de la cultura blanco-mestiza, las comunidades aborígenes mantienen sus costumbres y tradiciones como son

su lenguaje, vestuario, música entre muchas otras peculiaridades propias de cada cultura. En este sentido la pluriculturalidad se refiere también a la multiplicidad de los grupos humanos con diversidad en sus costumbres, tradiciones, folklor etc., pero que asentados dentro de un territorio determinado -como es el caso de Ecuador-, forman parte de este estado intercultural y plurinacional, pero que a su vez es unitario e indivisible. Es necesario mencionar también que las minorías indígenas han sido sujetas de tratos desiguales y discriminatorios por parte de la clase dominante. De igual forma el maltrato y discriminación a la cultura indígena no solo del Ecuador, sino de América latina y el mundo, ha sido tan extendida y naturalizada que el mismo término indio es una forma de referirse al *otro* popularmente despectiva.

Siguiendo con la temática que nos ocupa es esencial indicar un concepto acerca de cultura; Claudio Malo (2002) enuncia “Cultura es a la vez aquella que una comunidad ha creado y lo que ha llegado a ser gracias a esa creación, lo que ha producido en todos los dominios donde ejerce su creatividad y el conjunto de rasgos espirituales y materiales que, a lo largo de ese proceso, han llegado a modelar su identidad y a distinguirla de otras...” (p.18). Al hablar de interculturalidad, se hace referencia a la coexistencia de las diversas culturas al interior del estado, con sus espacios debidamente delimitados, cuya finalidad es ayudar a conservar las particularidades de cada una de las culturas existentes, para que estas no pierdan su identidad, por encontrarse en minoría respecto de la cultura dominante. Al definirse el Estado Ecuatoriano como intercultural y plurinacional, ha hecho posible el reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en una relación con la ciudadanía étnica o cultural. La mayoría de la población ecuatoriana se auto-identifica como mestiza, aunque existen algunos que prefieren adherirse a un legado cultural básicamente blanco/europeo, principalmente en las grandes ciudades, se ha considerado que en el Ecuador 25% de población es indígena, 5% de población es afro-ecuatoriana, 65% de la población es mestiza y 5% de la población es blanca según datos del censo INEC (2010).

El problema que plantea el pluralismo jurídico a la existencia de varios sistemas en una sociedad es pues, que la eficiencia de la pluralidad dependerá del desarrollo de los particulares sistemas propios; ya que como indica de Sousa (2012) cada cultura tiene sus propios códigos culturales: valores y normas. Adicionalmente es importante aclarar que la cultura es el conjunto de creencias, instituciones y prácticas por las que un pueblo o sociedad afirma su presencia en el mundo en un momento dado del espacio y del tiempo. Por ende en toda cultura descansa en un

mito englobante, comprendido como aquello en lo cual se cree sin ser conscientes que cree en ello, pero que impregna toda la cultura, constituyendo pues su alma profunda por así decirlo (Huanca Ayaviri, Félix, 2007). Es necesario un análisis jurídico que supere la forma moderna de comprensión ya que este es un concepto sólo válido allí donde ha sido concebido -tradición occidental-. Se necesita más que un método, una metodología, que nos permita como indica de Sousa (2013) “el estudio de las relaciones entre la justicia indígena y la justicia ordinaria no es un estudio de las relaciones entre lo tradicional y lo moderno. Es más bien un estudio entre dos modernidades rivales, una idiosincrasia indocéntrica y otra eurocéntrica. Ambas son dinámicas y cada una de ellas tiene reglas propias para adaptarse a lo nuevo, para responder ante las amenazas, en fin, para reinventarse” (Huanca Ayaviri, Félix, 2007 p.10). Esto exige, en primera instancia, un conocimiento de integración del universo jurídico del otro, incorporando y aceptando al otro, así como a su universo propio; y, en un segundo momento requiere una integración recíproca, guiada por este principio común, que llamamos pluralismo jurídico intercultural.

La filosofía intercultural es más que una corriente o escuela filosófica, sus planteamientos se sustentan en la necesidad de salir del eurocentrismo y del occidentocentrismo vigentes en la filosofía dominante. Debido a la realidad multicultural de la humanidad, habrá que entablar un diálogo intercultural serio. Sobre los planteamientos de la Filosofía Intercultural, el filósofo Josef Estermann (2011) menciona que “aunque la filosofía intercultural tiene apenas unos veinte años de vida, se puede distinguir diferentes vertientes”. Una primera vertiente se podría denominar la vertiente “culturalista” que intenta redefinir la filosofía en clave cultural. Esta se puede interpretar como una *subcorriente* del pensamiento posmoderno. Una segunda vertiente sería la “comparativista” y se basa en la comparación entre diferentes tradiciones filosóficas a fin de enriquecer la propia tradición. En estas dos vertientes encontramos como punto común a la tradición occidental de la filosofía. Una tercera vertiente surge de las filosofías “subalternas”, tal como la filosofía aborígen, las etnofilosofías, las filosofías postcoloniales, feministas, ecofilosofías y espiritualidades de la nueva era y esotéricas (Estermann, 2011). Su propósito es, muy en concordancia con la posmodernidad, pluralizar y diversificar el quehacer filosófico.

