

UNIVERSIDAD TECNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Tema: **HEGEMONÍA DEL SISTEMA JURÍDICO ORDINARIO Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR**

Trabajo de Titulación modalidad Proyecto de Investigación y Desarrollo Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional.

Autor: Doctor Franklin Mauricio Lozada Mera

Director: Abogado Vicente Manuel Solano Paucay Magíster

Ambato – Ecuador

2020

A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando Magíster, Presidente y Miembro de Tribunal e integrado por los señores: Ph.D. Borman Renán Vargas Villacrés, Doctora María Gabriela Acosta Morales Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: **“HEGEMONÍA DEL SISTEMA JURÍDICO ORDINARIO Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR”**, elaborado y presentado por el señor Doctor Franklin Mauricio Lozada Mera, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.

Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Mg.

Presidente y Miembro del Tribunal



Ph.D. Borman Renán Vargas Villacrés

Miembro del Tribunal



Dra. María Gabriela Acosta Morales, Mg.

Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: **“HEGEMONÍA DEL SISTEMA JURÍDICO ORDINARIO Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR”**, le corresponde exclusivamente al Doctor Franklin Mauricio Lozada Mera, Autor bajo la Dirección del señor Abogado Vicente Manuel Solano Paucay Magíster Director del Trabajo de Titulación; y, el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.

Dr. Franklin Mauricio Lozada Mera

CI.: 1802693562

AUTOR

Digitally signed by

VICENTE MANUEL SOLANO PAUCAY

EC
2020/07/21 12:48

Abg. Vicente Manuel Solano Paucay, Mg.

CI.: 0105017289

DIRECTOR

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.

Dr. Franklin Mauricio Lozada Mera

CI.: 1802693562

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

Contenido	Pág.
PORTADA.....	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.....	ii
AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	iii
DERECHOS DE AUTOR.....	iv
ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS.....	v
ÍNDICE DE TABLAS	vii
ÍNDICE DE GRÁFICOS	viii
DEDICATORIA	ix
AGRADECIMIENTOS	x
RESUMEN EJECUTIVO	xi
EXECUTIVE SUMMARY.....	xiii
CAPÍTULO I.....	1
1.1 Introducción	1
1.2 Justificación.....	2
CAPÍTULO II	4
2.1 Estado del arte.....	4
2.1.1 Descripción conceptual de la variable independiente: Sistema jurídico ordinario	4
2.1.2 Descripción conceptual de la variable dependiente: Pluralismo jurídico	34
2.2 Objetivos	71
2.2.1 Objetivo General	71
2.2.2 Objetivos Específicos.....	71
CAPÍTULO III.....	72
3.1 Metodología de la investigación	72
3.1.1 Enfoque	72
3.1.2 Modalidad básica de la investigación	73

3.1.3 Nivel o tipo de investigación.....	74
3.1.4 Población y muestra	76
3.1.5 Operacionalización de las variables	78
3.1.6 Plan de recolección de la información	83
3.1.7 Plan de procesamiento de la información	83
CAPÍTULO IV	86
4.1 Resultados y análisis	86
4.1.1 Producción del derecho en un Estado Intercultural y Plurinacional	86
4.1.2 Visión etnocéntrica del derecho en un Estado Pluralista	88
4.1.3 Unidad jurisdiccional desde una visión pluralista del derecho	91
4.1.4 Seguridad jurídica desde la óptica del pluralismo jurídico	93
4.1.5 Relación de subordinación o de horizontalidad del pluralismo jurídico con el derecho estatal	95
4.1.6 Colisión entre el derecho estatal y el derecho indígena	98
4.1.7 Tensión entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos	101
4.1.8 Caso La Cocha: materialización de la hegemonía de la concepción monista del derecho.....	104
CAPÍTULO V	107
5.1 Conclusiones	107
5.2 Recomendaciones.....	108
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	110
ANEXOS.....	120

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 3.1 Variable independiente: Sistema jurídico ordinario	79
Tabla 3.2 Variable dependiente: Pluralismo jurídico	81

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 4.1 Producción del derecho en un Estado Intercultural y Plurinacional	87
Gráfico 4.2 Visión etnocéntrica del derecho en un Estado Pluralista	89
Gráfico 4.3 Unidad jurisdiccional desde una visión pluralista del derecho	91
Gráfico 4.4 Seguridad jurídica desde la óptica del pluralismo jurídico	93
Gráfico 4.5 Relación de subordinación o de horizontalidad del pluralismo jurídico con el derecho estatal	96
Gráfico 4.6 Colisión entre el derecho estatal y el derecho indígena	99
Gráfico 4.7 Tensión entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos	101
Gráfico 4.8 Caso La Cocha: materialización de la hegemonía de la concepción monista del derecho	104

DEDICATORIA

A mis padres, Mesías y Rosita, cuya presencia espiritual constituye manantial de amor, nostalgia y hermosos recuerdos.

A mi gran amor, Pilar, quien se ha constituido en mi compañera de vida, cimiento de amor y ternura, a quien adoro con todas las fuerzas de mi alma y mi corazón.

A mi dulce y hermosa hija, María José, fuente inagotable de cariño, alegría y felicidad, amor hecho mujer en su esencia más pura.

Mauricio Lozada Mera

AGRADECIMIENTOS

A Dios, creador del Universo, por todas las bendiciones recibidas y por permitirme seguir adelante cumpliendo mis propósitos.

Al tiempo, porque en su transcurso, me ha permitido atesorar amistades invaluable.

A la Universidad Técnica de Ambato, alma mater de la educación, la ciencia y la investigación, escultora de sueños y realidades.

Al Dr. Vicente Solano Paucay, ser humano en toda su dimensión, conjunción de valores, trabajo y excelencia académica, guía en el camino transitado para la culminación de la tesis, a quien reitero mi amistad y gratitud sempiterna.

Al Dr. Marcelo Mantilla, maestro y amigo, a quien expreso mi gratitud y agradecimiento eterno, por los conocimientos impartidos en forma generosa, así como por su valiosa ayuda en metodología de la investigación.

Mauricio Lozada Mera

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

HEGEMONÍA DEL SISTEMA JURÍDICO ORDINARIO Y EL PLURALISMO
JURÍDICO EN EL ECUADOR

AUTOR: Doctor Franklin Mauricio Lozada Mera

DIRECTOR: Abogado Vicente Manuel Solano Paucay Magíster

FECHA: 28 de mayo del 2020

RESUMEN EJECUTIVO

La plurinacionalidad e interculturalidad encuentran su reconocimiento en las actuales constituciones de la región, así como en los derechos humanos, del cual surge el derecho de los pueblos indígenas a mantener y conservar su identidad étnica y cultural. En virtud de esta diversidad cultural, se reconoce a los pueblos indígenas sus propias instituciones, normas, procedimientos y por lo tanto sus propios sistemas jurídicos. Sin embargo, debido a la pluralidad jurídica, se genera tensión entre el sistema jurídico ordinario y el derecho indígena, en cuanto a la producción del derecho, además del conflicto de jurisdicciones que se presenta en su aplicación. Por otro lado, es necesario señalar que el pluralismo jurídico no es absoluto, sino que por el contrario tiene límites, lo cual evidencia que existe tensión entre la justicia indígena y los derechos humanos.

En virtud de los aspectos indicados, una visión etnocéntrica del derecho, podría conllevar al desconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas, eliminando su

validez y eficacia jurídica. Por tanto, el imperio de la cultura occidental sobre las culturas aborígenes, excluiría toda posibilidad de que el pluralismo jurídico tenga una relación de horizontalidad con el derecho estatal. Al respecto, es necesario indicar que la supremacía del derecho producido por el Estado simplemente podría significar un quebranto a la supervivencia cultural de los pueblos indígenas. De ahí que es necesario un diálogo intercultural que permite la armonización de los diversos sistemas jurídicos que coexisten en el Estado, a fin de que no exista subordinación alguna entre ellos. Estos aspectos serán analizados en el presente trabajo de investigación, a fin de determinar si en el Ecuador se verifica una concepción hegemónica del monismo sobre el pluralismo jurídico.

Descriptor: Diversidad étnica y cultural, etnocentrismo, interculturalidad, monismo jurídico, pluralismo jurídico, plurinacionalidad, seguridad jurídica, supervivencia cultural, sistemas jurídicos indígenas, sistema jurídico ordinario.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

THEME:

HEGEMONY OF THE ORDINARY LEGAL SYSTEM AND LEGAL
PLURALISM IN ECUADOR

AUTHOR: Doctor Franklin Mauricio Lozada Mera

DIRECTED BY: Abogado Vicente Manuel Solano Paucay Magíster

DATE: May 28, 2020

EXECUTIVE SUMMARY

Plurinationality and interculturality find their recognition in the current constitutions of the region, as well as in human rights, from which arises the right of indigenous peoples to maintain and preserve their ethnic and cultural identity. By virtue of this cultural diversity, indigenous peoples are recognized their own institutions, norms, procedures, and therefore their own legal systems. However, due to legal plurality, tension is generated between the ordinary legal system and indigenous law, regarding the production of law, in addition to the conflict of jurisdictions that arises in its application. On the other hand, it is necessary to point out that legal pluralism is not absolute, but rather has limits, which shows that there is tension between indigenous justice and human rights.

By virtue of the indicated aspects, an ethnocentric vision of law could lead to ignorance of indigenous legal systems, eliminating their legal validity and efficacy. Therefore, the empire of western culture over aboriginal cultures would exclude any possibility that legal pluralism has a horizontal relationship with state law. In

this regard, it is necessary to indicate that the supremacy of the law produced by the State could simply mean a damage to the cultural survival of indigenous peoples. Hence, an intercultural dialogue is necessary that allows the harmonization of the various legal systems that coexist in the State, so that there is no subordination between them. These aspects will be analyzed in this research work, in order to determine if in Ecuador a hegemonic conception of monism on legal pluralism is verified.

Keywords: Ethnic and cultural diversity, ethnocentrism, interculturality, legal monism, legal pluralism, plurinationality, legal security, cultural survival, indigenous legal systems, ordinary legal system.

HEGEMONÍA DEL SISTEMA JURÍDICO ORDINARIO Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR

CAPÍTULO I

1.1 Introducción

Con fecha 30 de julio de 2014, la Corte Constitucional del Ecuador expidió la sentencia No. 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha, 2014), dentro de la acción extraordinaria de protección deducida por el señor Víctor Manuel Olivo Palio, en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas por las autoridades pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi. Entre otras reglas de aplicación obligatoria, se estableció la competencia exclusiva y excluyente del derecho estatal, para juzgar y sancionar todos los casos en los que se atente en contra de la vida, independiente de la pertenencia del agresor y/o el agredido a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, o de que los hechos sucedan dentro de su ámbito territorial.

Como resultado de esta sentencia, se limitó el derecho a administrar justicia a los pueblos indígenas, desconociendo su autonomía jurisdiccional y por lo tanto desplazando la potestad jurisdiccional y competencia en razón de las personas, materia y territorio al sistema de Derecho Penal Ordinario. En razón de lo expuesto, la referida sentencia denominada como Caso la Cocha, evidencia una incipiente calidad técnica y un grave impacto en el pluralismo jurídico, pero además un quebranto a elementos constitutivos del Estado como la plurinacionalidad e interculturalidad. En contraposición a esta visión monista del derecho por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, es de especial relevancia para el presente trabajo investigativo, analizar las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en temas de justicia indígena, debido a su valioso nivel técnico, interpretativo y argumentativo, así como al avance y desarrollo jurisprudencial progresivo en temas de diversidad cultural, autonomía de los pueblos indígenas, límites al pluralismo jurídico, conflictos entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, etc. A partir de este análisis comparativo y de los resultados de trabajo de campo, se establecerá si en el Ecuador existe o no una hegemonía del derecho estatal.

1.2 Justificación

El reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad del Estado ecuatoriano, conlleva el reconocimiento del pluralismo jurídico y por tanto la coexistencia de diversos sistemas jurídicos con el Derecho estatal. Sin embargo, existe un punto de quiebre en donde terminan colisionando la justicia indígena con la concepción tradicional del derecho. De ahí la importancia del presente estudio que radica en: a) advertir aquellos elementos culturales que definen a los pueblos indígenas y que tienen relación con sus costumbres y prácticas ancestrales, b) evidenciar el debilitamiento de las culturas ancestrales; c) determinar el retorno a la concepción monista del Derecho por parte del Estado; d) establecer si existe una relación de horizontalidad o de subordinación del pluralismo jurídico frente al ordenamiento jurídico de carácter estatal; y, e) corroborar la legitimidad y el valor jurídico de las decisiones indígenas.

La realidad jurídica y social del Ecuador, evidencia la incipiente capacitación de operadores judiciales, autoridades indígenas y sociedad en general en temas como pluralismo jurídico, justicia indígena, vulneración de Derechos Humanos, coexistencia del derecho indígena con la justicia estatal, etc. Como ejemplo, vale mencionar que en las universidades se imparte cátedras como derecho romano, sin que exista en el pensum de estudios materias que fomenten la formación académica de los estudiantes en derecho indígena, a pesar de que el Ecuador es un estado plurinacional e intercultural. Esta realidad constituye la raíz del proceso de debilitamiento de la justicia indígena en este país, lo que ha conllevado a la deslegitimación de la jurisdicción indígena, pues el desconocimiento de los procedimientos y sanciones que se aplican, le ha significado la calificación de justicia bárbara. Con estos antecedentes, el impacto de la presente investigación se circunscribe en evidenciar el proceso de debilitamiento de la justicia indígena en el Ecuador, y por tanto el quebranto y desconocimiento del pluralismo jurídico.

Sin embargo, de que, en la actualidad el nuevo constitucionalismo latinoamericano reconoce la plurinacionalidad e interculturalidad, aún existe una visión occidental que considera a la cultura indígena limitada únicamente a la música, danza, folclor

o artesanías, desconociendo su valioso y extenso acervo cultural, que no se agota en dichos aspectos, sino que por el contrario sus horizontes se amplían a la filosofía, ciencias, artes, derecho, etc. Por tanto, más allá de este criterio occidental, es muy posible que el destino crítico de Latinoamérica repose sobre los hombros de los indígenas y campesinos, a través de un pensamiento social crítico con intereses emancipatorios, y de transformación de las sociedades en más justas y equitativas. En virtud de los asertos expuestos, con respecto a los beneficiarios, la presente investigación procura contribuir al desarrollo de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su calidad de titulares de derechos. Sólo de esta manera se alcanzará el ejercicio pleno de sus derechos en el marco de la igualdad de condiciones, así como la visibilización de la justicia indígena, que ha sido y que continúa siendo ignorada desde una visión occidental, a pesar de que goza de validez y eficacia jurídica.

Por otro lado, la novedad de la investigación radica en aportar parámetros para alcanzar la armonización cultural y jurídica que habilite construir una nueva relación entre Estado y pueblos indígenas y que permita además establecer un puente entre derechos humanos, constitucionalismo y pluralismo jurídico, en aras de alcanzar que los diversos fenómenos sociojurídicos vayan a la par de la dinámica de las sociedades. Lo expuesto permitirá superar aquellos límites a los sistemas de jurisdicción indígena que en los actuales momentos evidencian una realidad latente y que constituyen la imposición de la cosmovisión de la cultura occidental sobre la cosmovisión de la cultura indígena.

Finalmente, a través del presente estudio se analizará si el pluralismo jurídico tiene una relación de subordinación con el derecho estatal, o por el contrario tiene una relación de horizontalidad con el sistema de justicia ordinario, pues no se puede desconocer que el sistema jurídico de los pueblos indígenas es una realidad, que cuenta con sus propias normas, instituciones, procedimientos, sanciones y autoridades. Consecuentemente, la originalidad de la presente investigación queda justificada en el reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador, como esencia de la plurinacionalidad e interculturalidad.

CAPÍTULO II

2.1 Estado del arte

2.1.1 Descripción conceptual de la variable independiente: Sistema jurídico ordinario

El sistema jurídico ordinario constituye el conjunto de normas jurídicas que emanan del órgano competente y que regulan las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado. En este sentido, el derecho ordinario se sustenta en la existencia de una norma escrita, en virtud de lo cual se materializa el principio de legalidad. Esta es la manera en que el Estado, desde el sistema ordinario, manifiesta su voluntad.

El Estado es el titular del poder de castigar ius puniendi para el caso de conductas penalmente antijurídicas que son imputadas a personas que, a su vez, están sometidas al poder del Estado. Para hablar de un derecho subjetivo de castigar, primero debe existir un interés o un bien efectivamente tutelado por la norma penal. Estamos hablando, entonces, de un poder que tiene el Estado y que ejerce conforme a las reglas que la propia legislación positiva le marca, entre las cuales no se incluye la posibilidad de no ejercer ese poder si no es por la propia disposición del derecho aplicable a cada caso. Esto significa, sujeción al Estado de derecho y legitimación de la actividad estatal (Contreras López, 2012, págs. 35-36)

El fin que persigue la existencia de un sistema jurídico ordinario es la convivencia armónica de los ciudadanos, a través de la búsqueda de un valor superior como es la justicia. Al respecto, es necesario indicar que el más grande anhelo de toda la humanidad, es la realización de la justicia, término difícil de conceptualizar. No obstante, de modo general, se conoce que “la justicia se trata de un orden de convivencia humana que consiste en la igualdad de todos los miembros de la comunidad tanto en la sumisión de las leyes entre ellos vigentes como en el reparto de los bienes comunes” (Poole Derqui, 2009, pág. 37). En el Ecuador, el poder del Estado encargado de la administración de justicia, es la Función Judicial. Por lo

tanto, este es el órgano jurídico con la facultad de normar la convivencia armónica de la sociedad (Palomeque, 2016, pág. 117).

Una noción correcta de las ideas a que se refiere la expresión administración de justicia se obtendría distinguiendo dos aspectos de esta. De una parte, el ejercicio del poder judicial, aplicando las leyes en los casos concretos. En este sentido la justicia se ejerce por los jueces y tribunales. Pero para que sea posible adoptar las decisiones de carácter secundario en aplicación a la potestad jurisdiccional, y sobre todo para que sea posible ejecutarlas, debe existir una organización administrativa que trabaja en conexión directa con los tribunales. (Preciado Quiñonez, 2013, pág. 19)

Conforme se deja indicado, el derecho ordinario sustenta sus bases en la soberanía estatal y en el reconocimiento de un ordenamiento jurídico preestablecido. Sin embargo, esta afirmación no corresponde a la realidad jurídica y social de diversos países de la región, cuyas cartas constitucionales reconocen al pluralismo jurídico, entendido este como la convivencia paralela de diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. Aunque, la práctica responde a realidades muy distintas, como resultado de un sistema de administración de justicia ordinario totalmente hegemónico, que aún no supera la tradición “monista” del Estado de Derecho.

En este sentido, finalmente es necesario indicar que el quebranto del pluralismo jurídico, se evidencia desde una visión hegemónica del derecho por parte de los operadores, a partir de un discurso y praxis monoculturales dominantes. Dentro de este esquema, en el que prima la visión estatal monocultural de la justicia, los emergentes órdenes de justicia indígena ocupan un lugar de subordinación, que se refleja en la continua y sistemática negación de legitimidad que en su contra se emprende desde la justicia ordinaria.

2.1.1.1 El Estado y el Derecho

Históricamente, se conoce que la humanidad se ha caracterizado por vivir en sociedad; de modo que, desde la antigua Grecia, surge la existencia de las

denominadas polis, que consistían en agrupaciones organizadas dentro de un territorio y que se gobernaban de manera autónoma. Precisamente, estas primitivas formas de organización, contaban con tres estamentos: los ciudadanos libres, los extranjeros y los esclavos. Con el devenir del tiempo, este tipo de organización política se desarrolla en el predominio de las llamadas monarquías absolutas representadas por un rey, que han constituido una forma de gobierno que se expandió por todo el mundo occidental. Posteriormente, al marco del imperio romano continúa el proceso histórico que da origen a lo que actualmente se conoce como Estado.

En consecuencia, el uso del término Estado, que hace referencia a la organización jurídica y política dentro de un territorio; es tan pretérita como su nombre mismo; por cuanto ya desde la Antigua Grecia, en su momento Aristóteles definió al Estado como:

“Una asociación que busca un bien, el cual es el mayor de todos los bienes porque congrega a los demás. Sumado a esto le da un valor inmenso al Estado sobre los individuos puesto que el individuo es inútil y por lo tanto no puede bastarse a sí mismo, en efecto el hombre está condenado a la congregación política” (Aristóteles, 1989, págs. 21-24).

Así también se le atribuye el uso del término a Nicolás Maquiavelo en su obra denominada El Príncipe; el cual en el término latín *statum* (Estado) lo usaba para referirse a las tiranías, principados y reinados en que se encontraba dividida Europa; es decir a toda aquella organización política que regía en el bajo medievo. (Maquiavelo). Otro concepto también relevante, es el proporcionado por Hegel en el que se define al Estado como “la realidad de la voluntad sustancial cuyo colofón es hacer que la libertad alcance la totalidad de los derechos y que adicionalmente se requiere el deber por parte de los individuos que hacen parte de él” en definitiva el autor añade que “la voluntad del hombre crea al Estado con el fin de reconocer, proteger y desarrollar los derechos, en especial el de libertad que era considerado el fundamento de los demás” (Hegel, 1975, pág. 287).

Este tipo de Estados, como se afirmó en anteriores líneas, se caracterizaban por la forma monárquica de gobierno; los poderes se concentraban en un modo absoluto

de ejercicio de poder. Un hito significativo, para el reconocimiento de Derechos, ha sido sin lugar a duda la Revolución Francesa de 1789. Este acontecimiento marca la ruptura del Estado absoluto y la aparición del Estado moderno; en donde por medio de una Constitución, se reconocen derechos y se crea un monopolio basado en la seguridad jurídica, por cuanto el Estado a partir de entonces se somete al Derecho. En este sentido, se concibe al Estado como el ente regulador de la convivencia social, a través de las normas jurídicas que produce (Kelsen, 1960, págs. 189-197).

En definitiva, el Estado, según la concepción adoptada constituye, una organización jurídicamente organizada, y regida bajo reglas y principios legales previamente establecidos, otorgados a nosotros mismos. Bajo este contexto, la noción de Estado, en su naturaleza misma conserva el monopolio, de cuya autoridad estamos obligados a considerar a la ley como una regla. De modo que, al hablar de Derecho, se hace referencia al conjunto de reglas, normas y principios destinados a regular la conducta humana, en sociedad y que a la vez constituyen el ordenamiento jurídico. Así, el Estado tiene la obligatoriedad de promover y garantizar el respeto a los derechos. Por lo tanto, “los derechos son artefactos que sirven para enfrentarse a los problemas derivados de la vulnerabilidad de los seres humanos ante otros seres humanos con poder para someter u oprimir” (Nino, 2005, pág. 7).

En base a lo expuesto, se establece una codependencia existencial entre el Estado y el Derecho, garantizando la funcionalidad coadyuvante entre ellos. Es decir, el Derecho se constituye en una base esencial del Estado, ya que el Estado no se concibe a este sin Derecho, y el Derecho no puede ser una realidad positiva separada del Estado. Si al Estado se lo divide de una forma superficial, buscando mecanismos para obtener el poder político, determinararlo como un conjunto de individuos o para ejercer una dominación en forma efectiva, se dificulta relacionarlo con el Derecho. Pero si el enfoque se orienta a la esencia misma del Estado en el que concatena aspectos culturales, ideológicos y jurídicos, se puede encaminar al ser humano como parte de un Estado y en torno a ello protegido por el Derecho.

Al hablar de Estado se determina el orden jurídico y mediante este se establece la dotación del Derecho, es por ello que están estrictamente relacionados. No obstante, para algunos tratadistas: “el estado y el derecho son ilegítimos porque invisibilizan o valoran de forma degradante otras manifestaciones organizativas y jurídicas”. (Avila Santamaría, 2011, pág. 49). En consecuencia, se arrastra durante siglos la exclusión, discriminación y marginación hacia ciertos sectores de la población. Este abordaje cultural se ha ido cimentando sutilmente tanto en el ámbito social como cultural. Estas construcciones culturales se han ido marcando estrechamente por la esfera económica como motor de la vida social. Como respuesta a la marcada asimetría social, cultural, política y económica, surge una nueva etapa denominada neoconstitucionalismo, que marca el inicio de una nueva etapa en diferentes países.

Sin embargo, en la actualidad la palabra Estado, ya no sugiere la idea de autoridad, sino más bien otorga la imagen de un grupo amplio, multitudinario que vive junto en virtud de una constitución, y vive de acuerdo con las leyes establecidas para ella y en su nombre, por una agencia legislativa que actúa como su órgano según esa constitución. El Estado sigue una concepción correlativa del derecho. La ley deja de ser el producto de la autoridad de una persona o cuerpo de personas concebidas como superiores en la sociedad política en la que actúan y se convierte en el producto de toda la asociación. Partiendo de esta premisa, todo estado de derecho debe contar con algunos elementos entre ellos: a) constitución, b) organización gubernamental, basada en la división de poderes, c) sujeción a la ley y sometimiento al derecho d) garantías básicas con rango constitucional. (Ruíz Días Labrano, 2005)

2.1.1.1 Sistema jurídico estatal

La estructura jurídica y política actual, es consecuencia de los procesos evolutivos y transformadores que se ha venido observando en el país posterior a la separación de la corona y a la promulgación de la primera Constitución en 1830. Es importante mencionar que, bajo la forma de estado constitucional, se impone un sistema jurídico constitucionalizado. Esto significa el reconocimiento de derechos en un texto normativo de aplicación directa, que otorga las herramientas y los mecanismos necesarios para su cumplimiento. No obstante, este proceso evolutivo,

que busca adaptarse a las necesidades sociales, en muchas ocasiones no se ajusta a la realidad actual.

“En lugar de una ruptura radical con el viejo orden, el proceso de Independencia produjo más bien una suerte de continuidad colonial. Las viejas distinciones, las mismas instituciones, el mismo pensamiento sobre los individuos, la sociedad y la forma como debe ser organizada siguieron orientando el horizonte significativo de las relaciones sociales” (Ariza, 2009, pág. 137).

Ahora bien, se entiende por sistema jurídico estatal, al conjunto de normas jurídicas, ideologías y actitudes existentes en el país sobre lo que es el Derecho y de la función que este desempeña en la sociedad. El sistema jurídico estatal permite direccionar la manera en la que se crea, aplica, comprende, reforma y garantiza el ordenamiento jurídico. Este tiene bases en las costumbres, leyes y desde luego en la jurisprudencia, siendo estas sus fuentes. Si bien cada país cuenta con un sistema jurídico estatal propio, estos generalmente están jerarquizados. Las personas jurídicas y naturales, al ser parte integral del Estado están regidos por el sistema jurídico estatal, esto permite generar la garantía de un derecho, la solución de un conflicto o la subsanación de una necesidad jurídico-social.

El sistema jurídico ecuatoriano, conforme lo establece el Art. 425 de la actual Constitución (2008), comprende: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; normas regionales y ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; acuerdos y resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. En esta disposición se puede evidenciar el orden jerárquico de aplicación de las diferentes normas del ordenamiento jurídico, dentro de las cuales también se precisa el reconocimiento de un bloque constitucional a través de la aplicación de tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

Finalmente, es necesario señalar que el sistema jurídico ordinario mantiene una relación directa con todo el ordenamiento jurídico, en el que la Constitución es la norma suprema. Por tanto, al existir el reconocimiento constitucional de la interculturalidad y plurinacionalidad, el sistema jurídico ordinario también debe

coexistir y guardar armonía con los diversos sistemas jurídicos que forma parte de esta pluralidad jurídica.

2.1.1.1.2 Monismo jurídico

El término monismo se manifiesta ampliamente en el reconocimiento de que el soberano tiene la potestad de crear derecho en beneficio de todos los ciudadanos dentro de un Estado. Para Kelsen (1979), “El hombre no puede hallarse sometido jurídicamente sino a un solo orden, es decir al orden Estatal”, es así que en el ámbito estatal la producción jurídica se reduce al reconocimiento de un solo sistema jurídico, jerarquizado y centralizado, que constituye el derecho ordinario. Este imaginario cultural, tiene relación con el reconocimiento en las ciencias políticas de una corriente ampliamente aplicada como es el monismo jurídico. Las finalidades del derecho estatal es mantener el orden social, la igualdad, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, legalidad y por supuesto la dignidad humana.

