

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La justicia indígena y el derecho a la identidad cultural  
en el Ecuador**

**María Daniela Sosa Salvador**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de abogada

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Daniela Sosa Salvador

Código: 00131225

Cédula de identidad: 1716797533

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

# LA JUSTICIA INDÍGENA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN EL ECUADOR<sup>1</sup>

## INDIGENOUS CUSTOMARY LAW AND THE RIGHT TO CULTURAL IDENTITY IN ECUADOR

María Daniela Sosa Salvador<sup>2</sup>  
[mdanisosa@gmail.com](mailto:mdanisosa@gmail.com)

### RESUMEN

La inclusión constitucional de la justicia indígena en el Ecuador demostró lo poco preparado que estaba el sistema jurídico ordinario para reconocerla con igual legitimidad. Provocando que la Corte Constitucional incorpore límites adicionales a los que inicialmente estaban contemplados en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, a través de un análisis dogmático, este ensayo examinó si estas restricciones vulneraban el derecho a la identidad cultural de las comunidades ancestrales en cuestión. Identificando que, efectivamente, sí existe un sesgo a favor de visiones occidentales en el derecho internacional, pero que se está avanzando hacia una mayor comprensión e independencia de los colectivos e individuos indígenas. Algo que aún no se ha replicado en el ámbito nacional, pues se sigue menoscabando el derecho a la consulta previa y a la autodeterminación de los pueblos. Concluyendo que, aunque la normativa parezca proteger la diversidad cultural, en la realidad esto no se replica.

### PALABRAS CLAVE

Justicia indígena, identidad cultural, autodeterminación, consulta previa, pueblos indígenas

### ABSTRACT

The constitutional inclusion of indigenous customary law in Ecuador proved that the ordinary legal system was not prepared to recognize it with equal legitimacy. Causing the Constitutional Court to incorporate additional constraints to those that were originally contemplated in the ordinary legal system. However, through a dogmatic analysis this essay examined whether these restrictions breached the right to cultural identity of the aboriginal communities in question. Identifying that, indeed, there is a bias in favor of Western views in international law, but that progress is being made towards a greater understanding and independence of indigenous groups and individuals. Something that has not yet been replicated at the national level, since the right to prior consultation and self-determination continues to be undermined. Concluding that, although the regulations seem to protect cultural diversity, in practice this is not taking place.

### KEYWORDS

Indigenous customary law, cultural identity, self-determination, prior consent, indigenous peoples

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Pablo Albán Alencastro.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO TEÓRICO. - 3. LÍMITES A LA CAPACIDAD SANCIONATORIA INDÍGENA EN ECUADOR. - 4. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL. - 4.1. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO CULTURAL. - 4.2. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. - 4.3. DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. - 5. CONCLUSIONES.

### 1. Introducción

Históricamente, la concepción de pueblos indígenas estaba determinada por su situación de vulnerabilidad como minoría frente a un poder hegemónico que oprimía y abusaba de las comunidades con el fin de asimilarlos<sup>3</sup>. Sin embargo, esta aproximación otorgaba poder a los perpetradores y no buscaba entender ni apreciar a los pueblos ancestrales. Sin perjuicio de aquello con el avance de distintos cuerpos normativos tanto a nivel nacional como internacional, se ha ido transformado tal percepción hacia una perspectiva que reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos como parte de su derecho a la identidad cultural, llevando a que muchos sistemas reconozcan la existencia de costumbres, tradiciones y prácticas reiteradas que conforman una jurisdicción indígena. Muy diferente a la idea de linchamiento público o justicia por mano propia, que se tiende a equiparar con estos sistemas<sup>4</sup>.

Para tal efecto, la justicia indígena responde a un quebrantamiento de la armonía del tejido social que requiere ser restaurado para beneficio de toda la comunidad<sup>5</sup>. Aunque es un término jurídico indeterminado, existen elementos claves para la existencia de este sistema jurídico-social, como la aplicación de diversas prácticas reiteradas que responden a las diferentes formas de saber y cosmovisión de un pueblo indígena en específico, con el fin de alcanzar la paz o armonía social.

De igual forma, la procedencia de este sistema se remonta al origen mismo de estas comunidades, por ende, tratar de positivizar este sistema mayoritariamente consuetudinario

---

<sup>3</sup> Julian Burger, “La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional” en *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables Manual* (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014), 214.

<sup>4</sup> Jaime Vintimilla, *Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria Ecuatoriana: ¿Un Mandato Constitucional Necesario o una Norma que Limita a los Sistemas de Justicia Indígena?* (Quito: Cevallos, 2012), 37.