Adicionalmente, una cuarta vertiente se entiende explícitamente en la tradición de la Filosofía de la Liberación, se define como comprometida con las culturas subalternizadas y

crítica frente a un modelo ‘único’ de vida y sociedad (Estermann, 2011). El objetivo común de todas estas vertientes en la Filosofía Intercultural es la deconstrucción de la forma tradicional de hacer y entender la filosofía que ha sido dictada desde los centros hegemónicos occidentales, las mismas que han pretendido ser universales al igual que únicas.

De esta manera la Filosofía Intercultural como la entiende Estermann (2011) tiene una doble intención: por un lado, crítica radicalmente a todo tipo de “culturocentrismo” en la filosofía, lo que implica el reconocimiento fundamental de la diversidad cultural, social, histórica y política de cada filosofía. Por otro lado, la nueva relación a través del dialogo permite nutrir el debate filosófico en simetría y equidad. Así como la filosofía se ha abierto a estos debates sin duda era más que urgente como anota de Sousa la integración al debate del derecho. El análisis cultural del derecho supone explicar y comprender conceptos preliminares del derecho y la cultura; ambos conceptos son polisémicos y descansan sobre variables epistemológicas y metodológicas, es decir, su significado depende de la disciplina y el enfoque utilizados en su tratamiento (de Sousa, 2009). Hay que entender al derecho como ordenamiento jurídico positivizado y considerar a la cultura como las prácticas y el conocimiento dinámico y contributivo. Y en este sentido, es necesario tomar en cuenta la cultura como factor transversal para valorar las conductas y los fines del Derecho.

Rodolfo Stavenhagen apunta al derecho de las personas pertenecientes a las minorías (pueblos indígenas, originario o campesinos) de gozar de su propia cultura, profesión y practicar su propio idioma en común. Señala que lo importante es el reconocimiento del derecho de las minorías indígenas originarias, el derecho ancestral y originario, a desarrollar su propia cultura y el respeto a su dignidad como identidad, lo que debe ser protegido por el derecho e impulsarlo (Stavenhagen, 2001). El pluralismo jurídico es uno de los principios que funda el nuevo modelo de Estado, según el primer artículo de la nueva Constitución Política del Estado.

Desde antes de la colonia, el hoy territorio de nuestro estado estuvo compuesto por diversas formas culturales de organización, cosmovisiones, costumbres y sistemas. Algunas de estas formas “primitivas” se conservaron hasta nuestros días a pesar del régimen colonial y su intención de imponer un sistema único, dicho sistema perduró en el periodo republicano relegando a esta diversidad de culturas. El pluralismo implica la coexistencia simultánea de varios sistemas jurídicos divergentes en un mismo espacio sociopolítico, también de sistemas de

regulación de acción social, así como de varios sistemas de resolución de conflictos en sus diferentes niveles sociales. Entenderemos por resolución de conflictos a todo aquel sistema integral que busca transformar los conflictos a un estado constructivo, para poder establecer una convivencia pacífica. Como indica Cruz (2011) la resolución de conflictos en el mundo andino: según la cosmovisión andina todo tiende a vivir en equilibrio y en armonía. Un Instrumento para prevenir y manejar conflictos es el consenso en base a decisiones colectivas. Eso nos lleva a vivir en comunidad para vivir bien; otra característica de las comunidades andinas en relación a los conflictos es la importancia de mantener las relaciones equilibradas entre todas y todos.

La teoría del pluralismo tiene dos vertientes o líneas de debate: el Pluralismo Clásico y el nuevo Pluralismo Jurídico. Sobre este último aspecto, Félix Huanca (2011) menciona que, el segundo responde a la convivencia de múltiples y diferentes esferas jurídicas en un mismo territorio, como consecuencia de la fragmentación de las sociedades industrializadas y de la descentralización de los derechos estatales. La condición de plural sería un hecho permanente y estructural que en la actualidad está cobrando un renovado protagonismo como consecuencia de la quiebra y fragmentación de la soberanía de los Estados Nacionales. Este fenómeno es apreciable y ejemplo a estudiar hoy día, por ejemplo, la construcción de la Europa unida. Al mismo tiempo, Huanca (2007) aporta en la distinción y reconocimiento de los tipos de pluralismo jurídico: tipo vertical y tipo horizontal. El Pluralismo Jurídico se basa en la interrelación entre organizaciones o subgrupos sociales, normalmente es concebida como la teoría de los campos sociales semiautónomos. El pluralismo jurídico nacería así de la interrelación constante entre campos sociales semiautónomos, no jerarquizados sino coexistentes horizontales entre sí. La convivencia de distintas culturas con valores y normas en un territorio es el espacio apropiado para desarrollar el pluralismo jurídico horizontal.

Si bien en la doctrina sobre el pluralismo existen divergencias y percepciones diferentes, existen a la vez rasgos comunes que comparten todas las doctrinas. El Pluralismo Jurídico es un paradigma que contribuye a develar el mito jurídico monista y centralista estatal, que reduce e identifica toda manifestación jurídica como cosa análoga a la Ley y al Estado. El Pluralismo Jurídico contribuye al reconocimiento de la diversidad y la pluralidad. En esa línea, respecto a la universalidad de los derechos humanos, de Sousa (2004) se interroga si es una cuestión exclusiva de la cultura occidental, si es un producto cultural o puede explicarse desde una cultura global.