Desde la filosofía del derecho, se le atribuye a Kelsen la articulación del monismo jurídico liberal. Por cuanto para el tratadista no hay diferencia entre Estado y derecho; en tanto que, “el Estado es el conjunto de normas creadas por el soberano, (...)” mientras que “el Derecho es un sistema jerárquico compuesto por normas promulgadas por un conjunto de instituciones centralizadas que deriva su validez de una norma fundamental supuesta” (Kelsen, 1979, pág. 147). No obstante, señala que “una visión monista del derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas legales son un producto exclusivo del Estado. Todas aquellas normas que están fuera del derecho estatal no pueden ser consideradas como derecho”.

Desde la óptica de Hans Kelsen, la influencia del positivismo jurídico nos enseñó a considerar que las normas jurídicas son aquellas que están garantizadas por la coacción y que constituyen una forma de control social. A partir de este criterio, el monismo jurídico representa una idea de derecho identificado con un código, con una ley o con un ente que es el Estado encargado de la producción de normas y que tiene el monopolio de la coacción. La concepción monista del derecho se sustenta

en que la centralidad del ordenamiento social y por tanto la producción jurídica, corresponden únicamente al Derecho estatal.

Por lo tanto, a partir de esta idea del monismo jurídico, se considera que hay identidad entre el derecho y el Estado y que solo este es quien produce el derecho o regula como se produce, sin considerar que los diversos países de la región están conformados por distintos pueblos, cada uno con su propia cultura, idioma, reglas y diferentes fuentes de producción de normas. Ávila (2011, pág. 89) sostiene que la historia se caracteriza por la presencia de una sola cultura hegemónica que ha predominado en desmedro de las otras culturas, razón por la cual indica que: “El peor rasgo del estado monocultural es que la forma de manifestar la subordinación o invisibilización de las otras culturas es a través de la discriminación: cuando la cultura diversa tiene que ver con lo indígena o lo afrodescendiente”.

Por otro lado, el etnocentrismo, no es más que un concepto elaborado por la antropología, que orienta su enfoque en la tendencia de una persona o grupos de personas, que desde sus propios parámetros culturales interpretan las leyes, normas, principios y derechos. A pesar de que el etnocentrismo es una tendencia común dentro de grupos sociales y culturales en los que buscan representatividad y reconocimiento dentro de un Estado, esto conlleva de forma directa e indirecta al total desconocimiento de otros sistemas jurídicos. No obstante, “las estructuras indígenas de poder fueron jurídicamente desconocidas durante todo el período republicano hasta que se reconocieron los derechos indígenas en la Constitución de 1998 y, con mucho énfasis, se estableció la plurinacionalidad y la interculturalidad en la Constitución 2008”, con lo cual se evidencia que la visión centralista o monista ha ido perdiendo el reconocimiento y la vigencia que la caracterizaba.

En el caso particular del Ecuador, no solo se considera el desconocimiento de otros sistemas jurídicos, también influye la falta de claridad normativa en relación al reconocimiento otorgado a nivel constitucional. Reconocer un derecho, no siempre lo generaliza, a la autodeterminación en relación a la pertenencia a un grupo minoritario haciendo que no se pueda viabilizar la norma correcta en la que se genere una cooperación legislativa al punto en el que se respete lo interpuesto en la

carta magna y se lo plasme en instancias normativas inferiores a ellas para poder establecer un procedimiento probo sin dejar de la lado la raíz del mismo pero si evolucionando a las necesidades del individuo en relación al derecho. En aleación al pluralismo jurídico este tiene un reconocimiento por parte de normas constitucionales y supraconstitucionales, debido al otorgamiento garantista incluso de la coexistencia dentro del mismo Estado de diversos pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.

2.1.1.2 Fuentes del derecho

En este contexto, se ha podido encontrar un sinnúmero de conceptos y categorías que hacen referencia a las fuentes de derecho y que básicamente dependen del modelo establecidos en el ordenamiento jurídico estatal. Por consiguiente, “en un sentido técnico y de dogmática jurídica, se refiere especialmente a los orígenes próximos del derecho, a la elaboración o producción de las reglas que contienen la modelación jurídica de las relaciones de la vida social”. Por consiguiente, se entiende como fuente del derecho a toda norma que exige determinado comportamiento de los individuos dentro de la sociedad que la componen. La consideración de la fuente del derecho reside en principio, en palabras de López Calera, en "quién o quiénes están autorizados dentro de un sistema jurídico, para crear derecho y a cuál o cuáles son las formas que adopta el derecho" (2000, pág. 27). Una primera clasificación ubica al derecho consuetudinario como fuente primaria, y a la doctrina y jurisprudencia como fuente secundaria.

De este modo, se considera fuente del derecho a todo lo que contribuye a crear normas jurídicas aplicables en base a las necesidades establecidas en la sociedad. Estas fuentes pueden ser directas e indirectas. Es así que la constitución, los tratados y convenios internacionales y la ley se determinan como fuentes directas del derecho. Por otro lado, la jurisprudencia y la doctrina son consideradas fuentes indirectas del derecho. Si bien se contempla el análisis que el derecho es evolutivo, es importante hacer mención que los actos o hechos suscitados en el pasado que han sido objeto de creación, modificación o extinción de normas jurídicas, se aprecian también como fuentes del derecho. En este sentido se hace referencia que la

religión, las costumbres y la moralidad han tenido y mantienen influencia en el ordenamiento jurídico de los diversos cuerpos normativos de un Estado.

Una vez definidas las fuentes como aquellas pautas que han dado origen a la creación del derecho, y que forman parte de un sistema jurídico, se puede añadir que, “son aquellos hechos o actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas (Bobbio, 1997, pág. 158). Básicamente al hacer referencia a dos grandes dimensiones en la clasificación de las fuentes del derecho; por un lado, están las fuentes materiales y por otro las formales. En su dimensión material, estas fuentes no constituyen derecho, pero son considerados factores de significación fáctica, que responden a circunstancias políticas, sociales, históricas, culturales, económicas; así como factores ideológicos, espirituales o religiosos que contribuyen a la producción del derecho. Mientras tanto, en su dimensión formal, tenemos: la ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina.

Las leyes son las normas o el conjunto de normas legales creadas a través de sus propios procesos, establecidos por las autoridades competentes. La costumbre es la regla social derivada de la práctica repetida, generalizada y prolongada, que resulta en una condena obligatoria, de acuerdo con la sociedad y la cultura en particular. La jurisprudencia es el conjunto de decisiones sobre interpretaciones de leyes, hechas por los tribunales de una determinada jurisdicción. Doctrina es la producción realizada por pensadores jurídicos, tratadistas y filósofos, centrada en los temas más diversos relacionados con las ciencias jurídicas; puede inspirar al fallo del juez, pero no crea derecho. Así también, en la actualidad, existe un consenso que establece que los principios fundamentales también son una fuente de derecho. Ahora bien, haciendo referencia a lo manifestado en el Código Civil (2005) ecuatoriano se determina que:

Art. 2.- La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Art. 3.- Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren.

2.1.1.2.1 Fuentes productoras del derecho y normas producidas

Las normas a seguir y el derecho en sí, no siempre se encontraron plasmados en documentos, como en la actualidad. Lo que se considera el derecho no escrito o consuetudinario fue el que dio origen al derecho escrito. En tanto que, las fuentes productoras del derecho, así como las normas producidas, se originan en los hechos o actos jurídicos que tienen como función la creación, reforma, anulación o derogación de los preceptos o leyes contenidos en un cuerpo normativo. Entonces se puede decir que las fuentes productoras son aquellos preceptos que sirven de base para elaborar normas jurídicas. En tal sentido, las normas son producidas mediante distintos procedimientos a los que el sistema jurídico designa el poder facultativo de generar leyes o reglamentos, en las que ocasionalmente se puede confundir con las fuentes del conocimiento.

Una de las principales fuentes de producción normativa es la costumbre, que desde las más primitivas sociedades se ha basado en la repetición consecutiva de ciertos actos o conductas que en casos análogos resulta oportuna su aplicación. Un ejemplo claro, son los comportamientos religiosos adoptados por sacerdotes (Pizzorusso, 1989, pág. 312). No obstante, partiendo desde el ámbito puramente constitucional cabe referir a la propia Constitución como fuente de derecho, así como fuente de producción normativa, otorgando esta competencia a las funciones legislativa y ejecutiva. En lo que a la función legislativa corresponde, la Constitución (2008) establece:

Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.

8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda.

Así mismo, la competencia se otorga a la función Ejecutiva al mencionar que:

Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la presidenta o presidente de la República, además de los que determine la ley: (...)

5. (...) expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.

11. Participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de las leyes.

12. Sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional y ordenar su promulgación en el Registro Oficial.

13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.

En este sentido, al hablar de leyes, nos referiremos a estas como “normas generalmente obligatorias de interés común que mandan prohíben o permiten” (Código Civil, Art. 1). Estas leyes, se encuentran plasmadas dentro del ordenamiento jurídico y su articulación responde una fuente de regulación o reserva, denominada reserva de ley. Este principio hace referencia a que la competencia normativa se encuentra en manos de determinado organismo y que para el caso concreto la Constitución entrega la potestad exclusiva al legislador excluyendo para su ejercicio la intervención de otros poderes. para el efecto, cabe indicar que las leyes se clasifican en orgánicas y ordinarias. De modo que, conforme a la Constitución vigente (2008):

Art. 133 (...) Serán leyes orgánicas:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.

2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.

4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

Las demás serán leyes ordinarias.

Una vez analizada a la ley dentro de las fuentes productoras del derecho; cabe hacer referencia a la costumbre; que consiste en crear una norma donde otra no existía. Así pues, cabe señalar que la ley y la costumbre se complementan convirtiéndose en mecanismos de regulación de las relaciones entre individuos en sociedad. Dentro de las diferentes ramas del sistema jurídico ecuatoriano, se ha podido evidenciar el grado de aplicación que la costumbre tiene, siendo en unos casos principal y en otros subsidiario, tanto en el derecho privado como en el público. Así pues, en el derecho civil se limita su aplicación en los casos que la ley lo determine, en el código de comercio en donde las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley; así mismo en el derecho laboral como fuente supletoria. Finalmente, siendo el derecho consuetudinario también fuente para el derecho penal, como forma de administrar justicia, se lo reconoce en la aplicación de la justicia indígena.

Ahora bien, una vez establecida la competencia exclusiva del ente legislativo para producir normas; así como la potestad reglamentaria atribuida al ejecutivo; y el predominio de la costumbre como fuentes productoras de derecho, cabe adentrarse en la creación de jurisprudencia que es potestad absoluta de la función judicial. Al hablar de jurisprudencia, se entiende como tal “al conjunto de resoluciones de los jueces o tribunales que pueden constituir un criterio auxiliar o una fuente aclaratoria para casos en los que no exista una fuente primaria para su resolución o que la misma resulte dudosa” (Pizzorusso, pág. 319). Cuando se detecta que el sistema jurídico posee falta de normas, ya sea de ley o de costumbre aplicables para el efecto, estas lagunas pueden ser subsanados mediante la aplicación de jurisprudencia. Por tanto, este conjunto de fallos, se convierten en un modelo aplicable por otros magistrados en casos análogos. Su producción compete a:

Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes:

2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.

Así mismo, el Art. 436 numeral 6 de la Constitución ecuatoriana atribuye a la Corte Constitucional la potestad de: “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así

como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”. El desarrollo de jurisprudencia en el Ecuador se encuentra establecido en la misma constitución, de modo que el proceso de construcción del conocimiento jurídico ha sido tarea de varias generaciones. Existen tratadistas que establecen la fuerza obligatoria de la jurisprudencia en la aplicación que esta hace de los principios jurídicos. En síntesis, se puede hablar del precedente, como una fuente formal de creación del derecho objetivo modificando el sistema de fuentes jurídicas y cuyas reglas y lineamientos se acogen como decisión vinculante.

2.1.1.2 Principio de legalidad

Precisamente, como se ha venido explicando, la construcción de un Estado implica la combinación de dos conceptos, por una parte, el jurídico y por otro, el social. El primero, es el encargado de generar un marco normativo que regula las actividades entre el Estado y los sujetos, es decir la relación jurídica que se reduce a un aspecto esencial y que a través de la ley “manda, prohíbe o permite”. Por otra parte, se enmarca el factor teleológico, presente en la conformación de un Estado, es decir los fines y propósitos comunes de todos los sujetos que lo conforman. De este modo, al garantizar los derechos surge la necesidad de poner límites al poder, estatal; por esta razón nace el principio de legalidad, como “escudo frente a las arbitrariedades del Estado”. En este orden de ideas, “el ordenamiento jurídico le concede competencias previamente establecidas para su actuar que están sometidas a las normas configuradoras, la ley lo obliga y autolimita” (Estrada, 1997, pág. 23).

Sin lugar a duda, resulta preciso conocer que, un principio es una ley o regla que se cumple encaminado a un propósito y la legalidad surge con el propósito de fijar límites al ejercicio del poder; es una característica propia de todo Estado de Derecho. Los principios fundamentales se generan como consecuencia necesaria de un hecho o una finalidad. El principio de legalidad es considerado como fundamental en base al cual se realiza el ejercicio del poder público. Entonces este principio, también conocido como supremacía de la ley no se basa en la voluntad del individuo en su actuar, por cuanto, debe ejercerse de acuerdo a la normativa vigente y a su jurisdicción. El Estado, se atiene a las actuaciones de sus poderes

enmarcados a la Constitución, misma que es considerada una ley suprema. Esto da paso a la seguridad jurídica, desde la perspectiva normativa y la correcta aplicación generando así una armonía social.

Acorde a este principio, la administración pública no podría actuar con autoridad propia, de modo que “a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley” (Código Civil, Art. 8). Por esta razón, la legalidad no debe ser considerada una limitación al Estado, sino una potestad que caracteriza al Estado Constitucional, y que procura la aplicación de los derechos y garantías en igualdad de condiciones. Por lo manifestado, se corrobora que el principio de legalidad, coadyuva a garantizar el respeto a la seguridad jurídica, cabe acotar que “la ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna” (Código Civil, Art. 13). Ahora bien, conforme lo establece Ávila Santamaría, citando a Ferrajoli:

“El principio de legalidad propugnaba el sometimiento de todo poder público a la ley y resulta que actualmente los poderes públicos tienen competencias para actuar no determinadas en normas; es decir, las leyes no dicen lo que hay que hacer, sino que otorgan poderes para hacer” (2011, pág. 29).

Bajo este contexto, se puede decir que existe una íntima conexión entre el principio de legalidad con la institucionalidad de la reserva de ley. Esto responde a la obligatoriedad de la regulación de la aplicación en base a la materia concreta con normas que posean rango de ley. De forma particular direccionadas a las materias en las que existe una intervención directa del poder público enmarcadas en la esfera de los derechos del individuo desenvuelto en sociedad. Es aquí que figura el poder ejecutivo en las materias vedadas a los diversos reglamentos y normativas emanados por este poder constituido. En definitiva, el principio de legalidad es de vital importancia en razón a la reserva de ley, siendo el que resguarda la afectación de derechos al poder legislativo, relegando la doctrina liberal de la separación de poderes.

Se puede afirmar que un Estado de Derecho, se considera que la seguridad jurídica requiere que las actuaciones de los poderes públicos estén sometidas al principio de legalidad. Esto se genera bajo la lógica jurídica en la que se establece que el poder debe tener su fundamento y límites estipulados en las normas jurídicas. Es así que el principio de legalidad dispone a que la Constitución sea garantista en relación a la jerarquización normativa, además de la importancia de la publicidad normativa y desde luego de la irretroactividad de la ley. En este último apartado se relaciona en la favorabilidad, en relación a la no restrictiva de derechos individuales. Aquí juega un papel muy importante con respecto al fundamento de validez normativa, si bien la regularidad entre toda norma o acto inferior a lo establecido en la Constitución, sirve como fundamento de aplicación, el principio de legalidad, opera en todos los niveles o grados contenidos en orden jurídico.

2.1.1.3 Estado constitucional de derechos

El derecho es expresión viva de la transformación paulatina y constante del Estado, en cuanto al momento histórico, político, social, económico, cultural, etc. que vive cada sociedad. Como punto de partida encontramos al Estado absoluto o autoritario, para luego de sus orígenes ir evolucionando hasta el Estado de derecho en sus diversas manifestaciones como el Estado de legalidad o el Estado Social de Derecho, para finalmente arribar al Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En este tránsito del Estado liberal, en donde ‘el juez era boca de la ley’, al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se incorpora a la Constitución importantes contenidos materiales o sustanciales, e involucra por lo tanto el sometimiento del poder y sus actuaciones a la Constitución, lo cual determina la supremacía de la constitucionalidad y mas no de la legalidad. En este sentido, el maestro Santiago Andrade Ubidia, al referirse al paradigma del Estado Constitucional de derechos, expone el siguiente criterio:

(...) al declararse en la nueva Constitución que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia se está diciendo: 1. que se ha transitado del principio de legalidad al de constitucionalidad; 2. que ha concluido el monopolio del sistema jurídico de ley escrita

estructurado bajo el modelo continental, y que junto a este sistema existen otros que tienen igual reconocimiento y validez (arts. 11, num. 7, 171, 189 y 423); 3. que el Estado se organiza y funciona a fin de realizar la justicia social, que en definitiva es la justicia para todas y todos; y 4. que se debe garantizar en todo momento la vigencia de los derechos humanos: esto último constituye el eje central del actuar íntegro del Estado, ya que no solamente es uno de los deberes primordiales del Estado “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales...” (art. 3, num. 1), sino más aún, que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (art. 11, num. 9). (Andrade Ubidia, 2009, pág. 287)

En el Ecuador, durante el proceso histórico constitucional, se han aprobado veinte constituciones, que responden a etapas políticas, ideológicas, y evolutivas del Estado. En este sentido, “hasta 1998 distinguiríamos cuatro fases que están íntimamente relacionadas con una concepción liberal del estado y del derecho: conservador, laico, social y neoliberal” (Avila Santamaría, 2011, pág. 84). Es importante hacer mención que una constitución política de un determinado Estado, aún sin consolidar la proyección de principios, moral y valores, se convierte en objeto de diversos cambios de forma permanente o reformas coyunturales. Esto surge por el reflejo de que el alma colectiva no acierta al diseño óptimo en relación a la realidad nacional. En un tono veleidoso no se atempera en un ambiente de estabilidad y ponderación que permita que sea un cuerpo normativo óptimo para los individuos en esa sociedad. Conforme a lo manifestado, se verifica que:

Ecuador tiene un récord en la adopción de nuevas Constituciones. Pero esto no se debe fundamentalmente a la necesidad de cambios sino, más bien, a la inestabilidad política, que ha traído consigo dictaduras frecuentes. En medio del enfrentamiento político se han establecido gobiernos de hecho y se ha roto o derogado la Constitución vigente. Al cabo de un tiempo de régimen dictatorial,

se ha vuelto al régimen jurídico mediante la emisión de una nueva Constitución que, por lo general, ha entrado en vigencia con un nuevo gobierno electo (Ayala Mora, 2004, pág. 190).

Previo a llegar a establecer lo que hoy se conoce como Estado Constitucional de Derechos, el país atravesó una etapa denominada social de Derecho, dando inicio de esta manera al reconocimiento y protección de los derechos sociales. Siguiendo la línea del pensamiento de tratadista de Sousa Santos, se establece que el constitucionalismo se divide en tres tipos: a) el antiguo, o premoderno, que corresponde al período prehispánico y colonial; b) el moderno, que comienza con la independencia de la colonia española en donde la constitución es como una ley más y predomina la ideología liberal; y c) el contemporáneo, que rescata el constitucionalismo oculto y plurinacional. Inmersos en este tercer tipo de la clasificación establecida, surge la actual constitución ecuatoriana, que ha sido catalogada como igualitarista o garantista de derechos, y que se encuentra vigente desde 2008. (de Sousa Santos, 2010, págs. 31-37)

El contexto histórico político que dio origen al constitucionalismo social ha sido la búsqueda del equilibrio entre la clase burgués y la obrera. En este aspecto: “mientras que el estado liberal se sustentaba en la justicia conmutativa, el estado social se sustenta en la justicia distributiva” (García Pelayo , 1977, pág. 215). De manera que, el primero constituía un estado legal que asignaba derechos sin hacer referencia a su contenido; el segundo, distribuye bienes jurídicos de contenido material. La fusión de tres elementos esenciales: Estado, derecho y sociedad forman un estado social de derecho; que en Ecuador se ha construido y reconocido progresivamente. La incorporación de derechos sociales en el catálogo constitucional de 1998 configuraba al estado como social de derechos. Más aún la Constitución (2008) trasciende este paradigma al establecer que: “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)”

Con lo expuesto, al hacer referencia a un estado constitucional de derechos, se expresaría como una etapa superior a la del estado social de derecho en tal virtud,

amplía su conceptualización distinguiéndose a un gobierno sometido a las leyes y hace énfasis en el respeto de los derechos y garantías de las personas. Si bien la constitución es un cuerpo normativo, en lo que respecta al estado constitucional se convierte en una guía para los administradores de justicia en el amplio ámbito jurídico. Es precisamente mediante esa aplicación garantista de las leyes establecidas en la constitución en donde el poder que posee el Estado queda bajo normas jurídicas y mediante el cumplimiento de estas se mantiene la organización de la sociedad en armonía. Entonces se establece que el estado constitucional es una cultura jurídica, un paradigma que postula un estado surgido desde y hacia los derechos humanos. En lo que respecta a la constitucional del Estado Ferrajoli, señala que:

(...) La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado democracia constitucional, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia en su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar y los derechos sociales - derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia, que toda mayoría está obligada a satisfacer. (Ferrajoli, 2008, pág. 27)

2.1.1.3.1 Constitucionalización del Derecho

Una de las nuevas formas de entender el derecho es la protección constitucional en los ordenamientos jurídicos en América Latina y Ecuador no es la excepción. Este

proceso, es la pretensión en la que se parte de la Constitución como cuerpo normativo, hasta constitucionalizar el derecho. Para el efecto, es necesario contar con presupuestos mínimos en torno a los cuales este fenómeno tiene cabida y en los cuales unos se orientan a la constitución y otros a los derechos en sí. En base a ello se establece que hay ciertos elementos del derecho constitucional sin los cuales no se generaría el mismo; por citar algunos, el contenido material e indeterminado, la fuerza vinculante, la jerarquización de la norma y desde luego la garantía constitucional. Cada elemento incide en el aspecto de la constitucionalidad, por parte del derecho, pero se necesita que este cumpla con aspectos generales como: los no definidos enteramente, los que están susceptibles a cambios y los que se han arraigados como principios fundamentales.

Por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales (Guastini R. , 2003, pág. 111)

Al abordar el tema de la constitucionalización del derecho, Silva Portero (2008, pág. 63) señala que “El Estado constitucional revela un cambio de estructura del sistema jurídico, (...) en el cual la Constitución implanta límites y vínculos sustanciales, que no son más que los derechos fundamentales, al poder ejecutivo, judicial, y principalmente, al legislativo”. Prieto Sanchis (2000, pág. 280), a su vez indica que, en el neoconstitucionalismo, los principios y valores constitucionales verifican la materialización de los derechos sobre todo el ordenamiento jurídico. Por su parte, García de Enterría (1997, pág. 429) afirma que, en este nuevo paradigma constitucional, la supremacía de la Constitución vendrá a constituir la fuente primaria del derecho, lo cual determina que existe un cambio sustancial en el sistema de fuentes del derecho, colocando a la Constitución como fuente de todo

el ordenamiento jurídico, a partir del reconocimiento de su carácter de norma de directa e inmediata aplicación.

La primera de las fuentes del Derecho en un Estado Democrático del Derecho ha de ser la Constitución, lo que quiere decir que esta ha de ser considerada como una norma con eficacia directa y no como un simple manifiesto retórico o programático, condicionado en su eficacia a que el legislador convierta en preceptos sus declaraciones y principios (García de Enterría, 1997, pág. 429)

Este nuevo paradigma constitucional se encuentra revestido de características propias que garantizan la efectividad del contenido jurídico de los derechos constitucionales, en virtud de que se incorpora contenidos sustanciales que constituyen la rematerialización del derecho, a través de principios y valores consagrados en la Constitución. Según Guastini (2009, págs. 49-70), se puede identificar las siguientes características que verifican la constitucionalización del ordenamiento jurídico: a) constituciones rígidas, b) provistas de garantías jurisdiccionales, c) fuerza vinculante de las normas constitucionales, d) interpretación extensiva de la Constitución, e) aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, f) interpretación constitucional de las leyes, g) e influencia de la Constitución en las relaciones políticas.

La constitucionalización del derecho, por tanto, garantiza la efectividad constitucional de derechos reafirmando el principio de la supremacía constitucional, en la medida que existan sistemas jurídicos adecuados y eficaces llamados garantías constitucionales, pues no se puede hablar de la vigencia y efectividad de derechos sin un adecuado sistema de garantías. En este sentido Storini (2009, pág. 287), afirma que:

Todos los ordenamientos modernos añaden al reconocimiento constitucional de los derechos, diversos mecanismos de protección, los mismos que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica. En este sentido, la capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y

consolidarse como fundamento real de la Constitución material de una sociedad dependerá en última instancia de la eficacia de sus mecanismos de protección

Para comprender la afirmación de que un ordenamiento jurídico está o no constitucionalizado no se puede precisar con exactitud. Para intentar aseverar la existencia de la constitucionalización del derecho debe complementarse con una calificación en razón al grado de protección del derecho en el contexto constitucional. Dicho de otro modo, para que el derecho se establezca como constitucionalizado debe ser garantizado por normas supraconstitucionales y amparado en principios que permitan la protección de los derechos en toda escala. Además de ello hay que considerar que en razón de la constitucionalización del derecho puede avanzar o retroceder, aunque parezca antagónico, el reconocimiento de constitucionalización del derecho en un futuro puede ser divisado como un retroceso en la aplicación del mismo, esto puede darse por las incompatibilidades sociales en el proceso de la naturaleza humana y su adaptabilidad del derecho. Principalmente esta es la causa por que la constitucionalización del derecho puede ser revisada desde una perspectiva descriptiva o prescriptiva (Guastini R. , La sintaxis del derecho, 2016).

La constitucionalización del derecho enfocado en los ordenamientos jurídicos, es un proceso caracterizado por la extensión de la fuerza normativa de la Constitución a la interpretación y aplicación en cuerpos normativos infra constitucionales. Por esta razón las diversas ramas del Derecho, no deberían contraponer a este cuerpo normativo para denotar eficacia al momento de ser aplicadas. Los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, están consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, esto permite que dichos derechos se consideren constitucionalmente garantizados. Por ende, las normas infra constitucionales, no puede atentar a los derechos de estos pueblos y nacionalidades. La constitucionalización genera una protección garantista de derechos y principios, que se consideran fundamentales a más de constitucionales. La finalidad de establecer jerarquía y prevalencia constitucional es precisamente establecer una

seguridad normativa. Considerando el modelo constitucional ecuatoriano de derechos y justicia, Ávila Santamaría señala que:

“En ninguna parte del mundo se va a encontrar un estado que se define como un Estado de derechos, de Justicia (salvando Venezuela en este aspecto) ni constitucional ¿Cómo llegamos a este concepto? Para algunos comentaristas es ridículo, para otros podría ser considerado como el concepto y la teoría más elaborado de derecho y de la teoría política” (Avila Santamaría, 2011)

2.1.1.3.2 Protección de derechos

El neoconstitucionalismo presenta nuevos desafíos tanto en la tutela de los derechos, así como en su efectiva vigencia y práctica, surgiendo como respuesta necesaria a estos retos el garantismo, conforme afirma Silva Portero (2008, pág. 65), toda vez que es deber del Estado la realización material efectiva de los derechos. Fernández Rodríguez (1997, pág. 467) por su parte señala que el reconocimiento y garantía de los derechos guarda íntima relación con los preceptos constitucionales, los mismos que establecen un mínimo de protección, pues el contenido esencial de los derechos no depende de ningún poder constituido y por el contrario debe ser ampliado progresivamente. Tole Martínez (2006, pág. 290), al citar al maestro Norberto Bobbio señala que:

Tal como lo afirma Bobbio, el problema más grave de nuestro tiempo frente a los derechos fundamentales no es su justificación, sino su protección, pues no se trata de saber cuántos y cuáles son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente vulnerados. En efecto, no existen (materialmente) derechos sin mecanismos efectivos que los protejan.

