

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA DEL ECUADOR

THE SOURCES OF THE RIGHT IN THE INDIGENOUS RIGHT OF THE ECUADOR

Eduardo DÍAZ OCAMPO*

RESUMEN: El artículo examina al conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, los procesos que se dan entre las dos jurisdicciones a partir del texto constitucional y el desarrollo normativo en el Ecuador en relación con la interpretación y argumentación jurídica con el uso de las fuentes desde la teoría del Derecho y desde el Derecho consuetudinario. De este análisis desde las fuentes del Derecho, queda claro que la jurisdicción ordinaria tiene competencia global sobre las conductas que se realizan dentro del territorio indígena y, en consecuencia tienen facultad sancionadora a partir del reconocimiento del cual se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero y se concede el derecho de ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos dentro de su ambiente territorial en aras de garantizar el respeto por la cosmovisión del individuo dentro del Pluralismo Jurídico en Ecuador.

PALABRAS CLAVE: Fuentes; comunidades indígenas; conflicto lingüístico; justicia indígena; diversidad cultural.

ABSTRACT: The article examines the conflict of jurisdiction between ordinary jurisdiction and the native, the processes that take place between the two jurisdictions as from the constitutional text and the normative development in the Ecuador relating to interpretation and juridical argumentation with the use of the sources from the Theory of Law and from the Consuetudinary Right. Of this analysis from the sources of the Right, it is clear that ordinary jurisdiction has global competition on the conducts that come true within the indigenous territory and, in consequence they have punishing faculty as from recognition of whom derives the right of the members of the indigenous communities itself to a jurisdiction and it is granted the right to be judged by his own Authorities, in accordance with his standards and procedures into his territorial environment for the sake of guaranteeing the respect for the worldview of the individual within the Juridical Pluralism in Ecuador.

KEYWORDS: Sources; Indigenous Communities; Linguistic Conflict; Indigenous Justice; Cultural Diversity.

* Licenciado en Ciencias de la Educación. Licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Magíster en Desarrollo Curricular. Doctor en Jurisprudencia. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. República de Ecuador. Contacto: <ediaz@uteq.edu.ec>, <edu66diaz@hotmail.com>. Fecha de recepción: 3 de marzo de 2017. Fecha de aprobación: 9 de abril de 2017.

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *La Teoría de las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. III. *El Derecho Indígena, su reconocimiento constitucional dentro del Pluralismo jurídico en Ecuador, íter histórico*. IV. *Las fuentes del Derecho en la solución de los conflictos jurídicos en el Derecho Indígena dentro de las Comunidades Indígenas ecuatorianas*. V. *Las fuentes del Derecho y su aplicación en los conflictos jurídicos en el Derecho Indígena por la Corte Constitucional de la República del Ecuador*. VI. *A manera de conclusiones*.

I. EXORDIO

La República del Ecuador, situada en América del Sur, en la región noroccidental, limita geográficamente al norte con Colombia, al sur y al este con Perú, y al oeste con el Océano Pacífico, su extensión es de 283.561 km², con aproximadamente 15.799.139 habitantes. Está concebido como un Estado unitario, descentralizado y su territorio está organizado territorialmente en regiones, con 24 provincias, cantones y parroquias rurales. También, por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población pueden constituirse regímenes especiales, al amparo del texto constitucional de 2008.¹

En esta nación de los Andes, se corrobora cómo la participación ciudadana constituye uno de los ejes fundamentales de la democracia, de tal forma que es un derecho de la ciudadanía, que en forma individual y colectiva está llamada a ejercer un rol protagónico en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control popular de las instituciones del Estado y de la sociedad, en el marco de un proceso permanente de construcción del poder ciudadano, reconocido en la Constitución

¹ Cfr. AYALA MORA, E., *Ecuador: Patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002; SALVADOR LARA, J., *Breve historia contemporánea del Ecuador*, Bogotá, FCE, 2010; EDGAR TELLO, E., *Movimiento indígena y sistema político en Ecuador. Una relación conflictiva*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2012.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

de Ecuador de 2008. Su gobierno, está organizado en el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Electoral y el Poder de Participación Ciudadana.

El artículo 141, de la Carta Magna, señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la ley de leyes. Se reconoce la Justicia indígena, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. El Estado como garante de las decisiones de la jurisdicción indígena, para que sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Decisiones sujetas al control de constitucionalidad a través de la Corte Constitucional. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, reconocido en el artículo 175, de la Ley suprema -ausente en el ordenamiento jurídico-

Tiene como antecedente histórico más remoto el Derecho ecuatoriano al Derecho Romano, el que influye a través del Derecho español, durante la etapa de la conquista y colonia, a través del Derecho francés, nacido del Código Civil Napoleónico y de los otros grandes Códigos europeos, los que sirvieron de inspiración a las codificaciones nacionales, influidos todos por el Derecho Romano y a la vez por el estudio intensivo que se hacía en épocas pasadas del *Corpus Iuris Civilis*. Por otra parte, el Código Civil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se inspiró en el modelo del Código chileno de Bello.

El sistema legal del Ecuador, es el latino-romano, donde se señala que la Ley es la principal fuente del derecho. No obstante, se aprecia en el artículo 57, de la Constitución de la República, la que reconoce y garantiza a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros, el derecho colectivo a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. También en

el Código Civil ecuatoriano, se estipula que para que la costumbre sea considerada como un derecho, la ley debe remitirse a ella.

El Derecho positivo, al nacer del Derecho consuetudinario, se constata cómo la mayoría de los pueblos indígenas siguen conservando sus sistemas propios de vida comunitaria y el reconocimiento de los derechos de estos pueblos indígenas. Implica a su vez el reconocimiento del Derecho consuetudinario. En estas comunidades, el Derecho consuetudinario está vigente y guarda armonía con las diferentes manifestaciones de la cultura de los pueblos indígenas. El problema radica, a partir de la búsqueda epistemológica realizada, en la relación frente a la sociedad occidental, la que no reconoce este Derecho y sus formas de vivencia y práctica diaria, por ello la pregunta que surge es ¿Cómo lograr que en la práctica funcione la interculturalidad declarada constitucionalmente por el Estado?

En el Código Orgánico de la Función Judicial dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se dispone en su título VIII, las relaciones de jurisdicción indígena, con la jurisdicción ordinaria, otorgando a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Este cuerpo jurídico reconoce, a favor de las autoridades, la aplicación de normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de los derechos de las mujeres. Establece los principios que deben ser observados en la impartición de la justicia como: el de diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, pro jurisdicción indígena, interpretación intercultural; y cuando un juez o jueza conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

En tal sentido, en relación con las fuentes, al ser el objeto central del ensayo, en el artículo 1, del Código Civil de Ecuador, se establece a la Ley como fuente de Derecho, y en el artículo 2, se menciona que la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la Ley se remite a ella, pero este cuerpo normativo no menciona a la Jurisprudencia como fuente del Derecho. En cuanto a la interpretación de la Constitución y de los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, se justiprecia como es la Corte Constitucional, el órgano competente de máxima instancia, a través de sus dictámenes y sentencias en materia de interpretación jurídica. Sus decisiones tienen un carácter vinculante y las sentencias de esta Corte Constitucional constituyen jurisprudencia en esa materia.

El artículo tiene como objetivo caracterizar las fuentes del Derecho desde la Teoría y para el Derecho Consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, incidentes en la solución de los conflictos que se suscitan en la aplicación de la Justicia Indígena, resueltos por la Corte Constitucional de la República de Ecuador y en las Comunidades Indígenas por sus autoridades. Se utilizaron los métodos de la investigación: el histórico, análisis síntesis, inducción deducción, y el exegético jurídico.

II. LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

En la doctrina constitucionalista analizada, el tema de las fuentes del Derecho, se valora que no suele ocupársele en muchas páginas en los libros, ni suscitar mayores debates entre los académicos y los operadores del Derecho –praxis jurídica–. Las fuentes, es uno de los pocos asuntos que hacen parte del Derecho Constitucional, donde la discusión parece estar zanjada; por ello el tema relativo a las fuentes es de los más cortos y de los que menos tiempo y esfuerzos implican el estudio a los profesores y alumnos. Lo señalado, tiene una respuesta, mientras en el Estado de Derecho la

única fuente es la ley, en el Estado constitucional la fuente es la Constitución, la que permitirá un análisis desde la pedagogía al ordenamiento jurídico ecuatoriano en relación al Derecho Indígena dentro del Pluralismo Jurídico.

Ferrajoli numeraba que todo comienza con el rompimiento de varios paradigmas, iniciando por las condiciones de validez de las normas, que dejan de ser dimensionadas únicamente de manera formal, otorgándoles también un sentido material o sustancial. La validez de una norma no solo dependerá de los procedimientos para su creación, sino de la observancia y correspondencia de sus contenidos y la armonía que guarde con los valores, principios y reglas manifestados en la Constitución.²

Por ello, ante el renovado interés por cuestiones como el del manejo de las fuentes en contextos complejos y problemáticos, como el caso ecuatoriano, en relación con el hecho de que en Ecuador la desilusión con el modelo clásico del Estado y del Derecho, que, si bien no es exclusivo de esta nación andina, sí ha sido más profundo que en otros lugares del planeta, incluyendo a los países y territorios de la región Andina, ante el reconocimiento constitucional del Pluralismo Jurídico y su incidencia en el Derecho Indígena.

Con la ruptura con los presupuestos teóricos de la codificación; la crisis del Monismo jurídico positivista y la irrupción del Pluralismo Jurídico; o la puesta en cuestión de la clásica distinción entre *Common law* y el Derecho continental, a partir del nuevo rol que cumple el juez y la jurisprudencia en la definición de lo que es el Derecho vigente; así como las novedosas relaciones de implicación entre Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, desarrolladas en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, estas son cuestiones que trascienden la dogmática jurídica y se relacionan con la praxis política y social.³

² Cfr. FERRAJOLI, L., *La democracia constitucional. Desde otra mirada*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2001, pp. 261-262.

³ Cfr. AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

En Ecuador, este asunto merece un espacio amplio de reflexión, el que va mucho más allá del tradicional tratamiento de los temas constitucionales, a partir de los elementos utópicos que emergen en medio de las dificultades del modelo constitucional que se traza en la Constitución de 2008, que la diferencian de la Constitución Política de 1998, al sucederle. Ello permite consagrar al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y de justicia, al ir aplicando políticas públicas que decodifiquen los paradigmas de la denominada Revolución ciudadana, trazada por Rafael Correa desde su ascenso al poder en sus dos mandatos, al encerrar las implicaciones jurídicas que ha generado, el Estado de derechos al superar el Monismo jurídico y las propuestas retóricas como Estado de Justicia -social y judicial-. Tal y como lo han concebido en sus estudios De Sousa Santos,⁴ Grijalva,⁵ San Martín Solano.⁶

Este análisis lleva a una necesaria explicación, si bien la Constitución es suprema como resultado primigenio de la voluntad ciudadana, dicha supremacía no puede violentar o transgredir el contenido esencial de los derechos fundamentales de su propio titular, reconociendo su dignidad como un elemento superior y anterior al Estado.⁷

Ahora bien, el distinguir que la Constitución no se encuentra únicamente conformada por reglas, es una consecuencia directa de concebir a la norma fundamental como un cuerpo jurídico complejo o interdisciplinario, en el que coexisten distintos valores y principios que guían la aplicación de sus contenidos y, por tanto, de todo el sistema jurídico que necesariamente debe guardarle su-

⁴ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *La difícil construcción de la plurinacionalidad. Los Nuevos Retos de América Latina: Socialismo y Sumak Kawsay*, Ecuador, Editorial Senplades, 2010, pp. 149-154.