Concluyendo en que la concepción de los derechos universales descansa bajo la protección del paradigma liberal occidental. De Sousa desenmascara la exclusión de la gran mayoría de los pueblos en su elaboración, así como la superioridad del reconocimiento de los derechos individuales, civiles y políticos con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales.

Para evitar los peligros de la falsa universalidad de los derechos humanos, propone una política cosmopolita para transformar esta universalidad en una nueva universalidad del cosmopolitismo. Propone reinscribir los derechos humanos multiculturalmente. Bajo esta perspectiva, de Sousa (2004) concibe el multiculturalismo como la precondition para una relación equilibrada entre competencias globales y legitimidad local. Para eludir la amenaza de que los derechos humanos puedan convertirse en una nueva forma de colonialismo de occidente, de Sousa reafirma la importancia de la promoción de diálogos interculturales basándose en principios transculturales. Los derechos de los individuos aparecen entonces como atributos de un Estado-nación, que representa una sociedad homogénea en su conjunto. Ante este panorama el pluralismo jurídico nos permite comprender que en la sociedad tenemos distintas formas de normatividad social desde las tradicionales -mayormente orales- que operan en las comunidades indígenas, especialmente aquellas referidas al sistema de organización y cambio de autoridades, hasta las otras de comercio tradicionalmente trueque o simple interrelación social.

Todas las sociedades son plurales y, por tanto, a la pluralidad de grupos sociales y culturales les corresponde sistemas jurídicos múltiples, entre los que se puede establecer una relación de colaboración, coexistencia, yuxtaposición, negación a dominación. El pluralismo jurídico es un modelo contrapuesto al monopolio de lo normativo o sistema centralizado de normas; este modelo debe ser explicativo y útil para el desarrollo cognitivo de las presentes y nuevas generaciones. La aceptación del paradigma del pluralismo jurídico permite dar respuestas, desde el punto de vista del análisis interdisciplinar hermenéutico, más coherentes y eficaces a la actual dinámica normativa-jurídica de la sociedad que no sólo se reduce al mundo jurídico estatal formalista e individualista.

2.2 Derechos de los Pueblos Indígenas en el Marco Normativo Ecuatoriano

Desde la década de los noventa ha existido un proceso de reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas. En la Constitución de 1998 se reconoce el pluralismo jurídico y más tarde en la Constitución del 2008 se otorga a las comunidades indígenas el derecho de aplicar su forma de solución de conflictos internos (Art. 171). En esto se entiende que, esta libertad puede generar tensiones y conflictos de naturaleza jurisdiccional, por un lado, y de competencia entre las autoridades encargadas por otro. Pese al mandato constitucional no se han podido establecer los mecanismos adecuados necesarios para la aplicación de la ley.

El movimiento indígena operó y sigue operando a través de organizaciones como la COFENAIE, CONAIE, PACHAKUTIK, ECUARUNARI, entre otros; éstos han impulsado y siguen impulsando, procesos de reconocimiento de sus derechos a nivel local, nacional y supranacional. Estas organizaciones, buscan la reivindicación y sus demandas están relacionadas con temas como: justicia social, políticas de reconocimiento identitario y ordenamiento propio. El tratamiento teórico del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas normalmente se ha vinculado con la ciudadanía multicultural (Kymlicka, Will, 1996). En términos teóricos, Kymlicka sostiene que, al hacer una equiparación entre los pueblos indígenas y las minorías nacionales, minimizando cualquier diferenciación sustancial entre ellos, ambos son dos entidades que guardan ciertas similitudes en términos estructurales, institucionales, y mantienen patrones culturales parecidos. Al mismo tiempo las sociedades comparten el mismo propósito de la autodeterminación colectiva (Kymlicka, Will, 1996).

Los principios básicos para Kymlicka de la ciudadanía multicultural son los principios de tolerancia, adopción restrictiva de las formas de diversidad cultural, limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias y el principio de garantía a los derechos de las minorías (Kymlicka, Will, 1996, p. 112). Sobre el primer principio podemos expresar que, es aceptar y respetar al diferente como un interlocutor válido en el diálogo público. La tolerancia “es el respeto a la autonomía hecho praxis. Sin tolerancia, es decir, sin respeto a la diversidad cultural y a la pluralidad política, la vida pública es una quimera” (Kymlicka, Will, 1996, p. 218). Sobre el principio de adopción restrictiva de las formas de diversidad cultural, el autor indica que las

culturas minoritarias tienen el derecho a preservarse como comunidades culturalmente diferentes, pero solo en la medida que se autogobiernen respetando los principios liberales mínimos como son la libertad, la igualdad y la autonomía (Kymlicka, Will, 1996, p. 84).

Una sociedad liberal que pretende defender los derechos de las culturas minoritarias es aquella que se fundamenta en el valor de la autonomía. No obstante, desecha cualquier forma de derechos diferenciados en función del grupo que restrinja las libertades civiles de los miembros del grupo porque ello supone una incoherencia con los principios liberales de libertad e igualdad (Kymlicka, Will, 1996, p. 227). Es decir, se entiende que, en la doctrina liberal, los individuos tienen determinados derechos mínimos que deben ser respetados en todo escenario, sin embargo, una cosa es haber identificado esos derechos mínimos, y otra cuestión es imponer el liberalismo en contextos donde no se comparten sus principios. Entonces, ante esta encrucijada nos podemos preguntar ¿cómo debería actuar un Estado liberal a las minorías no liberales?