<sup>5</sup> Teodora Zamudio, *Derechos de los pueblos indígenas* (Buenos Aires: Programa Panamericano de Defensa y Desarrollo de la Diversidad Biológica Cultural y Social Prodiversitas, 2012), 1.

y oral, podría menoscabar sus derechos humanos, considerando el sesgo que existe a favor de las formas de saber occidentales, tanto en el ordenamiento interno como en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>6</sup>.

Si bien la justicia indígena es previa al Ecuador republicano, y su desarrollo también fue paralelo con la Constitución de la República de 1830, no hubo un reconocimiento jurídico expreso de la existencia de este sistema como igual al ordinario hasta 1998<sup>7</sup>. Antes de esta positivación el Estado buscaba imponerse sobre las nacionalidades ancestrales, inclusive, restringiendo el uso libre de su idioma a favor del castellano<sup>8</sup>. La promulgación de la Constitución de 1998 marcó una tendencia jurídica que continuaría respetándose en la Constitución de 2008. El texto constitucional establecía lo siguiente en su artículo 191: “[...] Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario”<sup>9</sup>

La inclusión de la posibilidad de justicia indígena en la Constitución de 1998 demostró una voluntad política distinta, la que se actuó como el catalizador para un progreso en el derecho de los colectivos indígenas a autodeterminarse. Sin embargo, aún se buscaba restringir al sistema de jurisdicción indígena a través de aclaraciones en cuanto a sus límites y su relación poco clara con el sistema ordinario de ese entonces<sup>10</sup>.

Mientras que, años más tarde, la Constitución del 2008 reconoció de forma expresa el derecho a la autodeterminación de las comunidades ancestrales, a través del reconocimiento expreso de la justicia indígena dentro del territorio ecuatoriano. Aquel reconocimiento provocó que el Ecuador cambie su definición base del Estado como tal, al contemplar en el artículo 1 de la Constitución: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.”<sup>11</sup> Este artículo no solo acepta la posibilidad de que exista más de un

---

<sup>6</sup> Riyad Shahjahan y Kimberly Haverkos, "Revealing the Secular Fence of Knowledge: Towards Reimagining Spiritual Ways of Knowing and Being in the Academy" en *Counterpoints: Indigenous Philosophies and Critical Education*, Vol. 379 (N/D: Peter Lang AG, 2011), 367-385.

<sup>7</sup> Artículo 191. Constitución Política de la República del Ecuador, R.O. 1, de 11 de agosto de 1998.

<sup>8</sup> Artículo 38, Constitución Política, Registro Oficial 133 de 25 de mayo de 1967.

<sup>9</sup> Artículo 191. Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

<sup>10</sup> Artículo 83, Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

<sup>11</sup> Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008, reformada por última vez el 14 de febrero de 2018.

sistema jurídico dentro del territorio ecuatoriano, presupone la presencia de la interlegalidad en el territorio, “Como no podemos hablar de normas autónomas, claramente definidas y estáticas, la interlegalidad podría ser un resultado de una situación de pluralismo jurídico.”<sup>12</sup>

Inicialmente este avance constitucional fue percibido como revolucionario para muchos defensores de derechos humanos, empero, en la práctica la sociedad que se ajustaba al sistema jurídico ordinario seguía discriminando las costumbres que conforman la cosmovisión indígena, esenciales para el ejercicio de su jurisdicción. Esta percepción negativa se reforzaba a través de la cobertura de casos por parte de los medios de comunicación, que constantemente confundían situaciones y pintaban a comunidades ancestrales en una luz negativa<sup>13</sup>. Por ende, se dieron las circunstancias ideales para que la Corte Constitucional restrinja la capacidad sancionatoria de la justicia indígena a través de la sentencia de La Cocha II.

Este ensayo jurídico busca responder la pregunta: ¿hasta qué punto las restricciones a la justicia indígena por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano vulneran el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas? En miras de encontrar la respuesta a esta interrogante, se aplicará la metodología dogmática sistemática, por medio de un análisis doctrinario y de caso, con el enfoque de identificar las restricciones al poder sancionatorio, para luego sacar conclusiones sobre la posible vulneración al derecho de la identidad cultural.

## **2. Marco Teórico**

### **2.1. Estado del Arte**

Con la creación del mandato del Relator Especial sobre los pueblos indígenas en 1971, el panorama en cuanto a la percepción de estos y sus derechos se desplazó de procesos de asimilación a aquellos de reconocimiento y autodeterminación, llevando a que en el Ecuador se reconozca la justicia indígena como parte del esquema de pluralismo jurídico ecuatoriano. Juan Pablo Cruz Carrillo, recalca que este sistema está limitado por los derechos humanos, respetando el contexto, costumbres y prácticas de ese grupo en cuestión<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Marc Simon Thomas, “The Process of Interlegality in a Situation of Formal Legal Pluralism: A Case Study from La Cocha, Ecuador”, en *Legal Anthropology from the Low Countries* (Utrecht: Reed Business, 2009), 165. (traducción no oficial).