⁵ Cfr. GRIJALVA JIMÉNEZ, A., *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

⁶ Cfr. SAN MARTÍN SOLANO, D., Tesis de Máster: "Justicia indígena y derechos humanos en el Austro ecuatoriano a partir del 2008," Universidad de Cuenca, Ecuador, 2013.

⁷ Cfr. KANT, I., *The doctrine of virtue, Metaphysics of morals, International human rights in context, law politics and morals*, United State of America, Oxford University Press, 2^{da}. ed., 2000, pp. 261-263.

jeción, desde la lógica de reconocer el principio de supremacía y su función de unidad y validez. Dicha función debe ser entendida nuevamente en un sentido formal y material, tal y como lo considerara García Enterría.⁸

Empero, de conformidad con los postulados constitucionales, el principio *pro homine*, se erige como un elemento transversal a lo largo de todo el sistema jurídico, refrendado en el artículo 11.5, “*en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia*”, así se constata cómo está conformado en su integridad tanto por normas nacionales como internacionales, dotadas sin distingo de idéntica obligatoriedad que exigen a los operadores jurídicos aplicar en todos los casos, la disposición más favorable a la vigencia de los derechos humanos, incluyendo en lugar de excluir otro tipo de ordenamientos -para el caso de la aplicación de la “justicia indígena”, como conjunto de prácticas y normas excluidas y muchas veces vilipendiadas por la aplicación de justicia tradicional, que opta por un modelo prominentemente occidental que excluye a otro tipo de modelos por considerarlos no compatibles tanto en la forma como en el fondo, estableciendo para cada caso una jerarquía móvil y otorgando al derecho una dimensión dúctil, referido por Zagrebelsky.⁹

Al analizar lo que se establece desde el Derecho Internacional Público, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al señalarse: “*entiende como tratado a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”. Esta fuente, se valora que debe ser diferenciada de manera adecuada del denominado *ius cogens* y el *soft law* en el preámbulo del texto magno.

Sin embargo, se constata que en el Ecuador, la Constitución vigente no se diferencia entre estas dos fuentes citadas, refiriéndose

⁸ Cfr. GARCÍA ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 95-99.

⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

a ellas de forma genérica como instrumentos internacionales, en consecuencia, les otorga igual valor. Por ello, el artículo tiene como objeto, dentro de uno de los elementos que aborda, el análisis de la cláusula de remisión a textos por desarrollar, en el caso, se aprecia como los Magistrados de la Corte Constitucional, acuden a varias fuentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Estos citan en sus sentencias como parte de la Argumentación jurídica a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, entre otros instrumentos jurídicos internacionales de que la Nación es parte, como lo han referido Yumbay,¹⁰ Llasag Fernández,¹¹ Yépez,¹² Montaña Pinto,¹³ San Martín Solano,¹⁴ Martínez Jiménez,¹⁵ Ilaquiche Licta,¹⁶ Serrano Cajamarca¹⁷ y Olmedo Gavilanes.¹⁸

¹⁰ Cfr. YUMBAY, M., *El Ejercicio de la Administración de Justicia en el Ecuador*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2003.

¹¹ Cfr. LLASAG FERNÁNDEZ, R., “El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales”, *Foro Revista de Derecho*, núm. 12, 2009 y Tesis de Máster: Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdicción estatal, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

¹² Cfr. YÉPEZ, M., *El debido proceso en la Constitución de la República del Ecuador*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

¹³ Cfr. MONTAÑA PINTO, J., *Teoría utópica de las fuentes del Derecho ecuatoriano*. Perspectiva comparada. Corte Constitucional de Ecuador, Quito, Editorial V y M Gráficas, 2012.

¹⁴ Cfr. SAN MARTÍN SOLANO, D., *op. cit.*

¹⁵ Cfr. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A., *La jurisdicción universal como instrumento para la protección de pueblos indígenas: una guía práctica para defensores de derechos humanos*, España, Fundación Internacional Baltazar Garzón, 2015.

¹⁶ Cfr. ILAQUICHE LICTA, R., *Derecho Propio, Pluralismo Jurídico y la Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Ambato, Editorial Uniandes, 2015, pp.121-122.

¹⁷ Cfr. SERRANO CAJAMARCA, D., Tesis de Máster: “La ‘última ratio’ del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia”, Universidad Andina, Ecuador, 2015.

¹⁸ Cfr. OLMEDO GAVILANES, R., Tesis de Máster: “Derecho Consuetudinario Indígena: dicotomía en lo procesal y en la práctica”, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2015.

En esta misma cuerda, se aprecia cómo ha sido la línea de razonamiento seguida por la Corte Constitucional en Ecuador por sus Magistrados al impartir justicia, a partir de que la doctrina establece como método de interpretación constitucional el método sistemático, el cual permite que el intérprete pueda entender a la Constitución como un todo orgánico. Se constata como se hace referencia a la Constitución de 1998 –sustituida por la de 2008–, la que establece la obligatoriedad de cumplir las normas internacionales, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico y prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. En el caso del conflicto indígena, se establece en el Acuerdo No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo su reconocimiento por los Estados que dentro de su población cuenten con población indígena.

Asimismo, con la obligación del Estado Plurinacional del Ecuador de garantizar sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. Se afirma, por qué el bloque de constitucionalidad ecuatoriano es un instituto jurídico adoptado jurisprudencialmente, al estar integrado por los instrumentos internacionales de derechos humanos que desarrollan en forma progresiva, los valores, principios y reglas de la Carta Magna. En este texto supremo, se constata cómo se manejan varias categorías o conceptos indígenas -lengua indígena- no escritos, entre los que esta la *pacha mama* (madre tierra), *sumak kawsay* (buen vivir), *ama killa*, *ama llulla*, *ama shwa* (no ser ocioso, no mentir, no robar), siendo uno de los paradigmas en América Latina en el siglo XXI, al trabajar para consagrarse como un Estado de Derechos.¹⁹

¹⁹ Cfr. MIRIAS, N., Tesis Doctoral: “Lenguaje, praxis, razón. El problema del pluralismo a través de la filosofía del lenguaje”, Universidad de Barcelona, España, 2009; ACOSTA, A., *El Buen Vivir Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Barcelona, Editorial Icaria, 2013; CAUDILLO, G., “Suma gamaña, sumak kawsay, balu wala”, *Revista de Estudios Latinoamericanos. Temas de nuestra América*, núm. extraordinario, Costa Rica, 2012, pp. 187-198.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

Ello permite ponderar y justipreciar que, en la Carta Magna ecuatoriana de 2008, prevalecen principios de distinta naturaleza -epistemológica, antropológica, sociológica, etc.-, estos son de naturaleza abierta, aplicables, en mayor o menor grado, como mandatos de optimización amplios, no limitados a la aplicación de una hipótesis o situación particular, constituyen en sí parámetros orientadores de todas las normas a manera de fuentes principales, pronunciándose como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como pionero a nivel mundial, porque, reúne tres modelos: Estado Constitucional, Estado de Derechos, y Estado de Justicia.

Brevemente nos referiremos a estos tres elementos que recoge esta Carta Magna, al definirse el Estado, Borga lo concibe como el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre.²⁰ Se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad. Marienhoff considera que un Estado es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional, con elementos esenciales como población y territorio.²¹

Otro criterio importante a ponderarse es el aportado por Díaz, quien concibe que no todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, que no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real.

²⁰ Cfr. BORGA, R., *Sociedad, Cultura y Derecho*, Quito, Editorial Planeta, 2007, p. 41.

²¹ Cfr. MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1, 2003, p. 385.

Para entender a partir de lo hasta aquí analizado, el reconocimiento del Derecho Indígena en la Constitución Ecuatoriana de 1998 y su ratificación en la de 2008, y dentro del contexto social al Pluralismo Jurídico, dentro del llamado nuevo constitucionalismo en América Latina, se aprecia como aparece el conflicto social, el conflicto lingüístico y el conflicto jurídico, los que son parte del reconocimiento del Acuerdo No. 169 de la OIT y su desarrollo en el Derecho sustantivo en el ordenamiento jurídico. A partir de la declaración de los valores, concebidos como el “núcleo básico ético-social, informador, orientador y legitimador último del ordenamiento jurídico”.

Yrigoyen señaló los tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista, esto es: a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988), b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latinoamericanos dibujados en el s. XIX, y herencia de la tutela colonial indígena, planteando un proyecto descolonizador de largo aliento, donde la nación ecuatoriana se constata a partir del segundo y tercer momento.²²

Por un lado, se aprecia cómo se corrobora que hay un reconocimiento de las fuentes que emanan de la Constitución Ecuatoriana, y dentro de ella hay también un reconocimiento a las fuentes que emanan del Derecho Indígena o Indiano, como también se le reconoce desde su cosmovisión; y se señala en los textos científicos consultados para el desarrollo del artículo, a partir del reconocimiento del Derecho consuetudinario.

²² YRIGOEYEN FAJARDO, R., *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, Pueblos Indígenas y derechos humanos*, España, Editorial Deusto, 2006, pp. 537-567.

III. EL DERECHO INDÍGENA, SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DENTRO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN ECUADOR, ÍTER HISTÓRICO

La llegada europea a América, como acontecimiento triste y célebre según algunos, y nefasto de acuerdo con otros, constituyó el escenario para el surgimiento de un movimiento de reivindicación cultural y autonómica por parte de los indígenas, ello permitió que personas dejaran atrás el horizonte que les vio nacer en Europa y se asentaran en América Latina, al decir de Ayala Mora,²³ De Sousa Santos²⁴ y Serrano Pérez.²⁵

La Antropología, como una de las ciencias humanas que más requisitos cumple para constituirse en un conocimiento holístico, señala que los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual, llamados pueblos originarios, de esta forma pintan el caleidoscopio de la geografía Latinoamericana.

Se constata cómo en esta relación única con el territorio tradicional puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal dentro de esta mixtura.

²³ Cfr. AYALA MORA, E., *El Derecho Ecuatoriano y el aporte indígena*, Justicia Indígena. Aportes para un debate, Quito, Editorial Adya-Yala, 2002, p.91.

²⁴ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena. Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas (la Jurisdicción Especial Indígena)*, Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997, pp. 206 y ss.

²⁵ Cfr. SERRANO PÉREZ, V., *El Derecho indígena*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2002.

No obstante, es menester destacar que muchos fueron los esfuerzos practicados por los invasores, quienes a través de la violencia instaron a practicar sus costumbres, vestimentas, creencias religiosas, alimentación, y la ley a los indígenas. Esto generó conflictos con los indígenas, hechos de sangre, conflictos religiosos, culturales, en el arte, la filosofía y en el Derecho.

En Ecuador, país pluricultural, se dan costumbres locales amparadas por cuerpos legales dentro de su ordenamiento jurídico, como el caso específico de los pueblos indígenas que, por su uso consecutivo, uniforme y generalizado, es aceptado entre los miembros de la sociedad en general, se ha constituido como costumbre jurídica que paulatinamente se ha enmarcado en la Constitución. Un ejemplo de lo hasta aquí abordado es la identidad musical de la región, al trasmitirse de generación en generación, resultado de los estudios realizados en la región por De Sousa Santos,²⁶ Hoekema,²⁷ Ilaquiche Licta,²⁸ Yrigoyen Fajardo,²⁹ Wolkmer,³⁰ Walsh,³¹ Trujillo,³² Llano,³³ Tiban Guala³⁴ y Jiménez Luque.

²⁶ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *Pluralismo jurídico... op. cit.*,

²⁷ Cfr. HOEKEMA, A., “Hacia un Pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *Revista el Otro Derecho*, núm. 26-27, Bogotá, 2002.