Sobre esto Kymlicka, dirá que la actitud de los estados liberales sobre la imposición del liberalismo ha cambiado con el pasar de los años, se ha tomado conciencia de que el uso de la fuerza difícilmente resolverá la cuestión (Kymlicka, Will, 1996, pp. 228–229). De esta manera podemos decir que en un Estado multicultural las relaciones entre la cultura mayoritaria y las culturas minoritarias deberían regirse por el diálogo, la negociación pacífica y el consenso (como sucede en las relaciones internacionales), nunca por la fuerza. Por tanto, “sentar las bases de un acuerdo, teniendo en cuenta que las bases más seguras en las que fundamentar este acuerdo son las que se derivan de la coincidencia en los principios fundamentales. Pero si dos grupos [culturales] no comparten los principios básicos, y no se les puede persuadir a que adopten los principios del otro, la acomodación mutua tiene que asentarse sobre otras bases, como las del *modus vivendi*” (Kymlicka, Will, 1996, p. 231).

A continuación, encontramos al principio de limitación básica a los derechos de las culturas minoritarias. Este nos dice que, en una sociedad democrática, los principios, creencias y percepciones liberales imponen limitaciones a los derechos de las culturas minoritarias; no está justificada ninguna restricción a las libertades civiles o políticas básicas de los miembros de una cultura minoritaria. Al apelar a la reivindicación del grupo contra sus propios miembros, las culturas minoritarias generalmente establecen restricciones internas a fin de reducir el impacto desestabilizador que pueda generar el disenso interno, incidiendo con ello en la afectación del

núcleo mínimo valorativo que se debe respetar. En estas restricciones, Kymlicka advierte el peligro en la opresión de las libertades individuales en la comunidad (Kymlicka, Will, 1996, p. 59).

Adicionalmente encontramos el principio de garantía a los derechos de las minorías: el mismo indica que, en una sociedad democrática existe la obligación de garantizar protección a los derechos de las culturas minoritarias frente a las decisiones que pudiera tomar el conjunto de la sociedad. En esa línea cabe señalar, entonces, que existe un deber moral de proteger a las culturas minoritarias del impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad de la que forman parte.

3. Análisis del caso 190-16-SEP-CC de la Corte Constitucional Ecuatoriana

3.1 Criterios de la Corte Constitucional de Colombia para resolver conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena

Debido a la proximidad con Colombia que, no es solo geográfica, sino social y cultural, resulta pertinente citar un caso del vecino país. En este momento hacemos referencia a la sentencia T-002-2012 de la Corte Constitucional Colombiana. Ésta sentencia nos ofrece criterios a tomar en cuenta para poder distinguir la competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, en el caso de existir un conflicto entre las mismas. Por supuesto se ha tomado en cuenta que los casos guardan distancia, sin embargo los parámetros de diferenciación entre tipo de Justicias (ordinaria e indígena) son los que nos interesan. Los criterios sobre la solución de conflictos entre autonomía indígena nos permiten relacionar ambos casos.

La Corte Colombiana ha establecido y reiterado criterios para solucionar tensiones por un lado, en los casos en los cuales estén en debate la integridad étnica y la diversidad cultural, y por otro para marcar límites a la autonomía de las comunidades indígenas. En jurisprudencia se ha manifestado criterios generales sobre la solución de conflictos entre autonomía indígena y otros derechos fundamentales (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana). La corte adicionalmente ha establecido un criterio o Principio General de Interpretación. Empezando por un Principio de *maximización de la autonomía de las comunidades indígenas*. Este principio supone el carácter excepcional de las restricciones a la autonomía de las comunidades:

“En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio [de la autonomía de las comunidades] se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (*principio pro libertate*), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (*principio pro communitas*)” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana).

Se entienda que, si de lo desarrollado la Corte Colombiana elabora restricciones que son admisibles, de manera excepcional, cuando: “1.- sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y 2.- sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana). Dejando como resultado que, cuando un caso concreto exija ponderar para la Corte la preservación de la diversidad étnica de la Nación, frente a otros intereses, la autonomía de las comunidades podrá o será restringida una vez se verifiquen las siguientes condiciones: “a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna) [y] b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana). Podemos de esta forma observar que su interés no es el dar más o menos valor a un sistema sobre otro si no al contrario guardar un equilibrio y precautelar una armonía. Así, la Corte concluye en que “Todo ello bajo el entendido de que sopesar la jerarquía de los intereses en pugna y la posible aplicación de medidas menos gravosas para la autonomía de las comunidades es un ejercicio de ponderación que debe realizarse a la luz de las características y atributos propios de cada comunidad” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana).