En relación a lo expuesto, es importante destacar que la actual Constitución de la República del Ecuador (2008) consagra en su texto garantías constitucionales destinadas precisamente a garantizar los derechos. Storini (2009, pág. 287) afirma que el “reconocimiento constitucional de los derechos” dependerá en gran medida de los “diversos mecanismos de protección, los mismos que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica”. En este sentido, clasifica a las garantías, en atención a las características, mecanismos y finalidades, principalmente en tres grupos, a saber: a) garantías normativas o abstractas; b) garantías jurisdiccionales o concretas; y, c) garantías de políticas públicas.

Las primeras son aquellas que limitan y vinculan al poder, siendo su finalidad la de prevenir que las normas infraconstitucionales estén en antinomia con la Constitución, razón por la cual estas deberán guardar conformidad con el contenido esencial de los derechos y la efectividad de las normas constitucionales. En relación al carácter normativo de la Constitución y la garantía del contenido esencial, la autora (2009, pág. 295) reafirma el “sometimiento del legislador a las normas constitucionales, que actúan como límite de su capacidad de decisión política”, al propio tiempo que señala que el contenido esencial de los derechos no se agota en el precepto constitucional, sino que también es el resultado del “sustrato social y político sobre el que la misma se asienta: una sociedad pluralista en la que el respeto a las minorías cuenta con esta garantía última que permite asegurar la vigencia incondicionada de los derechos fundamentales”. Por lo tanto, en el proceso de producción normativa, el legislador tendrá como límites la garantía del contenido esencial de los derechos, a fin de que todas las normas infraconstitucionales se ajusten, formal y materialmente, a las disposiciones constitucionales.

En lo que respecta a las garantías jurisdiccionales, es necesario señalar que los derechos y garantías guardan una relación estrecha entre sí, en la medida que mecanismos de tutela eficaces garantizan la efectividad de los derechos. En este sentido, la actual Constitución de la República del Ecuador (2008) representa un avance significativo en relación a la anterior Constitución Política, en cuanto a los procedimientos de control judicial constitucional tendientes a la protección de los derechos fundamentales. Efectivamente, en el actual texto constitucional se

encuentran previstas las siguientes garantías jurisdiccionales: acción de protección (Art. 88), acción de hábeas corpus (Art. 89), acción de acceso a la información pública (Art. 91), acción de hábeas data (Art. 92), acción por incumplimiento (Art. 93), acción extraordinaria de protección (Art. 94); es necesario señalar que también se encuentra prevista la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales en el Art. 162 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), en virtud de las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Constitucional en el numeral 9 del Art. 436. Es necesario señalar que con excepción de la acción extraordinaria de protección, así como de la acción por incumplimiento, y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, cuya competencia se encuentra atribuida a la Corte Constitucional, las demás garantías jurisdiccionales se sustancian en el ámbito de la justicia ordinaria;

Finalmente, las garantías de políticas públicas deben garantizar la eficacia de los derechos constitucionales, en el marco del respeto a la dignidad de las personas, promoviendo el desarrollo equitativo y solidario, así como desterrando las prácticas de discriminación y exclusión. En este sentido, reafirmar el concepto de Estado, es también garantizar que las políticas públicas y servicios públicos, tanto en su producción como en su desarrollo, guarden conformidad con los preceptos constitucionales. Al respecto, Carolina Silva Portero (2008, pág. 76), señala que:

Este mecanismo para hacer efectivos los derechos a nivel del Poder Ejecutivo, surge de la corriente denominada “enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo” que considera al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un marco conceptual capaz de orientar la formulación, implementación y evaluación de políticas sociales por medio de la adopción de principios en su implementación de manera que se hagan efectivos los derechos que dichas políticas buscan promover. Entre estos principios se encuentran, el de inclusión, de participación, de rendición de cuentas, de responsabilidad y los estándares sobre igualdad y no discriminación.

Como corolario se puede afirmar que al instituir el contenido de los diferentes derechos en la norma suprema vigente, la organización estatal tiene la obligatoriedad de garantizar su protección y plena vigencia. En lo que respecta a la titularidad de los derechos, el artículo 10 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), determina que: “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”, determinando además que “la naturaleza es sujeto de derechos”. Por otro lado, los derechos constitucionales son de aplicación directa e inmediata y plenamente justiciables, lo que significa que ante su vulneración son judicialmente exigibles.

2.1.1.4 Seguridad Jurídica

Al referirse a la evolución de la seguridad jurídica, López Oliva (2011, págs. 124-125), ubica a la Revolución Francesa como el hecho histórico que marca la diferencia entre la incertidumbre y el respeto de los derechos. Los gobiernos monárquicos que antecedieron a la Revolución Francesa, Luis XIV (1643-1715), Luis XV (1715-1774) y Luis XVI (1774-1793) se caracterizaron por el despotismo y el abuso del poder. Las leyes se ajustaban a las conveniencias del monarca, lo que traía consigo violaciones en la administración de justicia. La falta de límites al poder y la falta de independencia, se evidenciaba en los juzgadores que veían limitada su potestad a los intereses del monarca, ante el miedo de ser castigados incluso con la muerte por no sujetarse a la *Lex Rex*, que en términos generales significaba que el Rey era la ley. Esto generaba la falta de certeza de las decisiones judiciales y por tanto violación a la seguridad jurídica.

López Oliva (2011, págs. 126-128) afirma además que, ante la discrecionalidad y concentración del poder, se gesta la Revolución Francesa (1779-1789), la misma que dio como resultado el establecimiento de la Declaración de los Derechos de 1789. La Declaración de Derechos consagra a la ley como expresión de la voluntad soberana, señalando para el efecto la participación ciudadana en la creación de la ley, así como el sometimiento de los individuos y autoridades a la ley, como principio de igualdad. Luego es promulgada la Constitución Francesa de 1791, la

misma que a pesar de que instituía todavía a Francia como un Estado monárquico, ya determinó la supremacía de la ley establecida por el legislador, así como la división de poderes. Posteriormente, en 1804 se expide el Código Civil Francés en el que se evidencia la aplicación del principio de seguridad jurídica, la publicidad de la ley escrita, el principio de legalidad, límites al poder y garantías a los derechos.

En el Ecuador, el Art. 82 de la Constitución de la República (2008), establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en la existencia previa de las normas que conforman el ordenamiento jurídico vigente y consecuentemente en las actuaciones de los funcionarios públicos enmarcados dentro de las disposiciones constitucionales y legales, a fin de que se genere certeza y confianza en la ciudadanía. En este sentido, se puede indicar que la seguridad jurídica está en íntima relación con la confianza que se busca dar al ciudadano, ya sea ante el ejercicio de la potestad legislativa, la discrecionalidad de la administración o ante la evolución constante del derecho. Sin embargo, es necesario señalar que la seguridad jurídica no es sinónimo de inmutabilidad del derecho, sino que por el contrario debe ser entendida desde la dinámica, a través de un proceso de producción y aplicación del derecho, en el que se plasme la realización de otros valores como la justicia, el bien común, la libertad, la igualdad, etc., a fin de que se genere confianza en los ciudadanos respecto de las consecuencias legales que produzcan los actos del poder público.

De lo expuesto, se desprende que entre los elementos que coadyuvan a la idea de la seguridad jurídica, se identifica a la estabilidad de las instituciones, el respeto de los derechos y la predecibilidad de derecho, fundado en la existencia de normas jurídicas claras y estables que generen certeza y eficacia de sus disposiciones, con criterios de razonabilidad, legitimidad y justicia. Por lo tanto, se puede afirmar que la seguridad jurídica constituye el componente que garantiza la armonía jurídica del Estado. Sin embargo, es necesario señalar que la seguridad jurídica no es exclusivo del sistema jurídico ordinario, pues es evidente que, en virtud de la pluralidad jurídica del Estado ecuatoriano, este principio se materializa también en la justicia indígena, pues la misma se sustenta en el derecho consuetudinario, cuya fuente es la costumbre arraigada en virtud del transcurso del tiempo, y en el cual coexisten

dos elementos esenciales, esto es el uso generalizado y repetitivo de usos y costumbres, y la conciencia de obligatoriedad, en virtud del cual existe el pleno conocimiento de los miembros de la comunidad de que el incumplimiento de cierta conducta genera vulneración a los derechos de la comunidad y que por lo tanto son sujetos de una sanción.

En este sentido, en el voto salvado de la sentencia 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha, 2014), en su parte pertinente se señala que:

Su derecho propio, así como los procedimientos y prácticas en él establecidos, gozan de predictibilidad. Esto quiere decir que los miembros de la comunidad conocen y pueden predecir los procedimientos a seguir y las consecuencias que tendrán sus acciones en caso de ser juzgadas por sus autoridades. Esta característica es básica y fundamental en la costumbre como fuente de derecho, puesto que aquella permite garantizar la previsibilidad, la publicidad, la seguridad jurídica y la aceptación de las prácticas y procedimientos dentro la comunidad. De modo que, es en función del principio de predictibilidad, que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en ejercicio del artículo 171 de la Constitución, pues para garantizar el respeto a la Constitución y a los derechos humanos, las normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos internos deben ser predecibles y aplicadas únicamente a sus conflictos internos y dentro de su territorio. Esto debido a que, por sus características y naturaleza, su derecho propio es conocido, público y predecible solo para los miembros de la comunidad. Sólo ellos conocen el derecho que les va a ser aplicado y por tanto solo les es aplicable a ellos, por parte de sus autoridades, en atención a la predictibilidad y la seguridad jurídica.

2.1.1.4.1 Efectos de la seguridad jurídica

Al referirse a los efectos de la seguridad jurídica, Garrido Gómez (2009, pág. 60), señala que la certeza y eficacia jurídica, así como la ausencia de arbitrariedad, constituyen pilares sobre los cuales se asienta la seguridad jurídica; afirma que, la certeza jurídica está relacionada con la existencia previa de las normas jurídicas; la eficacia jurídica con la confianza en el derecho vigente; y, finalmente, la ausencia de arbitrariedad con la producción, aplicación e interpretación de la ley. Álvarez (2009, pág. 186), por su parte indica que el ideal del derecho no sólo debe ser justo sino también debe ser eficaz, en cuanto limite la arbitrariedad y determine la predecibilidad de las decisiones jurídicas.

Squella (1999, pág. 534), por su parte señala que la seguridad jurídica, constituye un valor o fin del derecho, y debe ser entendida desde una dimensión formal y desde una óptica axiológica, la primera en su relación con las ideas de orientación, orden y previsibilidad, y la segunda por la seguridad de los sistemas jurídicos, en cuanto éstos garantizan la protección de los derechos fundamentales. Mientras tanto, Dromi (2006, pág. 145), vincula a la seguridad jurídica con la existencia del derecho previo, así como con otras reglas, entre las que constan la cosa juzgada, irretroactividad de la ley, la inexcusabilidad del desconocimiento del derecho, etc.

Sin perjuicio de los efectos de la seguridad jurídica expuestos anteriormente, es necesario indicar que en un Estado constitucional derechos y justicia, intercultural y plurinacional, caracterizado por la aplicación directa de la Constitución, así como por la pluralidad jurídica, se puede afirmar que está proscrito alegar la falta de ley, para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución. Por lo tanto, se puede afirmar que Ecuador superó la etapa en que la seguridad jurídica únicamente se limitaba a ser aplicada bajo el imperio de la legalidad o la vigencia del derecho positivizado. Por tanto, la verdadera importancia de los efectos de la seguridad jurídica, es la protección garantista de los derechos de los ciudadanos y desde luego de los deberes hacia el Estado, más allá de las fronteras del derecho escrito. El efecto e impacto más relevante es la vinculación directa de todos los derechos fundamentales estipulados en el orden constitucional como deber prioritario para generar así una protección integral del individuo.

Por tanto, para analizar los efectos de la seguridad jurídica, es indispensable hacer referencia a la democracia, en la que se puede considerar que, el equilibrio entre derechos y deberes, es un principio básico para generar la coexistencia armoniosa entre el Estado y los individuos que pertenecen a este. Entonces se puede divisar que la norma constitucional establece la clara vinculación de los poderes públicos, en forma directa e inmediata, a la vigencia de los derechos fundamentales. Es así que se considera como efecto de seguridad jurídica, la aplicación directa e inmediata de todos los preceptos constitucionales, incluso si no existiese desarrollado en un cuerpo normativo.

2.1.1.4.2 Incertidumbre jurídica

Al plantearse los distintos conflictos que surgen de la seguridad jurídica, Marinoni (2012, págs. 250-256) identifica que uno de los problemas que enfrenta la certeza jurídica, es que las normas no estén redactadas con claridad y precisión, en tanto que respecto de la eficacia jurídica, afirma que el derecho no crea confianza ante la duda sobre la constitucionalidad de una norma o ante la presencia de vacíos legales. Finalmente señala que, si el poder público está al margen del ordenamiento jurídico, su actuación es arbitraria. Por lo tanto, se puede señalar que las causas que originan inseguridad jurídica, son la desestabilización de las instituciones, la falta de confianza y certeza en el ordenamiento jurídico, la inestabilidad de los sistemas jurídicos, la discrecionalidad y arbitrariedad en la aplicación de la ley, la presencia de normas deficientes y oscuras, la excesiva producción normativa y la distorsión, así como las deficientes sentencias que son contrarias a la ley y a los valores y principios constitucionales. Consecuentemente, se requiere de estabilidad y coherencia del ordenamiento jurídico para que exista seguridad jurídica.

Por otro lado, desde una visión monista del derecho, se afirma que la incertidumbre jurídica, se orienta a la coexistencia del derecho estatal con diversos sistemas jurídicos paralelos. En este sentido, los defensores de la concepción tradicional del derecho se inclinan al principio de legalidad como sinónimo de seguridad jurídica, en contraposición a los usos y costumbres del derecho consuetudinario, del cual desconocen su certeza y eficacia jurídica, calificando a estas prácticas ancestrales de arbitrarias y discrecionales. Sin embargo, esta concepción es totalmente alejada

de la pluralidad jurídica propia de los países de la región, pues no se puede desconocer la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, más aún cuando existe su reconocimiento constitucional y supraconstitucional. Al respecto, es necesario indicar que los usos y costumbres que forman parte del derecho consuetudinario, se enmarcan no precisamente como fuentes del derecho, sino más bien como derecho directamente aplicable.

Otro de los aspectos que actualmente genera inseguridad jurídica, más bien radica en la inexistencia de mecanismos de coordinación y armonización entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico ordinario. Resulta imperativo, por tanto, la expedición de una ley que compatibilice esta pluralidad de sistemas jurídicos, a fin de que la coexistencia sea armónica. Sin embargo, la norma debe ser construida desde una concepción pluralista, con el propósito de que no se ponga en peligro la preservación del pluralismo y la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, cuidando de esta manera que no se desconozca, ni se desnaturalice su reconocimiento constitucional.

2.1.2 Descripción conceptual de la variable dependiente: Pluralismo jurídico

Las luchas y reivindicaciones sociales de los pueblos originarios, han sido oportunas y necesarias para el surgimiento de una idea distinta a la visión etnocéntrica del derecho, corroborado con estudios desarrollados desde la antropología del derecho y de la sociología jurídica que afirman la existencia y plena vigencia de diversos sistemas jurídicos que coexisten con el derecho ordinario dentro del Estado. Los procesos constitucionales gestados en la región andina de América Latina, llevan implícito sustancialmente el reconocimiento a la diversidad de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y consigo el reconocimiento a la pluralidad en los ámbitos jurídico, social y cultural.

Para tratar de entender el pluralismo jurídico, en primer lugar, es necesario partir de una realidad de la región, y es que en todos los países hay coexistencia de diversos pueblos. En virtud de esta gran diversidad de pueblos, cada uno tiene su propia cultura, su propio idioma, sus propias normas; cada pueblo regula su existencia para enfrentarse al mundo, para establecer las relaciones entre los seres

humanos, etc. Existe por lo tanto una coexistencia de culturas, de idiomas y de sistemas jurídicos ancestrales que no están ligados al concepto del derecho oficial, sino más bien basados en usos y costumbres que forman parte del acervo cultural y que se han transmitido de generación en generación. Estos sistemas normativos no necesariamente se cumplen a través de un juez. si no a través de otros sistemas de autoridad que tienen los pueblos indígenas y que son los que ayudan a resolver conflictos internos de la comunidad.

Sin embargo, hay voces que emergen desde el propio ámbito jurídico, que avalan la concepción monista del derecho, bajo la defensa de la unidad y coherencia, que, a decir de sus defensores, sólo se logra a través de la existencia del Derecho estatal. Contrario a lo expuesto, se puede afirmar que la producción jurídica, no es ni puede ser potestad exclusiva del Estado, pues es evidente que, en países como Ecuador y Colombia, hay sistemas jurídicos que coexisten con el Derecho estatal. Por tanto, el desconocimiento del iuspluralismo, sería negar la existencia de sociedades interculturales, multiétnicas y plurinacionales, con expresiones jurídicas propias y dinámicas dentro del contexto sociojurídico actual.

Si bien, el pluralismo jurídico confronta al Derecho estatal dominante, este está en proceso de construcción, razón por la cual requiere que, en esta dinámica del Derecho y la realidad social, se materialicen los contenidos sustanciales de los Derechos no estatales, bajo pena que su desconocimiento produzca la consagración definitiva del monismo jurídico en desmedro de la concepción iuspluralista y consecuentemente del contexto cultural en que se produce el Derecho, produciendo una ruptura en la relación del Derecho con la realidad social.

Al abordar el paradigma iuspluralista, López afirma que:

Retomar la perspectiva del paradigma iuspluralista resulta inaplazable específicamente para descubrir en toda su dimensión el carácter verdaderamente normativo de la vida social. Y así, desvelar también su carácter opresor y detectar la potencia emancipatoria que este anida. Un debate paradigmático incluye el reconocimiento y debate de las tesis no sólo analíticas, sino también –y

necesariamente- políticas del paradigma jurídico en crisis (el moderno) y del emergente (el pluralista). Muchos de esos Derechos no estatales, fueron ocluidos junto a las estrategias de resistencia que desarrollaron frente a los Derechos estatales que los combatían y a las prácticas jurídicas y no, surgidas al margen de los constreñimientos que sí tuvieron los sistemas jurídicos estatales. Sólo con un conocimiento expandido y expansivo de la realidad social –la jurídica incluida- se podrán construir respuestas y/o soluciones sociales que posibiliten la emancipación humana. (2014, pág. 60)

2.1.2.1 Elementos constitutivos del Estado

En virtud de esta nueva corriente del neoconstitucionalismo, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), define al Ecuador como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. El carácter plurinacional e intercultural del estado ecuatoriano, debe entenderse como fundamentos del reconocimiento de la existencia de comunidades, pueblos y nacionalidades que habitan en el territorio ecuatoriano, así como al reconocimiento del pluralismo jurídico, social y cultural.

Para reafirmar esta pluralidad, el artículo 2 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) establece como idiomas oficiales de la relación intercultural al castellano, kichwa y shuar, sin desconocer el uso oficial de los demás idiomas ancestrales. En el capítulo cuarto del título II de la Carta Magna (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), se encuentran desarrollados los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en el que resalta el fundamento constitucional sobre el pluralismo jurídico, específicamente en los numerales 9 y 15 del artículo 57 del texto constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

2.1.2.1.1 Plurinacionalidad e interculturalidad

Las diversas corrientes político-constitucionales en América Latina, tuvieron como fundamento el rediseño de nuevas instituciones, el reconocimiento de las reivindicaciones sociales y especialmente la reivindicación de la democracia. Estos movimientos generaron en la región, procesos constituyentes como en Colombia en los años 1990-1991 y Ecuador en el año 2008, sin descartar los procesos constituyentes de Venezuela en 1999 y Bolivia en el año 2009. Como resultado de estos procesos constituyentes, se dio el nacimiento de nuevos textos constitucionales en los que se evidencian amplios catálogos de derechos, así como la apertura a nuevos derechos, como el reconocimiento a los derechos de la naturaleza, el reconocimiento de la diversidad étnico-cultural, el pluralismo nacional, el pluralismo jurídico, entre otros.

De ahí que, en este proceso histórico, los países de esta región han tenido que transitar del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano. Baldi (2013, págs. 54-55) al referirse al “horizonte pluralista” de las constituciones latinoamericanas, establece tres ciclos que han marcado este proceso: primer ciclo denominado “constitucionalismo multicultural” comprendido en el periodo 1982-1988, en el cual se reconoce la diversidad cultural y algunos derechos indígenas; en el periodo comprendido entre 1989 a 2005 se encuentra el “constitucionalismo pluricultural”, en el cual existe un reconocimiento amplio de derechos indígenas, además de que en este periodo la Convención 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT (1989) es reconocido en el derecho interno de los Estados Latinoamericanos; finalmente el “constitucionalismo plurinacional” comprendido en el periodo 2006-2009, se caracteriza principalmente por el reconocimiento a los indígenas como pueblos y nacionalidades, y por lo tanto como sujetos de derechos.

Es importante acotar que entre los análisis históricos más destacables que ha asumido el Estado en la relación con las poblaciones indígenas se analiza el estatus que los indígenas tienen como individuos y su importancia con las fuerzas del Estado. En la época de la Colonia existía un modelo que segregaba los grupos sociales, denominándolos grupos de segunda categoría. Una vez cumplida la independencia con influencia de la revolución francesa, nació un criterio en el que

todos eran iguales ante la ley. Posteriormente con el levantamiento de ciertos grupos y movimientos indígenas empieza a consolidarse y a reconocerse los derechos de varios grupos anteriormente disgregados y discriminados (Ramirez, 2013, pág. 2).

Con estos antecedentes vale indicar que el Ecuador se encuentra conformado por diversas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, caracterizados por una identidad propia. Sin embargo, hasta alcanzar el reconocimiento de la interculturalidad y plurinacionalidad, se ha tenido que recorrer un largo y difícil camino de reivindicaciones sociales. Sus demandas han constituido en todo este proceso, un denominador común de lucha para alcanzar su visibilización en un Estado que históricamente negó su presencia.

El reconocimiento de las sociedades interculturales y multiétnicas, imprime un acento particular al pluralismo nacional y en especial al pluralismo jurídico, en la medida que existen distintos grupos étnicos que también han construido en cada país, diversos órdenes jurídicos sustentados en sus costumbres y tradiciones. Estos sistemas jurídicos se caracterizan por principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario que rigen la conducta y el comportamiento de los miembros de la comunidad.

2.1.2.1.2 Pluralismo jurídico

Garón López (2014, págs. 189-190) señala que, en las últimas décadas, con el resurgimiento de los derechos de los grupos sociales, minorías étnicas, nacionalidades, pueblos indígenas, etc., se empieza a configurar un mapa jurídico-político, dando paso a una conformación pluriétnica dentro de los Estados, plurinacional y plurijurídica. De esta manera el pluralismo jurídico ha experimentado diferentes tratamientos en el curso histórico, empezando desde la segregación de la colonia, la asimilación en la época independiente y el modelo pluralista en los estados.

En toda América Latina han sobrevenido profundas transformaciones constitucionales relativas a la garantía de derechos especiales para los pueblos indígenas lo cual ha implicado un importante esfuerzo de adecuación, no solo en el plano institucional

sino especialmente en relación con la propia dogmática de la Constitución que ha debido centrar sus esfuerzos en el diseño e implementación de una nueva teoría de la interpretación constitucional que, sin perder su propia naturaleza, dé respuestas adecuadas a los retos que el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural presenta frente a la concepción tradicional del derecho a la igualdad que han propugnado los defensores de la noción clásica del Estado-nación, especialmente aquellos juristas positivistas que creen de manera radical en la concepción monista del derecho, y que por tanto, identifican y reducen la noción de ordenamiento jurídico al derecho positivo estatal. Montaña & Pazmiño (2012, pág. 43)

Fabra Zamora (2015, págs. 769-770), señala que los antecedentes del pluralismo jurídico pueden ser encontrados entre las primeras explicaciones del derecho como un fenómeno social, toda vez que afirma que, las sociedades más antiguas poseían un orden mediante el cual podían calificarse en un ámbito jurídico. Los antecedentes históricos, indica, que pueden encontrarse además en teorías de corte sociológico, en donde la existencia de normas dependería de una estructura social que se encuentra definida por un conjunto de pautas que buscan mantener el equilibrio de la sociedad, las mismas que al ser transgredidas genera la aplicación de sanciones, cuya finalidad es la restauración de derechos.

En relación a lo expuesto y desde la óptica de la naturaleza del pluralismo jurídico, Rosillo (2017) señala que la misma no está en la negación del derecho estatal, sino que por el contrario, su naturaleza radica en el reconocimiento de la diversidad de órdenes jurídicos que pueden existir en la sociedad, que actúa con identidad y autonomía propia, razón por la cual se puede afirmar que el Estado ha perdido el monopolio en la generación del derecho. Ron (2015, pág. 75) señala que “el pluralismo jurídico implica la existencia de diferentes sistemas jurídicos paralelos al sistema estatal, o variadas prácticas alternativas de derecho conviviendo todas dentro de un mismo Estado”.

En este sentido, Andrade (2009, pág. 191) señala que el concepto de pluralidad jurídica surge de la posibilidad de contar con espacios autónomos para la solución de conflictos internos, que permita construir espacios de conexión entre el ser humano y los saberes ancestrales propios de los pueblos indígenas. De esta manera, los pueblos indígenas pasaron a tener presencia jurídica, dentro del marco del

respeto a sus derechos y el fortalecimiento de sus culturas ancestrales. Para corroborar lo expuesto, en la tesis doctoral “Pluralismo, derecho humano a la identidad cultural y globalización”, se realizan aportes interesantes respecto al reconocimiento constitucional de la pluralidad cultural y jurídica. En sí, construye su estudio en torno a la necesidad de desarrollo de las normas constitucionales que consagran el pluralismo jurídico en los países andinos. Por lo que, sugiere que se estructuren principios sólidos sobre la base de la jurisdicción indígena. Así, algunos de los principios que menciona son: respeto a la unidad e integridad del Estado plurinacional, relación espiritual entre las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, diversidad cultural, interpretación intercultural, pluralismo jurídico con igualdad jerárquica complementariedad, independencia, equidad e igualdad de género, igualdad de oportunidades y respeto por los derechos fundamentales (Del Carpio Rodríguez, 2011, págs. 88-125).

El paradigma del pluralismo jurídico en su perspectiva teórica permite guiar las investigaciones jurídicas bajo una denuncia de la falsedad del monopolio en el desarrollo y aplicación del derecho por parte del Estado, toda vez que el pluralismo jurídico, busca captar el amplio espectro del fenómeno jurídico. Más allá del derecho estatal, es necesario considerar que el estado no es el único productor de derecho, pues se debe estudiar el derecho desde otros referentes. El pluralismo jurídico no debe estudiarse por sus definiciones, sino más bien por su integralidad, es decir se lo debe estudiar en las diferentes posiciones del derecho, en la coexistencia de los diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio sociopolítico (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, págs. 33-49).

Por su parte, Sánchez (2006, págs. 471-474), afirma que al pluralismo jurídico se lo debe entender como la posibilidad de que en un mismo momento puedan coexistir varios sistemas jurídicos, y mas no como una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Igualmente señala que el derecho no es necesariamente un producto del Estado, sino que el derecho tiene su origen en la sociedad, es decir que resulta del orden interno de las relaciones sociales, por lo tanto, asevera que el derecho, por naturaleza, es un orden de carácter interno que determina la posición y función de los miembros de cada grupo social.

2.1.2.2 Derecho indígena

Antes de la conquista española, la historia registra el avance de los pueblos originarios de América Latina, tanto en la astronomía, agricultura, las ciencias e incluso en los sistemas de justicia. Sin embargo, la colonización intentó desarraigar la cultura aborígen, pretendiendo imponer su identidad cultural y concibiendo al indígena como un ser inferior y bárbaro. Ya en la época republicana, y durante mucho tiempo, los indígenas vivieron una política estatal de asimilación o integración, con lo cual nuevamente se desconocía su condición de pueblo-nación.

Para la década de los noventa, los indígenas se constituyen en actores políticos relevantes de las sociedades, cuya lucha emprendida para la reivindicación de sus derechos, se ve plasmada en las constituciones latinoamericanas, logrando el reconocimiento a la plurinacionalidad, la interculturalidad y el pluralismo jurídico. Por esta razón es que las fuentes del derecho indígena deben buscarse en la cosmovisión indígena y en los principios colectivos de la comunidad, en el derecho consuetudinario y en la oralidad del pueblo indígena.