²⁸ Cfr. ILAQUICHE LICTA, R., *Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador: Estudio de Caso*, 2ª ed., Quito, 2006.

²⁹ Cfr. YRIGOYEN FAJARDO, R., *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, Pueblos Indígenas y derechos humanos*, España, Editorial Deusto, 2006, pp. 537-567.

³⁰ Cfr. WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, 3ª ed., San Pablo, Editorial Alfa-Omega, 2001.

³¹ Cfr. WALSH, C., *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

³² Cfr. TRUJILLO, J., *Pluralismo Jurídico en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

³³ Cfr. LLANO, J., “Teoría del Derecho y Pluralismo jurídico”, *Revista Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, 2012, pp. 191-214.

³⁴ Cfr. TIBAN GUALA, L., Tesis de Máster: “Neoconstitucionalismo y Pluralismo”, Ambato, UNIANDES, 2013.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

El Derecho consuetudinario, como derecho no escrito, está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes; es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso. Esta práctica tradicional debe ir en armonía con la moral y las buenas costumbres, encaminada a la convicción de que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de la ley y estar amparada por el Derecho consuetudinario. Sin embargo, la costumbre, a más de suplir los vacíos legales, puede llegar a derogar una ley siempre que ésta sea inconveniente o perjudicial.

Debido a la diversidad cultural existente en un Estado, se aprecia cómo la costumbre puede ser local (de una parte, del territorio) o general (en todo el Estado). Se constata, cómo en el Código Civil ecuatoriano, se estipula que para que la costumbre sea considerada como un derecho, la ley debe remitirse a ella, de tal manera que algunos cuerpos jurídicos en el ordenamiento jurídico, han estipulado plazos de 10 años hasta 40 años para considerarla como una costumbre jurídica.

En el texto supremo, se considera al castellano como el idioma oficial, pero se reconoce a los idiomas ancestrales como de uso oficial para los pueblos indígenas; se reconoce a la medicina tradicional y alternativa usada por las comunidades indígenas; se consagra la imprescriptibilidad, inembargabilidad e indivisibilidad de las tierras comunitarias; se reconoce el trueque, etc. Por lo que se justiprecia, que a través de la Constitución se incorpora el Derecho consuetudinario, que poco a poco ha ido tomando una vida real en los cuerpos legislativos de la nación ecuatoriana, sin que por esta recopilación las normas redactadas en base a la costumbre dejen de tener el carácter básico de no escritas, denominándolo Derecho Vivo.³⁵

³⁵ Cfr. MONTAÑA PINTO, J., *Teoría utópica de las fuentes del Derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*, Quito, Corte Constitucional de Ecuador, Editorial V y M Gráficas, 2012 y DÍAZ OCAMPO, E. y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., “El Derecho Vivo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Revista Pensamiento Penal*, Argentina, 2017.

Se pondera que toda Constitución sintetiza un momento histórico, en ella se cristalizan procesos sociales acumulados, y se plasma una determinada forma de entender la vida. Una Constitución no puede ser simplemente el resultado de un ejercicio de jurisprudencia avanzada, vista desde la lógica de los entendidos en materia constitucional. Tampoco puede ser el producto de un individuo o grupo de individuos iluminados, va más allá de su indudable trascendencia jurídica, tiene que ser un proyecto de vida en común, que debe ser elaborado y puesto en vigencia con el concurso activo de la ciudadanía, como ha sido el caso de la Constitución de 2008, de la revolución ciudadana en Ecuador con el proceso constituyente.

La Constitución del Ecuador, como aspecto novedoso, establece que, para lograr el éxito del Buen Vivir, a las personas y a las colectividades, y a sus diversas formas organizativas, les corresponde participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles. Este Buen Vivir, como principio constitucional, no será nunca una dádiva de los grupos de poder. Permitirá la construcción de una sociedad equitativa, igualitaria y libre, la que sólo será posible con el concurso de todos y de todas. Este principio abre las puertas para disputar el sentido histórico del desarrollo, se adentra con firmeza en una época todavía poco explorada, la del post-desarrollo de la nación de su política pública, al decir de autores como Silva,³⁶ Carpio,³⁷ Acosta,³⁸ Elbers³⁹ y Rodríguez Salazar.⁴⁰

³⁶ Cfr. SILVA, C., *¿Qué es el buen vivir en la Constitución? La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ecuador, Editorial Ministerio de Justicia, 2008.

³⁷ Cfr. CARPIO, P., *El buen vivir más allá del desarrollo, La nueva perspectiva constitucional en el Ecuador, El buen vivir, una vía para el desarrollo*, Quito, Editorial Adya Yala, 2009, p. 125.

³⁸ Cfr. ACOSTA, A., *El Buen Vivir Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, Barcelona, Editorial Icaria, 2013.

³⁹ Cfr. ELBERS, J., *Ciencia Holística para el Buen Vivir: una introducción*, Quito, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental, 2013.

⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ SALAZAR, A., Tesis Doctoral: "Teoría y práctica del buen vivir: orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales. el caso de Ecuador", España, Universidad del País Vasco, 2016.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

Se preconiza como la cuestión del Pluralismo jurídico, ha adquirido importancia en la actualidad, ante el creciente protagonismo de los pueblos y etnias en Latinoamérica. Son vivos ejemplos las naciones de Bolivia y Ecuador, al declarar el reconocimiento como Estado Plurinacional en la Carta Magna y en el desarrollo del derecho sustantivo. Se destaca en este análisis Brasil (1988), que introdujo por primera vez en su ordenamiento constitucional el reconocimiento de las formas de organización social, costumbres, lenguas, creencias y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas, lo validan los resultados de autores como De Sousa Santos,⁴¹ Hoekema,⁴² Ilaquiche Licta,⁴³ Yrigoyen Fajardo,⁴⁴ Wolkmer,⁴⁵ Walsh,⁴⁶ Trujillo,⁴⁷ Llano⁴⁸ y Tiban Guala.⁴⁹

Se considera que el Pluralismo Jurídico tiene el mérito de revelar la rica producción legal informal engendrada por condiciones materiales, las luchas sociales y las contradicciones clasistas como Derecho consuetudinario. De esta manera, el Pluralismo jurídico es un modelo de análisis que intenta desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del Derecho estatal, como la expresión de la soberanía y construye al discurso crítico en relación a las realidades culturales hegemónicas. Con una concepción emancipadora, la naturaleza del Pluralismo no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad.

⁴¹ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena. Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas (la Jurisdicción Especial Indígena)*, Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997, pp. 206 y ss.

⁴² Cfr. HOEKEMA, A., "Hacia un Pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *op. cit.*

⁴³ Cfr. ILAQUICHE LICTA, R., *Pluralismo Jurídico...op.cit.*

⁴⁴ Cfr. YRIGOEYEN FAJARDO, R., *Hitos del reconocimiento...op. cit.*

⁴⁵ Cfr. WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, 3ª ed., San Pablo, Editorial Alfa-Omega, 2001.

⁴⁶ Cfr. WALSH, C., *Interculturalidad...op. cit.*

⁴⁷ Cfr. Cfr. TRUJILLO, J., *op. cit.*

⁴⁸ Cfr. LLANO, J., "Teoría del Derecho y Pluralismo jurídico"...*op. cit.*

⁴⁹ Cfr. TIBAN GUALA, L., Tesis de Máster: "Neoconstitucionalismo y Pluralismo", Ambato, UNIANDÉS, 2013.

En este empeño del reconocimiento al Pluralismo Jurídico, se corrobora cómo continuaron otras naciones de la región, tal es el caso de Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), México (1994), y Venezuela (1999), que han incorporado en sus textos constitucionales capítulos enteros que regulan, tanto nuevas formas de articulación de la relación institucional entre el Estado y los pueblos indígenas, como especialmente el reconocimiento de derechos constitucionales fundamentales no solo a los indígenas individualmente considerados, sino, lo que es más importante, a los pueblos indígenas en su condición de sujetos colectivos de derechos.⁵⁰

Es obvio, que el Derecho siempre se ha dicho de su existencia desde hace varios siglos, asentado en la idea de que el ordenamiento jurídico emana del Estado, y regula las fronteras estatales de cada nación, tal y como lo refrendan autores como Bobbio.⁵¹ Pero, se aprecia que, en oposición a este paradigma, aparece el Pluralismo Jurídico, con normas más efectivas y legítimas que las del Derecho estatal. Contrario a lo señalado por el positivismo jurídico, con la existencia de que otro sistema jurídico pueda con-

⁵⁰ Cfr. FERRAJOLI, L., *La democracia constitucional. Desde otra mirada*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2001, pp. 261-262; GUTIÉRREZ BELTRÁN, A., *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 28-34; DE SOUSA SANTOS, *La difícil construcción de la plurinacionalidad. Los Nuevos Retos de América Latina: Socialismo y Sumak Kawsay*, Ecuador, Editorial Senplades, 2010, pp. 149-154.; YRIGOYEN FAJARDO, R., *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, Pueblos Indígenas y derechos humanos, España, Editorial Deusto, 2006, pp. 537-567; WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, 3ª ed., San Pablo, Editorial Alfa-Omega, 2001; VILLABELLA ARMENGOL, C., *Nuevo constitucionalismo latinoamericano, ¿un nuevo paradigma?*, México, Editorial Grupo Mariel, 2014; BELLOSO, N., “El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 32, 2015, pp.21-53.

⁵¹ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Editorial Tecnos, 1987 y *Teoría de Ordenamiento Jurídico*, 6ª ed., Brasil, Editorial Universidade de Brasilia, 1995, p.164.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

vivir dentro de un Estado, el que genera el conflicto de ley en la solución de los asuntos en la Corte Constitucional.

En este ir y venir, los defensores del Pluralismo Jurídico, lo caracterizan por la tendencia a sustituir las clásicas relaciones de subordinación normativa, por relaciones basadas en la cooperación y en la coordinación, reemplazando la coerción vertical, por la reciprocidad y el entendimiento horizontal, con la importante consecuencia de que el ordenamiento jurídico deja de privilegiar el elemento de la coerción y la fuerza para ser sustituido por el ámbito de la persuasión. Entre los que se encuentran autores como Ilaquiche.⁵²

Yrigoyen Fajardo señalaba que las reformas constitucionales expresan antiguas y nuevas demandas indígenas, las que les dan impulso.⁵³ Sin embargo, las reformas constitucionales también son el escenario en el que se expresa la resistencia que viene de antiguos y nuevos colonialismos. Los contextos complejos en los que se gestan las reformas llenan de tensiones, así como de contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, exigiendo una interpretación pluralista para salvar sus limitaciones y resolver tales tensiones en favor de la realización de los objetivos y principios del proyecto constitucional pluralista. Tal ejercicio de interpretación es un ejercicio de poder y, por ende, se trata de un ejercicio que ahora también es compartido por los pueblos indígenas en el marco del Estado plurinacional.

Hart señalaba que los sistemas jurídicos se originan cuando ocurre la combinación de dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias. La existencia de las secundarias, que nacen y se subordinan a las primarias, son las que dan a los sistemas jurídicos

⁵² Cfr. ILAQUICHE LICTA, R., *Derecho Propio, Pluralismo Jurídico y la Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Ambato, Editorial Uniandes, 2015, pp.121-122.

⁵³ Cfr. YRIGOYEN FAJARDO, R., *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, Pueblos Indígenas y derechos humanos*, España, Editorial Deusto, 2006, pp. 537-567.

más certeza, más estaticidad y mayor presión.⁵⁴ Acerca del Derecho consuetudinario este autor consultado formula que es estático por naturaleza, sus normas no están sujetas a cambios. Al no existir leyes escritas, es posible la discusión sobre la violación o no de una regla.