Adicionalmente la Corte elabora y desarrolla también un tema que denomina *principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos*. Este principio nos indica que, la autonomía de las comunidades debe ser respetada en mayor medida cuando el problema que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional deberá orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana). Otro principio elaborado por la Corte Colombiano es el *principio de a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía*. Enunciado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994. El punto de partida de este principio se refiere principalmente a que la asimilación colonial no fue asimilada de manera homogénea por las diversas comunidades que habitaban el territorio lo cual daría como resultado que existan grupos humanos que resistieron el proceso de occidentalización y a su vez grupos que absorbieron la las formar de la comunidad mayoritaria(Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana, p.68).

Adicionalmente para delimitar la autonomía de las comunidades indígenas, la Corte está directamente relacionada con el artículo 246 Constitucional en Colombia. Este artículo reconoce la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley. En este artículo, la Corte ha establecido dos parámetros claves, que son: “(I) la escogencia de las disposiciones legales y constitucionales que efectivamente han de servir de límite debe estar guiada por los principios de diversidad y pluralismo jurídico; y (II) los derechos fundamentales deben ser interpretados como *mínimos necesarios para garantizar la convivencia pacífica*” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana, p. 69). En cuanto al primer parámetro, la Corte concluye que en atención al principio de maximización de la autonomía. Adicionalmente en el análisis de las limitantes continua y enuncia que “como resultado, el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad en materia penal integran un verdadero *núcleo duro de derechos* no susceptibles de ser desconocidos o limitados esgrimiendo argumentos de tipo culturalista (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana). Sin olvidar que “la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso, debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana, p. 70).

Por otra parte sobre el segundo parámetro, la Corte precisa que, si bien hay tensión entre el concepto de diversidad cultural y el sistema de derechos fundamentales que defiende la constitución del año de 1991, esta aparente contracción de sistemas no excusa al Estado de su obligación de preservar la convivencia armónica entre las minorías culturales existentes en Colombia y el resto de la población. Así mismo la Corte crea estrategias en la búsqueda de alcanzar armonía, las mismas que consisten en definir los derechos humanos como mecanismos mínimos, los mismos que son necesarios para garantizar la convivencia pacífica, respetando la dignidad de cada ciudadano. De esta forma, los actos que llevan a cabo las comunidades indígenas amparándose en su autonomía encuentran su límite en el respeto a la dignidad humana. En esto la Corte manifiesta aceptar que se debe limitar a la autonomía de las autoridades indígenas, siempre que estas limitaciones sean en miras de evitar que se realicen actos arbitrarios que transgredan la dignidad humana y los derechos humanos de los miembros de la comunidad (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana, p. 70).

Adicionalmente, la Corte elabora, como es de su competencia, la jurisdicción especial indígena y los estructurales del fuero indígena, como lo es la competencia los mismos que se derivan del artículo 246 Constitución colombiana la cual nos dice:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana, p. 70).

La Corte Constitucional, en sentencia C-139 de 1996, abordó por primera vez el tema y determinó que hacen parte del contenido de esa disposición: por un lado (I.) la facultad de la comunidad de establecer autoridades judiciales propias, también ellos tienen (II.) la potestad de conservar y/o crear normas y procedimientos propios, adicionalmente (III.) los elementos anteriormente mencionados deben ser sujetos a la Constitución y la Ley. También en este sentido se determina “(IV.) La competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso [y] (V.) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada” (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana, p. 70).

Así, el desafío que enfrenta el orden constitucional en relación con la jurisdicción especial indígena consiste en garantizar que una comunidad que cuente con los elementos (I) y (II), es decir, con autoridades judiciales y procedimientos judiciales autóctonos bien definidos, pueda ejercer su autonomía aún en ausencia de una ley de coordinación (V), sin perder de vista que el sometimiento de la jurisdicción especial indígena a la Constitución Política y la ley debe conectarse armónicamente con los límites propios de la autonomía de los pueblos en tanto derecho fundamental. En respuesta, la Corte Constitucional ha ratificado que el Consejo Superior de la Judicatura es el juez natural para dirimir este tipo de conflictos, al tiempo que se ha ocupado de precisar el alcance del artículo 246 Constitucional por estar en juego los derechos fundamentales de un grupo humano especialmente protegido (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana).

El fuero indígena dentro del elemento personal y elemento territorial analizado por la Corte se centra en los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional fueron abordados por primera vez según el caso estudiado en la sentencia T-496 de 1996. En ese

fallo la Corte señaló que el fuero indígena es la consecuencia jurídica del reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas. En el mismo pronunciamiento, la Corte resaltó que la identidad indígena del procesado no basta para poner en marcha el fuero indígena, sino que es necesario acreditar en el proceso la concurrencia de dos elementos; por una parte el carácter personal y por otra parte el carácter geográfico (Sentencia T-002-2012. Corte Colombiana, p. 71).