Los pueblos y nacionalidades indígenas, como toda colectividad humana tienen un derecho, pero no un derecho como lo conocemos, sino un derecho llamado costumbre jurídica, derecho consuetudinario o derecho indígena, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes, con la característica de oralidad, y que no está codificado; con autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las jurisdicciones o territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes. Este sistema jurídico propio de los indígenas, se sustentan y se fundamentan en la preexistencia de un derecho o costumbre jurídica entre los indígenas (Illaquiche, 2001, pág. 2).

Para una explicación más amplia, es necesario señalar que, al reconocer la diversidad étnica y cultural, el Ecuador pretende incorporar una nueva visión del derecho en donde se respete, dentro del marco jurídico, la cosmovisión de los pueblos ancestrales. En este sentido, para Díaz (2017, pág. 2), una afirmación de la

interculturalidad es garantizar “a los pueblos indígenas la conservación y el desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia y organización social” y agrega que “La dificultad consiste si el pluralismo se lo efectúa solo desde el punto de vista jurídico, sin apoyarse en la interdisciplinariedad.”.

Para Tiban (2014, pág. 43), el derecho indígena “es el conjunto de normas y leyes de los pueblos y nacionalidades indígenas para defender y administrar las tierras, para mantener la paz y el orden en nuestras comunidades y pueblos”. Sánchez (2009, págs. 31-48), en su trabajo investigativo “La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia”, reafirma el derecho de los pueblos indígenas a un ordenamiento jurídico distinto, lo cual, a su parecer, implica reconocerlos como nuevos sujetos colectivos de derechos. En este sentido, señala que debe existir el respeto estatal para que ciertos asuntos sean resueltos de manera interna bajo su propio control. Para terminar, emite como conclusión, que el pueblo indígena aún es considerado como minoría, lo que significa una reproducción de los modelos monistas, que se traducen en una falta de respeto a los derechos constitucionales.

En virtud de los antecedentes conceptuales antes expuestos, desde una visión pluralista, el derecho indígena es un sistema de normas, capaz de regular la vida social, de resolver conflictos y de establecer el orden social, dotadas de eficacia y legitimidad. La pluralidad jurídica, nos permite entender que hay derecho, aunque no sean normas producidas por el Estado. Actualmente los Estados han reconocido en las constituciones los sistemas normativos indígenas, lo cual significa que ya no se requiere apelar a la antropología social, como antes, para considerarlos como normas de derecho. Inclusive, vale resaltar que, en muchos países de la región, además del reconocimiento a nivel constitucional, existe el pleno reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas a nivel internacional, en virtud de la ratificación de tratados y convenios internacionales, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales (Organización Internacional del Trabajo, 1989), así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Organización de las Naciones Unidas, 2007).

Por tanto, esta pluralidad jurídica, permite determinar que, en la región se ha asumido no solamente una teoría monista, que identifica al derecho con el Estado, sino que se ha reconocido la coexistencia con diversos sistemas jurídicos, especialmente con el derecho indígena, que tiene sus propias formas de producción de normas, de resolución de conflictos, de sanciones, de autoridades y de reglas. Estos sistemas normativos indígenas tienen el mismo valor y eficacia que el sistema jurídico ordinario, razón por la cual, si existe conflicto entre el derecho estatal y el derecho indígena, tiene que resolverse desde una vía de coordinación y respeto a la diversidad e identidad cultural, ya que no hay sistema que esté uno por encima del otro. La tensión que pudiera suceder entre el derecho indígena con el derecho estatal o con los Derechos Humanos, tiene que ser resuelto desde un diálogo intercultural.

2.1.2.2.1 Derecho a la supervivencia cultural

Clavero (2017, págs. 35-36), en “Los derechos de los pueblos indígenas: entre el colonialismo y los derechos humanos”, afirma que el ejercicio de la jurisdicción indígena habrá de salir del ensimismamiento en el que lo ha recluido el colonialismo. Señala que ahora cuenta con garantías y que la regla ha de ser la de que ninguna instancia no plurinacional, tenga autoridad sobre los gobiernos indígenas. Por su parte, Romero (2016, págs. 42-44), señala que, el derecho indígena a la libre determinación, no solo se ejerce a través de la autonomía, sino también por medio de la participación en los asuntos de interés común con la ciudadanía no indígena.

Fernández (2012, págs. 63-93) en su publicación “La brecha entre el compromiso y el cumplimiento con los derechos de los pueblos indígenas. Reflexiones sobre los avances y retrocesos en materia de justicia indígena en el Ecuador” afirma que, mientras en tiempos pasados el pueblo luchaba por la creación de nuevas normas internacionales que velen los derechos humanos de los pueblos indígenas, en los actuales momentos, los debates se centran en cómo cerrar la brecha de su implementación, toda vez que los prejuicios y el desconocimiento de las culturas indígenas refuerzan los estereotipos anti-indígenas.

Por su parte, Hernández (2014, págs. 1-9) ha desarrollado un estudio similar denominado “La construcción social del derecho, una perspectiva del pluralismo jurídico en los sistemas normativos de los pueblos indios en México”, en el cual el autor explica la necesidad de impulsar la defensa de los derechos fundamentales de los indígenas, no solo desde el ámbito jurídico, sino más bien desde las perspectivas política e ideológica. Pues, asegura muy acertadamente “no podemos permitir que los señores de la ley sigan aprovechando a sus intereses una sola visión de los problemas jurídicos, es necesario desarrollar (...) una visión dialéctica, plural y democrática hasta construir otro mundo”.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia (T-380/93, 1993) señala que:

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. (...) La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando esta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los

derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados.

En consideración a lo expuesto, Walsh (2002, págs. 23-35) en su artículo “Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico” aclara que las actuales reformas constitucionales responsabilizan al Estado del impulso de la interculturalidad y del cumplimiento de los derechos colectivos a las nacionalidades y pueblos indígenas. Pero, a su vez acota que la legalización del pluralismo jurídico no es más que un fortalecimiento para la burocratización del poder. Es decir, para el autor, el hecho de que exista reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico no asegura que exista una justicia apropiada. Además, concluye que no se encuentra asegurada la no intervención del derecho estatal sobre el derecho indígena.

En este sentido, debido a diferentes factores jurídico sociales, se evidencia en los actuales momentos un proceso de invisibilización de la cultura aborígen, desconociendo la interculturalidad, plurinacionalidad y pluralismo jurídico, elementos esenciales que constituyen los cimientos de la construcción de una democracia justa, igualitaria y plural. Esta invisibilización lleva consigo a su vez la vulneración a los derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades, pues han sido excluidos de su participación en los nuevos pactos sociales del Estado. Por tanto, el debilitamiento de las prácticas y costumbres ancestrales, así como el desconocimiento del derecho consuetudinario, ha provocado un proceso de debilitamiento de la justicia indígena en el Ecuador, lo que ha dado como consecuencia un desarraigamiento de las fuentes del derecho indígena, ocasionando a su vez la subordinación a la justicia ordinaria.

2.1.2.2 Colisión con el derecho estatal

En este sentido, Bonilla (2008, págs. 1-20) en su artículo “Pluralismo jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento del sistema de justicia indígena”, plantea la existencia de una negación del estado ecuatoriano al reconocimiento de las formas de vida e instituciones de los pueblos indígenas que viven en su territorio. Adicionalmente señala que los conflictos entre la justicia

indígena y la justicia estatal se deben a una constante lucha por el reconocimiento de otra forma de vida. En este orden de ideas concluye que, en el caso del Ecuador, el reconocimiento de los derechos indígenas no es suficiente. Lo dicho, se debe a una percepción del mundo en el cual se reproducen las dinámicas monoculturales de exclusión del estado-nación.

Por otra parte, Carpio en su investigación titulada “Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿Existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?”, da a conocer que “La cultura y las tradiciones indígenas se han visto minimizadas por muchos años debido a la imposición de las prácticas occidentales, las cuales, al ser mayoritarias, generalmente se presentan como ideales y únicas” (2002, pág. 209). En este sentido, hace referencia al caso La Cocha, en el cual las autoridades indígenas de la comunidad resolvieron sancionar a cinco miembros de su comunidad por el delito de asesinato, y que, sin embargo, en forma posterior, se inició un proceso penal ante la justicia ordinaria, sin respetar las decisiones del derecho indígena. Por esta razón, critica la evidente intención del derecho estatal para limitar las facultades del derecho indígena (págs. 220-224).

Álvarez (págs. 55-60), en su tesis doctoral titulada “Postdesarrollo, Pluralismo Jurídico y Derechos Territoriales Indígenas: El caso de Ecuador a la luz de la Constitución de Montecristi”, sostiene que en la defensa de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, surgen una serie de conflictos con el estado desarrollista y monista. Por esta razón señala que, si bien la Constitución de la República del Ecuador contiene categorías innovadoras, en la práctica no se ha conseguido consolidar una verdadera justicia indígena, autónoma e independiente frente a la justicia ordinaria. A su vez, entre las principales conclusiones de su trabajo, indica que la jurisdicción indígena en sujeción al respeto de los derechos humanos, representa una desnaturalización de su derecho propio; y, que el Estado con el sector indígena no mantiene un consenso pluralista en el que ambos sectores conserven su independencia.

Fonseca (2014, págs. 24-37), por su parte, en su publicación “La independencia de los jueces y las autoridades indígenas en Ecuador: Una ecuación jurídica difícil”,

se refiere al sistema ordinario de justicia y a la jurisdicción indígena, a partir de la perspectiva de independencia y autonomía de sus decisiones. En definitiva, su estudio insta al Estado ecuatoriano para que se acoja al modelo de pluralismo jurídico de Colombia. En este sentido señala que el aporte de la Corte Constitucional de Colombia debe ser apreciado como un importante insumo de reglas y criterios para definir el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria. Por último, concluye que, si el Ecuador no cumple con otorgar jerarquía e institucionalidad a las autoridades indígenas, la matriz positivista y legalista seguirá siendo el único modelo de derecho.

Para corroborar lo expuesto, Vásquez Ortega (2014, págs. 15-25) en la tesis doctoral denominada “Inclusión del pluralismo jurídico, frente a las inconsistencias de la justicia ordinaria y la justicia indígena ecuatoriana”, determina que los procesos de independencia en nada cambian la situación de desamparo en la que se encuentran los pueblos indígenas, razón por la cual señala que el dualismo jurídico demanda del legislador soluciones que permitan la interrelación entre las competencias reconocidas a las distintas nacionalidades y comunidades en el Estado ecuatoriano.

En el trabajo denominado “El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza?”, Gadea (2011, págs. 5-10) afirma que el desafío de la institucionalidad del pluralismo jurídico está en la adecuación entre legalidad representada por la institución oficial estatal y las verdaderas legitimidades sociales locales. En este sentido, señala que, se trata de adecuar la ley con las prácticas sociales, para que la institución jurídica no esté desconectada de los procesos de legitimación llevados a cabo a nivel local. En este sentido, Colom (2009, pág. 15), en “Justicia Intercultural. El pluralismo jurídico y el potencial de la hermenéutica normativa”, señala que “una dialéctica intercultural inspirada en valores universalistas debe plantearse una jerarquía hermenéutica en las reglas de reconocimiento recíproco”.

2.1.2.3 Justicia indígena

En palabras de Stavenhagen (2013, pág. 50) “Una de las reformas más significativas en materia de justicia en los países andinos es el reconocimiento constitucional de

la justicia indígena.” Ello es particularmente importante porque se trata del reconocimiento de una realidad social a la que la juridicidad oficial le había negado estatuto legal. Hoy en día, gracias a la inclusión del pluralismo jurídico, los pueblos indígenas cuentan con su propio procedimiento para la aplicación de justicia indígena, la misma que se sustenta en el derecho consuetudinario, a través de normas y principios que han sido transmitidos desde los tiempos ancestrales y que por lo tanto han sido conservados en el tiempo.

A decir de Trujillo (2016, págs. 33-48), en el trabajo científico titulado “La justicia indígena como un derecho consuetudinario”, la justicia indígena determina normas y principios que se conservan a través del tiempo, que se transmiten de generación en generación y que forman parte del derecho consuetudinario. Por lo que, se investiga el reconocimiento legal que tienen los pueblos indígenas para administrar justicia bajo un pluralismo jurídico reconocido por el Estado. Para terminar, como conclusión a la investigación, señala que el Estado debe garantizar el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena por parte de las instituciones y las autoridades del sector público del país. Así, interpreta la necesidad de una ley que establezca mecanismos de coordinación y cooperación entre lo que es la justicia ordinaria y la justicia indígena.

Por su parte Salazar (2018, págs. 50-62), en su trabajo de investigación “La incorrecta aplicación de la justicia indígena en el marco de sus competencias”, explica que la justicia indígena se presenta como un mecanismo que permite garantizar los principios de los pueblos indígenas. En fin, concluye que la justicia indígena no busca llenar cárceles, sino la reinserción social de los acusados, evitando la impunidad, por lo que señala que se debe respetar las decisiones de la justicia indígena.

Como se ha venido explicando a lo largo del presente trabajo, la Constitución garantiza al país su calidad de intercultural y plurinacional a través del reconocimiento del pluralismo jurídico. Es así como la justicia indígena en el Ecuador ha adquirido su importancia por los casos en los que se han visto involucrados los pueblos y nacionalidades indígenas, tomando en consideración

que las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas se ejercen dentro de su ámbito territorial. Por lo que al ser reconocida la justicia indígena como legal y constitucional en el país, los pueblos y nacionalidades administran su propio sistema de justicia basado en experiencias, cultura y tradiciones (Capelo Burgos, 2010, pág. 33).

2.1.2.3.1 Naturaleza jurídica y alcance

Las normas y principios forman parte del desarrollo cultural de los pueblos indígenas y, por lo tanto, al existir íntima relación con las prácticas y saberes ancestrales, las sanciones se basan en mitos y creencias. Para Regalado (2012, pág. 105), las sanciones consisten en castigos corporales con azotes, baños en agua fría y ortiga, caminar desnudos y la expulsión de la comunidad. El fin de estas sanciones de carácter espiritual es la reparación del daño causado y el proceso de curación del infractor, a fin de restablecer la armonía y la vida en comunidad.

Como resultado, a diferencia de la justicia ordinaria y la necesidad de una norma escrita, la jurisdicción comunitaria responde a una visión cosmológica. Lo que implica que administran justicia en virtud de creencias ancestrales y/o religiosas como: adoración a la tierra o al sol. Por esto, tienen una concepción sancionadora distinta. Por ejemplo, usando agua, ortiga, látigos o plantas como elementos de purificación. Se trata de normas y reglas, que, si bien no están escritas, son conocidas y aceptadas por toda la comunidad a través de la oralidad y la transmisión de costumbres de generación en generación.

En el Ecuador, la justicia indígena se encuentra reconocida en el literal i), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), en virtud de la cual se reconoce los efectos jurídicos a fin de evitar el doble juzgamiento; en el artículo 171 del texto constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), se desarrolla las reglas a observarse en la administración de justicia indígena, la misma que debe guardar conformidad con la Constitución y los derechos humanos; finalmente, la norma invocada, establece la legitimidad de la justicia indígena, sin perjuicio del control constitucional al que están sometidas sus decisiones.

El bien jurídico a ser protegido en la justicia indígena es el buen vivir entre familias y la convivencia pacífica en comunidad. La justicia indígena alcanza legitimidad, desde la óptica del derecho consuetudinario, cuya solución de conflictos se resuelve por consenso de las partes y su finalidad es la de restablecer las relaciones armoniosas de la comunidad. Para Grijalva (2009, pág. 404), la Constitución de la República del Ecuador fija como únicas limitaciones a la jurisdicción indígena, la Constitución y los derechos humanos. Por tanto, la identidad y autonomía propia que caracterizan al pluralismo jurídico, se fundamenta en la existencia de normas de derecho consuetudinario, las mismas que se derivan de la conexión que existe entre el ser humano y los saberes ancestrales.

2.1.2.3.2 Debido proceso

En lo que respecta al procedimiento sancionador de los pueblos indígenas, Santos Grijalva (2009, pág. 88) señala que:

1. Cualquier conflicto que surja en la comunidad, se pone a conocimiento de las autoridades indígenas de forma verbal y en pocas ocasiones por escrito. 2. Las autoridades indígenas luego de conocer el caso llaman a las personas involucradas a una reunión. Generalmente este proceso se realiza en una asamblea general a donde asisten todos los miembros de la comunidad. 3. Si no se ha logrado solucionar el problema en la etapa anterior se conforma una comisión integrada por personas de trayectoria intachable y miembros de la asamblea, para que ellos sean quienes realicen las averiguaciones necesarias a fin de esclarecer el caso. 4. Finalmente si se comprobare la responsabilidad del acusado, la asamblea decide la sanción que se impondrá y de inmediato se ejecuta y todos los acuerdos quedan anotados en actas de la Asamblea.

En este sentido, en el estudio realizado por Simon Thomas (2009, págs. 61-64), al referirse al procedimiento que se adopta en la justicia indígena para la solución de conflictos internos, se advierte las siguientes etapas : 1) *Willachiy o Willachina* (denuncia); 2) *Tapuna o Tapuykuna* (etapa investigativa); 3) *Ñawinchina o Chimpapurana* (etapa en la que se hace efectivo el derecho a la defensa y contradicción); 4) *Huchachina Kishpichina* (etapa en la que se determina la sanción a imponer; tiene relación con el debido proceso en las garantías de la independencia

e imparcialidad de la autoridad y motivación); y, 5) *Paktachina* (ejecución de sanciones a cargo de las mujeres). Es necesario resaltar que, en la cultura indígena, la mujer tiene un rol protagónico en el procedimiento que se aplica en la administración de justicia, pues es la encargada de ejecutar la sanción impuesta al infractor.

En contraposición a los argumentos expuestos, desde una visión occidental, existen críticas a las sanciones que se aplica en la justicia indígena, pues consideran que estas constituyen costumbres violentas y actos que atentan a los derechos humanos. En este sentido, (Serrano Pérez, s.f.) señala que “en el caso ecuatoriano se recordaría escenas de las “brujas de calhuasí” en el que se veía la aplicación de azotes y ortiga a dos mujeres mestizas en ropa interior a vista y paciencia de las autoridades”, razón por la cual afirma que es “una auténtica aplicación de la justicia indígena con clara violación del debido proceso y la integridad personal evidenciando un conflicto entre los derechos humanos y la administración de justicia indígena”.

2.1.2.4 Precedentes jurisprudenciales

En relación a la relevancia de la jurisprudencia constitucional, Montaña Pinto (2012, pág. 113) señala que ya no se puede considerar a la ley como única fuente de aplicación para las decisiones judiciales, pues en el mundo de las leyes pueden presentarse problemas como los vacíos legales, antinomias, pérdida de su vigencia, etc. Alarcón Peña (2013, pág. 109) por su parte, señala que el sistema jurídico encuentra su perfección en el desarrollo jurisprudencial, pues a través de la labor hermenéutica, se garantiza la protección de los derechos, y a su vez se alcanza la unificación de sus contenidos, dando como resultado el fortalecimiento de las garantías constitucionales y generando confianza en los jueces constitucionales. A criterio de (Ruiz Guzmán, Aguirre Castro, & Avila Benavidez (2016, pág. 665) la jurisprudencia constituye una fuente creadora del derecho. Por su parte Palencia Ramos (2014, págs. 151-161) indica que la Corte Constitucional por su calidad de garante de la integridad y supremacía constitucional, realiza una actividad jurisdiccional interpretativa y creadora del derecho, razón por la cual señala entre

otros aspectos positivos de la jurisprudencia constitucional, los siguientes: la garantía al principio de igualdad, coherencia normativa y seguridad jurídica.

En este sentido, García López (2014, págs. 89-91) señala que el juzgador ha ido fortaleciendo el sistema de protección de los derechos fundamentales a través del desarrollo jurisprudencial, aspecto que armoniza con su función de juez garante de la Constitución, quien en su labor jurisdiccional concretiza además el contenido y el alcance de la ley y por lo tanto crea derecho de acuerdo a las realidades sociales, a partir de su interpretación del contenido de la Constitución. Al referirse al valor de la jurisprudencia constitucional, Díaz Revorio (2016, pág. 10), afirma que la jurisprudencia constitucional constituye fuente del derecho, por sus efectos *erga omnes*, fundamentalmente por la interpretación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Nogueira Alcalá (2010, págs. 101-110) por su parte indica que el nuevo rol que juega la sentencia constitucional, obliga a que los jueces constitucionales se aparten del principio de legalidad y se conviertan en verdaderos intérpretes del derecho.

Ruiz Guzmán (2015, pág. 63) respecto de la importancia jurisprudencial, señala que: “La jurisprudencia constitucional asume su condición de nueva fuente directa en la función creativa del derecho, principalmente a través de los precedentes y reglas jurisprudenciales necesarios para la adecuada aplicación de los derechos constitucionales, mediante el sistema de garantías jurisdiccionales”. A partir de los criterios doctrinales antes expuestos, se pueden extraer varios aspectos centrales: a) la existencia de una Corte Constitucional encargada de velar por la supremacía constitucional; b) la protección de los derechos, que se alcanza con la interpretación constitucional, con lo cual además se logra la unificación de contenidos; c) la fuerza y eficacia de los precedentes y reglas jurisprudenciales, emitidas en virtud de las garantías jurisdiccionales, que proporciona directrices para la legislación, la administración y la justicia; d) el control constitucional de las leyes con lo cual se garantiza la seguridad jurídica y se fortalece la eficacia del ordenamiento jurídico positivo; y, e) finalmente está la función creadora del derecho con efectos abstractos y generales, con lo cual la jurisprudencia constitucional se constituye en fuente del derecho.

En este contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través del drittwirkung), el principio pro personae, etcétera. (Carbonell, 2008, pág. 11)

El debate teórico en torno a la relevancia de la jurisprudencia constitucional, conforme queda expuesto en líneas anteriores, toma fuerza por su función creadora del derecho, a partir de una argumentación e interpretación conforme a la Constitución que realice el máximo órgano de control constitucional. En este sentido, ya en el caso concreto materia de la presente investigación, Ecuador y Colombia reconocen el pluralismo jurídico, siendo, por lo tanto, las Cortes Constitucionales de ambos países garantes máximos de la protección de los derechos humanos, individuales y colectivos, a fin de que exista el pleno reconocimiento y aceptación de la legitimidad, validez y eficacia de los sistemas jurídicos ancestrales para la realización de la justicia indígena. Sin embargo, desde la óptica del sistema interpretativo y argumentativo de la justicia constitucional de ambos países, se evidencian límites a los sistemas de jurisdicción indígena y por lo tanto una imposición de la cosmovisión de la cultura occidental sobre la cosmovisión de la cultura indígena, conforme a continuación se analiza.

2.1.2.4.1 Jurisprudencia constitucional ecuatoriana

En el caso de Ecuador, existe un incipiente desarrollo de la Corte Constitucional en casos de protección del pluralismo jurídico, plurinacionalidad e interculturalidad, razón por la cual existe una deuda pendiente de este órgano constitucional con los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. Esta pobre y limitada carga argumentativa e interpretativa desarrollada en temas relacionados con diversidad e identidad étnica y cultural, autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas, ha provocado eminentemente un proceso de debilitamiento de la justicia indígena en el Ecuador.

Sin embargo, no se puede desconocer ciertos elementos que convergen a establecer parámetros de interpretación intercultural que en sus precedentes jurisprudenciales ha desarrollado la Corte Constitucional del Ecuador. Al respecto, Solano Paucay (2018, pág. 36) establece ciertos elementos que configuran un “argumento interpretativo intercultural” de la Corte Constitucional y que se desprenden de sentencias constitucionales como son las siguientes: “a) el caso “La Cocha”, b) el caso “Waorani” y c) el caso “Amawtay Wasi”. En este sentido, el autor citado, señala que:

En los casos sub examine, se observan algunos párrafos que delimitan ciertos elementos estructurales del argumento interpretativo intercultural: 1) La interculturalidad y la plurinacionalidad son conceptos complementarios, a su vez no se contraponen al Estado unitario, sino al Estado homogéneo con lo que se reconoce la existencia de un pluralismo jurídico (Sentencia No. 0731-10-EP, 2014, p.12). 2) Se determina que al existir un pluralismo jurídico se debe tomar en cuenta ciertos principios para resolver los problemas relacionados con pueblos ancestrales, que son los siguientes: a) continuidad histórica b) diversidad cultural; c) interculturalidad; d) interpretación intercultural (Sentencia No. 0008-09- SAN-CC, 2009, p.26-28) (Sentencia N. 004-14-SCNCC, 2014, p.19)

Cabe indicar que estos elementos desarrollados por la Corte Constitucional y que configuran una interpretación intercultural, no han sido considerados para la resolución del problema jurídico deducido en torno al caso La Cocha (2014), el mismo que es materia de análisis en la presente investigación, vulnerando de esta manera los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a la diversidad cultural y pluralidad jurídica, conforme a continuación se analiza:

a) Sentencia No. 113-14-SEP-CC (voto de mayoría)

Un precedente jurisprudencial que ilustra lo afirmado y que constituye fuente de investigación para el presente estudio es la sentencia No. 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha, 2014), en la que se conoció y resolvió por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, una acción extraordinaria de protección deducida por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas con fechas 16 y 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de la Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi, en virtud del asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, quien fuera hermano del legitimado activo.

En las referidas resoluciones de fechas 16 y 23 de mayo de 2010, la Asamblea General Comunitaria en el ejercicio de sus potestades jurisdiccionales y con observancia de su derecho ancestral, en aplicación directa del artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), determinó la responsabilidad de los infractores y las sanciones correspondientes, las mismas que fueron ejecutadas conforme manda su derecho propio. Al respecto, cabe indicar que las autoridades indígenas de La Cocha, con observancia de su derecho a la identidad cultural, cuya fuente es la costumbre, sustentaron el juzgamiento y sanciones del presente caso en sus prácticas tradicionales, las mismas que al ser conocidas, aceptadas y respetadas por toda la comunidad, constituyen normas previas, claras y públicas. Además, es necesario señalar que existió una aceptación voluntaria por parte de los infractores, a fin de ser juzgados por la justicia indígena.

Sin embargo, a raíz de la aplicación de la justicia indígena en el hecho relatado, desconociéndose la cosmovisión de la cultura indígena y desde una visión del derecho occidental, se suscitaron dos acontecimientos jurídicos que evidencian la supremacía de una cultura jurídica dominante al margen de toda interpretación intercultural: a) tres dirigentes de la comunidad de La Cocha, esto es el Presidente, el Tesorero y la Secretaria de la comunidad, fueron detenidos acusados de haber cometido delitos de secuestro y plagio; y, b) por otro lado, a pesar de que ya se juzgó y sancionó en la justicia indígena a los responsables del asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, la justicia ordinaria dictó auto de llamamiento a juicio por la responsabilidad en un presunto delito de asesinato, en contra de los señores Iván Blamido Candelejo Quishpe; Flavio Hernán Candelejo Quishpe; Manuel Orlando Quishpe Ante; Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga; y Klever Fernando Chaluisa Umajinga.

Si bien, la acción extraordinaria de protección deducida en el presente caso, no tiene como fundamento la vulneración de derechos constitucionales en las resoluciones adoptadas en la justicia indígena, no es menos cierto, que la misma está encaminada a la validez y eficacia de las referidas resoluciones ante la falta de ejecución de las mismas, debido a la intromisión de la justicia ordinaria. Por lo tanto, el objeto de la pretensión se contrae a que las referidas decisiones adoptadas en la justicia indígena por las autoridades de la Comunidad “La Cocha” sean respetadas por la justicia ordinaria, en atención al principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Con estos antecedentes, se puede colegir que la sentencia de mayoría dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, refleja la antinomia que existe entre monismo y pluralismo jurídico, así como evidencia que la plurinacionalidad e interculturalidad plasmados en la Constitución son meros enunciados líricos y que por lo tanto el derecho indígena está subordinado al derecho estatal dominante. En la referida sentencia, se desconoce en el Ecuador la administración de justicia indígena en materias respecto de las cuales, afirma, es competencia exclusiva del sistema de derecho penal ordinario, específicamente el derecho a la vida, configurándose esta

vulneración a través de la regla de aplicación obligatoria dictada en este sentido; pero, esta transgresión a preceptos constitucionales por parte de la Corte Constitucional, no sea agota en la referida regla de aplicación obligatoria, pues en la referida sentencia existen quebrantos a otros derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), como el derecho constitucional de no revictimización (artículo 78), el derecho a la seguridad jurídica (artículo 82) y el derecho al debido proceso en la garantía de “no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” (artículo 76, numeral 7, literal i).