Kelsen refería que la concepción Monista del Derecho era inexpugnable, en su obra escrita hay apuntes como:

“*nadie puede servir a dos señores*” (...) negando con ello la posibilidad de reconocerse otra fuente de derecho que no fuera la emanada por el Estado. Y ante alguna contradicción, dos normas que por su significado son contradictorias, y que, por ende, son excluidas desde el punto de vista lógico. No pueden ser consideradas al mismo tiempo como válidas.⁵⁵

Pérez Bulté numeraba que las opiniones reduccionistas del positivismo del Derecho y del estudio apologetico de la norma jurídica,⁵⁶ Kelsen arribó a una de las conclusiones más radicales y abrumadoras: el Derecho es solo la estructuración de las normas positivas; es solo derecho positivo, independiente de cualquier contenido moral y menos dependiente de un supuesto de derecho natural, desechado por Kelsen en su obra.

Lo analizado por este autor, nos lleva a señalar que el positivismo no da respuesta a la coexistencia de dos sistemas jurídicos en un mismo Estado, es obviado y desechado por quienes defienden el paradigma positivista-monista. Su rival, el Pluralismo Jurídico, al que le había dado muerte, pero no murió, llamado hoy el Derecho Vivo.⁵⁷

⁵⁴ Cfr. Hart, H., *El concepto del derecho*, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1977.

⁵⁵ Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, 1995, p. 85.

⁵⁶ Pérez Bulté, J., *Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007., p. 185.

⁵⁷ Cfr. COMBELLAS, R., *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1, Caracas, Editorial Ciedla, 1996; AYALA MORA, E., *Ecuador: Patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002; ALTMANN, P., *El Sumak Kawsay en el discurso*

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

En sí, es esta lucha entre estos dos sistemas de Derecho, que no es nueva, pues en la historia de la humanidad se precia cómo han convivido en los pequeños y los grandes Estados; en el Derecho se percibe en Atenas, con las Leyes de DRACÓN en 261 a.n.e., dejando aportes al Monismo y al Pluralismo Jurídico. A esta historia, vemos cómo le continuó la de Roma, con el aporte de las Leyes de las XII Tablas, expresión de las luchas sociales y políticas escritas en el año 302 hasta el 450 a.n.e. Estas generaron el incremento del comercio y la vida económica. Pero también generaron el vínculo con pueblos y naciones, donde existían otras costumbres y derechos propios. Reconociéndose el derecho de estos pueblos, cediéndole espacio a la diversidad legislativa. Nos deja el resultado de que, por una parte, se trató de codificar el derecho en cuerpos jurídicos, y por otro lado se reconocía la existencia del Derecho consuetudinario.

Le continuó en este *íter* histórico, el Estado Feudal, donde su Derecho fue pobre y carente de elementos científicos, técnicos y doctrinales. Se basó en la costumbre y su herencia escrita fue escasa. No obstante, hay tres períodos que se considera necesarios citar, como: el pre-romano, el de dominación romana, el visigótico; estos dejaron una gran dispersión jurídica, y la implantación de un sistema jurídico-político-religioso-musulmán, basado en las tradiciones del Corán.

Con el surgimiento del Estado moderno, se valora como fundamento básico que el Estado es el que produce Derecho, a través de un sistema de jerarquía de competencias, regulándose la vida social. Estos elementos fueron importados a las naciones de América Latina por quienes la invadieron. Los elementos abordados hasta aquí, permiten justipreciar que los sistemas jurídicos de los países que integran la región de Latinoamérica, fueron contruidos sobre la base Monista del Derecho.

del movimiento indígena ecuatoriano, Indiana, núm. 30, 2013, pp. 283-299; TRIBAN GUALA, L., *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Seidel, 2008; TELLO, E., *Movimiento indígena y sistema político en Ecuador*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2012.

Ello permitirá analizar *up supra* las fuentes del Derecho que son utilizadas en la solución de los conflictos jurídicos dentro de las Comunidades indígenas del Ecuador.

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS JURÍDICOS EN EL DERECHO INDÍGENA DENTRO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS ECUATORIANAS

La historia analizada, señala que en el Derecho Constitucional ecuatoriano se desconocía la realidad multiétnica, pluricultural y plurinacional existente en el territorio, dejando en manos de la ley y particularmente de los reglamentos la definición de la política pública relacionada con las poblaciones indígenas en este país. En ocasión del proceso constituyente acontecido en 1998 la Constitución Política acogió desde una óptica normativa, el debate sobre los derechos étnicos y la posibilidad de construir una ciudadanía multicultural a partir del reconocimiento de ciertos derechos especiales, debate que dio como resultado el reconocimiento, más o menos amplio del Pluralismo Jurídico, el cual se ha producido mediante el reconocimiento de que los sistemas jurídicos de control y regulación social de estos pueblos son también Derecho.

En lo abordado hasta aquí, se aprecia cómo han sido objeto de estudio para tres disciplinas relacionadas con el Derecho, como la Jurisprudencia, la Historia del Derecho y la Antropología jurídica. En síntesis, se considera que el concepto de “Derecho Indígena” incorpora al conjunto de reglas y sub reglas constitucionales, legales y reglamentarias, las que regulan la relación entre la sociedad nacional y los pueblos indígenas, como también los sistemas de derechos propios de los pueblos indígenas. Empero, hay que hacer una lectura técnico-jurídica de la legislación indígena ecuatoriana.

Lo primero que se deberá precisar es qué entender por esta. En ese sentido, cuando se habla de legislación indígena, se refiere

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

al conjunto de normas y procedimientos de derecho interno, que regulan las relaciones y la articulación entre el Estado nacional y las nacionalidades, pueblos y las comunidades indígenas.

De manera obligada hay que retornar a la historia ecuatoriana, respecto a la legislación indígena, se constata que la constituyente de Montecristi estableció en el artículo 1 que: *“Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”*

Luego, en la Constitución de 2008, se valora el establecimiento de un modelo administrativo *sui generis*, que combinó la descentralización con autonomía, manteniendo intacto el proyecto cultural y político unitario del liberalismo decimonónico, que permitiría al Estado, según sus defensores, construir por fin la anhelada “nación” ecuatoriana. Para el caso de los territorios indígenas, la descentralización, como principio del Derecho Administrativo, se profundiza llegando a tener un importante grado de autogobierno político y jurídico que debe servir para remediar y rectificar el error histórico cometido con los pueblos indígenas, consistente en haber mantenido durante 150 años uno de los colonialismos internos más excluyentes de América Latina.

Y es, sobre la base del reconocimiento del Pluralismo étnico, y teniendo en mente las particularidades de su origen y forma de vida de los indígenas ecuatorianos, la Constitución -concretamente la jurisdicción constitucional- parece valorar positivamente estas diferencias. En ese contexto, se constata que la cuestión indígena, desde la Constitución de 1998 y luego en la del 2008, tuvo en toda la historia constitucional del país, todos los títulos que tiene el Texto Magno con disposiciones relacionadas con los indígenas, a tal punto que se podría afirmar que existe una “Constitución plurinacional o indígena”, incrustada dentro del texto constitucional, que incorpora a la Constitución los principales elementos de la agenda política de las organizaciones indígenas ecuatorianas.

Estos elementos se aprecian a partir de: en el título I, el que contiene los fundamentos filosóficos y políticos que inspiran el

Estado. Dentro de ese marco general, uno de los principios más importantes es aquel que reconoce el Estado plurinacional en el artículo 1; el artículo 2, formula la cooficialidad de lenguas y dialectos indígenas; el artículo 10, numeral 2, incorpora el principio de igualdad. Igualdad entendida en su sentido material, no meramente formal o jurídico. El artículo 10, de la Constitución establece la titularidad y el ejercicio individual y colectivo de los derechos constitucionales; el artículo 66, numeral 5, establece el derecho individual y colectivo al libre desarrollo de la personalidad que, en el caso de los indígenas, implica el reconocimiento de sus propias cosmovisiones.

El artículo 76, reconoce el derecho al debido proceso, derecho que en el caso de los indígenas implica que los jueces y tribunales ordinarios, en las decisiones que tomen, deben tener en cuenta los sistemas normativos y de control y regulación social propios de las nacionalidades y pueblos indígenas. Como se constata, esta directriz interpretativa se explica como la traducción al plano constitucional, de las recomendaciones y lineamientos establecidos en el Convenio No. 169 de la OIT, y en especial de lo dispuesto en el parágrafo 1, de su artículo 8.

El artículo 57, de la Constitución, admite la existencia del Pluralismo Jurídico en el país; aunque límite su eficacia a la necesaria conformidad de estos sistemas jurídicos, con las normas constitucionales y los derechos humanos. Respecto al derecho “colectivo” al territorio, la Constitución establece un sistema dual de protección que en armonía con lo dispuesto en el artículo 15, del Convenio No. 169 de la OIT, separa el concepto de tierras indígenas, del más amplio: territorio indígena. Al respecto, el artículo 57, numeral 4, de la Constitución formula una protección reforzada, al establecer una limitación especial del derecho a la propiedad privada consistente en la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras comunitarias.

En relación con el concepto de “territorio indígena”, entre las numerosas conquistas de la causa indígena, reflejadas en la Constitución, son las disposiciones constitucionales que le otorgan a los pueblos indígenas un ámbito territorial propio. Este reconoci-

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

miento se encuentra regulado en los artículos 57, numerales 5 y 11. El artículo 257, define que una de las formas de organización político-administrativa, reconocida es la de circunscripciones territoriales indígenas. Proceso que se desarrollará con base en las disposiciones del COTAD; ley que tiene el objetivo fundamental de acomodar el nuevo modelo territorial al modelo de Estado plurinacional.

Finalmente, el artículo 171 de la Constitución da reconocimiento constitucional a las distintas formas de justicia indígena que se desarrollan en el territorio ecuatoriano. Al respecto, señala que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial. Sin dejar de reconocer que el propio artículo 171, es una de las normas más importantes de la llamada constitución plurinacional, establece algunas importantes limitaciones al ejercicio de la justicia indígena tales como: su constreñimiento a un supuesto ámbito territorial indígena (sin que previamente se hayan definido en forma clara cuáles son los territorios indígenas en los que se puede aplicar la jurisdicción), limita la aplicación de la justicia indígena a lo que los antropólogos jurídicos llaman conflictos intra étnicos, desconociendo que en aquellos territorios de mayoría indígena viven también mestizos, que en la medida en que habitan en estos territorios deberían sujetarse a la autoridad indígena.

Se valora, luego de analizar los artículos en el texto constitucional, los que hacen depender esa autonomía jurisdiccional de su sujeción a las disposiciones constitucionales y a los derechos humanos, la mayoría de los cuales obedecen a una visión paleoliberal y eurocéntrica del mundo. Ecuador, con su 14 nacionalidades y 18 pueblos con cosmovisiones, tradiciones y formas de control y regulación social diversas, resulta totalmente inconveniente intentar estandarizar alguna regla al respecto, como un sistema de derecho propio, y sin que exista ninguna pretensión de generalización o estandarización, se puede describir a grandes rasgos el ejercicio de justicia del pueblo *kichwa*, ejercicio que se puede ras-

trear a partir de múltiples trabajos dentro de la Etnografía jurídica realizados.

En cuanto al procedimiento o los procedimientos que las autoridades comunitarias han establecido para asumir el ejercicio de la jurisdicción indígena, los estudios etnográficos de la vida *kichwa* aseveran que “la justicia” está cimentada en el respeto pleno a la jerarquía de las propias autoridades sobre la base de procedimientos tradicionales y comunitarios. Cada caso tiene su propio proceso, resultando imposible definir el principio de precedibilidad de los procedimientos, que en el caso ecuatoriano no existe, lo cual no significa que los miembros de la comunidad no estén conscientes de lo que ocurre en el ejercicio comunitario de justicia.