<sup>13</sup> Sentencia 113-14-SEP-CC, Corte Constitucional Ecuador, 30 de julio de 2014, 5.

<sup>14</sup> Juan Pablo Carrillo, “Pluralismo Jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos”, *Revista Jurídica Piélagus Vol.16 No. 1* (2017), 107.

Por otro lado, Ximena Ron también propone límites que deben ser observados por la Corte Constitucional ecuatoriana, respetando el principio *in dubio pro-justicia indígena*, que establece que, si hay duda dentro de un proceso intercultural, la decisión se tomará a favor de la comunidad o pueblo indígena que tiene jurisdicción<sup>15</sup>. Este principio ha sido recogido en el artículo 344 inciso d del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>16</sup>.

Sin embargo, Mary Ann Glendon, Riyad Shahjahan y Kimberly Havenkos comentan que existe un sesgo a favor de ciertas formas de conocimiento y estilos de vida, notablemente aquellas históricamente percibidas como superiores o legitimadas, causando un desbalance en la academia global y en las formas de entender distintas cosmovisiones<sup>17</sup>. Esto ha sido evidenciado por Raúl Llásag Fernández en razón de la sentencia del caso No. 0731-10-EP, también conocido como La Cocha II, al demostrar cómo la existencia de esta jurisdicción alterna está subyugada por perspectivas colonialistas y extractivistas que continúan confundiendo sus prácticas y costumbres<sup>18</sup>. Sobre la base de esto, el autor propone el uso del derecho a la resistencia, como mecanismo protector que no puede ser limitado debido a su reconocimiento como *jus cogens*.

Agregando a esto, Isis Albarrán, plantea que la autodeterminación de los pueblos indígenas se debe considerar cuando un Estado establece límites a la justicia indígena.<sup>19</sup> Proponiendo que deben ser ellos mismos los que definan estas fronteras, debido a que se requeriría un mayor entendimiento por parte del aparato estatal de su cosmovisión. Inclusive, aseverando que se debe considerar hasta qué punto los derechos humanos pueden actuar como límites a la jurisdicción indígena, cuestionando su carácter occidental, algo que Oswaldo Ruiz Chiriboga analiza a profundidad, al hacer referencia a la importancia que tiene

---

<sup>15</sup> Ximena Ron, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 77.

<sup>16</sup> Artículo 344 inciso d, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009, reformado por última vez el 5 de febrero de 2018.

<sup>17</sup> Riyad Shahjahan y Kimberly Havenkos, "Revealing the Secular Fence of Knowledge: Towards Reimagining Spiritual Ways of Knowing and Being in the Academy" en *Counterpoints: Indigenous Philosophies and Critical Education*, Vol. 379 (N/D: Peter Lang AG, 2011), 367-385.

<sup>18</sup> Raúl Llásag, "Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte, caso la Cocha", en *Cuadernos para la Interculturalidad N° 10* (Quito : Dirección de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades, N/D), 21-40. y Programa Andino de Derechos Humanos, *Develando el Desencanto*, (Quito:Abya-Yala, 2011).

<sup>19</sup> Isis Albarrán, *Límites del ejercicio del derecho indígena desde la perspectiva del estado constitucional de derecho* (Guanajuato: Universidad de Guanajuato, 2017) 61-74.