Seni (2014, págs. 181-185) en su publicación “Comentarios a la sentencia No. 113-14-SEP-CC, dentro del caso No. 731-10-EP “LA COCHA” (Acción Extraordinaria de Protección). Alcances de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” esclarece que a partir de esta sentencia se transgredió el alcance de los derechos constitucionales y su compatibilidad con la justicia comunitaria. Pues, de cierto modo, la Corte Constitucional no toma en cuenta la decisión de la justicia indígena alegando que la Asamblea Comunal pasó por alto la afectación del derecho a la vida. De esta forma, la jurisdicción ordinaria no se ajustó al modelo actual del estado de derechos humanos y ancestrales que se rigen bajo el paradigma del pluralismo jurídico en el Ecuador.

En conclusión, pese a existir la norma Constitucional que garantiza a los pueblos indígenas, su autonomía y el respeto por sus formas tradicionales en el juzgamiento de delitos, se evidencia que la justicia ordinaria no respeta los preceptos garantistas del pluralismo jurídico. Por el contrario, existe intromisión de las autoridades estatales en los asuntos de estos pueblos aborígenes, evidenciando la hegemonía del sistema jurídico ordinario sobre el reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador. Lo que significa un retroceso en el sistema de justicia hacia el estado de derecho y legalista de occidente. El reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas es y seguirá siendo uno de los temas más polémicos en la historia del derecho constitucional.

b) Sentencia No. 113-14-SEP-CC (voto salvado)

Por el contrario, la ratio decidendi que sustenta el voto salvado del Juez constitucional, Dr. Fabián Marcelo Jaramillo Villa, representa una visión más ajustada a la realidad del derecho indígena. En este sentido, al referirse al primer problema jurídico planteado en el desarrollo de la sentencia: “¿El proceso de juzgamiento llevado a cabo por la comunidad indígena de La Cocha por la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo se efectuó respetando el derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución?” (Caso La Cocha, 2014), señala que los elementos característicos propios del sistema de justicia del pueblo Kichwa Panzaleo, al cual pertenece la comunidad de La Cocha, son los siguientes:

- a) Un conjunto de autoridades propias, socialmente reconocidas;
- b) Reglas de conducta que exteriorizan valores perfectamente identificables por todos los miembros de la comunidad;
- c) Existencia de una costumbre tradicional de resolver los conflictos internos a través de un procedimiento reconocible por todos los miembros de la comunidad; y,
- d) Medidas correctivas o “sanciones” reconocidas, aceptadas y acatadas por toda la comunidad.

En el desarrollo del problema jurídico planteado, el juez constitucional aborda el tema desde una interpretación intercultural, justificando la legitimidad de la competencia de la Asamblea General Comunitaria para juzgar y sancionar los conflictos internos de los pueblos Kichwa Panzaleo, producidos dentro del ámbito territorial de su comunidad. Circunscribe sus argumentos centrales en el respeto a la cosmovisión indígena, pues afirma que, con sustento en el derecho a la identidad cultural, componente fundamental para su autodeterminación, la autoridad comunitaria observó el cumplimiento de los usos, costumbres y tradiciones que forman parte de su derecho ancestral, cuya fuente, es la costumbre. En virtud de la argumentación jurídica expuesta, concluye por lo tanto que “durante el juzgamiento y aplicación de las sanciones, las autoridades indígenas de La Cocha (...)

garantizaron el derecho a la seguridad jurídica, y como consecuencia de aquello, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva” (Caso La Cocha, 2014).

En la resolución del segundo problema jurídico planteado que consiste en que “¿Las autoridades indígenas de La Cocha eran competentes para conocer el juzgamiento de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en virtud de la autonomía jurisdiccional prevista en el artículo 171 de la Constitución?” (Caso La Cocha, 2014), el juez constitucional aborda el desarrollo desde diversas aristas. En este sentido, en primer lugar, señala que el artículo 171 de la Constitución de la República reconoce la autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en la solución de sus conflictos internos y con observancia de su derecho ancestral, teniendo como límite, únicamente los preceptos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

En segundo lugar, el juez constitucional resalta el hecho de que el asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, llegó a conocimiento de la autoridad comunitaria en virtud de la petición de los familiares de la víctima, así como por el consentimiento de los infractores para someterse de forma voluntaria a la justicia indígena, teniendo en consideración que se trata de un conflicto interno, pues el asesinato acaeció en la comunidad indígena, hecho en el que tanto la víctima como victimarios pertenecen a la misma. Añade además que la justicia indígena no opera de oficio y que sólo se activa a petición de parte o cuando se trata de un delito flagrante.

En tercer lugar, el juez constitucional evidencia que el bien jurídico tutelado en la justicia indígena es la protección de la comunidad, remitiéndose para el efecto al peritaje sociológico practicado por el Presbítero Pedro Torres, experto en manejo y resolución de conflictos indígenas en Ecuador, quien señala que:

“(…) lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el ayllkuna allí kausay, el bien vivir entre familias y el estar ‘integrado’ a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea... AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA por eso suelen decir:

‘tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie’ y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esa manera” (Caso La Cocha, 2014).

En cuarto lugar, al referirse al bien jurídico vida que se circunscribe al caso en concreto, el juez constitucional señala que al igual que ciertos bienes jurídicos de índole particular que son tutelados en la justicia indígena, igualmente existe una protección al derecho a la vida, en cuanto lo que se busca es la armonía de la comunidad y la convivencia pacífica de sus miembros, partiendo de la premisa de que la justicia indígena es reparatoria y conciliatoria. En este sentido, igualmente recurre al peritaje sociológico practicado por el Presbítero Pedro Torres, quien afirma que:

“(…) Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es de comunidad y lo que se busca es proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean (...)” (Caso La Cocha, 2014).

En quinto lugar, el juez constitucional diferencia la protección del derecho a la vida desde una dimensión objetiva y desde una dimensión subjetiva, pues señala que el bien jurídico vida en la justicia indígena es tutelado desde una dimensión objetiva, pues lo que busca es el restablecimiento de la paz, la tranquilidad y la armonía de la comunidad. Sin embargo, advierte que, en el derecho ordinario, la vida exige una protección amplia por parte del Estado, por el solo hecho de su existencia, y por lo tanto afirma que este bien jurídico debe ser amparado “no solo en cuanto a derecho objetivo sino también en cuanto a derecho subjetivo inherente a cada persona” (Caso La Cocha, 2014). En este sentido señala que, si no opera la justicia indígena por la falta de ruego o petición de la comunidad, es deber ineludible del Estado, a

través del sistema de justicia ordinario, actuar inclusive de oficio, a fin de que el delito no quede en la impunidad, sin que lo expuesto constituya afectación al derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pues lo que se busca es que exista cooperación y coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

En atención a las consideraciones expuestas, ante la competencia jurisdiccional ejercida por las autoridades indígenas en el caso concreto, cuyas decisiones deben ser respetadas por todas las instituciones y autoridades públicas, conforme manda en Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), concluye que existió intromisión de la justicia ordinaria. Por lo tanto, en la referida sentencia de minoría se dispone que con el fin de precautelar la validez, eficacia y firmeza de las decisiones adoptadas en la justicia indígena, proteger los derechos de las autoridades indígenas y de los involucrados en el presente caso, así como garantizar el principio de *non bis in ídem*, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), “esta Corte deja sin efecto y valor jurídico todas las actuaciones y providencias dictadas en justicia ordinaria a partir del inicio de las instrucciones fiscales, para lo cual les corresponde a las autoridades jurisdiccionales (...) archivar los expedientes” (Caso La Cocha, 2014).

Finalmente el desarrollo argumentativo del tercer problema jurídico planteado: ¿En el presente caso se ha vulnerado el derecho a la no re victimización del accionante y su familia, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República? (Caso La Cocha, 2014), el juez constitucional señala que el precepto constitucional contenido en el artículo 78 del texto constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), proscribela no re victimización a las víctimas de infracciones penales, razón por la cual, señala que, es deber ineludible del Estado garantizar la protección de este derecho. Indica además que, según “la Declaración de Naciones Unidas de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (Caso La Cocha, 2014), víctima no es sólo la persona que ha sufrido un daño físico o mental o cualquier otra clase afectación como

consecuencia de una infracción, sino también víctima, en sentido amplio, constituye su entorno familiar o sus dependientes inmediatos.

En el caso concreto señala que, ante la intromisión de la justicia ordinaria, las decisiones adoptadas en la justicia indígena no han podido ser cumplidas en su totalidad y que por lo tanto no se ha logrado la reparación integral. Señala que el hecho de que se hayan iniciado procesos en la justicia ordinaria ha conllevado a que los familiares del señor Marco Antonio Olivo Pallo, hayan sido sometidos a una serie de situaciones que han provocado sufrimiento e intimidación, vulnerándose de esta manera el derecho a la no re victimización. Que esta re victimización incluso se ha agravado ante la intervención de los medios de comunicación social en torno al caso, pues a más de que han sido sometidos a una serie de entrevistas, la prensa ha generado en la sociedad una serie de reacciones en contra de la aplicación de la justicia indígena, provocando en ellos angustia y por lo tanto afectación a su derecho a la honra.

Al haber sido el caso de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo un tema de alta complejidad y de gran sensibilidad, los medios de comunicación, al difundir lo sucedido, debieron garantizar que su información esté debidamente contextualizada, esto es debió ser valorada en función del principio de interculturalidad, puesto que al emitir imágenes y criterios respecto de hechos tan sensibles sin presentar cuál es el contexto en el que se aplicaron las sanciones o los castigos corporales (cumplidos en virtud del derecho propio de la comunidad indígena), ha dado lugar a que se mal entiendan las costumbres de los pueblos ancestrales y se distorsione la justicia indígena, provocando de esta manera su infravaloración (Caso La Cocha, 2014).

En este sentido, señala que, el calificativo otorgado por la prensa de que la justicia indígena es bárbara, cruel e inhumana, es totalmente contraria a la interpretación intercultural que debe primar, pues se desconoce el valor de sus costumbres, valores y tradiciones, más aún cuando la justicia indígena lo que busca es el

restablecimiento del equilibrio y la armonía de la comunidad, sin que sus sanciones constituyan de ninguna manera afectación a la dignidad de las personas.

A este respecto la Corte Constitucional estima necesario explicar que para la comunidad indígena de La Cocha, las sanciones corporales no constituyen una tortura o un acto cruel o degradante sino que las mismas tienen como única finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados. En su contexto, este tipo de “sanciones” constituye la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Además, al ser aplicadas públicamente cumplen una labor ejemplificadora y preventiva que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer ese tipo de faltas en un futuro; así como también evitar la reincidencia del infractor. (...)

En tal sentido, en el caso objeto de análisis, las sanciones corporales impuestas a los involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, forman parte de su derecho propio y de su identidad cultural y autodeterminación, por lo que deben ser interpretadas bajo la atenta mirada de la Constitución, los Convenios Internacionales de derechos humanos, así como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (Caso La Cocha, 2014).

2.1.2.4.2 Jurisprudencia constitucional colombiana

La Corte Constitucional de Colombia, en su producción jurisprudencial, evidencia un desarrollo progresivo del derecho a la identidad cultural de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y otros derechos que, por su carácter de interdependientes, se encuentran relacionados entre sí, como la interculturalidad, plurinacionalidad y pluralismo jurídico. Además de la valiosa carga argumentativa en la *ratio decidendi* de sus precedentes jurisprudenciales, este máximo órgano de justicia constitucional, en su calidad de legislador positivo, ante la existencia de lagunas legales, ha emitido importantes reglas en los ámbitos de jurisdicción y competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, dotando de importantes

mecanismos de coordinación y cooperación entre éstos dos sistemas jurídicos. Por tanto, el desarrollo jurisprudencial progresista de la Corte Constitucional Colombiana, en cuestiones relacionadas con el reconocimiento y protección del principio a la diversidad cultural, podría constituir de fuente importante para comprender la dinámica de la pluralidad en la región y para que las Cortes Constitucionales de Latinoamérica establezcan nuevos criterios jurisprudenciales en defensa de los grupos indígenas.

Sin embargo, del aporte valioso de la jurisprudencia constitucional de Colombia en temas relacionados con la diversidad cultural, es necesario señalar que aún falta por recorrer un largo camino hasta alcanzar un verdadero reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. A tal punto que no dejan de existir críticas a la tarea jurisdiccional de la Corte Constitucional de Colombia, pues sea afirma que los fallos constitucionales tienen un sesgo de la visión hegemónica del derecho estatal. En este sentido, Bonilla en su trabajo investigativo denominado “Los Derechos Fundamentales y la Diferencia Cultural: Análisis del Caso Colombiano” (Bonilla, págs. 3-4), expone lo siguiente:

Desafortunadamente, las consecuencias positivas que el nuevo marco constitucional ha tenido para el reconocimiento de las minorías culturales en el país han sido limitadas por interpretaciones poco plausibles sobre como resolver la tensión entre diversidad y unidad cultural que existe al interior de la constitución. Los jueces y los funcionarios del poder ejecutivo generalmente han resuelto esta tensión dándole prioridad al principio de unidad cultural y por tanto anulando de hecho los valores constitucionales del pluralismo y la diferencia. (...)

La interpretación hegemónica de la constitución ha sido claramente articulada en la mayoría de las sentencias sobre cuestiones multiculturales que la Corte Constitucional ha decidido en los últimos diez años.

a) Sentencia T- 254 / 94

Con fecha 19 de diciembre de 1992, la Comunidad Indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima, procedió a expulsar y desterrar al señor Ananías Narváez junto a su familia, en virtud de que fuera acusado del delito de hurto. Alega que la sanción le fue impuesta sin observar procedimiento alguno, mediante la cual además se le despojó de una parcela de dos hectáreas que le fuera adjudicada por la propia comunidad y en la que tenía varios cultivos de la zona, sin reconocerle ni siquiera las mejoras introducidas en la propiedad. En la correspondiente acción de tutela, el peticionario alude que la sanción impuesta vulnera “sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra y al buen nombre y a la vida, y desconoció la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”, conforme se desprende de la sentencia (T-254/94, 1994). Con estos antecedentes, la Corte Constitucional, en virtud de haberse seleccionado el caso para revisión, determinó que la acción de tutela en contra del cabildo indígena de El Tambo era procedente, pues se trataba de una decisión judicial indígena en la que existió vulneración de derechos constitucionales del recurrente y de su familia.

La referida sentencia (T-254/94, 1994), constituye el primer precedente jurisprudencial de revisión de tutela frente a decisiones adoptadas en la justicia indígena, en la que ya se materializan parámetros para el ejercicio de la potestad jurisdiccional indígena. Si bien, la *ratio decidendi* de la sentencia se circunscribe a la tensión existente entre la diversidad y la unidad cultural, el péndulo, en cierta medida, se inclina a favor de esta última. En este sentido se advierten los siguientes aspectos relevantes: a) que la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas deben ser ejercidas de acuerdo a sus usos y costumbres, en el marco del respeto a la Constitución y a la ley; b) que los derechos fundamentales constituyen el límite material al principio de la diversidad étnica y cultural, entre los cuales se incluye el derecho al debido proceso y al principio de proporcionalidad; y, c) que, la colisión entre el sistema jurídico ordinario y el derecho indígena, debe ser superado en el respeto mínimo de las siguientes reglas de interpretación:

1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (T-254/94, 1994).

Entre las varias críticas a la sentencia (T-254/94, 1994), Bonilla en su trabajo investigativo “Los Derechos Fundamentales y la Diferencia Cultural: Análisis del Caso Colombiano” (págs. 14-15-16), advierte que la sentencia restringe el derecho de autogobierno y la potestad jurisdiccional indígena en virtud de los límites que le impone la Constitución, la ley y los derechos fundamentales; además enjuicia en forma desfavorable la primera regla de interpretación, pues señala que la conservación de sus tradiciones no podría ser el criterio para determinar la autonomía jurídica y política de las comunidades indígenas. Finalmente, al referirse a la tercera regla de interpretación antes transcrita, advierte que:

La Corte también afirmó que las autoridades indígenas deben respetar todas las leyes de orden público que promuevan valores superiores al principio de las (sic) diversidad cultural. Las comunidades indígenas entonces, deben aceptar no solo el núcleo (sic) de los valores morales, legales y políticos de la cultura dominante sino también su periferia (Bonilla, pág. 21).

b) Sentencia T- 349 / 96

Ovidio González Wasorna conjuntamente con otro indígena de la misma comunidad embera-chamí, fueron encerrados en el calabozo donde supuestamente habrían sido objeto de torturas, luego de que fueran capturados por los “auxiliares locales” del Cabildo de Purembará, a consecuencia del homicidio de Jesús Edgar Niaza Dobigama, miembro de la misma comunidad indígena. Una vez que

escaparon del calabozo, éstos se entregaron a la Fiscalía, quien dio inicio a la investigación, manteniéndose detenido al señor González Wasorna. Meses después y sin embargo de que el sistema de justicia ordinario penal de Colombia estaba conociendo los hechos, el Cabildo Mayor Único de Risaralda notifica la sanción de “8 años de cárcel” impuesta, razón por la cual Fiscalía dio por terminada la investigación. Sin embargo de la sanción impuesta, en forma posterior la Asamblea General de la comunidad, aumenta la pena a 20 años de cárcel, antecedentes que constan detallados en la sentencia (T-349/96, 1996).

El argumento central de la *ratio decidendi* de la sentencia (T-349/96, 1996) se desarrolla en el marco del derecho a la supervivencia cultural. Al respecto, Bonilla (pág. 22) señala que “Ninguna intervención de la cultura dominante en la vida de las comunidades indígenas es legítima, (...) si no está dirigida a la protección de un valor superior a la diversidad cultural”, y añade además que “Estos valores superiores, (...) son aquellos producto de un amplio acuerdo intercultural y no aquellos defendidos únicamente por la cultura dominante”.

En este sentido, se extraen los argumentos centrales que sustentan el precedente jurisprudencial (T-349/96, 1996), en los siguientes términos: a) que la supervivencia cultural depende en gran medida del alto grado de autonomía, lo que hace necesario que ante la colisión del derecho a la diversidad cultural con otros derechos constitucionales de igual jerarquía, se tenga que recurrir a la ponderación, estableciendo para el efecto “como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”; b) que para limitar la autonomía de las comunidades indígenas, se establece como condiciones “que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”; b) que los derechos de superior jerarquía que justificarían las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, “serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas”.

En suma, esta (...) interpretación de la tensión entre unidad y diversidad cultural inclina la balanza hacia un reconocimiento fuerte de la diferencia. Esta interpretación indica que para proteger y promover sus culturas, las comunidades indígenas deben gozar de la mayor autonomía posible. También señala que los límites a esta autonomía deben ser aquellos valores que gozan de un amplio acuerdo intercultural y por tanto acepta que las minorías culturales no necesitan reconocer los valores liberales para ser reconocidas y acomodadas (Bonilla, pág. 31).

c) Sentencia SU-510/98

La presente sentencia (SU-510/98, 1998), tiene como antecedentes los límites impuestos a la libertad religiosa por autoridades de la comunidad indígena Arhuaca a varios de sus miembros, por el hecho de haber adoptado la religión evangélica. Las autoridades fundamentan estas restricciones a la libertad religiosa, aduciendo que la doctrina religiosa de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia pugna con las tradiciones propias de la comunidad, especialmente con su creencia tradicional, razón por la cual sostienen que esta práctica religiosa pone en riesgo la supervivencia de la cultura. Entre los diversos actos ejecutados por las autoridades de la comunidad indígena en contra de sus miembros que profesan la religión evangélica se enuncian las arbitrariedades y atropellos de los cuales fueron objeto, entre las cuales constan las detenciones y encarcelamientos, despojo de bienes, desalojo del templo, etc., que a decir de los accionantes generó una vulneración de derechos fundamentales.

En este sentido, conforme se analiza en la sentencia (SU-510/98, 1998), el conflicto que se presenta, puede ser descrito de la siguiente manera: a) el mundo espiritual y religioso de la comunidad indígena se sustenta en la “Ley de origen” o “Ley madre”, es decir en el culto a la “Madre Universal”, mientras que el aspecto esencial de la doctrina evangélica es la creencia en un sólo Dios; b) el acervo cultural de la comunidad se sustenta en tradiciones y prácticas ancestrales destinadas a mantener el equilibrio universal, así como la convivencia armónica de sus miembros con la

madre naturaleza; contrario a la creencia tradicional, quienes profesan la religión evangélica rechazan estas prácticas de la comunidad, calificándolas de brujería y hechicería; c) desde la visión de la comunidad, el quebranto de sus prácticas rituales conllevaría el desequilibrio universal y como consecuencia, tragedia para su pueblo, como sequías, tempestades, etc.; mientras tanto, desde la óptica de la religión evangélica, estas prácticas son consideradas como supersticiones; d) el mundo espiritual y religioso del pueblo Ika está orientado por los *mamos* o sacerdotes, quienes trascienden del plano espiritual al campo de la autoridad civil y política de la comunidad; en tanto que la religión evangélica critica a los sacerdotes calificándoles de brujos y hechiceros, restándoles importancia “para guiar el camino espiritual de los indígenas evangélicos”, así como para imponer “normas, deberes u obligaciones”; e) el fin del sistema jurídico del pueblo Ika es lograr el equilibrio con la naturaleza, razón por la cual, cualquier práctica contraria a sus tradiciones ancestrales, como aquellas que pregonan los dogmas fundamentales del evangelio, generaría un desequilibrio universal, siendo este el fundamento por el cual queda proscrito la práctica del evangelio al interior de la comunidad, a fin de que no exista un desarraigamiento de la identidad cultural ni el desconocimiento de su cosmovisión.

Conforme se colige de la sentencia (SU-510/98, 1998), existe tensión entre los derechos tradicionales de la comunidad indígena Arhuaca y los derechos individuales de los miembros de la comunidad que pertenecen a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. Este conflicto de derechos, se sustenta en el hecho de que la práctica del cristianismo dentro de la comunidad indígena, compromete el derecho fundamental a la integridad, identidad y diversidad cultural. En este contexto, la argumentación de la sentencia (SU-510/98, 1998) se fundamenta en las siguientes consideraciones: a) que, en virtud del principio de diversidad étnica y cultural, las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales;

...los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende

no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

b) que “el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad” constituye el límite de la autonomía de las autoridades indígenas, razón por la cual está proscrito la ejecución de actos que atenten en contra de la dignidad humana, como la pena de muerte, la tortura, la esclavitud; c) que la limitación a la práctica del evangelio, así como de otras religiones, encuentra su justificación en el hecho de que prácticas culturales ajenas a la identidad cultural de las comunidades indígenas, atenta a la supervivencia de una cultura milenaria; d) que, “la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad”.

Como corolario, se puede indicar que, del ejercicio argumentativo de la Corte se colige la primacía de la diversidad cultural, en el marco de sus principios étnicos y culturales, sobre la visión etnocéntrica de la cultura occidental, a fin de evitar un proceso de aculturación. Al respecto Bonilla (pág. 33) señala que “La única excepción a la regla de que las comunidades indígenas deben respetar los derechos individuales de todos sus miembros, (...), es cuando existen suficientes pruebas de que la cultura tradicional desaparecería si no se implementan estas restricciones”. Sin embargo, por otro lado, la crítica a la sentencia nace de los propios votos salvados en forma parcial, pues en los mismos se argumenta que, a pretexto de tutelar el principio de diversidad étnica y cultural, se desconoce otros derechos como el derecho a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa, cuyo reconocimiento y ejercicio de los mismos no tiene relación alguna con el entorno cultural en el que se nace. En este sentido, se afirma que esta protección no se justifica frente a derechos humanos fundamentales, como es la libertad de conciencia, la misma que constituye, en su esencia, la capacidad de

autodeterminación del ser humano, atributo esencial de la racionalidad para tomar decisiones propias.

2.2 Objetivos

2.2.1 Objetivo General

Determinar el impacto de la hegemonía del sistema jurídico ordinario en el pluralismo jurídico en el Ecuador, con la finalidad de verificar la relación de subordinación de los sistemas jurídicos indígenas al derecho estatal.

2.2.2 Objetivos Específicos

Analizar la hegemonía del sistema jurídico ordinario en el Ecuador, con el objeto de identificar el quebranto de la justicia indígena.

Indagar el pluralismo jurídico en el Ecuador, con el fin de establecer el derecho de los pueblos indígenas a mantener y conservar su identidad étnica y cultural.

Desarrollar parámetros de armonización de la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena.

CAPÍTULO III

3.1 Metodología de la investigación

3.1.1 Enfoque

Al referirse al concepto y características de la metodología cualitativa de investigación, Quecedo y Castaño (2002, pág. 12), afirman que:

Los estudios cualitativos intentan describir sistemáticamente las características de las variables y fenómenos (con el fin de generar y perfeccionar categorías conceptuales, descubrir y validar asociaciones entre fenómenos o comparar los constructos y postulados generados a partir de fenómenos observados en distintos contextos), así como el descubrimiento de relaciones causales, pero evita asumir constructos o relaciones a priori.

Con este antecedente, en el presente estudio se ha desarrollado un enfoque cualitativo, que se centrado en analizar y describir la colisión entre el sistema jurídico ordinario y el pluralismo jurídico en el Ecuador, para luego generar perspectivas teóricas del fenómeno socio-jurídico.

En palabras de Cedeño (2001, págs. 4-5), a través del enfoque cualitativo se pretende explicar los diferentes problemas que se suscitan en el ámbito social, a partir de la comprensión y observación que realicen los investigadores y su interrelación con los actores involucrados en el contexto de investigación. Sostiene además que, en este proceso de indagación, el investigador examina los fenómenos sociales, intentando interpretar y dar sentido a los mismos. Por tanto, afirma que el desarrollo de la investigación cualitativa parte de los datos recogidos en el campo de estudio, cuya objetividad del estudio estará determinado por la confiabilidad de las técnicas utilizadas y por la validez de la lógica de las interpretaciones.

A partir de las definiciones expuestas por el autor antes citado, en la presente investigación se pretende describir, comprender e interpretar el fenómeno socio-jurídico que genera el sistema jurídico ordinario y el pluralismo jurídico en el

Ecuador, a través de un acercamiento hermenéutico. Por lo tanto, la presente investigación se enmarca en el enfoque cualitativo, pues se describe la problemática en estudio a partir de la precepción de los actores sociales, sustentada en una base de datos o fuentes de evidencia que permite construir proposiciones.

3.1.2 Modalidad básica de la investigación

El presente estudio investigativo se enmarca en las siguientes modalidades:

Investigación de Campo

En relación a la investigación de campo, Soto & Durán (2010, pág. 255) afirman que la inserción al trabajo de campo, como método de investigación nos permite interactuar entre la teoría y la práctica, con el fin de diagnosticar el fenómeno de estudio. Señalan además que la investigación de campo permite al investigador realizar una lectura del problema, y a través del análisis y la observación, entender la realidad que circunscribe a los sujetos de investigación. Además, indican que, a través de las diversas técnicas y herramientas para la investigación, se permite al investigador, recolectar los datos y validar el problema de la investigación.

En esta misma línea, Spink (2007, pág. 566) al referirse a la investigación de campo señala que:

El punto de vista sobre el campo que permanece dominante entre los psicólogos sociales es el que considera el campo como un lugar donde las personas pueden ser vistas en su “hábitat natural”. Cuando el investigador está en este lugar y está colectando datos, está en el campo. Estar en el campo puede ser un proceso largo de convivencia y de observación-participante, o solamente una secuencia de visitas. Al retornar del campo, el investigador analizará sus datos, discutirá su relevancia teórico-científica y publicará sus conclusiones.

Ya en el plano concreto del presente trabajo investigativo, a través de la acción y observación en el campo de la realidad socio-jurídica, se ha estudiado el impacto que genera la hegemonía del sistema jurídico ordinario en el pluralismo jurídico en

el Ecuador, a fin de determinar, a través del análisis y sistematización de los datos recogidos, los problemas que surgen. Sólo a partir de la investigación de campo se logra explicar y describir la esencia que define al Ecuador como un Estado intercultural, plurinacional y multiétnico, visibilizar la presencia de sistemas jurídicos que coexisten con la justicia ordinaria, y evidenciar los elementos culturales propios que caracterizan y describen a la justicia indígena, a efectos de producir conocimiento práctico en beneficio de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, contribuyendo de esta manera al fortalecimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador.

Investigación Documental

La investigación documental, en palabras de Bernal (2010, pág. 111) “consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto al tema objeto de estudio”.