3.2 Hechos de caso Sentencia 190-16-SEP-CC de la Corte Constitucional Ecuatoriana

Los señores Alfonso Fonte Cuascota, presidente de la comunidad indígena Caluquí y el señor Marco Aníbal Guatemal, procesado en la causa N° 232-2011. Amparados en lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 58 (en adelante) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales deciden plantear una Acción extraordinaria de protección en contra del *auto* del 22 de septiembre de 2011, dictado por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura dentro del proceso penal N° 2011-0232 (Sentencia No. 190-16-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador). Ambos señores buscan que la Corte Constitucional dirima la validez de la sentencia de la cual es víctima uno de ellos. La Corte Constitucional establece el siguiente problema jurídico: El *auto* del 22 de septiembre de 2011, dictado por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura dentro de la causa N° 10102- 2011-0232, y se pregunta si este *auto* vulnera el derecho constitucional a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República. El artículo 82 de la Constitución de la República que señala:

"Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas, previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes" (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Corte Constitucional al referirse al derecho a la seguridad jurídica nos indica que “a través del derecho a la seguridad jurídica, se crea un ámbito de certeza y confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues se garantiza a las personas que toda actuación se realizará acorde a la Constitución y una normativa previamente establecida, que será aplicada únicamente por parte de las autoridades competentes para el efecto” (sentencia N° 091-

16-SEP-CC). Esta garantía constitucional debe ser entendida como uno de los deberes fundamentales del Estado y en consecuencia, corresponde a los jueces brindar, en todo momento, la certeza al ciudadano respecto de las actuaciones que en derecho.

De los criterios jurisprudenciales que preceden, se entiende que el derecho a la seguridad jurídica comprende la existencia de normas. Estas normas jurídicas previas son claras y públicas y deben ser aplicadas por los operadores jurídicos mediante una interpretación acorde al caso concreto. Esto en observancia de la normativa constitucional e internacional sobre derechos humanos, a fin de brindar una correcta administración de justicia. La demanda de acción extraordinaria de protección manifiesta la insatisfacción de los accionantes en lo concerniente a la aplicación de la normativa de carácter infraconstitucional, la misma que regula la declinación de competencias de la jurisdicción ordinaria a favor de la jurisdicción indígena. En virtud de lo cual solicitan se delimite las competencias entre estas dos jurisdicciones. La justicia constitucional no puede sustituir los mecanismos de protección previstos en la legislación ordinaria. En el caso que no se siguiere el debido proceso, de no seguirse el órgano regular la corte no cumpliría con su cometido "pues en dicho caso la justicia constitucional pasaría a asumir potestades que no le corresponden, afectando la seguridad jurídica de los ciudadanos, desvirtuando la estructura jurisdiccional del Estado y desconociendo la garantía institucional que representa la Función Judicial" (Sentencia No. 016-13-SEP-CC).

La Corte Constitucional ha evidenciado que los jueces de la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, al momento de resolver el recurso de hecho observaron y aplicaron las normas previas, claras y públicas que al momento de la interposición de dicho recurso, se encontraban en plena vigencia. Ratio; ante lo cual, al verificar los juzgadores que no se ha dado cumplimiento a los requisitos que contemplaba el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal para la procedencia de este tipo de recursos, lo desestimaron. Por tanto, **no existe una vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República** (Sentencia No. 057-15-SEP-CC). La intención de la Corte con el fallo es garantizar la seguridad jurídica que se comprende como la existencia de normas jurídicas previas claras y públicas.

3.3 Análisis de la Sentencia 190-16-SEP-CC

3.3.1 Fuero indígena

En el ámbito constitucional en el Ecuador existen normativas en términos de inclusión de las comunidades indígenas desde la Constitución del año de 1998. Sin embargo, solo a partir de la Constitución del 2008 se ha respetado la ley y se han cumplido las normativas de reivindicación indígena. Por otro, el elemento personal al que hace alusión la Corte Constitucional colombiana se hace también aplicable al Ecuador por la diversidad cultural, la identidad indígena y la autodeterminación indígena culturalmente diversa que poseen ambas naciones. Llamaremos elemento personal al que se refiere a la persona (en este caso indígena) que comete el hecho que esté sancionado por la justicia ordinaria y por la justicia indígena.

En el caso ecuatoriano y en la normativa ecuatoriana para poder hacer aplicable a la Justicia Indígena basta con la autodeterminación y la autoidentificación del individuo que se reconozca como indígena. En contraste en el caso de los parámetros colombianos es necesario una pericia externa u opinión de expertos que determinen si es indígena y lo reconozcan como tal (Sentencia T-617 de 2010, Corte Colombiana). La determinación del elemento personal en ambos casos es importante para saber qué clase de sanción es comprensible al hecho que se presume punible. En el caso ecuatoriano no se realizó pericias por lo que se consideró que se podía solucionar en el órgano ordinario.

La valoración que hace la Corte constitucional en el caso de estudio Sentencia 190-16-SEP-CC arroja como resultado que el grupo indígena implicado estaría en capacidad de discernir la gravedad de sus acciones. Y como parte de la conciencia del acto, la potencial consecuencia que implicaría el cierre de la vía.

Con relación al elemento territorial, la Corte colombiana entiende como territorio no solo al espacio geográfico, sino también extiende al espacio donde la comunidad indígena despliega su cultura. “El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo” (Sentencia T-617 de 2010, Corte Colombiana). Esto quiere decir que el espacio de vida de la comunidad no se limita a coordenadas geográficas sino que va más allá. Para poder hacer aplicable la normativa, al igual que en el elemento personal, en el caso colombiano intervienen expertos, los mismos que determinan si es aplicable. Por otro lado en la normativa ecuatoriana

basta con declarar “territorio ancestral” para poder reclamar los derechos sobre el espacio geográfico. En este sentido este parámetro no aplica para el estudio de caso.