En relación con la determinación de las faltas contra el orden, los expertos en Antropología jurídica y los propios indígenas y sus organizaciones desdeñan cualquier manifestación jurídica interna que no tuviera una estricta traducción en el Derecho positivo nacional. Se hablaba de *folk law*, del Derecho consuetudinario, del Derecho informal y otros, para significar y de paso reafirmar la existencia de un verdadero derecho, el derecho dominante, creado y sancionado por el Estado.⁵⁸

Se justiprecia que el valor del reconocimiento constitucional y legal de que en Ecuador exista un Derecho Indígena *stricto sensu*, más allá de la legislación indígena estatal, estriba en que los distintos sistemas jurídicos indígenas tienen a partir de ese momento un carácter verdaderamente sustitutivo y preferente en las tierras y territorios donde son aplicados, lo que conlleva que el debate hoy cambie de escenario. En este ir y venir, ya no se discute, como se hacía por la Antropología jurídica sobre qué es, en qué consiste y cómo se aplica el derecho interno de los pueblos indígenas, por-

⁵⁸ Cfr. WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, 3ª ed., San Pablo, Editorial Alfa-Omega, 2001; DE SOUSA, B. y GRIJALVA, A., *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Quito, Editorial Abya Yala, 2012; ARIZA HIGUERA, L. y Bonilla Maldonado, D., *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, Colombia, Editorial Siglo del Hombre, 2007, p. 22.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

que este es ya un asunto interno de cada pueblo. Hoy el debate se centra sobre cómo se debe articular su aplicación con el sistema judicial nacional sin que esta articulación implique, sometimiento o pérdida de autonomía; de cómo actúan los sistemas jurídicos propios como fuentes del Derecho.

Yrigoyen Fajardo es del criterio que la novedad más importante de este ciclo es que las constituciones introducen fórmulas de Pluralismo jurídico logrando romper la identidad Estado-Derecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es “derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (el Legislativo, Judicial y Ejecutivo).⁵⁹ Las constituciones de este 2^{do} y 3^{er} ciclo reconocen Autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia.

A partir de estos reconocimientos se pone en cuestión la visión clásica de soberanía, y el monopolio que las constituciones asignaban a los “poderes u órganos soberanos” del Estado para la producción del derecho y la violencia legítima. Las constituciones pluralizan las fuentes de producción legal del derecho y de la violencia legítima, pues las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización del orden público interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado como por las autoridades de los pueblos indígenas, bajo techo y control constitucional. Sin embargo, se trata de fórmulas no exentas de limitaciones y no siempre son introducidas de modo orgánico y sistemático.

Se pondera que, con la incorporación del Pluralismo Jurídico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir del reconocimiento constitucional de estos “derechos” diversos y de la necesaria coordinación entre unos y otros, implica tanto para las nacionalidades y los pueblos indígenas inventar nuevas formas de

⁵⁹ Cfr. YRIGOEYEN FAJARDO, R., *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, Pueblos Indígenas y derechos humanos*, España, Editorial Deusto, 2006, pp. 537-567.

coordinación y liderazgo, sobre todo para la sociedad nacional que debe abandonar definitivamente el esencialismo y fundamentalismo de la verdad y el progreso en el inicio de un importante proceso de cambio social que ha provocado y seguirá provocando una serie de graves tensiones entre lo universal y lo particular, entre lo nacional y lo étnico, y entre lo central y lo local. Tensiones que como todos los conflictos sociales no se pueden resolver por vía normativa o legal, sino que implican un ejercicio dialógico y tópico.

Se justiprecia, que el Pluralismo jurídico es una propiedad de las estructuras sociales como campo social semiautónomo, grupo social o unidad política. No es exclusiva de las sociedades con un pasado colonial. Asume que el Derecho es policéntrico, producido por varios centros sociales. Uno de esos centros es el Estado, pero no el único, y en ciertos casos, tampoco el principal. Este reconocimiento jurídico, se valora que ha sido la consecuencia de un complejo y difícil “diálogo” entre culturas jurídicas diferentes, donde aparece el conflicto lingüístico, el que deberá ser fomentado y viabilizado por la Corte Constitucional y por la Asamblea Nacional; y que como nota que lo distingue, es un proceso que aún no se ha dado, porque aún no existe una línea jurisprudencial que le dote de contenido a la adecuada autonomía jurisdiccional a los pueblos indígenas.

En donde la Corte Constitucional ecuatoriana y el legislador nacional puedan encontrar elementos comunes que les permitan clarificar muchas cuestiones jurídicas y políticas que obstruyen el camino de construcción de la autonomía indígena en el marco del nuevo Estado plurinacional ecuatoriano en un cuerpo jurídico en el Derecho positivo. Se trata de que la Corte Constitucional, cuyas decisiones tiene un efecto vinculante y como creadores de precedentes obligatorios *erga omnes*, son decisiones que deberán llenar los espacios vacíos de la ley especial donde no existe, o que la interpreten donde existe en función del Pluralismo Jurídico reconocido y la multiculturalidad de esta Nación.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

Al respecto de lo analizado, acerca del reconocimiento jurídico del Pluralismo, se aprecia lo expuesto por Guastini sobre el principio de legalidad, y trata de dar su concepto, afirmando que se llama principio de legalidad aquel en virtud del cual los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la Ley. De esta manera queda a criterio de los autores del ensayo la adecuada aplicación de la norma jurídica.

Retomando nuevamente el conflicto lingüístico en el Derecho Indígena, por su pertinencia, se parte como premisa que, Ecuador con 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas, quienes practican entre ellos en sus Comunidades 14 idiomas, estos son:

	Nacionalidad	Idioma
	AMAZONÍA	
1	Shuar	Shuar Chicham
2	A' (cofán)	A' Ingae
3	Pai (Secoya)	Paicoca
4	Bai (Siona)	Baicoca
5	Wao	Wao Tededo
6	Achuar	Achuar Chicham
7	Shiwiar	Shiwiar Chicham
8	Sapara	Saparo Kayapi
9	Andoa	Runa Shimi Andoa
	COSTA	
10	Awá	Awapí
11	Eperara siapidara	Siapedede
12	Chachi	Cha'palaa
13	Tsa 'chi	Tsa 'fiqui
	ANDES Y AMAZONÍA	
14	Kichwa	Runa Shimi (Kichwa)

Fuente: Censo de Población realizado en el 2010 por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

La interrogante es cómo resolverán la *litis* los Magistrados de la Corte Constitucional en esta situación del conflicto lingüístico en la praxis judicial. Es preciso, a criterio de los autores, además de los conocimientos que se tengan sobre el Derecho y su praxis judicial, una preparación en el Derecho Indígena a estos jueces, que va en relación al dominio de las lenguas indígenas citados en la tabla y a este propio derecho consuetudinario por su ancestralidad.

Empero, dentro de este contexto analizado, hay que reseñar al pueblo indígena en aislamiento en Ecuador, estos son pueblos o segmentos de pueblos indígenas (Clanes Tagaeri y Taromenane) que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria, y que además suelen rehuir a todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo. También pueden ser grupos pertenecientes a diversos pueblos ya contactados que tras una relación intermitente con las sociedades envolventes deciden volver a una situación de aislamiento como estrategia de supervivencia y rompen todas las relaciones que pudieran tener con dichas sociedades. Si bien no existe consenso sobre el término que debe utilizarse para denominar a estos pueblos, en el ámbito internacional, el concepto más utilizado es el de “pueblos en aislamiento”. Los clanes Tagaeri y Taromenane forman parte de la nacionalidad Waorani, el idioma que practican es el Wao Tededo.

Y una última reflexión, aunque no son considerados como pueblos originarios, son reconocidos los pueblos con la categoría de Afroecuatoriano, la que se desprende del etnónimo afrodescendiente, denota a los descendientes de africanos que sobrevivieron a la trata esclavista en las Américas, comprende una doble adscripción o pertenencia del sujeto: tanto a las raíces africanas “afro” como a la nación ecuatoriana. El idioma que practican es también castellano. Así como al pueblo Montuvio, población constituida por personas con características propias de la región litoral y zonas subtropicales dotadas de espíritu e ideales comunes; poseedoras de una formación cultural y política que las autodetermina como resultado de un largo proceso de acondicionamiento espa-

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

cio temporal, que tienen su cosmovisión ancestral y mantienen su hábitat natural. El idioma que se práctica es el castellano.⁶⁰

Por ello, Yrigoyen Fajardo explicita dos retos que se visualizan en el Ecuador, como parte del contexto amazónico con la aceptación del Pluralismo jurídico en los textos constitucionales, plantea la necesidad de construir herramientas para una hermenéutica y una doctrina pluralista, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias, y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se puedan realizar en las normas secundarias, en la jurisprudencia y en las políticas públicas; y el segundo la necesidad de un fortalecimiento interno de los sistemas jurídicos indígenas y de la capacidad de todos los actores para que puedan entrar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos.⁶¹

Elementos que aportarán para conocer cómo son resueltos por los Magistrados la aplicación de las fuentes del Derecho en la solución de los conflictos jurídicos dentro del Derecho Indígena, conocidos por la Corte Constitucional de la República del Ecuador, a partir de las pautas que les aporta el Derecho consuetudinario para su interpretación y argumentación jurídica. Lo que sí es un elemento que se clarifica en el desarrollo del epígrafe es que la solución del conflicto indígena dentro de las Comunidades Indígenas, es resuelto por sus autoridades, usan para ello la costumbre y los saberes ancestrales, imponiendo las penas desde su Cosmovisión. Estas decisiones pueden tener un control por parte de la Corte Constitucional, con apego a lo que se establece en la Carta Magna ecuatoriana por los Magistrados que la conocen.

Ello permitirá, *up supra*, realizar el análisis de cuál es el tratamiento que se le da al conflicto jurídico dentro del Derecho Indígena conocido por la Corte Constitucional de Ecuador por sus Magistrados.

⁶⁰ MONTALUISA CHASQUIZA, L., *Lenguas indígenas vivas del Ecuador*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2010.

⁶¹ YRIGOEYEN FAJARDO, *Hitos del reconocimiento del Pluralismo Jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino...* op. cit.

V. LAS FUENTES DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN EN LOS CONFLICTOS JURÍDICOS EN EL DERECHO INDÍGENA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Ecuador es uno de los países de la región latinoamericana que más constituciones ha tenido a lo largo de su historia como República independiente. La Constitución en vigencia, ha sido el resultado de una Asamblea Constituyente, aprobada en 2008, quedando abrogada su antecesora de 1998. Se valora que se está en presencia de un sistema de fuentes *sui generis* que contienen, de manera desordenada, los elementos esenciales del sistema de fuentes del neoconstitucionalismo Latinoamericano, fundamentalmente el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, el papel del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico y el reconocimiento constitucional del Pluralismo Jurídico. Esto se combina con el mantenimiento de algunos elementos esenciales del clásico sistema de fuentes de inspiración del Derecho francés, cuya manifestación más explícita es el lugar que mantiene la ley en el sistema; y con algunos rasgos del sistema de fuentes del Derecho anglosajón (el rol central de la justicia constitucional en la creación del Derecho).