Al referirse a las Técnicas de investigación documental, Rojas (2011, pág. 281) señala que: “se aplican a algunos tipos de documentos (generalmente a textos: libros, artículos en revistas, reportes de encuestas, notas de clase, registros de observación directa)”.

En relación a los criterios antes expuestos por los autores en referencia, la problemática existente entre el sistema jurídico ordinario y el pluralismo jurídico en el Ecuador, se aborda desde el análisis de la doctrina y artículos científicos relevantes para el tema de investigación, así como del estudio de las sentencias de las Cortes Constitucionales de Ecuador y Colombia referentes a justicia indígena, sin perjuicio de las encuestas practicadas con el fin de indagar las diferentes posturas de los diferentes actores vinculados con el ámbito social y jurídico.

3.1.3 Nivel o tipo de investigación

Investigación Exploratoria

De acuerdo a la función que cumple la investigación, Lafuente & Marín (2008, pág. 9) señalan que: “En muchas ocasiones, para poder desarrollar el tema de nuestra investigación principal, nos vemos en la necesidad de realizar una investigación exploratoria, esto es un primer conocimiento de los problemas o condiciones del fenómeno objeto de estudio”, razón por la cual, afirman que: “Se trata, por tanto, de una investigación de carácter previo a la investigación definitiva”.

En esta misma línea de pensamiento, los autores Hernández, Fernández & Baptista (2010, pág. 79) afirman que este tipo de investigación permite, de manera preliminar, explorar “fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa respecto de un contexto particular, investigar nuevos problemas, identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones futuras, o sugerir afirmaciones y postulados”.

Una vez establecido el valor y el alcance de este tipo de investigación, es necesario señalar que, en virtud de los estudios exploratorios, se ha alcanzado un acercamiento con la realidad socio-jurídica y de esta manera se ha determinado el contexto de estudio del problema de investigación, circunscribiendo la exploración al conflicto que se genera entre el sistema jurídico ordinario y el pluralismo jurídico en el Ecuador, sin que esta investigación constituya un fin en sí misma, sino que por el contrario sea el antecedente para alcanzar una investigación descriptiva, pues el tema planteado ha sido poco estudiado y por tanto se pretende llevar a efecto una investigación más completa y desde una perspectiva distinta.

Investigación Descriptiva

Al referirse a los estudios descriptivos que se realizan en una investigación, Lafuente & Marín (2008, págs. 9-10) señalan que éstos estudios tienen por objeto describir, por medio de la observación y la medición, las características de personas, grupos, sucesos o fenómenos, que son materia de análisis. En este mismo sentido y para complementar la idea anterior, Hernández, Fernández & Baptista (2010, pág. 80) explican que en la investigación descriptiva “el investigador debe ser capaz de definir, o al menos visualizar, qué se medirá (qué conceptos, variables,

componentes, etc.) y sobre qué o quiénes se recolectarán los datos (personas, grupos, comunidades, objetos, animales, hechos, etc.)”, afirmando por lo tanto que “la descripción puede ser más o menos profunda, aunque en cualquier caso se basa en la medición de uno o más atributos del fenómeno de interés”.

Para Calderón (2009, pág. 62), este nivel de investigación describe de manera independiente el fenómeno y el conjunto de variables. Afirma que es fundamental el conocimiento del objeto de estudio por parte del investigador, a fin de que, de manera adecuada y completa, pueda identificar el problema de estudio. Señala además que la investigación descriptiva da como consecuencia un diagnóstico.

En virtud de los aportes doctrinarios antes expuestos, a partir de los estudios descriptivos, en la presente investigación se ha descrito el conjunto de variables en juego, esto es el sistema jurídico ordinario y el pluralismo jurídico, desentrañando varias interrogantes como “quién”, “dónde”, “cuándo”, “cómo” y “por qué”, a fin de describir la realidad del fenómeno socio-jurídico en estudio, así como el contexto en que se desarrolla.

3.1.4 Población y muestra

Población

Al establecer un concepto de población, Arias (2012, págs. 81-82) explica que “es un conjunto finito o infinito de elementos con características comunes para los cuales serán extensivas las conclusiones de la investigación. Esta queda delimitada por el problema y por los objetivos del estudio”; además, al referirse a la población finita el autor afirma que es la “agrupación en la que se conoce la cantidad de unidades que la integran. Además, existe un registro documental de dichas unidades”.

Con estos antecedentes, para el presente trabajo investigativo tendiente a justificar el fenómeno socio-jurídico que se deriva del conflicto entre el sistema jurídico ordinario y el pluralismo jurídico, la población constituyen las sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador y Colombia, en las mismas que se aborda desde

diversas aristas de la argumentación e interpretación jurídica, aspectos relevantes de la justicia indígena, de la coexistencia de diversos órdenes jurídicos con el Derecho estatal, así como de la tensión que surge entre ellos. En definitiva, para el desarrollo del presente estudio de investigación, se considera que la población es de tipo finita, debido a la escasa producción jurisprudencial constitucional referente al tema de estudio. Igualmente, la población constituye también los diversos actores sociales y jurídicos, pues se ha realizado encuestas a dirigentes indígenas y a Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua.

Muestra

Al referirse a la muestra, Arias (2012, pág. 83) que “Cuando por diversas razones resulta imposible abarcar la totalidad de los elementos que conforman la población accesible, se recurre a la selección de una muestra”; indica además que “La muestra es un subconjunto representativo y finito que se extrae de la población accesible”.

Sin embargo, en la presente indagación, teniendo en consideración la escasa población en estudio, no se requiere la aplicación del procedimiento de muestreo. Sin embargo, para fines académicos se deja enunciado que la fórmula del cálculo de la muestra para poblaciones finitas, es la siguiente:

$$n = \frac{Z^2 \cdot p \cdot q \cdot N}{Z^2 \cdot p \cdot q + (N - 1) \cdot e^2}$$

A partir de la fórmula antes transcrita, se tiene que:

n = tamaño de la muestra

Z = Nivel de confiabilidad = 95% = 1,96

p = Probabilidad de ocurrencia = 0,5

q = Probabilidad de no ocurrencia = 0,5

N = Población

$e = \text{error de muestreo} = 0,05$

3.1.5 Operacionalización de las variables

En lo que respecta a la operacionalización de variables Del Cid, Méndez & Sandoval (2007, pág. 70) indican que la misma “se enfoca en enumerar los atributos que contiene cada una de las variables, y que interesa medir en la investigación. A estos atributos se les llama indicadores y deben obtenerse a partir de la teoría consultada”, añadiendo además que “La definición de los indicadores es sumamente importante, pues a partir de ellos se elaboran posteriormente los ítems o preguntas que formarán parte de los instrumentos de investigación”.

A través de la operacionalización de las variables, en el presente estudio, se determinará los indicadores, que a su vez permita elaborar los ítems, con lo cual se realizará la investigación de campo.

Para el presente trabajo investigativo, en función de las variables independiente y dependiente, la operacionalización de las variables analizada es la siguiente:

			ajenos al sistema jurídico ordinario?	
	Seguridad Jurídica	Protección de derechos	¿Cree Usted que, en virtud de la constitucionalización del derecho, están garantizados los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas?	Encuesta Guion de encuesta
		Efectos de la seguridad jurídica	¿Cree Usted que la existencia de un único ordenamiento jurídico de carácter estatal, tutela la seguridad jurídica y otros derechos relacionados como la igualdad y la legalidad?	
		Incertidumbre jurídica	¿Considera Usted que la presencia de órdenes jurídicos paralelos genera incertidumbre jurídica?	Encuesta Guion de encuesta

Fuente: Investigación Elaborado por: Lozada, M. (2020)

	Justicia indígena	Debido proceso	indígena y los derechos humanos? ¿El pluralismo jurídico es absoluto o tiene límites?	Encuesta Guion de encuesta
	Precedentes jurisprudenciales	Jurisprudencia constitucional ecuatoriana	¿Considera Usted que la sentencia dictada en el caso La Cocha por la Corte Constitucional ecuatoriana, constituye una afirmación de la hegemonía de la concepción monista del derecho en desmedro del pluralismo jurídico?	Encuesta Guion de encuesta
		Justicia constitucional colombiana	¿Cree Usted que se puede limitar el derecho a administrar justicia de los pueblos indígenas, a través de sentencias constitucionales?	Encuesta Guion de encuesta

Fuente: Investigación Elaborado por: Lozada, M. (2020)

3.1.6 Plan de recolección de la información

El plan de recolección de la información para el presente trabajo investigativo ha permitido responder las interrogantes generadas en el proceso de investigación. En virtud de la recolección de la información, se ha logrado cumplir con el objetivo general de la investigación que es: Determinar el impacto de la hegemonía del sistema jurídico ordinario en el pluralismo jurídico en el Ecuador, con la finalidad de que se verifique el quebranto de la justicia indígena. Los elementos que han servido como fuente de recolección de datos son las sentencias de las Cortes Constitucionales de Ecuador y Colombia, así como las encuestas practicadas a dirigentes indígenas y a Jueces de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua.

La recolección de datos se ha orientado a determinar la colisión que se genera entre el sistema jurídico ordinario y el pluralismo jurídico, siendo de exclusiva responsabilidad del investigador la obtención de la información. Conforme se dejó indicado anteriormente, los individuos que han proporcionado la información son los diversos actores involucrados en el ámbito socio-jurídico del país. El trabajo operativo de campo de la presente investigación se ha desarrollado en el mes de marzo del año 2020. El lugar seleccionado para la aplicación de las técnicas e instrumentos de recolección de datos han sido las Cortes Constitucionales de Ecuador y Colombia, así como la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua. La técnica de recolección de información ha sido aplicada por una sola vez. La técnica que se ha empleado para obtener información ha sido la encuesta, la misma que ha permitido obtener las diversas opiniones respecto del fenómeno socio-jurídico en estudio. El guion de encuesta ha sido el instrumento que se ha utilizado, pues ha permitido a los encuestados emitir sus juicios de valor con total flexibilidad, incluso cuando sus opiniones han sido antagónicas con las de los demás encuestados, a partir de las preguntas abiertas desarrolladas.

3.1.7 Plan de procesamiento de la información

Al referirse al procesamiento de información, Del Cid, Méndez & Sandoval (2007, pág. 142) señalan que:

Una vez recopilada la información es importante seleccionar la forma en que se procesan los datos que se han acumulado en cada uno de los instrumentos utilizados. Incluso, antes de la recopilación de datos sería recomendable hacer un bosquejo de la forma en que posteriormente se registrarán; el tipo de preguntas y sus posibles respuestas se seleccionan orientadas al tipo de procesamiento y análisis que se prevé realizar.

En virtud del plan de procesamiento de la información, los datos obtenidos en el presente trabajo investigativo, han permitido arribar a las conclusiones y recomendaciones en torno a la colisión que se genera entre el sistema jurídico ordinario con el pluralismo jurídico en el Ecuador.

Para el caso del presente estudio, el procesamiento de datos comprendió:

- a) **Revisión crítica de la información recogida**, que fundamentalmente consistió en la revisión y selección de la información veraz, desechando la información defectuosa, incompleta o impertinente.
- b) **Repetición de la recolección**, en ciertos casos individuales, para corregir los errores que puedan surgir en las respuestas de los encuestados.
- c) **Tabulación o cuadros según variables de cada hipótesis**, que incluirá el manejo de información, y de ser el caso, estudio estadístico de datos para presentación de resultados.

En lo que respecta a la presentación de datos, esta se efectuará a través de los siguientes procedimientos:

- **Representación Escrita:** Fundamentalmente será el principal procedimiento, en virtud de los datos que se pretende obtener en el presente estudio investigativo.
- **Representación Tabular:** De ser necesario, será empleado para una mejor comprensión de los datos obtenidos.

- **Representación Gráfica:** Que, de considerarse importante, se empleará para la presentación de la información recopilada, de una manera comparativa, sencilla y entendible para el lector.

CAPÍTULO IV

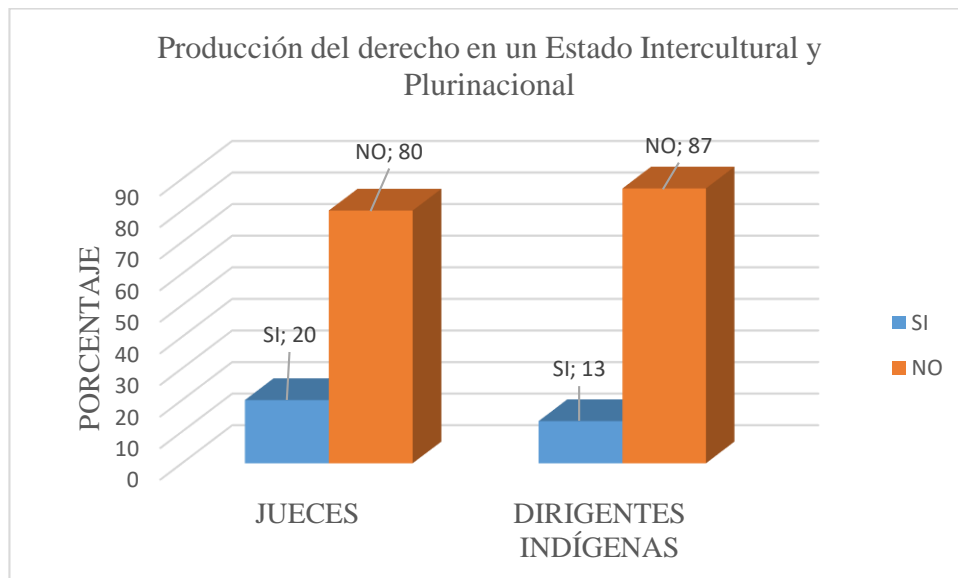
4.1 Resultados y análisis

Para el presente trabajo de investigación, se ha considerado confrontar criterios que, en principio, no necesariamente podrían ser antagónicos, pero que, sin embargo, desde su visión pueden evidenciar el pensamiento de los diversos actores de una sociedad pluralista. En este sentido, se ha direccionado la encuesta a quince Jueces y quince dirigentes indígenas, quienes, desde su ámbito cultural y jurídico, inclinan sus razonamientos ya sea a la hegemonía del sistema jurídico ordinario o al reconocimiento y plena vigencia del pluralismo jurídico. Por tanto, en función de los resultados obtenidos de la encuesta realizada a la población antes indicada, se ha realizado el análisis e interpretación correspondiente, en los términos que a continuación se explican:

4.1.1 Producción del derecho en un Estado Intercultural y Plurinacional

¿Considera Usted que, en un Estado Intercultural y Plurinacional, la competencia en la producción del derecho es exclusiva del órgano legislativo?

Gráfico 4.1 Producción del derecho en un Estado Intercultural y Plurinacional



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

En virtud de los resultados obtenidos, se colige que existe conformidad en el criterio expresado en la primera pregunta de la encuesta, pues la opinión de los Jueces en un porcentaje del 80% y de dirigentes indígenas en un porcentaje del 87% convergen al reconocimiento de la pluralidad jurídica en un Estado Intercultural y Plurinacional, y que por tanto la producción del derecho no es exclusiva del órgano legislativo. Efectivamente, en este sentido, es necesario resaltar que, en virtud de las respuestas obtenidas, la población encuestada reafirma el reconocimiento del pluralismo jurídico a nivel constitucional, así como en Tratados y Convenios Internacionales. A partir de este reconocimiento, los sistemas jurídicos indígenas, sustentados en el derecho consuetudinario, también tienen la potestad de producir normas jurídicas dotadas de validez y legitimidad. Al respecto, Ávila (2009, pág. 789), sostiene que:

Las formas de validez y de vigencia del derecho indígena son distintas a la del derecho que emana del Estado; entender esas formas de verificación de la existencia del derecho y las formas de

coordinar con el derecho hegemónico, es una deuda del derecho occidental. El Ecuador, además, al reconocer la plurinacionalidad y la interculturalidad está reconociendo expresamente la pluralidad jurídica.

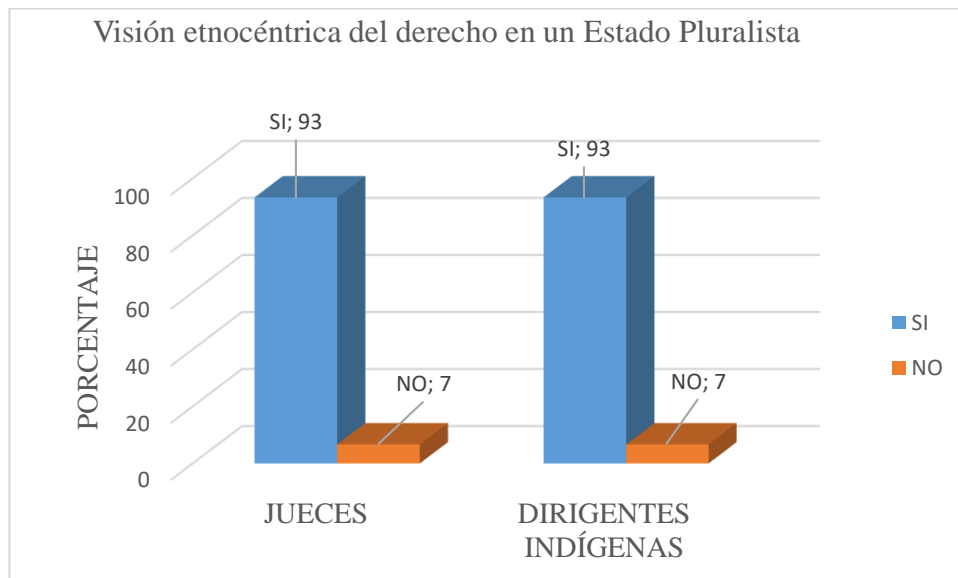
En este contexto, se puede concluir aspectos importantes relacionados con la producción del derecho en un Estado Intercultural y Plurinacional, en los siguientes términos: a) la pluralidad jurídica determina que la producción del derecho no es monopolio exclusivo del Estado; b) los sistemas jurídicos indígenas que coexisten con el derecho estatal, también tienen esta competencia en cuanto a la producción de normas jurídicas dotadas de validez y legitimidad; c) en este sentido, estas normas se encuentran vinculadas con los usos y costumbres ancestrales, generalizados y repetitivos, los mismos que tienen su origen en la conexión que existe entre el ser humano y su cosmovisión; d) esta costumbre jurídica constituye el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, el mismo que a su vez es derecho directamente aplicable, por su previsibilidad, publicidad, predictibilidad y obligatoriedad entre todos los miembros de la comunidad.

Conforme se deja indicado, la producción del derecho, en un Estado Intercultural y Plurinacional, no es competencia exclusiva del sistema jurídico ordinario, sino también es facultad atribuible a los distintos sistemas jurídicos que coexisten en el Estado. En este sentido, surge a continuación la interrogante de que, si esta competencia implica un amplio reconocimiento de la pluralidad jurídica, o en su defecto, una visión etnocéntrica del derecho podría significar su desconocimiento.

4.1.2 Visión etnocéntrica del derecho en un Estado Pluralista

¿Piensa Usted que una visión etnocéntrica del derecho, conlleva al desconocimiento de otros sistemas jurídicos en el Ecuador?

Gráfico 4.2 Visión etnocéntrica del derecho en un Estado Pluralista



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

Una lectura interesante de la óptica del derecho, se evidencia en los resultados obtenidos en la segunda pregunta de la encuesta. Al respecto, se evidencia que los Jueces, en un porcentaje del 93%, desde la perspectiva del derecho occidental, reafirman la concepción monista del derecho, desconociendo por tanto la coexistencia de diversos sistemas jurídicos dentro del Ecuador. En este sentido, se aprecia la formación positivista-legalista que tienen los Jueces respecto del derecho, la misma que conjuga con su visión etnocéntrica y que constituye un óbice para el reconocimiento de la diversidad jurídica. Este criterio expuesto por los operadores de justicia ordinario, guardan conformidad con la influencia del positivismo jurídico y por tanto con la óptica de Kelsen (1960, pág. 207), quien afirma que “los otros derechos nacionales, [ajenos al derecho estatal], y el derecho internacional no deberían ser [...] conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica”.

Por su parte, los dirigentes indígenas encuestados, en un porcentaje del 93%, a partir de sus aspectos culturales y sociales y por tanto desde su propia posición

etnocéntrica del derecho, consideran a los sistemas jurídicos indígenas como expresión viva de su identidad cultural y autodeterminación, cuyas normas producidas a través de la costumbre y del derecho consuetudinario, regulan la vida social y sus conflictos internos. En este sentido, Cruz Rueda (2008, pág. 31), critica la concepción etnocéntrica del derecho occidental, en los siguientes términos:

El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, (...). El cuestionamiento a la centralidad del derecho estatal ha sido uno de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los estados nacionales.

Los argumentos expuestos, permiten arribar a las siguientes conclusiones: a) una visión etnocéntrica del derecho en un Estado pluralista, lejos de conducir a la igualdad, desembocaría en la desigualdad, discriminación y prejuicio a los derechos propios de los pueblos indígenas que coexisten con el derecho ordinario; b) por tanto, el paradigma del monismo jurídico, vinculado a la idea de un sólo derecho estatal, jerarquizado y centralizado, se encuentra plenamente superado ante el reconocimiento del pluralismo cultural y jurídico; c) el pluralismo jurídico trasciende las fronteras del monopolio jurídico estatal, para aterrizar en un nuevo estadio en el que concurre la coexistencia de los sistemas jurídicos indígenas con el derecho ordinario; d) por tanto, esta concepción dominante del derecho occidental, no tiene asidero en un Estado culturalmente diverso, en el que el reconocimiento de otras formas de producción jurídica, como expresión de derecho vivo, guarda íntima relación con la realidad social.

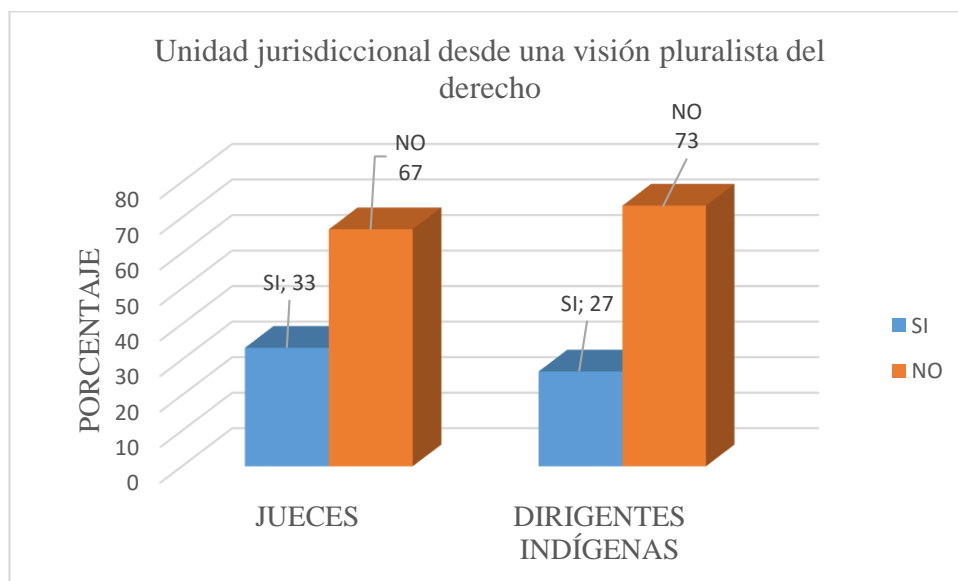
Sin perjuicio de los argumentos expuestos, otra de las aristas que se discute al hablar del reconocimiento al pluralismo jurídico, está vinculada a la idea de que si esta

coexistencia de diversos sistemas jurídicos con el derecho estatal transgrede la unidad jurisdiccional. A esta interrogante se pretende dar respuesta a continuación, con el fin de determinar si la unidad jurisdiccional está asociada al concepto de la interculturalidad jurídica.

4.1.3 Unidad jurisdiccional desde una visión pluralista del derecho

¿En esta contraposición entre monismo y pluralismo jurídico, considera Usted que la existencia de diversos sistemas jurídicos atenta en contra de la unidad jurisdiccional?

Gráfico 4.3 Unidad jurisdiccional desde una visión pluralista del derecho



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

En la tercera pregunta existe una concurrencia de criterios de la población encuestada, pues los Jueces en un porcentaje del 67% y los dirigentes indígenas en un porcentaje del 73% consideran que la diversidad jurídica no atenta en contra de la unidad jurisdiccional. Al respecto, es necesario señalar que el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), otorga potestades jurisdiccionales a las autoridades indígenas para la solución de sus conflictos internos y dentro de

su ámbito territorial, con observancia de sus tradiciones ancestrales y derecho propio, en el marco del respeto a los mínimos jurídicos como son los preceptos constitucionales y los derechos humanos. En principio, el constituyente consideró que, al definir los límites de la potestad jurisdiccional indígena, no se vulnera la unidad jurisdiccional, sin embargo, previno que la coexistencia de la jurisdicción indígena con la ordinaria generaría conflictos de competencia, estableciendo la necesidad de la expedición de una ley que construya mecanismos de coordinación y cooperación entre ambas jurisdicciones.

La interculturalidad jurídica no desplaza el pluralismo jurídico; hace profundizar su práctica y comprensión más allá de los sistemas propios. (...) La interpretación intercultural, (...), busca un enriquecimiento y posible convergencia intercultural jurídica, que permite incorporar de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, a la vez, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad pueden empezar a entretorsejarse (Walsh, 2008, pág. 35).

Los resultados obtenidos en la encuesta realizada, permite establecer las siguientes conclusiones: a) el modelo de Estado pluralista, garantiza la unidad, en cuanto reconoce la coexistencia del derecho ordinario con el derecho propio de los pueblos indígenas; b) en esta pluralidad de sistemas jurídicos, con autoridades, normas, principios y procedimientos propios, y con competencia jurisdiccional distinta, se requiere construir una cultura jurídica pluralista que edifique un proceso de coordinación entre las diversas jurisdicciones; c) al respecto, es necesario indicar que este diálogo que surge para solucionar los conflictos de competencia que podrían generarse en razón de las personas, del territorio y de la materia, debería partir de una interpretación intercultural orientada a alcanzar una aproximación y concordancia de esta diversidad jurídica, con el fin de cimentar un nuevo marco de convivencia social; d) en este sentido, se requiere que la ley que venga a entrelazar la coordinación y cooperación del sistema jurídico ordinario con los sistemas jurídicos indígenas, no debe responder a una concepción del monismo jurídico, a

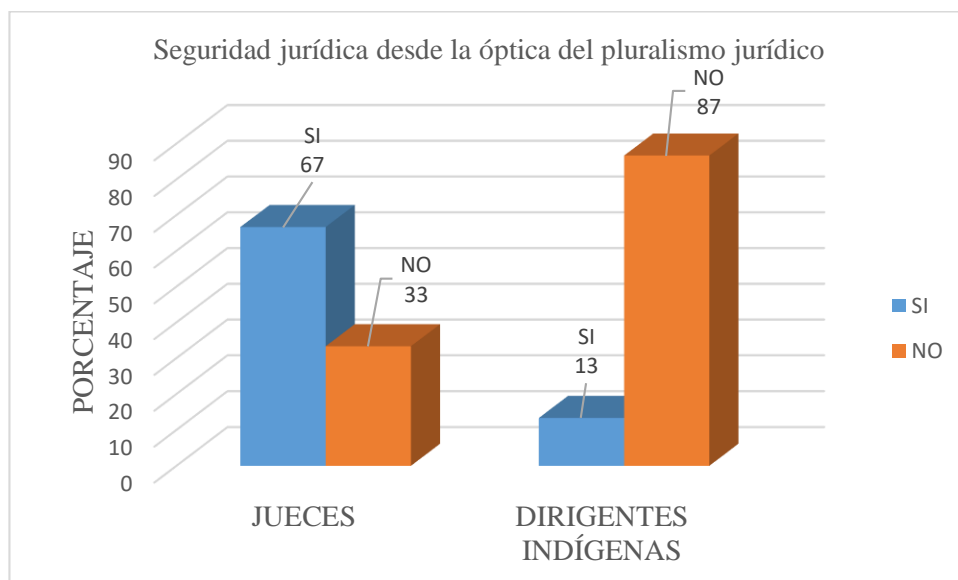
fin de evitar un pluralismo jurídico restrictivo, sino que por el contrario se amalgame la unidad y la igualdad en la diversidad y pluralidad jurídica.