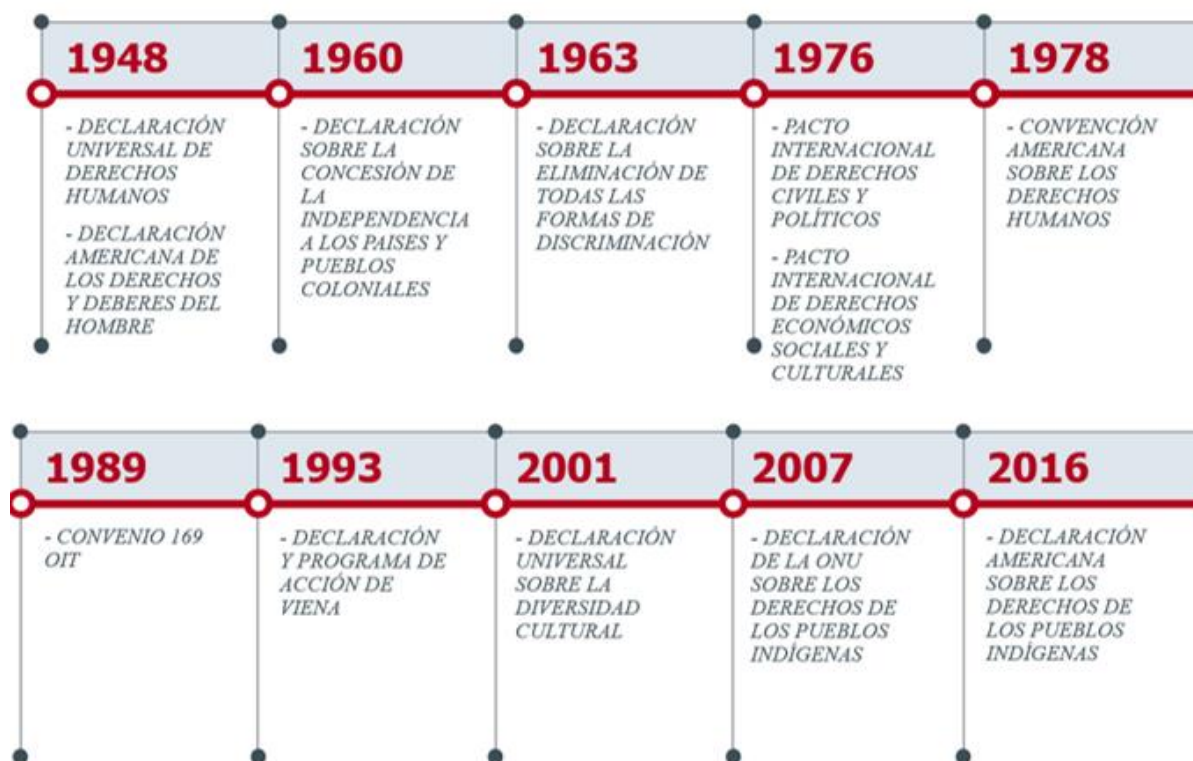


el poder sancionatorio en la cosmovisión indígena, ya que la pena cumple un propósito restaurador y armonizador dentro de las comunidades ancestrales<sup>20</sup>.

## 2.2. Marco Normativo

El desarrollo normativo a favor de la justicia indígena está íntimamente relacionado con el progreso de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente en cuanto al derecho de autodeterminación de los pueblos e identidad cultural. Este desarrollo se dio tanto en sede nacional como internacional, sin embargo, el derecho como lo conocemos hoy tuvo sus raíces en sede internacional para luego regarse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como se observa en el Gráfico 1.

**Gráfico 1:** Desarrollo de instrumentos internacionales y americanos, relativos a los derechos de pueblos indígenas



**Fuente:** Elaboración propia a partir de instrumentos internacionales

En ese sentido, el instrumento internacional más temprano en torno a este progreso de derechos fue el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante

<sup>20</sup> Oswaldo Ruiz-Chiriboga, "Indigenous corporal punishment in Ecuador and the prohibition of torture and ill treatment", *American University INT'L L. REV.*, (2013), 976-1004.

OIT) sobre pueblos indígenas y tribales<sup>21</sup>. Este tratado reemplazaba las ideas de asimilación del Convenio 107 expedido por el mismo órgano en 1957.

Por otro lado, también se debe tomar en cuenta la resolución 61/295 adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) en 2007, mejor conocida como Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El Ecuador, posteriormente, formó parte del proceso de creación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016. No obstante, existen otros mecanismos de protección de los derechos de pueblos indígenas, tales como el mandato de la Relatoría Especial de Pueblos Indígenas o el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas.

En cuanto a la sede nacional, el Ecuador históricamente acepta la posibilidad de autodeterminación de los pueblos desde la Constitución de 1998, pero fue la Constitución de 2008 donde realmente se solidificó la jurisdicción indígena como parte del sistema plurinacional ecuatoriano, como se ha mencionado previamente.

Asimismo, hay regulaciones sobre la justicia indígena y también del derecho a la identidad cultural dispersas por todo el ordenamiento jurídico. Los cuerpos normativos más relevantes al respecto son: el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, el Código Orgánico Administrativo y el Código Orgánico del Ambiente. Donde se contemplan distintos principios generales y específicos sobre la jurisdicción indígena, como son: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, opinión técnica, entre otros<sup>22</sup>.

Además, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto de la jurisdicción indígena. El caso hito al respecto es el No. 0731-10-EP, mediante el cual la Corte creó una regla jurisprudencial, con respecto a la aplicación de la jurisdicción indígena en el Ecuador.