La Constitución ecuatoriana de 2008, criticada por su endeble técnica constitucional, establece un sistema de fuentes novedoso, reflejo tanto de orientaciones e influencias internacionales, como de las singulares condiciones en que se desarrolló internamente el proceso constituyente en Montecristi. Participa en diverso grado de las múltiples influencias y sensibilidades constitucionales que allí se dieron cita, desde la más tradicional que propugnaba por el mantenimiento sustancial de las instituciones jurídicas que habían estructurado el modelo constitucional en Ecuador por 180 años, una más progresista que insistió en la necesidad de promover una verdadera revolución constitucional incorporando al Ecuador en la cultura constitucional proveniente del “constitucionalis-

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

mo garantista” y una minoritaria, pero no por ello menos radical, que no solo buscaba construir un proyecto constitucional acorde con las necesidades de justicia e igualdad material de todos los componentes del pueblo ecuatoriano, sino que además intentaba cambiar de paradigma constitucional por uno cercano al socialista revolucionario, en los estudios de Verdesoto Salgado,⁶² Larrea Horguín,⁶³ Tiban Guala,⁶⁴ Ilaquiche Licta,⁶⁵ Grijalva Jiménez,⁶⁶ Beloso⁶⁷ y Chávez Vallejo.⁶⁸

Pero fue Ecuador el primer país en incluir dentro de su marco jurídico máximo los derechos a la naturaleza (*Pacha Mama*), reconociéndola como sujeto en la Constitución, en la que se regulan y reconocen las disposiciones que facultan a esta la Administración de justicia, al decir de Ayala Mora⁶⁹ y Melo.⁷⁰

⁶² Cfr. VERDESOTO SALGADO, L., *Estudios de Derecho Constitucional ecuatoriano*, Publicaciones de la Universidad Central, Quito, 1988.;

⁶³ Cfr. LARREA HORGUÍN, J., *Derecho Constitucional ecuatoriano*, 6ª ed, 2 vols., Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999.

⁶⁴ Cfr. TIBAN GUALA, L., *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Latacunga, Fundación Hanns Seidel, 2008 y Legislación indígena, Ecuador, Editorial Codenpe, 2008.

⁶⁵ Cfr. ILAQUICHE LICTA, R., *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel, 2008.

⁶⁶ Cfr. GRIJALVA JIMÉNEZ, A., *Constitucionalismo en el Ecuador*, Quito, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

⁶⁷ Cfr. BELLOSO, N., “El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, España, núm. 32, 2015, pp.21-53.

⁶⁸ Cfr. CHÁVEZ VALLEJO, G., Tesis Doctoral: “El control constitucional de la Justicia Indígena en el Estado Plurinacional: el caso ecuatoriano”, Universidad de Valencia, España, 2016.

⁶⁹ Cfr. AYALA MORA, E., *Ecuador: Patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002 y *El Derecho Ecuatoriano y el aporte indígena, Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Quito, Editorial Adya-Yala, 2002, p.91.

⁷⁰ Cfr. MELO, M., *Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana. Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2009.

Se constata además que, en estudios realizados desde la década de los setenta del pasado siglo XX, en el contexto de las políticas integracionistas en las Constituciones de América Latina, se empezó a reconocer la existencia y algunos derechos específicos a las Comunidades indígenas. Sin embargo, como todavía primaba la identidad Estado-Derecho no se reconoció formalmente a las autoridades indígenas, con la facultad de aplicar su propio sistema normativo de un modo amplio, tal y como lo refieren en sus estudios Tibán Guala,⁷¹ Ávila Santamaría,⁷² y Serrano Cajamarca.⁷³

Se analiza, que las reformas constitucionales en Latinoamérica se han enmarcado en la modernización de los Estados y en el logro de la vigencia de los derechos humanos a partir del Acuerdo No. 169, de la OIT. Para ello, es necesario lograr una mayor eficiencia en el manejo y administración del Estado y, una democracia que represente los intereses de todos los ciudadanos ecuatorianos. Toda vez, que cuando la Constitución reconoce el carácter pluricultural y pluriétnico de la nación sustentado en sus pueblos originarios, establece una relación directa con la historia contemporánea del país, y esta declaración debe repercutir en todo el sistema jurídico nacional, como es el caso de Ecuador.

A partir de que se reconoce por Derecho Indígena, los autores analizan que el reconocimiento de los derechos indígenas de los pueblos indígenas, ha sido el resultado de las luchas y levantamientos en contra de diferentes políticas adoptadas por los gobiernos en Ecuador. Pero para ello es necesario mencionar que las diversas formas de luchas dadas a lo largo de la historia colonial y republicana, son repuestas a las condiciones de postergación de

⁷¹ Cfr. TIBAN GUALA, L., *Estado Intercultural, Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, Quito, Fundación Hanns Seidel, 2010, pp. 214-216.

⁷² Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, R., *Ecuador. Estado constitucional de derechos y justicia. Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Sociedad, núm. 3, Quito, 2008, pp.19-38.

⁷³ Cfr. SERRANO CAJAMARCA, D., Tesis de Máster: “La ‘última ratio’ del derecho constitucional ecuatoriano a la resistencia”, Universidad Andina, Ecuador, 2015.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

los pueblos y de esta manera catalogarlo así con la articulación de los grandes levantamientos, que buscaban instituir en el país modificaciones estructurales e históricas de como visibilizar al movimiento indígena en el Estado y la sociedad, el reconocimiento institucional de la diversidad de identidades, su cosmovisión, su dignidad, sus derechos, costumbres, tradiciones, idioma y el reconocimiento del Pluralismo Jurídico y la administración de la Justicia indígena, analizado por autores como Ilaquiche Licta (2006),⁷⁴ Trujillo⁷⁵ y De Sousa Santos.⁷⁶

Otros autores como Mendoza Orellana y Llasag Fernández⁷⁷ refieren que la historia del Derecho Indígena, dentro de la historia de la legislación ecuatoriana, se aprecian políticas de exclusión cultural y conómica. Toda vez que la estructura institucional se manifiesta desde una imposición vertical desde un Estado uninacional.

A partir de todos los criterios que han sido analizados, precisamos comentar lo referido por la Corte Constitucional de Ecuador, en la sentencia interpretativa dictada el 10 de Diciembre de 2008, esta indica el concepto de Constitución que interesa a un Estado Constitucional, y afirma que a partir de la irrupción del modelo constitucional garantista en el mundo entero, es obvio que importa el contenido antes que la forma; y la garantía de ese contenido, pasa por tener una Constitución escrita, rígida, normativa y axiológicamente potente. No en vano, como señalamos en este tipo de Estado, la Constitución es en sí misma una norma jurídica vinculante y directamente aplicable, que contiene principios y valores estrechamente relacionados con la promoción de la democracia sustancial y asegurado a través de garantías judiciales

⁷⁴ ILAQUICHE LICTA, R., *Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador: Estudio de Caso*, 2ª ed., Quito, 2006.

⁷⁵ TRUJILLO, J., *Pluralismo Jurídico en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.

⁷⁶ DE SOUSA, B. y GRIJALVA, A., *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Quito, Editorial Abya Yala, 2012.

⁷⁷ LLASAG FERNÁNDEZ, R., "El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales", *Foro Revista de Derecho*, Ecuador, núm. 12, 2009.

que permiten controlar la constitucionalidad (materialidad del ordenamiento jurídico, artículo 11).

Para ello, son identificadas para una mejor comprensión en el desarrollo del ensayo, las características que posee el Derecho Indígena en el ordenamiento jurídico. Al decir de Pérez éstas son:

La Comunidad: Es más que la simple suma de individualidades. Es autoridad, unidad, organización, solidaridad, es vida o supervivencia. Al hablar de comunidad estamos frente a una colectividad conformada por personas descendientes de indígenas originarios que habitaron en el vasto territorio de la Anby Ayala antes de la conquista y colonización de los ibéricos.

La Autoridad: Los colectivos indígenas son seres humanos, provistos de pensamiento, saberes, pasiones, emociones, sentimientos, unidos en una comunidad por lasos de consanguinidad, vínculos sociales, culturales, filosóficas, articulados socialmente por una autoridad dentro de una institución unipersonal y pluripersonal en cada pueblo con facultades expresas y reconocidas por la propia comunidad.

La Legislación: El Derecho Indígena cuenta con preceptos que ya dejamos señalados anteriormente y son aplicados a todos por igual, sin privilegios, discrimen y peor resentimiento, algunas conductas han sido modificadas en función de las demandas sociales concertadas por la comunidad indígena.

Las Sanciones: También existen normas correctivas, mediante un sistema de sanciones simbólicas, que en general procura devolver el equilibrio social imperante en la comunidad, aclarando que es un sistema donde se privilegia la curación espiritual, la compensación y adhesión, se evitan sanciones penitenciarias prolongadas de reclusión por años tras las rejas como ocurre en el sistema jurídico estatal.

Los Procedimientos: El procedimiento se inicia con la denuncia, luego la investigación, la resolución, el correctivo y no concluye sino holísticamente continua con el seguimiento.

Se coincide en este ensayo jurídico, como el texto magno de Ecuador, ha sido considerado como una de las más representa-

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

tivas y modélicas del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en ella se comparte las características principales que suelen atribuirse a esa denominación, con: un amplio catálogo de derechos, un texto exageradamente largo, detallado y ambicioso, que mezcla principios y valores de difícil realización con derechos concretos y garantías para su ejercicio, así como una lista de derechos reconocidos a los pueblos indígenas, singularmente el derecho a ejercer su propia jurisdicción dentro de los límites, al decir de Carrillo García y Cruz Carrillo.

Se aprecia que el rasgo más significativo del sistema de fuentes de la Constitución ecuatoriana de 2008, se relaciona con la posición que la propia Carta se ha dado dentro del ordenamiento jurídico. Esta es al mismo tiempo “*fuerza de las fuentes*”, toda vez que establece íntegramente el catálogo de las fuentes del derecho en Ecuador y del “Derecho Vivo”, en virtud de su naturaleza normativa que la caracteriza, señalado por Montaña Pinto⁷⁸ y Díaz Ocampo, Antúnez Sánchez.⁷⁹

Tomado en consideración el problema de la Constitución de 2008 la que, como un sistema normativo, sus aspectos más relevantes se considera que son: el reconocimiento del carácter normativo y prevalente de la Constitución; el mantenimiento de la ley como forma principal de expresión normativa; el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho; la modificación de la posición y del valor del derecho internacional en el sistema de fuentes; y la superación de la tradicional identidad derecho-derecho estatal mediante el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas como fuentes del derecho en los territorios indígenas.

Se valora, cómo se aplica la justicia indígena, que para su configuración deben concurrir varios elementos viables, comprobables a partir de la jurisdicción y competencia como: el territorio

⁷⁸ Cfr. MONTAÑA PINTO, J., *Teoría utópica de las fuentes del Derecho ecuatoriano...op. cit.*

⁷⁹ DÍAZ OCAMPO, E. y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A., “El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador”, *Revista Temas Socio Jurídicos*, Colombia, núm. 70, 2016, pp.95-117.

indígena, la presencia de autoridad indígena, el debido proceso, la defensa de las partes, y la aplicación de normas y procedimientos propios. Las autoridades indígenas que dirigen la aplicación de la justicia indígena en los pueblos y nacionalidades indígenas en las Comunidades, son producto de un proceso de evolución dentro de su estructura interna. Muchas denominaciones tradicionales han cambiado de connotación y denominación a partir de la promulgación de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas (2012) y la Ley Orgánica de Instituciones Públicas Indígenas (2014) en el desarrollo normativo a partir de los derechos reconocidos por la Carta Magna (2008) en el Ecuador en el ordenamiento jurídico nacional.

Lo que nos va diciendo que hoy en Ecuador la tarea de los Magistrados es compleja, ya que si bien en muchos casos fueron formados bajo los parámetros clásicos del Positivismo jurídico, en el Estado Constitucional tienen una función de mayor importancia, al estar obligados a adoptar en su práctica diaria los modernos métodos que impone la constitucionalización del Derecho. Como hemos ido analizando en el contexto de la aplicación de la Justicia Indígena, en sus sentencias los Jueces van desarrollando a través de los aportes de la jurisprudencia la constitucionalización del Derecho.