La diversidad cultural y pluralidad jurídica, a su vez conducen a otro escenario en el cual se aborda la seguridad jurídica. En este sentido, algunos autores consideran que la seguridad jurídica, la igualdad y la legalidad están vinculados a la idea de un único ordenamiento jurídico de carácter estatal. Sin embargo, el derecho, en toda su dimensión, no puede ser visto desde una sola dirección, sino que también es importante analizar si la seguridad jurídica igualmente está garantizada en los sistemas jurídicos indígenas.

4.1.4 Seguridad jurídica desde la óptica del pluralismo jurídico

¿Cree Usted que la existencia de un único ordenamiento jurídico de carácter estatal, tutela la seguridad jurídica y otros derechos relacionados como la igualdad y la legalidad?

Gráfico 4.4 Seguridad jurídica desde la óptica del pluralismo jurídico



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

Los resultados obtenidos de la pregunta cuatro de la encuesta, reflejan esta antinomia que existe entre la concepción monista del derecho y el pluralismo jurídico. Al efecto, desde la concepción tradicional del derecho, los Jueces en un porcentaje del 67% consideran que el derecho a la seguridad jurídica se encuentra garantizado, única y exclusivamente, ante la existencia de un ordenamiento jurídico de carácter estatal, primando su visión legalista del derecho, ante la necesidad de una predeterminación normativa y consiguiente actuación punitiva del Estado. Este criterio hegemónico del derecho guarda conformidad con el pensamiento doctrinal de varios autores, entre ellos Garrido Gómez (2009, pág. 60) y Dromi (2006, pág. 145), quienes vinculan a la seguridad jurídica como sinónimo de legalidad y derecho positivizado.

En contraposición a este criterio, desde una visión pluralista del derecho, los dirigentes indígenas en un porcentaje del 87% consideran que la seguridad jurídica no es prerrogativa del sistema jurídico ordinario, sino que, por el contrario, también se encuentra garantizado en los diversos sistemas jurídicos indígenas, pues su derecho consuetudinario sustentado en usos y costumbres, constituye derecho directamente aplicable, el mismo que goza de previsibilidad, publicidad y predictibilidad entre todos los miembros de la comunidad. Por lo tanto, desde la óptica de la pluralidad jurídica, se reafirma la certeza y eficacia jurídica de la justicia indígena, enervando el criterio hegemónico del derecho estatal. Es importante resaltar que, la seguridad jurídica, vista desde la pluralidad jurídica, encuentra su asidero jurisprudencial en el voto salvado de la sentencia 113-14-SEP-CC (Caso La Cocha, 2014), la misma que en su parte pertinente se señala que:

Su derecho propio, así como los procedimientos y prácticas en él establecidos, gozan de predictibilidad. Esto quiere decir que los miembros de la comunidad conocen y pueden predecir los procedimientos a seguir y las consecuencias que tendrán sus acciones en caso de ser juzgadas por sus autoridades. Esta característica es básica y fundamental en la costumbre como fuente de derecho, puesto que aquella permite garantizar la previsibilidad,

la publicidad, la seguridad jurídica y la aceptación de las prácticas y procedimientos dentro la comunidad.

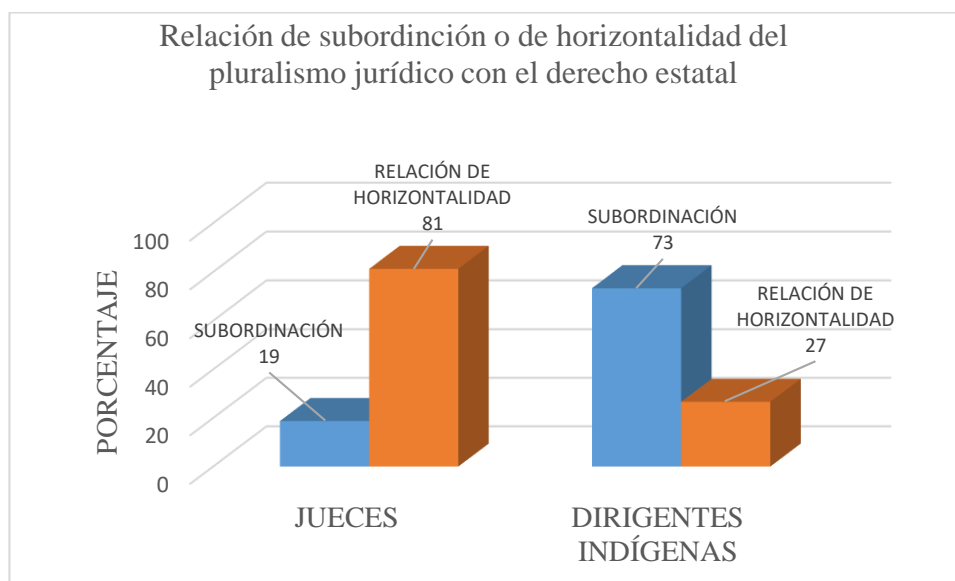
En este contexto de la seguridad jurídica en un Estado pluralista, se coligen los siguientes aspectos: a) el derecho se constituye en un componente integrador de la diversidad cultural, por lo tanto se requiere que la producción jurídica responda a las diversas culturas de un Estado, a fin de evitar una superposición de las normas estatales a las costumbres ancestrales; b) por tanto, la idea de que únicamente el derecho estatal tiene certeza y eficacia jurídica, ha sido superada desde la concepción de una cultura jurídica pluralista; c) el argumento de que el reconocimiento de sistemas jurídicos distintos al derecho ordinario, generan desorden, arbitrariedad e inseguridad jurídica, tampoco tienen asidero desde la óptica de la interculturalidad jurídica; d) consecuentemente, se puede concluir que, desde la óptica del pluralismo jurídico, los sistemas jurídicos indígenas sustentados en usos y costumbres ancestrales, por su carácter de repetitivos a través del tiempo, generalizados y obligatorios para los miembros de la comunidad, igualmente generan certeza y eficacia jurídica y por lo tanto garantizan el derecho a la seguridad jurídica.

Conforme a los argumentos expuestos, la seguridad jurídica no es principio exclusivo del derecho ordinario, sino también de los diversos sistemas jurídicos indígenas. Ahora bien, una vez analizados varios aspectos importantes que giran en torno al reconocimiento del pluralismo jurídico, como la producción jurídica, la unidad jurisdiccional y la seguridad jurídica, corresponde desentrañar si el pluralismo jurídico está subordinado a un derecho dominante o por el contrario mantiene una relación de horizontalidad con el derecho estatal, conforme a continuación se analiza.

4.1.5 Relación de subordinación o de horizontalidad del pluralismo jurídico con el derecho estatal

¿Desde su visión, considera Usted que el modelo de pluralismo jurídico es de subordinación o tiene una relación de horizontalidad con el derecho estatal?

Gráfico 4.5 Relación de subordinación o de horizontalidad del pluralismo jurídico con el derecho estatal



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

Un análisis importante de la relación entre el pluralismo jurídico y el derecho estatal surge a partir de la visión de la población encuestada en la pregunta cinco. En efecto, los Jueces en un porcentaje del 81%, desde su punto de vista consideran que los diversos sistemas jurídicos que coexisten con el derecho estatal guardan una relación de horizontalidad. Por el contrario, en un porcentaje del 73%, los dirigentes indígenas encuestados, a pesar de que defienden la pluralidad jurídica, desde su óptica, consideran que este pluralismo tiene una relación de subordinación con el derecho ordinario. Lo expuesto, contrario a la opinión de los Jueces encuestados, se colige que en el Ecuador se evidencia el quebranto del pluralismo jurídico y consecuentemente la hegemonía del sistema jurídico ordinario.

En este sentido, el juicio emitido por los operadores jurídicos en nada se asimila a la realidad jurídica y social, pues en la práctica existe un proceso de debilitamiento de la justicia indígena que se origina en el quehacer jurídico ordinario y que obedece a varios factores entre los cuales se pueden citar los siguientes: a) una frágil interpretación intercultural en las sentencias de la Corte Constitucional; b) primacía

del criterio legalista y positivista del derecho; c) quebranto de los principios de diversidad e identidad cultural de los pueblos indígenas; d) transgresión de la autodeterminación de los pueblos indígenas y su autonomía jurisdiccional; e) desconocimiento de las prácticas y costumbres ancestrales y consecuentemente desarraigamiento de las fuentes del derecho indígena; f) Incipiente capacitación en justicia indígena; g) deslegitimación de la jurisdicción indígena.

Pese a que los argumentos expuestos determinan la subordinación de los diversos sistemas jurídicos indígenas al derecho ordinario, es necesario construir una relación de horizontalidad de la pluralidad jurídica, a partir del reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad, para que prime el respeto a la diversidad e identidad cultural y el derecho a la autodeterminación y autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas. Al respecto Walsh (2008, págs. 33-34), sostiene que:

Una interpretación jurídica intercultural o, si se prefiere, la interculturalidad jurídica, debe ser entendida como complementaria al pluralismo jurídico en su versión no subordinada sino crítica-equitativa; no lo reemplaza sino lo profundiza, permitiendo que sirva como criterio para también pensar y pluralizar el derecho general “nacional” (...)

El tercer aspecto tiene que ver con los esfuerzos de conciliar y articular con miras hacia una posible convergencia que admite la creación de nuevas estructuras y una nueva institucionalidad jurídica plurinacional e intercultural. Aquí la idea no es reemplazar o sintetizar la pluralidad, ni tampoco simplemente incluirla en el sistema “nacional” pluralizándolo como una suerte de derechos en paralelo. Más bien es buscar un reconocimiento e incorporación integral como también una relación entre estos órdenes distintos. Es decir, se busca una interculturalización entre los tipos y formas de comprender y ejercer los derechos, una transversalización de lo intercultural que permite transformar a la vez, el curso jurídico político para todos.

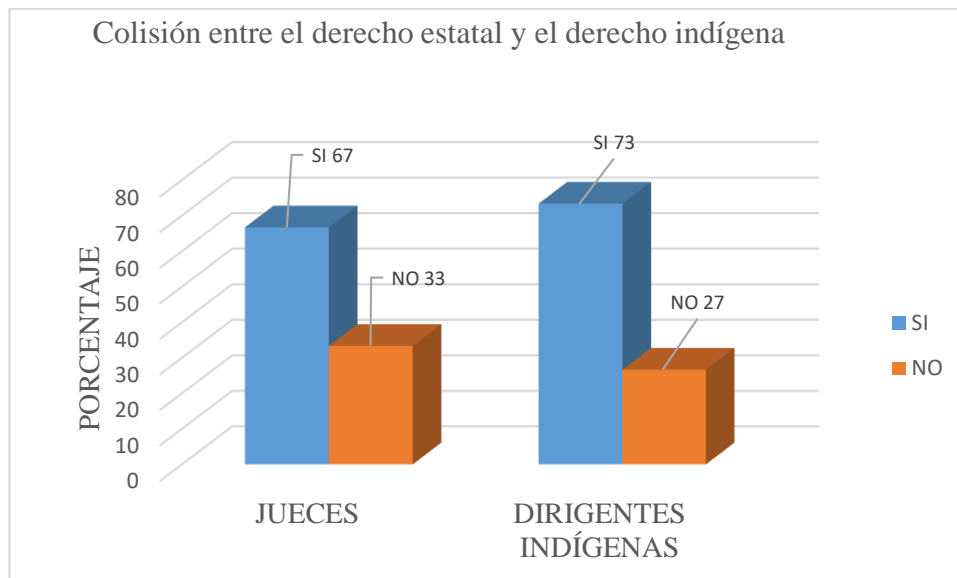
De los argumentos que giran en torno a determinar si el pluralismo jurídico tiene una relación de subordinación o de horizontalidad con el derecho estatal, se pueden deducir los siguientes aspectos: a) desde la visión de la población indígena encuestada, la misma que guarda relación con la realidad social, política y jurídica del Ecuador, se evidencia que, a pesar del reconocimiento constitucional de la pluralidad cultural y jurídica, el pluralismo jurídico mantiene una relación de subordinación con el derecho estatal; b) este carácter restrictivo del pluralismo jurídico se manifiesta desde su reconocimiento constitucional, pues el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece la correspondencia del derecho propio de los pueblos indígenas a la Constitución y a los derechos humanos, constituyendo estos mínimos jurídicos una concepción monista y etnocéntrica; c) en forma posterior, la referida norma constitucional (2008), incluso establece que “los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” serán establecidos mediante ley, con lo cual se reafirma la reproducción de la concepción monista del derecho; d) incluso, la restricción establecida por la Corte Constitucional (Caso La Cocha, 2014) para juzgar delitos contra la vida, limitando la jurisdicción indígena, constituye la materialización de la subordinación del derecho indígena a una cultura jurídica dominante.

Los argumentos expuestos determinan que, a pesar del reconocimiento constitucional a la diversidad cultural y pluralidad jurídica, los sistemas jurídicos indígenas en el Ecuador están subordinados a una cultura jurídica dominante. En consecuencia, en virtud de esta relación de subordinación, se generan varios conflictos entre el derecho estatal y el derecho indígena, que únicamente pueden ser superados desde una visión pluralista. A continuación, a partir de los resultados de la encuesta practicada, se establecen varios aspectos que determinan este choque de jurisdicciones.

4.1.6 Colisión entre el derecho estatal y el derecho indígena

¿Considera Usted que existe colisión entre el derecho estatal y el derecho indígena?

Gráfico 4.6 Colisión entre el derecho estatal y el derecho indígena



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

Al abordar la colisión que surge entre el sistema jurídico ordinario y los sistemas jurídicos indígenas, la población encuestada ratifica este choque de jurisdicciones, en un porcentaje del 67% los Jueces y 73% los dirigentes indígenas. En este sentido, es necesario indicar que el análisis no se agota en establecer porcentualmente la colisión de sistemas, sino que estos resultados llevan a determinar las características que los diferencian y consecuentemente los conflictos que se generan.

Entre la especificidad que caracteriza a los diversos sistemas que coexisten en virtud de la pluralidad jurídica, Aragón Andrade (2007, págs. 16-17) señala los siguientes aspectos: a) la tradición oral, naturaleza propia de los sistemas jurídicos indígenas, que contrasta con el sistema normativo escrito del derecho estatal; b) la cosmovisión indígena, la misma que se vincula a “lo moral, lo místico y lo jurídico”, aspectos ausentes en el derecho ordinario, cuya producción jurídica responde a la razón y a la necesidad de la norma; c) restablecimiento de la armonía de la comunidad, como fin que persigue la justicia indígena, razón por la cual al indígena

no se lo concibe en forma individual, sino como parte de esta comunidad; por el contrario, el derecho ordinario “está inspirado en el individualismo liberal”.

Una vez establecida la naturaleza que caracteriza al derecho estatal y al derecho indígena, es necesario desentrañar los conflictos que se generan. En este sentido, se puede advertir que el derecho estatal de naturaleza positivista-legalista, pretende desconocer al derecho indígena acusándolo de que sus usos y costumbres y por tanto su derecho consuetudinario, no constituye un verdadero sistema jurídico, sin considerar que en virtud de su identidad cultural, el derecho indígena es un sistema jurídico en toda su dimensión, pues se “componen de un conjunto de normas, autoridades y procedimientos mediante los cuales regulan su vida social, resuelven sus conflictos y organizan el orden interno” (Aragón Andrade, 2007, pág. 18);

Po otro lado, se puede señalar que el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), así como el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia (1991), establecen límites a la jurisdicción indígena desde una óptica etnocéntrica del derecho estatal dominante, pues su validez estaría limitada a la sujeción del derecho producido por el Estado, sin considerar el contexto cultural ni la cosmovisión de los pueblos indígenas; en este sentido, Aragón Andrade (2007, pág. 20) afirma que estos límites impuestos a los sistemas jurídicos indígenas se sustentan en “una cuestión de carácter cultural que consiste en la subvaloración de las culturas indígenas, es decir, se considera que todo lo que no sea producto de la cultura occidental es retrasado y primitivo”.

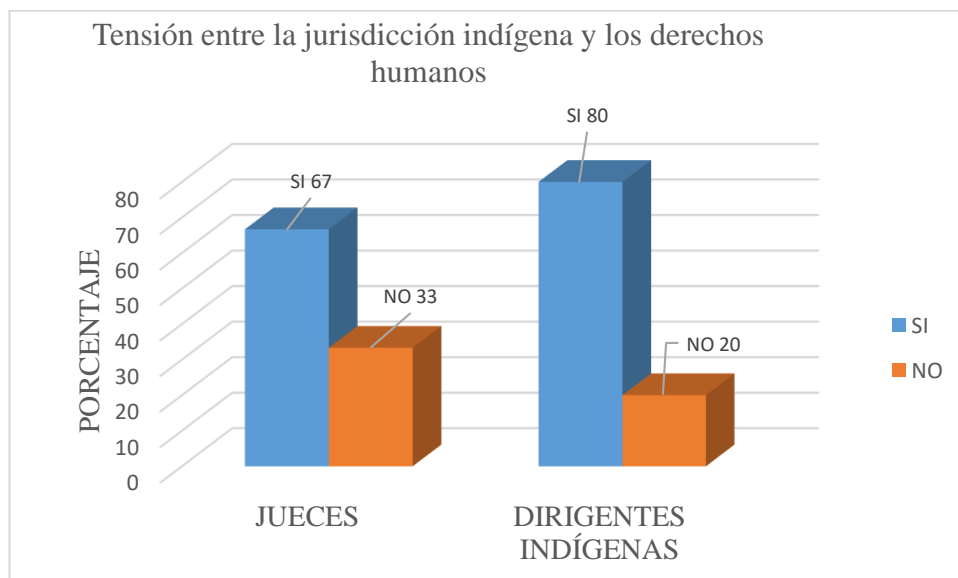
Finalmente, otra arista en la cual se considera esta colisión está determinada en el contexto de la potestad jurisdiccional de la justicia indígena, pues es evidente que la jurisprudencia ecuatoriana (Caso La Cocha, 2014) y la jurisprudencia colombiana (T-254/94, 1994), para citar como ejemplos, limitan la competencia de los sistemas jurídicos indígenas, con lo cual “se reproduce esta visión etnocentrista occidental, por lo que se niega la posibilidad de dar jurisdicción total o plena a la comunidad indígena para que resuelva sus conflictos de carácter interno” (Aragón Andrade, 2007, pág. 20).

Es indiscutible que la presencia de diversos sistemas jurídicos en un Estado culturalmente diverso genera conflictos en el orden social y jurídico. De ahí que resulta imperativo la construcción de nuevos mecanismos que vengán a coadyuvar la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones ordinaria y la indígena. Sin perjuicio de esta colisión de sistemas jurídicos, también se puede advertir la tensión que existe entre la justicia indígena y los derechos humanos, y por tanto la necesidad de establecer que, estos mínimos jurídicos, no afecten al acervo cultural y cosmovisión de los pueblos indígenas, debiendo primar para el efecto una interpretación intercultural.

4.1.7 Tensión entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos

¿Cree Usted que existe tensión entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos?

Gráfico 4.7 Tensión entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

El numeral 2 del artículo 8 del Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989), en concordancia con el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

(2007) establecen el derecho de los pueblos indígenas a conservar su acervo cultural y por lo tanto a desarrollar sus costumbres y sistemas jurídicos en concordancia con los derechos fundamentales establecidos en las Constituciones y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente. A partir de lo expuesto, es evidente que, en la aplicación de la justicia indígena, se podría considerar la existencia de posibles incompatibilidades y conflictos con los preceptos de derechos humanos. En este sentido, los jueces encuestados, en un porcentaje del 67% y los dirigentes indígenas en un porcentaje del 80% consideran que efectivamente existe tensión entre los sistemas jurídicos indígenas y los derechos humanos.

La primera visión invoca la necesidad de defender derechos fundamentales y mínimos universales éticos, que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un consenso universal sobre un determinado sistema de valores. Se define aquí el límite jurídico-material de la jurisdicción especial indígena para garantizar los principios de legalidad con base en un sistema normativo. Esta visión supedita la legalidad de los sistemas de derecho propios a estas limitaciones y, adicionalmente, condiciona la autonomía jurídica porque debilita la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. En el otro polo se encuentra la extensión del reconocimiento para que el otro pueda ser diverso, no obstante el poder existente para reprimirlo. Es en esta postura en la que justamente reside la posibilidad de mantener la diferencia cultural: un respeto a la diversidad que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y socavaría su riqueza. Sobresale en esta última posición el principio de diversidad étnica y cultural, al que la Constitución atribuye un valor de reconocimiento y protección como fin esencial del Estado (Sánchez Botero, 2009, pág. 48).

Al respecto, es necesario considerar que el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, determina el reconocimiento y respeto de su cosmovisión, que

engloba la espiritualidad, tradiciones, costumbres ancestrales y derecho propio. En este sentido, es necesario comprender la naturaleza de los sistemas jurídicos indígenas, a partir del principio de diversidad étnica y cultural, a fin de que no se considere que toda práctica constituye vulneración de los derechos humanos.

El respeto a la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce o no una vulneración de derechos humanos y qué solución darle (...) debe garantizarse la comprensión intercultural de los hechos e interpretación intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de los mismos (Yrigoyen Fajardo, 1999, pág. 97).

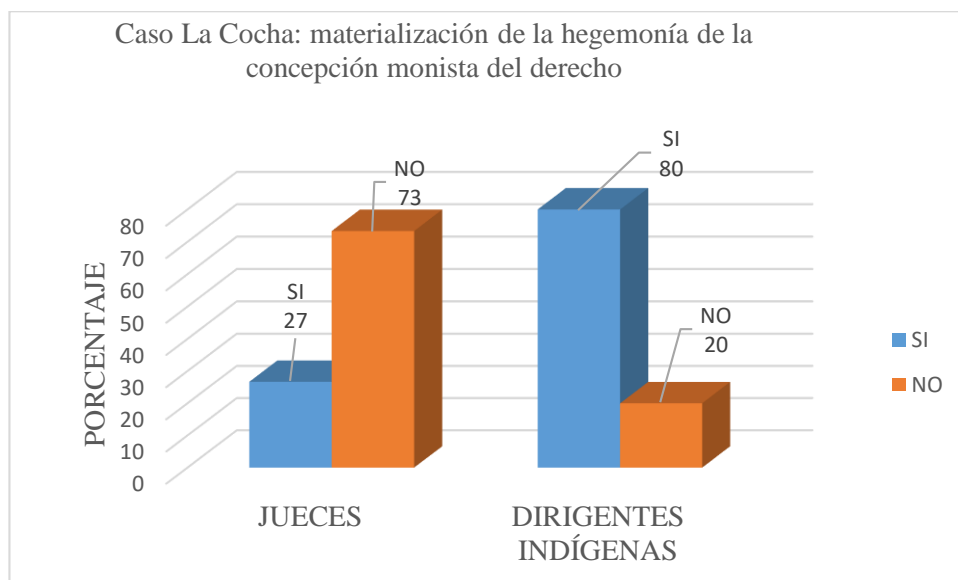
En efecto, si bien, los derechos humanos constituyen los límites a la justicia indígena, conforme lo manifestado por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia (T-254/94, 1994), en su interpretación no se puede considerar a su vez el desconocimiento de otros principios inalienables y de igual jerarquía tutelados por los preceptos constitucionales, como el pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural, siendo necesario por lo tanto recurrir a la ponderación ante la colisión de derechos, conforme lo expuesto en el precedente jurisprudencial (T-349/96, 1996). El desconocimiento de la pluralidad jurídica y diversidad cultural, supondría una visión hegemónica y dominante del derecho occidental y pondría en peligro la conservación de la cultura indígena (SU-510/98, 1998), excluyendo toda posibilidad de su existencia y supervivencia.

En contraste a los argumentos expuestos, la sentencia expedida en el caso La Cocha (2014), constituye una visión hegemónica del derecho ordinario, toda vez que la *ratio decidendi* está orientada a desconocer el valor y eficacia de la justicia indígena. Además, la regla obligatoria dictada en con efecto *erga omnes* respecto de que las infracciones relacionadas con el derecho a la vida son de competencia exclusiva del sistema jurídico ordinario, constituye una franca violación a la diversidad cultural y pluralidad jurídica de los pueblos indígenas, conforme a continuación se explica.

4.1.8 Caso La Cocha: materialización de la hegemonía de la concepción monista del derecho

¿Considera Usted que la sentencia dictada en el caso La Cocha por la Corte Constitucional ecuatoriana, constituye una afirmación de la hegemonía de la concepción monista del derecho en desmedro del pluralismo jurídico?

Gráfico 4.8 Caso La Cocha: materialización de la hegemonía de la concepción monista del derecho



Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: Lozada, M. (2020)

En la sentencia (Caso La Cocha, 2014), la Corte Constitucional del Ecuador desplaza la facultad de las autoridades indígenas para sancionar, con observancia de sus costumbres y sistemas jurídicos propios, las conductas que atenten en contra del derecho a la vida, determinando que en estos casos es competencia exclusiva del derecho penal ordinario el conocimiento, sanción y juzgamiento. Con estos antecedentes, en la pregunta ocho de la encuesta realizada, se aprecia criterios antagónicos que representan la visión etnocéntrica del derecho occidental frente a la óptica del derecho indígena. De la totalidad de los dirigentes indígenas encuestados, un porcentaje del 80% considera que la sentencia dictada en el caso

La Cocha por la Corte Constitucional ecuatoriana, constituye una afirmación de la hegemonía de la concepción monista del derecho en desmedro del pluralismo jurídico, mientras que un porcentaje del 73% de los Jueces afirma lo contrario.

En esta contraposición entre monismo y pluralismo jurídico que surge de la confrontación entre los fundamentos expuestos en la sentencia (Caso La Cocha, 2014) con los resultados de la encuestas realizada a Jueces y dirigentes indígenas, es necesario indicar que una idea dominante del derecho ordinario pone en riesgo el derecho a la supervivencia cultural de los pueblos indígenas, pues desde un contexto pluralista del derecho se debe considerar varios aspectos: a) los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas del Ecuador, son titulares de derechos constitucionales; b) el reconocimiento de la interculturalidad y plurinacionalidad como derechos fundamentales constitucionales, determina que en caso de surgir un conflicto del sistema jurídico ordinario con los sistemas jurídicos indígenas, ha de primar una interpretación intercultural, con el fin de no menoscabar los principios de diversidad e identidad étnica y cultural; c) una visión legalista-positivista, desde la óptica del derecho estatal, respecto de conflictos internos de las comunidades indígenas, constituye un quebranto a sus derechos fundamentales; d) lo expuesto, significa poner en peligro el mantenimiento y conservación de culturas ancestrales, que podría desembocar en la desaparición de las mismas.

Del ejercicio interpretativo y argumentativo de la referida sentencia (Caso La Cocha, 2014) se extraen las siguientes consideraciones: a) se concibe a los indígenas de forma individual, desconociendo el carácter comunitario de los pueblos indígenas, aspecto que se evidencia en los sistemas jurídicos indígenas, cuyo fin primordial es la reivindicación de la armonía y el equilibrio de la comunidad; b) en lugar de promover la progresividad de los derechos de los pueblos indígenas, la sentencia constituye un ejercicio de regresividad de derechos, a través de una interpretación monocultural y hegemónica del derecho; c) en la sentencia en estudio, no precisamente se analiza si la sanción impuesta a los infractores en la justicia indígena rebasa los derechos fundamentales como límite material a la convivencia de los pueblos indígenas (T-254/94, 1994), sino que por el contrario se vulnera la diversidad étnica y cultural, la interculturalidad jurídica, así como

otros derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador (2008), como el derecho de no revictimización (artículo 78), el derecho a la seguridad jurídica (artículo 82) y el derecho al debido proceso en la garantía de “no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia” (artículo 76, numeral 7, literal i) ; c) a partir de la sentencia en la que se establece reglas de aplicación obligatoria, en cuanto determina que el derecho a la vida será conocido por el derecho ordinario, se materializa un proceso de subordinación de los sistemas jurídicos indígenas al derecho estatal dominante.

El primero aspecto parte de la dimensión histórico-colonial, es decir de los intentos de imponer desde la cultura, ideología y poder dominantes una normativa jurídica-política como forma de control de la sociedad, subalternizando o negando por completo la existencia de formas originarias, ancestrales y culturalmente distintas a ejercer la autoridad, la justicia y al salvaguardar la armonía social. Es esta dimensión históricocolonial (la que predata y trasciende el Estado como también las varias generaciones de derechos humanos) que evidencia y mantiene presente el conflicto intercultural que está al fondo del tema de los derechos, conflicto que demanda más que un simple reconocimiento de otros sistemas normativos, demanda la creación de nuevas estructuras jurídicas y una transformación constitucional integral (Walsh, 2008, pág. 34).