3.3.2 Capacidad institucional

Los grupos indígenas en Latinoamérica, por ende en Ecuador, tienen una organización sumamente fuerte. La estructura social autónoma comunitaria es tradicional y su constante lucha de reivindicación les ha permitido permanecer en el tiempo. Como porte de esta organización podemos analizar el elemento institucional u orgánico. Éste, como indica su nombre, se interesa por la organización institucionalidad al interior de la comunidad indígena. La organización debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, “sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social” (Sentencia T-617 de 2010, Corte Colombiana).

La institucionalidad en los casos revisados, tanto ecuatoriano como en el colombiano, es esencial para la eficacia del debido proceso. El elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente en casos de extrema gravedad como lo es en el caso Ecuatoriano con el elemento vida claramente establecido por la Corte Constitucional Ecuatoriana en la sentencia conocida como “La Cocha”. Si bien es cierto el derecho constituye un verdadero sistema particular e independiente entre la tensión que surge desde la necesidad de conservar costumbres y usos ancestrales y la realización de principios de legalidad en el marco de la jurisdicción de Justicia Ordinaria y especial indígena. La búsqueda esencial de este elemento es un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas. La sanción a los responsables y la determinación de las formas de reparación de los derechos o bienes jurídicos presuntamente vulnerados.

La Corte Constitucional Ecuatoriana en el caso de estudio Sentencia 190-16-SEP-CC con relación al elemento institucional no desconoció; ni la estructura tradicional ni su capacidad de ejercer autoridad. Al contrario, si bien se reconoce su autonomía, se plantea que el reclamo no tiene lugar en la institución ya que ellos no son competentes para atender el asunto planteado.

3.3.3 Bien jurídico

El bien jurídico (en el caso colombiano elemento objetivo) se define como “la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria” (Sentencia T-617 de 2010, Corte Colombiana). En otras palabras el poder central otorga una jurisdicción especial que tiene un carácter excepcional, con todo lo que implica. El estado delega competencias, no en búsqueda de dividir al estado sino más bien con el afán de reconocer las costumbres ancestrales. Esto buscando armonizar, amparar y garantizar las libertades de todos los ciudadanos. La naturaleza de esta jurisdicción especial es dar soluciones a asuntos internos de las comunidades originarias que, generalmente, son ignoradas por las distintas normativas de los estados. Se busca la menor intervención estatal. Así mismo se compara con la Corte constitucional colombiana que se refiere al bien jurídico tutelado. También al interés de la comunidad y a la sociedad mayoritaria. (Sentencia T-617 de 2010, Corte Colombiana).

La Corte Constitucional Ecuatoriana en el caso de estudio Sentencia 190-16-SEP-CC, busca precautelar como bien jurídico protegido al debido proceso, tutela judicial efectiva y la aplicación de la ley. De igual manera busca generar paz social y fomentar la confianza del ciudadano en sus instituciones. En la búsqueda de esta paz social el dictamen, se podría entender que busca armonizar y que no quede en el ambiente sensación de impunidad.

4. CONCLUSIONES

- El Ecuador es un país sumamente diverso y es importante aprender a ser tolerante y respetar las diferencias. La lucha política ha sido una constante en los pueblos indígenas a lo largo de su proceso de organización y construcción ideológica. Esto constituye un referente fundamental ya que este grupo humano lucha por un interés colectivo y global lo cual refuerza lo étnico-cultural y la lucha social de clase.
- Se puede observar que los planteamientos y acciones indígenas, se orientan hacia lo reivindicativo, cultural y de aspiraciones inmediatas -intereses concretos y sectoriales- desde las nacionalidades, pueblos y comunidades en este caso. Es necesario entender la diversidad, el patrimonio cultural del Ecuador es la herencia ancestral que da cuenta de donde proviene un pueblo. Para entender la historia del Ecuador, hay que ubicarse en cada una de sus etapas históricas, es necesario tomar en cuenta la lucha de sus pueblos. La sociedad ecuatoriana ha recorrido un largo en conjunto; mas, los pueblos indígenas a pesar de las desigualdades han resistido con sus especificidades. Es meritorio que a pesar de los procesos de globalización las comunidades hayan resistido al proceso de homogenización cultural que implica el capitalismo.
- Es importante hacer énfasis en la importancia del reconociendo del derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas. Las poblaciones aborígenes poseen amparo en las leyes nacionales y supranacionales. Adicionalmente es importante tomar en cuenta que existe legislación para remediar en el caso de haber sido violentados los derechos. Los precedentes en cuanto a las acciones son importantes como hemos señalado ya que nos permiten aproximarnos a las competencias de los tipos de justicia de mejor manera.
- Debe tomarse en cuenta la existencia en nuestro territorio de grupos humanos con particularidades. Esta es una realidad inobjetable que hace del Ecuador un país

plurinacional, pluricultural y multiétnico, y como tal se reconoce en la Constitución del 2008. Para finalizar, no hay que olvidar toda la historia que nuestros pueblos ancestrales han tejido a través del tiempo para nosotros, siempre debemos tomar en cuenta estos puntos antes de empezar hablar de historia o del ordenamiento jurídico de actualidad y del país.