No obstante, Carrillo García y Cruz Carrillo son del criterio de que como en el resto de las constituciones en la región Andina, en Ecuador surge la pregunta: *¿Qué institución o autoridad estatal tiene la facultad de conocer y decidir sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas?* Se ha incurrido en alguna violación de los límites establecidos, particularmente de los derechos constitucionales, la constitución o las leyes. Estos rasgos característicos se aprecian como un catálogo específico, donde las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se identifican en la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional, los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, y el derecho pro-

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

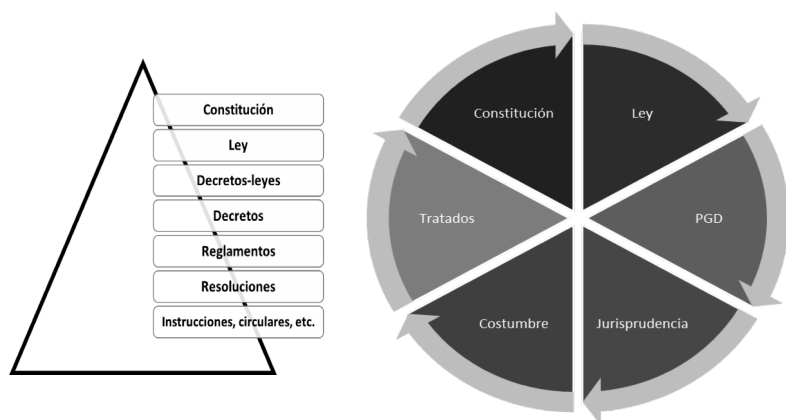
pio de las nacionalidades y pueblos indígenas en sus respectivos territorios.

Es un hecho histórico jurídico, en atención a la Constitución de 2008, que consolida definitivamente el reconocimiento de la condición de norma jurídica de la Constitución, la superación de la concepción de la Constitución como ley ordinaria o mero “documento político” que imperaba el Constitucionalismo histórico ecuatoriano en su antecesora política del 1998. Ello significa que la posición que antaño ocupaba la ley en el sistema es ahora asumida por la Constitución, convirtiéndose en norma suprema de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.⁸⁰

Se constata en el todo el desarrollo del ensayo, como es que a partir del 2008, se ha buscado definir y resolver todo conflicto jurídico como una cuestión constitucional, llevando a la Constitución a todos los recodos del orden jurídico, dando como resultado eso que algún autor ha denominado “hiperconstitucionalización”, fenómeno que puede conducir a una especie de “congelación” del ordenamiento jurídico, pues todo parece estar ya decidido constitucionalmente, y a criterio de los autores no es adecuado haber adoptado esta posición por parte del legislador y de los que ejercitan la ley; siguiéndose la tendencia Kelseniana (pirámide), sin atender la nueva mirada interpretativa propuesta por González Jácome⁸¹ con el enfoque de circularidad en el uso de las fuentes: Tratados, Constitución, Ley, PGD, Jurisprudencia y Costumbre.

⁸⁰ Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, R., *Ecuador. Estado constitucional de derechos y justicia. Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Sociedad, núm. 3, Quito, 2008, pp.19-38.

⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ JÁCOME, J., “El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la Argumentación jurídica”, *Revista Vniversitas*, Colombia, núm. 112, 2006.



De esta forma, consideramos que el rol del juez en la solución del conflicto del Derecho Indígena, deberá tener en cuenta a criterio de los autores del ensayo, los siguientes elementos a valorar: ¿Qué es el Derecho?, las fuentes del Derecho, el Juez y la aplicación de los Derechos. Los cuales están diseminados en el desarrollo del texto constitucional ecuatoriano. Deberán tener en cuenta el debido proceso, como parte del haz de principios ordinarios a observarse, los principios generales de la Justicia Constitucional, los principios procesales de Justicia Constitucional, lo que tributará a la Argumentación e Interpretación jurídica, utilizando la hermenéutica como herramienta.

En esta misma línea, se analiza lo señalado por Pérez Arroyo, quien refiere que el Pluralismo Jurídico significa, la coexistencia de varios sistemas normativos, al margen de su reconocimiento legal o no del Estado nacional, lo que si es necesario es su existencia como sistema jurídico de un pueblo, que lo reconoce como válido y efectivo, dentro del Estado o del espacio geopolítico determinado. Considera este autor, que el pluralismo intrasistémico (desde dentro y hacia dentro del sistema cultural), que contiene los ca-

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

sos, como se ha visto, de disidencia y objeción de conciencia que un individuo plantea a su propio Estado en razón de su libertad ideológica, de religión o de conciencia, y, el extrasistémico (desde fuera y hacia fuera del sistema cultural), este condicionamiento cultural se origina y motiva en el seno de una cultura distinta, foránea respecto del marco de referencia cultural normativa.⁸² Esto ocurre también en las sociedades de pasado colonial, originando que las leyes y normas de conducta de la cultura dominante terminen por imponerse a modo de cultura oficial, desplazando a las otras culturas nativas en razón a su estatus de culturas subyugadas y criminalizando muchas veces, los uso, y costumbres.

Se valora que el Pluralismo Jurídico permite romper las imposiciones jurídicas, así como la convivencia de varios sistemas jurídicos, que serán aplicados de acuerdo a sus principios y costumbres aceptados y reconocidos por los pueblos y nacionalidades indígenas. El Pluralismo impulsa la construcción de un Estado democrático en la cual se permita la participación de todos los ciudadanos de manera democrática, para que así pueda existir en un Estado pluralista, como es el caso de Ecuador, tal y como se concibe en sus estudios Hoekema,⁸³ del cual los autores del ensayo se afilian.

Siguiendo la misma cuerda de lo que señala Carrillo García y Cruz Carrillo, quienes consideran que el debate se aprecia desde el artículo 191 de la Constitución ecuatoriana de 1998, y el artículo 171 de la Constitución de 2008, obvian deliberadamente hacer referencia a la reserva de ley que se hace al legislador para que, mediante una ley complementaria, haga “compatibles” las funciones de justicia reconocidas a la jurisdicción indígena con las funciones del sistema judicial nacional, o establezca los “mecanismos de coordinación y cooperación” entre la jurisdicción indígena y

⁸² Cfr. PÉREZ ARROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

⁸³ Cfr. HOEKEMA, A., “Hacia un Pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *Revista el Otro Derecho*, núm. 26-27, Bogotá, 2002.

la jurisdicción ordinara, respectivamente, cuestión a la que nos afiliamos los autores de este ensayo jurídico.

Se analiza así, que la primera consecuencia de la asunción del carácter normativo de la Constitución es la transformación de la hermenéutica jurídica. En la literatura jurídica se dan varios métodos para interpretar el Derecho, para ello existen fórmulas hermenéuticas tradicionales que fueron desarrolladas, en primera instancia, por Savigny, y en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano fue recogida por el Código Civil, pero existen otros métodos especiales de interpretación constitucional y de la propia Constitución.

En sí, la Constitución no es una norma común y corriente. Está conformada en su mayor parte por conceptos jurídicos y principios indeterminados que requieren, para su cabal aplicación, de la elaboración de reglas subconstitucionales que los concreten. Necesitan concreción y esa operación en los Estados constitucionales la hacen los jueces constitucionales (particularmente en la Corte Constitucional) y para realizar dicha concreción se utilizan, los instrumentos tradicionales de interpretación, los métodos especiales, según se trate de casos fáciles o difíciles, tal y como lo refiere Ariza Santamaría⁸⁴ y Chávez Vallejo.⁸⁵

Se aprecia que para que la Constitución de 2008 y su interpretación sea eficaz, deben estar vinculados a los cambios en los valores que ellos regulan, los derechos constitucionales de aplicación inmediata, exigibles en forma directa sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo o reglamentario. En el orden jurisprudencial y doctrinaria se han establecido varios criterios para el reconocimiento de derechos fundamentales por vía judicial. Los principales son dos: la concordancia con la dignidad

⁸⁴ ARIZA SANTAMARÍA, R., *Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria, Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria*, Quito, Fundación Konrad Adenauer, 2010.

⁸⁵ CHÁVEZ VALLEJO, G., Tesis Doctoral: “El control constitucional de la Justicia Indígena en el Estado Plurinacional: el caso ecuatoriano”, Universidad de Valencia, España, 2016.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

persona humana y el reconocimiento expreso por parte de los Magistrados de la Corte Constitucional.

Ahora bien, los valores y principios inherentes a la persona humana se corrobora como están inspirados en el primer inciso del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, estos han sido desarrollados por distintos pactos internacionales, entre los cuales se destacan: la Declaración de los Niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de Derechos Civiles y Políticos; los Convenios de la OIT números 52, 29, 62; los Convenios de Ginebra números 1 y 2; y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ello, se valora que la Corte Constitucional ira creando en sus sentencias precedentes judiciales, como un derecho objetivo con rango de Ley. Traerá ello como consecuencia, que los demás actores jurídicos que son usuarios dentro de la praxis jurídica tienen que estar informados acerca de las decisiones vinculantes de la Corte. Su desconocimiento equivaldrá al desconocimiento de una Ley.

Es el caso contrario de la jurisdicción indígena, la que no nace de la ley como ya se refería en el epígrafe anterior en este análisis, nace de la voluntad o convicción de los miembros del pueblo o de la colectividad, es la propia gente que acude donde la persona o personas consideradas como autoridades o líderes, para pedir que se arregle un conflicto o problema. El Derecho también es integral, busca restaurar el desequilibrio causado por el problema, conflicto o *llaki*. Sus autoridades buscan resolver el problema de manera integral, su principal interés es restablecer la vida comunitaria y devolver la armonía, lo han concebido en sus estudios

autores como De Sousa Santos,⁸⁶ Calderón Astete,⁸⁷ y San Martín Solano.⁸⁸

Las autoridades indígenas que ejercen la administración de justicia, obedecen a un procedimiento existente desde tiempos atrás. Respetando las particularidades de cada uno de los pueblos indígenas, se puede mencionar en forma general cuáles son los pasos o los procedimientos que las autoridades indígenas utilizan para solucionar un conflicto interno. Ésta se origina a partir del primer paso que deben dar los afectados, que es poner en conocimiento de los dirigentes del Cabildo de manera oral y clara todo lo acontecido.

Donde está el vacío legislativo o el incumplimiento del legislador en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se valora y se precia lo planteado por Carrillo García y Cruz Carrillo en su estudio axiológico, cuando señalan las principales razones que se puede mencionar, ante la existencia de varias comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, cada una con costumbres, tradiciones, normas y procedimientos distintos para la solución de sus conflictos, en relación con los cuales habría que determinar los costos y beneficios involucrados, así como los intereses en juego para las partes y la disposición a ceder cuotas de poder ya conquistadas por los pueblos indígenas; la posibilidad de que la existencia de una tal disposición jurídica podría implicar una disminución de los márgenes de Pluralismo Jurídico (en este caso de pluralismo legal), interculturalidad y plurinacionalidad ya reconocidos, para satisfacer la tendencia unificadora que es consustancial al Estado moderno y que con tanto énfasis y legitimidad se critica desde el Pluralismo Jurídico.

⁸⁶ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena. Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas (la Jurisdicción Especial Indígena)*, Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997, pp. 206 y ss.

⁸⁷ Cfr. CALDERÓN ASTETE, R., Tesis Doctoral: "Pensar otro Derecho. Para una nueva poética jurídica", Universidad Pablo De Olavide, España, 2013.