Del análisis expuesto, se realizan las siguientes conclusiones: a) que los pueblos indígenas son titulares de derechos fundamentales (T-380/93, 1993); b) que el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y por tanto la existencia de la pluralidad de sistemas jurídicos, está relacionado con la autonomía de los pueblos indígenas; c) que esta autonomía guarda íntima relación con la conservación de usos y costumbres de los pueblos indígenas (T-254/94, 1994); d) que la supervivencia cultural depende del alto grado de autonomía; e) que limitar el ejercicio de la justicia indígena prevista en el artículo 171 de la Constitución (2008), constituye una visión hegemónica del sistema jurídico ordinario, la misma que amenaza el derecho a la supervivencia cultural de los pueblos indígenas (T-349/96, 1996).

CAPÍTULO V

5.1 Conclusiones

En los actuales momentos, en el Ecuador no existe un pluralismo jurídico igualitario, sino que por el contrario se verifica la centralidad del derecho estatal. Esta hegemonía del sistema jurídico ordinario, ha sido construida desde una visión etnocéntrica y monocultural del derecho, que reafirma la relación de subordinación de los sistemas jurídicos indígenas al derecho occidental. Al respecto, es menester señalar que la afirmación de la concepción monista del derecho se evidencia desde la propia Constitución en la que establece mínimos jurídicos que tienen que ser observados por la justicia indígena, hasta los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional que constituyen un ejercicio de regresividad de derechos en temas relacionados con la identidad étnica y cultural, autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas.

En virtud de la conclusión anterior, es necesario indicar que la concepción monista y dominante del derecho que impera en el Ecuador, concibe a los diversos sistemas jurídicos indígenas, limitados a la tradición jurídica occidental, sin considerar que el pluralismo jurídico rebasa las fronteras del derecho estatal. En este contexto, se concluye que el derecho indígena, en la práctica, no tiene una relación de horizontalidad con el derecho ordinario. Como consecuencia de lo expuesto, este monopolio jurídico estatal determina el quebranto de la justicia indígena y por lo tanto el desconocimiento de otras formas de producción jurídica que coexisten en un Estado pluralista y diverso y que tienen su origen en la conexión del ser humano y su cosmovisión.

Como corolario del estudio realizado, es necesario indicar que un Estado Plurinacional e Intercultural se sustenta en el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, así como en la afirmación de la coexistencia de sistemas jurídicos paralelos al estatal. En este sentido, la identidad étnica y cultural está íntimamente vinculado al derecho a la autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas. La vulneración de estos derechos inalienables, constituiría un grave peligro al derecho de supervivencia cultural de los pueblos indígenas. Su desconocimiento implicaría además desnaturalizar la esencia del Estado ecuatoriano diverso y

pluralista y consecuentemente afectar a las minorías que han gestado múltiples luchas para su reconocimiento.

5.2 Recomendaciones

Con el fin de alcanzar el reconocimiento de la diversidad cultural y pluralidad jurídica en el Ecuador, resulta imperativo la construcción de mecanismos de armonización entre las jurisdicciones indígena y ordinaria, en un plano de igualdad. Este diálogo que surja para la creación de éstas nuevas estructuras jurídicas interculturales, debe cimentar sólidamente las bases del pluralismo jurídico igualitario, a partir de una interpretación intercultural, con el fin de evitar una concepción etnocéntrica y monocultural. En este sentido, la ley que se expida para la coordinación y cooperación de ambas jurisdicciones, debe evitar cualquier proceso de subordinación de las autoridades indígenas y además debe establecer procedimientos para la solución de las tensiones entre el derecho indígena y el derecho estatal, así como los conflictos que surjan con los derechos humanos. Finalmente, la ley que se expida a cargo del órgano legislativo deberá establecer parámetros para la solución de los conflictos de competencia que podrían generarse entre ambas jurisdicciones, en razón de las personas, del territorio y de la materia.

Resulta imperativo un cambio de cultura jurídica con el fin de reconocer y aceptar que los sistemas jurídicos ancestrales son igualmente válidos, legítimos y efectivos para la realización de la justicia indígena. Lo expuesto evidencia un gran desafío para los máximos organismos de control e interpretación constitucional, a fin de que sus precedentes constitucionales estén orientados a la tutela de la diversidad cultural y la pluralidad jurídica, desterrando cualquier interpretación que constituya una imposición de la cultura dominante. En este sentido, no se puede desconocer la importancia de la Corte Constitucional en un estado constitucional de derechos y justicia, toda vez que este organismo inclusive se convierte en un legislador positivo ante la inacción del órgano legislativo. Por tanto, en su tarea hermenéutica y argumentativa, la Corte Constitucional deberá buscar el desarrollo progresivo de los derechos y mas no su regresividad, a fin de alcanzar la plena vigencia de la plurinacionalidad e interculturalidad, así como la tutela directa y eficaz de la

identidad étnica y cultural, autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas.

El derecho a la supervivencia cultural de los pueblos indígenas está en juego, razón por la cual su tutela, no debe ser tarea exclusiva del órgano legislativo y de la Corte Constitucional. Por el contrario, se requiere que en su protección exista la convergencia de todos los actores de la sociedad, comprometidos a luchar desde diferentes frentes por el reconocimiento del pluralismo jurídico. En este sentido, es necesario establecer procesos de capacitación a cargo del Consejo de la Judicatura, dirigida a autoridades indígenas, operadores de justicia, policía y más organismos, con el fin de comprender la diversidad cultural y pluralidad jurídica en todas sus aristas posibles. A este proceso de construcción de una nueva cultura jurídica intercultural, deben sumarse las Universidades del país, pues resulta que la academia se inclina más al Derecho Romano, por ejemplo, que al Derecho Indígena, desconociendo nuestra propia realidad. Sólo de esta manera se alcanzará la transformación de las estructuras culturales de la sociedad, traspasando los límites conceptuales del derecho, más allá de la cátedra jurídica tradicional que forma parte de los planes y programas educativos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alarcón Peña, P. (2013). El Estado constitucional de derechos. En J. Benavides Ordóñez, & J. Escudero Soliz (Edits.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Primera edición ed.). Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional Ecuatoriano (CEDEC). Recuperado el 26 de marzo de 2020
2. Álvarez González, N. (2009). Sobre El valor de la seguridad jurídica de Ricardo García Manrique. *Isonomía*, (30), 185-198. doi:http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182009000100008&lng=es&tlng=es
3. Álvarez Lugo, Y. (s.f.). Postdesarrollo, Pluralismo Jurídico y Derechos Territoriales Indígenas: El caso de Ecuador a la Luz de la Constitución de Montecristi. *Tesis Doctoral*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Pichincha, Ecuador.
4. Andrade Ubidia, S. (2009). La Función Judicial en la vigente Constitución de la República. En S. Andrade Ubidia, A. Grijalva, & C. Storini (Edits.), *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación Editora Nacional. Recuperado el 22 de marzo de 2020.
5. Aragón Andrade, O. (enero- abril de 2007). Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México: Una defensa del pluralismo jurídico. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 40(118), 9-26. doi:http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000100001&lng=es&tlng=es
6. Arias, F. G. (2012). *El Proyecto de Investigación. Introducción a la metodología científica. Sexta edición*. Caracas, República Bolivariana de Venezuela: Episteme. Recuperado el 10 de febrero de 2019
7. Aristóteles. (1989). *La Política*. Madrid: Espasa Calpe.
8. Ariza, L. J. (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del hombre.
9. Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
10. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
11. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Registro Oficial 449.
12. Avila Santamaría, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya - Yala.
13. Ávila, R. (2009). Del Estado legal del derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 775-793. Recuperado el 24 de marzo de 2020, de

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr43.pdf>

14. Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Pichincha, Ecuador: Ediciones Abya - Yala. Recuperado el 29 de enero de 2019
15. Ayala Mora, E. (2004). *Ecuador patria de todos*. Quito: Corporación Editora Nacional.
16. Baldi, C. (enero - junio de 2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *redhes Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*(9), 51 - 72. Recuperado el 29 de enero de 2019, de <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%209/Redhes09-02.pdf>
17. Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación. Tercera edición*. Bogotá D. C., Colombia: Pearson Educación de Colombia Ltda. Recuperado el 5 de febrero de 2019
18. Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
19. Bonilla Urvina, M. (2008). Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena. *Revista Jurídica*, 1-20. Recuperado el 18 de febrero de 2019, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3640/5.pdf>
20. Bonilla, D. (s.f.). *Los Derechos Fundamentales y la Diferencia Cultural: Análisis del Caso Colombiano*. Recuperado el 2020 de marzo de 25, de <https://fislem.org/wp-content/uploads/2019/06/LOS-DERECHOS-FUNDAMENTALES-Y-LA-DIFERENCIA-CULTURAL-ANA%CC%81LISIS-DEL-CASO-COLOMBIANO.pdf>
21. Calderón, C. (2009). Definición de los Tipos de estudio. En *Métodos de investigación social. Segunda Edición*. Quito, Pichincha, Ecuador: Editorial "Quipus", CIESPAL. Recuperado el 9 de febrero de 2019
22. Capelo Burgos, P. E. (2010). *Justicia Indígena*. Cuenca: Escuela de Derecho.
23. Carbonell, M. (2008). Introducción al Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. En *Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito, Pichincha, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 27 de marzo de 2020
24. Carpio Frixone, M. B. (2002). Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿Existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal? *Revista Law review*, 2(15), 209-230. Recuperado el 18 de febrero de 2019
25. Caso La Cocha, 113-14-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 01 de Septiembre de 2014).
26. Cedeño Suárez, M. (2001). Aportes de la investigación cualitativa y sus alcances en el ámbito educativo. *Revista Electrónica "Actualidades*

- Investigativas en Educación*", 1(1), 1-23. Recuperado el 5 de febrero de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/447/44710105.pdf>
27. Clavero, B. (2017). Los derechos de los pueblos indígenas: entre el colonialismo y los derechos humanos. *Revista del Fondo para el desarrollo de los Pueblos Indígenas*, 21-44. Recuperado el 19 de febrero de 2019
 28. Colom González, F. (2009). Justicia Intercultural. El pluralismo jurídico y el potencial de la hermenéutica normativa. *RIFP*(2), 1-18. Recuperado el 18 de febrero de 2019
 29. Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial.
 30. Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 29 de enero de 2019, de www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf
 31. Contreras López, R. (2012). *La Tutela Penal de bienes jurídicos. Como límite al poder punitivo del Estado*. Lima: Académica Española. Recuperado el 21 de febrero de 2019
 32. Corte Constitucional del Ecuador. (2014). *Pluralismo Jurídico*. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
 33. Curtis, C. (2002). *Los Derechos Sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
 34. Cruz Rueda, E. (2008). Principios generales del derecho indígena. En R. Huber, J. C. Martínez, C. Lachenal, & R. Ariza (Edits.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*. Bogotá, Colombia: Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado el 12 de abril de 2020
 35. de Sousa Santos, B. (2010). *El Estado plurinacional, puerta para una sociedad democrática*. Madrid: Abya Ayala.
 36. Del Carpio Rodríguez, C. M. (2011). Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización. *Tesis Doctoral*. Universidad de Granada, Granada. Recuperado el 18 de febrero de 2019, de <https://hera.ugr.es/tesisugr/20369335.pdf>
 37. Del Cid Pérez, A., Méndez, R., & Sandoval Recinos, F. (2007). *Investigación. Fundamentos y metodología. Segunda edición*. México, México: Pearson Educación. Recuperado el 11 de febrero de 2019
 38. Díaz Ocampo, E. (2 de octubre de 2017). Los retos del pluralismo jurídico en el Ecuador. *Derecho y Cambio Social*, 1-24. Recuperado el 19 de febrero de 2019, de https://www.derechocambiosocial.com/revista050/LOS_RETOS_DEL_PLURALISMO_JURIDICO_EN_EL_ECUADOR.pdf
 39. Díaz Revorio, F. J. (enero-junio de 2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *IUS*, 10(37), 9-31. doi:http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100009&lng=es&tlng=es

40. Dromi, R. (2006). *Derecho Administrativo*. Madrid, España: Ciudad Argentina. Recuperado el 19 de marzo de 2020
41. Estrada, A. J. (1997). *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
42. Fabra Zamora, J. L. (2015). *Filosofía y teoría del derecho* (Vol. 1). (J. L. Fabra Zamora, & N. V. Alvaro, Edits.) México D.F, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
43. Fernández Maldonado, G. (2012). La brecha entre el compromiso y el cumplimiento con los derechos de los pueblos indígenas. Reflexiones sobre los avances y retrocesos en materia de justicia indígena en el Ecuador. *Revista de Derechos Humanos*, 9(1), 63-93. Recuperado el 19 de febrero de 2019, de https://ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_Brecha%20implementaci%F3n%20justicia%20ind%EDgena%20Ecuador%20IAEHR%202016%20Viaene%26Fern%Elndez-Maldonado.pdf
44. Fernández Rodríguez, T.-R. (1997). Los Derechos Constitucionales. En E. García de Enterría, & M. Clavero Arevalo (Edits.), *El Derecho Público a finales de siglo, una perspectiva Iberoamericana*. Madrid, España: Civitas S. A. Recuperado el 23 de marzo de 2020
45. Ferrajoli, L. (2008). *La democracia constitucional; democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
46. Fonseca Garcés, A. (2014). La independencia de los jueces y las autoridades indígenas en Ecuador: Una ecuación jurídica difícil. *Revista de Estudios Jurídicos*(2), 24-37. Recuperado el 19 de febrero de 2019, de <http://derecho.udla.edu.ec/calamo/images/revistas-pdf/calamo-2/articulos/Fonseca%20Alonso-LA%20INDEPENDENCIA%20DE%20LOS%20JUECES%20Y%20LAS%20AUTORIDADES%20IND%3%8DGENAS%20EN.pdf>
47. Gadea, E. (2011). El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza? *Revista del Instituto de Gobierno*, 5-10. Recuperado el 19 de febrero de 2019
48. García de Enterría, E. (1997). El Sistema de Fuentes del Derecho. En E. García de Enterría, & M. Clavero Arevalo (Edits.), *El Derecho Público a finales de siglo, una perspectiva Iberoamericana*. Madrid, España: Civitas S. A. Recuperado el 23 de marzo de 2020
49. García López, L. F. (enero-junio de 2014). El Juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Vniversitas*, 79-120. doi:http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602014000100004&lng=en&tlng=es
50. García Pelayo, M. (1977). *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
51. Garón López, P. (2014). Pluralismo jurídico. *Revista en cultura de la legalidad*(5), 193.

52. Garrido Gómez, M. I. (2009). La predecibilidad de las decisiones judiciales. *Ius et Praxis*, 15 (1), 55-72. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100003>
53. Grijalva, A. (2009). El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. En *Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito, Pichincha, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 30 de enero de 2019
54. Guastini, R. (2003). *Estudios de Teoría Constitucional* (Doctrina Jurídica Contemporánea ed.). México D. F, México: Distribuciones Fontamara. Recuperado el 22 de marzo de 2020
55. Guastini, R. (2009). La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso italiano. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo*. Madrid, España: Trotta. Recuperado el 22 de marzo de 2020
56. Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
57. Hegel, F. (1975). *El Estado, Filosofía del Derecho*. México: UNAM.
58. Hernández Aguilar, G. P. (2014). La construcción social del derecho, una perspectiva del pluralismo jurídico en los sistemas normativos de los pueblos indios en México. *Ciencia Digital*, 1-9. Recuperado el 19 de febrero de 2019, de https://www.uaq.mx/investigacion/revista_ciencia@uaq/ArchivosPDF/v7-n1/24Articulo.pdf
59. Hernández Sampieri , R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *METODOLOGÍA de la investigación. Quinta edición*. México D.F., México: McGraw-Hill . Recuperado el 9 de febrero de 2019
60. Illaquiche, R. (marzo de 2001). Administración de justicia indígena en la ciudad: Estudio de un caso. *Yachaikuna, I*. Recuperado el 25 de marzo de 2020, de <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>
61. Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba. Recuperado el 29 de enero de 2019
62. Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
63. Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial universitaria de Buenos Aires.
64. Lafuente Ibáñez, C., & Marín Egoscozábal, A. (septiembre-diciembre de 2008). Metodologías de la investigación en las ciencias sociales: Fases, fuentes y selección de técnicas. *Revista Escuela de Administración de Negocios*(64), 5-18. Recuperado el 9 de febrero de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/206/20612981002.pdf>
65. López Calera, N. (2000). *Teoría del Derecho*. Granada: Gomares.
66. López López, E. L. (junio - diciembre de 2014). El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho. *umbral Revista de Derecho Constitucional, I*(4), 31 - 64. Recuperado el 29 de enero de 2019, de http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/Publicaciones/Umbrales_4_T-1_2014.pdf

67. López Oliva, J. (2011). La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIV (28), 121-134. doi:<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=876/87622536008>
68. Maquiavelo, N. (s.f.). *El Príncipe*.
69. Marinoni, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Ius et Praxis*, 18 (1), 249-266. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000100008>
70. Montaña Pinto, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada* (Primera edición ed.). Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho constitucional (CEDEC). Recuperado el 26 de marzo de 2020
71. Montaña Pinto, J., & Pazmiño Freire, P. (2012). *Apuntes de derecho procesal constitucional: aspectos generales*. (J. Montaña Pinto, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
72. Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado el 19 de junio de 2019, de https://www.un.org/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web
73. Nino, C. S. (2005). *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea.
74. Nogueira Alcalá, H. (2010). La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas. *Estudios constitucionales*, 8(1), 79 - 116. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100004>
75. Organización de las Naciones Unidas. (13 de septiembre de 2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado el 22 de marzo de 2020, de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
76. Organización Internacional del Trabajo. (27 de junio de 1989). *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales*. Recuperado el 22 de marzo de 2020, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
77. Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra, Suiza.
78. Palencia Ramos, E. A. (enero-junio de 2014). Perspectivas y retos del sistema jurídico en Colombia. Una mirada al precedente constitucional como tendencia anti-formal y obligatoria. *Justicia*, 151-161. doi:http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-74412014000100008&lng=en&tlng=es
79. Palomeque, E. (2016). *La administración de justicia en el Ecuador*. Quito: Leyes y Publicaciones. Recuperado el 21 de febrero de 2019

80. Pizzorusso, A. (mayo-agosto de 1989). Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico Italiano. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(3), 269-321.
81. Poole Derqui, D. (2009). *La Justicia*. Caracas: Lexis. Recuperado el 19 de febrero de 2019
82. Preciado Quiñonez, F. A. (2013). Crisis del poder judicial e Ingovernabilidad en el Ecuador. *Tesis Doctoral*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. Recuperado el 21 de febrero de 2019, de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/5662/T-PUCE-5727.pdf?sequence=1>
83. Prieto Sanchís, L. (2000). Principio Iuris: una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo (Edits.), *El Cánón Neoconstitucional*. Bogotá, Colombia. Recuperado el 22 de marzo de 2020
84. Quecedo, R., & Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*(14), 5-39. Recuperado el 2 de febrero de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/175/17501402.pdf>
85. Ramirez, S. (2013). *Diversidad cultural y prularismo jurídico*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
86. Regalado, J. (2012). *De las sanciones y las penas en la justicia indígena*. México, México: Fundación Konrad Adenaur. Recuperado el 30 de enero de 2019, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4499/11.pdf>
87. Rojas Crotte, I. (2011). Elementos para el diseño de técnicas de investigación: una propuesta de definiciones y procedimientos en la investigación científica. *Tiempo de Educar*, 12(24), 277-297. Recuperado el 5 de febrero de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/311/31121089006.pdf>
88. Romero, C. A. (2016). Justicia Indígena y Ordinaria en el Ecuador. *Revista IURIS*, 34-44. Recuperado el 19 de febrero de 2019
89. Ron, X. (2015). *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?* Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación Editora Nacional. Recuperado el 29 de enero de 2019
90. Rosillo Martínez, A. (2017). Pluralismo jurídico en el constitucionalismo mexicano frente al nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Direito & Práxis*, 08(4), 3037-3068. Recuperado el 29 de enero de 2019, de <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n4/2179-8966-rdp-8-4-3037.pdf>
91. Ruíz Días Labrano, R. (2005). El Estado de Derecho. *Revista de información legislativa*, 1-23.
92. Ruiz Guzmán, A. (2015). *Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales*. Guayaquil, Guayas, Ecuador: Universidad de Guayaquil. Recuperado el 27 de marzo de 2020

93. Ruiz Guzmán, A., Aguirre Castro, P. J., & Avila Benavidez, D. F. (2016). *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012 - noviembre de 2015)* (Primera edición ed.). (A. Ruiz Guzmán, P. J. Aguirre Castro, & D. F. Avila Benavidez, Edits.) Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Recuperado el 26 de marzo de 2020
94. Salazar, C. (2018). La incorrecta aplicación de la justicia indígena en el marco de sus competencias. *Revista de Derecho*, 50-62. Recuperado el 19 de febrero de 2019
95. Salmón, E. (2003). Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución. *Pensamiento Constitucional*, 150-155. Recuperado el 21 de febrero de 2019
96. Sánchez Botero, E. (julio de 2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. *Nueva antropología*, 31-49. Recuperado el 18 de febrero de 2019, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/na/v22n71/v22n71a3.pdf>
97. Sánchez Botero, E. (2009). La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia. *Nueva antropología*, 22(71), 31-49. doi:http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362009000200003&lng=es&tlng=
98. Sánchez Castañeda, A. (2006). *Los orígenes del pluralismo jurídico*. México: UNAM.
99. Sánchez, C. A. (2006). *Estudios jurídicos en homenaje a Martha Morineau*. México D.F., México: Universidad Autónoma de México.
100. Santos Grijalva, F. (2009). *Críticas a la Justicia Indígena*. Quito: Ediciones Legales.
101. Seni Pinoargote, R. (2014). Comentarios a la sentencia No. 113-14-SEP-CC, dentro del caso No. 731-10-EP "LA COCHA" (Acción Extraordinaria de Protección). Alcances de la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. *Revista Umbral*(4), 181-185. Recuperado el 19 de febrero de 2019, de http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/Publicaciones/Umbrales_4_T-2_2014.pdf
102. Serrano Pérez, V. (s.f.). *El derecho indígena*. Recuperado el febrero de 2020, de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documentos/IurisDictio_6/El_derecho_indigena.pdf
103. Serrano, L. (2016). *Administración de justicia indígena y pluralismo jurídico*. Quito: Ediciones Legales.
104. Silva Portero, C. (2008). Las Garantías de los Derechos. En S. J. Humanos, *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito, Pichincha, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado el 22 de marzo de 2020

- 105.** Simon Thomas, M. (2009). Legal pluralism and interlegality in Ecuador, The La Cocha murder. En *Cuadernos del CEDLA No. 24*. Amsterdam, Países Bajos: Centre for Latin American Studies and Documentation.
- 106.** Solano Paucay, V. (septiembre-diciembre de 2018). El argumento interpretativo intercultural en la Corte Constitucional. *Killkana sociales: Revista de Investigación Científica*, 2(4), 33-38. Recuperado el 20 de abril de 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6799313>
- 107.** Soto-Lesmes, V. I., & Durán de Villalobos, M. M. (2010). El trabajo de campo: clave en la investigación cualitativa. *Aquichan*, 10(3), 253-266. Recuperado el 9 de febrero de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/741/74116984007.pdf>
- 108.** Spink, P. (septiembre-diciembre de 2007). Replanteando la investigación de campo: relatos y lugares. *Fermentum. Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, 17(50), 561-574. Recuperado el 10 de febrero de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/705/70505006.pdf>
- 109.** Squella Narducci, A. (1999). *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Recuperado el 19 de marzo de 2020
- 110.** Stavenhagen, R. (2013). Derecho consuetudinario indígena en América Latina. En E. Cortez, *Los diversos sistemas de justicia en el Ecuador* (pág. 56). Lima: Congreso de Justicia Intercultural.
- 111.** Storini, C. (2009). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la constitución ecuatoriana de 2008. En S. Andrade Ubidia, A. Grijalva, & C. Storini (Edits.), *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corpporación Editora Nacional. Recuperado el 23 de marzo de 2020
- 112.** SU-510/98 (Corte Constitucional de Colombia 18 de septiembre de 1998). Recuperado el 25 de marzo de 2020, de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU510-98.htm#_ftnref130
- 113.** T-254/94 (Corte Constitucional de Colombia 30 de mayo de 1994). Recuperado el 20 de marzo de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>
- 114.** T-349/96 (Corte Constitucional de Colombia 8 de agosto de 1996). Recuperado el 20 de marzo de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm>
- 115.** T-380/93 (Corte Constitucional de Colombia 13 de septiembre de 1993). Recuperado el 27 de marzo de 2020, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-380-93.htm>
- 116.** Tiban, L. (2014). Justicia Indígena y Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, 33-45. Recuperado el 21 de febrero de 2019
- 117.** Tole Martínez, J. (julio-diciembre de 2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas. *Cuestiones*

- Constitucionales*(15), 253-316. Recuperado el 23 de marzo de 2020, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=885/88501510>
- 118.** Touri, K. (2014). *Transnational law: rethinking European law and legal thinking*. Cambridge University Press, 11-57.
- 119.** Trujillo, J. C. (2016). La justicia indígena como un derecho consuetudinario. *Revista Jurídica del Ecuador*, 33-48. Recuperado el 19 de febrero de 2019
- 120.** Vásquez Ortega, B. G. (2014). Inclusión del Pluralismo Jurídico, frente a las inconcistencias de la justicia ordinaria y la justicia indígena ecuatoriana. *Tesis Doctoral*. Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador. Recuperado el 19 de febrero de 2019
- 121.** Walsh, C. (2002). Interculturalidad, Reformas constitucionales y Pluralismo jurídico. *Justicia Indígena Aportes para un debate*, 23-35. Recuperado el 19 de febrero de 2019, de https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1299&context=abya_yala
- 122.** Walsh, C. (abril de 2008). Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente. (S. E. Universidad Andina Simón Bolívar, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador. Recuperado el 12 de abril de 2020, de <http://www.reduii.org/cii/sites/default/files/field/doc/Interculturalidad%20y%20Plurinacionalidad.pdf>
- 123.** Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala, Guatemala: Fundación Myrna Mack.

ANEXOS

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

COHORTE 2018

ENCUESTA: Dirigida a Jueces y dirigentes indígenas, con conocimientos en temas constitucionales y justicia indígena.

OBJETIVO: Determinar el impacto de la hegemonía del sistema jurídico ordinario en el pluralismo jurídico en el Ecuador.

INSTRUCCIONES:

- Por favor, dedique unos minutos para responder la presente encuesta.
- Sus respuestas serán totalmente confidenciales y servirán para mejorar la academia en la Universidad Técnica de Ambato.
- Es necesario que sus respuestas sean totalmente veraces.

DATOS PERSONALES:

Género: M ____ F ____

Edad: _____

Dignidad:

Años de experiencia: _____

GUÍA DE LA ENCUESTA

1.- ¿Considera Usted que en un Estado Intercultural y Plurinacional, la competencia en la producción del derecho es exclusiva del órgano legislativo?

SI ____ NO ____

2.- ¿Piensa Usted que una visión etnocéntrica del derecho, conlleva al desconocimiento de otros sistemas jurídicos en el Ecuador?

SI ____ NO ____

3.- ¿En esta contraposición entre monismo y pluralismo jurídico, considera Usted que la existencia de diversos sistemas jurídicos atenta en contra de la unidad jurisdiccional?

SI ____ NO ____

4.- ¿Cree Usted que la existencia de un único ordenamiento jurídico de carácter estatal, tutela la seguridad jurídica y otros derechos relacionados como la igualdad y la legalidad?

SI ____ NO ____

5.- ¿Desde su visión, considera Usted que el modelo de pluralismo jurídico es de subordinación o tiene una relación de horizontalidad con el derecho estatal?

SUBORDINACIÓN ____ RELACIÓN DE HORIZONTALIDAD ____

6.- ¿Considera Usted que existe colisión entre el derecho estatal y el derecho indígena?

SI ____ NO ____

7.- ¿Cree Usted que existe tensión entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos?

SI ____ NO ____

8.- ¿Considera Usted que la sentencia dictada en el caso La Cocha por la Corte Constitucional ecuatoriana, constituye una afirmación de la hegemonía de la concepción monista del derecho en desmedro del pluralismo jurídico?

SI ____ NO ____

LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO AGRADECE SU VALIOSA COLABORACIÓN