- El usar la jurisprudencia del Estado colombiano me permite aterrizar en panoramas similares y de conflictos similares, entendiendo así que el Ecuador no es el único que tiene conflictos con la participación de las minorías, y que si bien no necesariamente implique una separación del Estado, trae problemas por el ejercicio tradicional del poder coercitivo.

5. BIBLIOGRAFÍA

Andrade Ubidia, José Santiago, ed. La estructura constitucional del estado ecuatoriano. Quito, Ecuador: Centro de Estudios Políticos y Sociales, Universidad de Valencia, 2004.

Ayala Mora, Manuel Enrique. Pueblos indios, estado y derecho, Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 1992.

Clavero Salvador, Bartolomé José. Derecho indígena y cultura constitucional en América. México, México: Siglo Veintiuno, 1994.

Clavero Salvador, Bartolomé José. Multiculturalismo y monoconstitucionalismo de lengua castellana en América. México, México: Instituto Nacional Indigenista Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1997. (En Derecho indígena; Gómez, Magdalena, coord.)

Estermann, Josef. Ed. Filosofía Contemporánea. La Paz, Bolivia: Tika y Teko, 2011.

Estermann, Josef. Filosofía andina. Quito, Ecuador: Abya-Yala, 2008.

Figuera Vargas, Sorily Carolina. Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica. Barranquilla, Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 2015

García, Fernando. Presente y perspectiva del movimiento indígena ecuatoriano. Quito, Ecuador: FLACSO, 2000. (En Los movimientos sociales en las democracias andinas; Massal, Julie, ed.)

Grijalva Jiménez, Agustín Modesto. Justicia indígena en el Ecuador. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.

Hernández Terán, Miguel. Justicia indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico: análisis, doctrina y jurisprudencia. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

Hernández Terán, Miguel. Justicia indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico: análisis, doctrina y jurisprudencia. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011

Huanca Ayaviri, Félix. Aproximación al Análisis Sociológico de los Derechos Humanos; del monismo al pluralismo. La Paz, Bolivia: UMSA, 2007.

Jaramillo, Christian. 2a Disquisición Sobre La Verdad, La Justicia, La Libertad Y Los Derechos Humanos. Bloomington, Estados Unidos: Palibrio, 2017.

Jellinek, Georg. Teoría general del Estado México, México: FCE, 2004

López Cuellar, Nelcy, ed. Pluralismo Jurídico Estatal: Entre conflicto y dialogo. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015.

Mühe, Damaris, y Cruz Quispe, Jorge. Metodología de Cultura de Paz. El Alto, Bolivia: Centro de Comunicación Cultural Chasqui, 2011.

Nemogá, Gabriel Ricardo, cat. Naciones indígenas en los estados contemporáneos. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2011.

Pásara, Luis. La justicia en la región andina: Miradas de cerca a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016

Recasens Sinches, Luis.ed. Sociología Jurídica. México, México: Siglo XXI, 2001.

Rodríguez, Gloria Amparo y Lopera, Gloria Patricia, ed. Retos del constitucionalismo pluralista. Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre Editores, 2016

Salgado, Judith, comp. Justicia indígena: aportes para un debate. Quito, Ecuador: Abya-Yala, 2002.

Salvador, Bartolomé José, Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas. México, México: Siglo XXI, 2008.

Santos, Boaventura de Sousa, ed. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito, Ecuador: Abya-Yala, 2013

Santos, Boaventura de Sousa, ed. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. Quito, Ecuador: Abya-Yala, 2013

Santos Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen derechos; justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. La Paz, Bolivia: Ed. Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.

Santos, Boaventura de Sousa. Epistemología del sur. México, México: Siglo XXI, 2009

Santos, Boaventura de Sousa. Pluralismo Epistemológico. Paz, Bolivia: Comuna, 2009

Naciones Unidas. Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. NACIONES UNIDAS Nueva York y Ginebra, 2013

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) (1996-2018) El derecho internacional de los derechos humanos. Ginebra, Suiza. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

Departamento de Derecho Internacional, OEA (2014-2018). Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32). Washington D. C., Estados Unidos. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización Internacional del Trabajo, 2014. OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007. Recuperado de: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007 Recuperado de:
<https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2014. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=49&lang=es

-----Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=56&lang=es

-----Caso Comunidad Indígena Yakie Axa Vs. Paraguay. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=60&lang=es

-----Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=19&lang=es

-----Caso Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=118&lang=es

-----Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=2&lang=es

-----Caso Yatama Vs. Nicaragua. Recuperado de:
http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=65&lang=es

Comisión Interamericana de Derecho Humanos. Ficha Informativa Exp. MC 382/10. 2014 Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil. Recuperado de: <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/04/medidas-cautelares-belo-monte-brasil.pdf>

Corte Colombiana. Sentencia T-002-2012. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-002-12.htm>

Corte Constitucional del Ecuador. Ficha de Relatoría. Sentencia No. 190-16-SEP-CC. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/190-16-SEP-CC.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador. Ficha de Relatoría. Sentencia No. 057-15-SEP-CC. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/ficha.php?metodo=generarFichaHtml&caso=057-15-SEP-CC>