⁸⁸ Cfr. SAN MARTÍN SOLANO, D., Tesis de Máster: "Justicia indígena y derechos humanos en el Austro ecuatoriano a partir del 2008", Universidad de Cuenca, Ecuador, 2013.

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

Estos autores consultados, refieren que mediante una Ley de Coordinación no podría hacerse más que establecer las formas de cooperación y los principios de coordinación en virtud de que, al ser reconocidas ambas jurisdicciones en la Constitución, y al estar determinados los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, entre ellos el de ejercer funciones de justicia con los límites de rigor, una eventual Ley de Coordinación no podría restringir los derechos ya reconocidos, ni es imprescindible para materializar estos porque la Constitución es norma directamente aplicable, sin necesidad de ley complementaria que viabilice su ejercicio.

No se coincide con estos autores, quienes refieren en su estudio exegético que, aunque no se ha dictado aún la ley referida a la cooperación entre las dos jurisdicciones como mandato de la Constitución de 2008, otras disposiciones jurídicas vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano complementan dicho mandato, particularmente el Código Orgánico de la Función Judicial en el que se definen el ámbito de la jurisdicción indígena y los principios de la justicia intercultural.

Decimos esto porque se aprecia la diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena. Se diferencian porque al momento de juzgar se aplican penas distintas, la primera de acuerdo a la ley y la segunda de conformidad con las normas y costumbres; sin embargo, el fin es el mismo, mantener el orden jurídico, la paz y la armonía en la sociedad. Por lo que le corresponderá resolver el conflicto de leyes a partir de lo que se reconoce en la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Ésta establece disposiciones expresas sobre el principio del “debido proceso” y la aplicación de la justicia indígena, misma que estará a cargo de las autoridades que forman parte de las comunidades indígenas; este tipo de sanción es más rápida y en muchos casos los moradores manifiestan que es más efectiva, ya que hay ocasiones en que por falta de recursos económicos en los casos de la aplicación de la justicia ordinaria, quedan en impunidad.

En efecto, uno de los rasgos centrales que dimensiona jurídicamente a América Latina, radica en su pluralidad normativa

y cultural, elemento que posibilita la práctica del Pluralismo Jurídico, o sea, la convivencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos. Lo preconizan autores como Ariza Higuera y Bonilla Maldonado,⁸⁹ De Sousa Santos,⁹⁰ Grijalva,⁹¹ San Martín Solano⁹² y Beloso.⁹³

En la Amazonía, se aprecia que las nacionalidades indígenas acuden al sistema ordinario cuando enfrentan un problema considerado como poco frecuente dentro de la comunidad o desconocido por las prácticas ancestrales, también acuden a la justicia ordinaria cuando se ha perdido la costumbre aplicable o cuando existen amenazas por una de las partes involucradas hacia la otra, como en los casos de asesinatos o violación. En caso de problemas que involucren a indígenas, como son los conflictos relacionados con el territorio, el medio ambiente, y los recursos naturales, las nacionalidades indígenas acuden a la justicia ordinaria por falta de reglas claras que faciliten la intervención de las autoridades indígenas en su adecuada solución.

De acuerdo al análisis precedente realizado por Carrillo García y Cruz Carrillo, se coincide que no existe en el Ecuador una ley especial vigente relativa a la jurisdicción indígena, sino un conjunto de disposiciones dispersas, que sirven para orientarse en la manera en que deben resolverse los probables conflictos entre las decisiones de la justicia indígena y los derechos humanos. Se trata de disposiciones que de manera tangencial hacen referencia a diferentes aspectos del problema sin establecer una solución in-

⁸⁹ Cfr. ARIZA HIGUERA, L. y BONILLA MALDONADO, D., *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, Colombia, Editorial Siglo del Hombre, 2007, p. 22.

⁹⁰ Cfr. DE SOUSA SANTOS, B., *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, Bolivia, Alianza Interinstitucional Cenda-Cejis-Cedib, 2007.

⁹¹ GRIJALVA JIMÉNEZ, A., *Coordinación entre justicia, ese desafío. Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Quito, Editorial Abya-Yala, 2012, p. 581.

⁹² Cfr. SAN MARTÍN SOLANO, D., Tesis de Máster: "Justicia indígena y derechos humanos... *op. cit.*

⁹³ Cfr. BELLOSO, N., "El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano... *op. cit.*

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

tegral a nivel legislativo, lo cual no significa que la existencia de una tal ley sea el único modo de resolver legalmente los referidos conflictos, cuestión con la que se coincide.

Empero, la Corte Constitucional ha establecido precedentes importantes de carácter obligatorio en cuanto a los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena, basándose no sólo en la Constitución y la legislación complementaria, sino además en estudios periciales de carácter Sociológico y Antropológico, lo que contribuye a la creación de una cultura de respeto por los derechos humanos, singularmente el derecho a la vida, por parte de las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas en particular, y de la sociedad en general, y pone en cuestión la posible utilidad de una futura ley especial de coordinación, que por mandato constitucional debiera ser parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, aun sin legislarse.

Se constata, cómo las juezas y jueces, autoridades administrativas, y las servidoras y los servidores públicos en Ecuador, aplican directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen. En el ordenamiento jurídico de esta Nación, se dispone por el texto magno de 2008, que existirán leyes orgánicas y ordinarias; en el caso de las leyes orgánicas desarrollan el contenido de la Constitución.

Ahora, queda claro en el Texto constitucional, que todo sistema de justicia (indígena u ordinario) está sujeto a excesos de poder. Por eso es indispensable que los mismos sistemas se regulen en el caso que esto suceda, las dos justicias están sometidas a control a través del respeto a los derechos humanos y de la acción de la Corte Constitucional, se vuelve indispensable establecer cómo y en qué casos de excepción esta Corte deberá actuar conforme a lo regulado en la carta magna.

En la jurisprudencia constitucional ecuatoriana se aprecia cómo se ha caracterizado por el uso de una argumentación interpretativa que busca salvar la constitucionalidad de las leyes acu-

sadas de inconformidad con el texto constitucional. A esta aseveración se llega de revisar cuál es la materia reservada a las leyes orgánicas, las cuales se refieren a la organización y funcionamiento de las instituciones creadas constitucionalmente, ejercicio de derechos y garantías, gobiernos autónomos, régimen de partidos políticos y sistema electoral. Al mismo tiempo este tipo de normas deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de la totalidad de los legisladores.

En el ordenamiento jurídico ocupan un nivel jerárquicamente superior a las demás normas y solo se encuentran debajo de la Constitución y los Tratados internacionales, en relación con el artículo constitucional 425, con un control constitucional mixto. Siendo el único órgano que interpreta el texto constitucional, la Corte Constitucional, quien tiene esta facultad exclusiva, al amparo del artículo 429. Ahora, es un hecho que también se reconocen las normas consuetudinarias constitucionalmente, que regirán para los territorios indígenas como parte de este derecho ancestral, aplicadas por sus autoridades (mujeres y hombres).

Lo hasta aquí formulado, nos permite analizar lo señalado por Puig Brutau quien dijera:

“hay que abandonar la ilusión de que solo interviene en la decisión de las controversias el Derecho emanado de fuentes oficialmente proclamadas y admitidas. Quienes creen que los preceptos solemnemente promulgados permiten en todos los casos hacer la reducción de la norma general a los límites de una decisión particular, incurren a nuestro juicio en una ilusión peligrosa por confundir lo que está dispuesto que las cosas sean con lo que ellas, tercamente, se obstinan en ser.”

Sirva entonces este ensayo, para continuar estudiando y profundizando en futuras investigaciones desde una dimensión teórica, lógica y práctica, que permita la adecuada “Argumentación e Interpretación” en la solución de los conflictos del Derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

la Teoría de las fuentes del Derecho señalada por Kelsen, desde la doctrina y desde el Derecho consuetudinario, para su futura armonización en un cuerpo jurídico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde se transite de un discurso argumentativo lineal o piramidal, incluso en el enfoque de circularidad propuesto por González Jácome, Santi Romano,⁹⁴ De Lucas,⁹⁵ Bobbio,⁹⁶ Alexy,⁹⁷ Aguiló,⁹⁸ Atienza⁹⁹ y Ariza Santamaría.¹⁰⁰

VI. A MANERA DE CONCLUSIONES

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 es una verdadera Revolución ciudadana en muchos aspectos, involucra la ratificación del carácter plurinacional del Estado y el reconocimiento de una agenda democrática, que ha sido postergada en el país por más de 150 años, lograda a partir de la asunción a la presidencia por parte del economista Rafael Correa dentro del conflicto social.

En materia de fuentes del Derecho, la transformación ha sido radical, aparte del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución (por primera vez en Ecuador), la eliminación de la identidad ley-norma jurídica con el desplazamiento de la ley a

⁹⁴ Cfr. SANTI, R., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

⁹⁵ Cfr. DE LUCAS, J., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1992.

⁹⁶ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría de Ordenamiento Jurídico*, 6ª ed., Brasil, Editorial Universidade de Brasília, 1995, p.164.

⁹⁷ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁹⁸ Cfr. AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

⁹⁹ Cfr. ATIENZA, M., *Argumentación y legislación*, Madrid, Editorial Thomson Civitas, 2004.

¹⁰⁰ Cfr. ARIZA SANTAMARÍA, R., *Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria... op. cit.*

una posición subordinada, la potenciación de los mecanismos de participación popular, los instrumentos del Derecho internacional y de la Jurisprudencia en materia de interpretación y creación del Derecho vigente, además del reconocimiento constitucional de la coexistencia de distintos sistemas jurídicos vigentes.

Los pueblos indígenas tienen derechos al igual que todas las personas, derechos reconocidos no solo por la Constitución del Ecuador de 2008, sino también por los Tratados internacionales. Es así como de acuerdo a las necesidades de los pueblos indígenas aparece desde tiempos antaño la aplicación de la justicia indígena, basada en la costumbre y en la tradición de cada una de las comunidades a las cuales pertenece a partir del Derecho consuetudinario.

El Derecho Indígena, pervive en las costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas desde la ancestralidad. Las autoridades de las comunidades indígenas basan sus resoluciones en el diálogo con el infractor, sometiéndolo a la vergüenza pública en caso de incumplimiento de la norma, y la posterior reinserción del sujeto a la sociedad una vez cumplida su pena para así mantener la paz social, con armonía y equilibrio en su territorio. Contribuye al sistema judicial dictando resoluciones de acuerdo a las normas y costumbres de las comunidades indígenas, ayuda a distribuir los casos de acuerdo a la jurisdicción y competencia disminuyendo la carga procesal para el Estado, estas decisiones son controladas por la Corte Constitucional del Ecuador.

El concepto de Derecho Indígena tiene dos componentes esenciales: el Derecho indígena estatal, como el conjunto de normas promulgadas por el Estado que regulan la relación pueblos indígenas-sociedad nacional, y el Derecho indígena conformado por los sistemas jurídicos propios, presente en cada una de las 14 nacionalidades que viven en el territorio ecuatoriano con sus lenguas y sus costumbres ancestrales. El diálogo entre las distintas culturas jurídicas presentes en el territorio ecuatoriano, se basa en una comprensión amplia e intercultural del catálogo de los derechos reconocidos en la Constitución, con una comprensión in-

LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO INDÍGENA ...

tercultural que ha significado, una reelaboración del contenido mismo de los derechos humanos cuando estos son aplicados en ámbitos, étnica y culturalmente diferenciados.

El conflicto lingüístico, caracterizado como diglosia sustitutiva y con relación asimétrica entre una lengua dominante y otra dominada, es conceptualizado como la relación dialéctica entre dos tendencias históricas: una que representa la expansión de la lengua dominante y el consecuente desplazamiento de la lengua indígena; y la otra que articula los factores de resistencia lingüística y étnica.