### **3. Límites a la capacidad sancionatorio indígena en Ecuador**

Este epígrafe busca incluir la normativa, y a su vez las realidades que podrían estar restringiendo la capacidad sancionatoria de la justicia indígena a través del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esto, con el objetivo de entender su correlación y posible afectación al derecho a la identidad cultural.

---

<sup>21</sup> Artículo 6, 7 y 8, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998.

<sup>22</sup> Artículo 66, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales [LOGJ], R.O. Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009, reformada por última vez el 10 de enero de 2018.

Antes, la discusión sobre los sistemas de jurisdicción ancestrales a nivel internacional estaba enfocada en la existencia misma de estos regímenes jurídico-culturales como derecho. Sin embargo, tras el reconocimiento del pluralismo jurídico formal en varios países, incluyendo el Ecuador, la pregunta ha variado y ahora se enfoca en los límites que puede imponer el Estado a este derecho, equiparando los sistemas y no promoviendo la idea de inferioridad<sup>23</sup>. No obstante, para poder hablar del margen de discrecionalidad estatal al que se enfrenta la justicia indígena, es necesario hacer una reflexión sobre el sistema jurídico que aplican, es decir el derecho consuetudinario u originario propio de este grupo.

Conviene destacar que los sistemas jurídicos de cada comunidad indígena varían entre sí, por este motivo, hay que evitar la falacia que presupone que el solo hecho de ser indígena implica compartir costumbres, prácticas reiteradas y una cosmovisión idéntica a las de otras personas indígenas del mismo país. Pues, cada pueblo tiene su propio desarrollo histórico y cultural, por ende, aunque pueden existir circunstancias de superposición, éstas deben ser analizadas según cada caso.

Adicionalmente, las necesidades de cada pueblo indígena varían enormemente, inclusive dentro de una misma nacionalidad, algo que se ha evidenciado claramente con los diversos asentamientos en las distintas regiones del Ecuador<sup>24</sup>. Entonces, al tratar de enmarcar los sistemas de derecho consuetudinario ancestrales, se debe buscar siempre contextualizarlo dentro de su cosmovisión a través de opiniones legítimas de personas de ese mismo pueblo, con el fin de evitar el fenómeno del experto extranjero que viene a explicar sus conocimientos a través de la sobre simplificación, nuevamente conduciendo a una situación de desigualdad y discriminación.

Con esto en mente, los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas son ampliamente descritos como sistemas de derecho consuetudinario. Es decir, estos sistemas están compuestos por prácticas reiteradas que la misma comunidad considera como de obligatorio cumplimiento y de ser vulneradas los individuos pueden acudir a una autoridad que tiene la facultad de dilucidar el conflicto<sup>25</sup>. Uno de los cuestionamientos en contra del reconocimiento

---

<sup>23</sup> Daniela Salazar, “Aplicabilidad de la Justicia Indígena en Ecuador: Una Base Conceptual y Diez Preguntas Puntuales” (tesis pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2003), 20.

<sup>24</sup> Ídem.

<sup>25</sup> Francisco Bravo, “Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 18.

formal del sistema de jurisdicción indígena está basado justamente en el poder coercitivo que tienen las personas reconocidas para resolver conflictos (en muchos casos se hace por medio de una asamblea comunal)<sup>26</sup>.

Esto sucede debido a que, erróneamente se busca equiparar los sistemas consuetudinarios indígenas, con el sistema ordinario eminentemente legislativo. Sin embargo, no son iguales por una variedad de motivos, como son el origen de las normas “jurídicas”, las fuentes de derecho y la producción o creación de normas<sup>27</sup>. Al respecto, Alberto Wray establece: “[...] ha quedado claro que la relación entre el hecho consuetudinario y la norma consuetudinaria no es en modo alguno semejante a la que existe entre el acto legislativo y la ley.”<sup>28</sup>

En consecuencia, los sistemas de justicia indígena se deben analizar bajo el lente de interculturalidad y no se debe tratar de equipararlos con el sistema ordinario legislativo, pues, la esencia del pluralismo jurídico es tener dos sistemas distintos que conviven dentro de un mismo territorio, no buscar que estos sistemas sean idénticos en su funcionamiento.

### **3.1. Restricciones formales**

En este apartado se busca analizar todas las restricciones que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Incluyendo aquellos instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, considerando que este tiene un sistema monista de aplicación establecido en la Constitución.

#### **3.1.1. La Constitución del Ecuador**

En la Constitución ecuatoriana actual, se contempla expresamente la posibilidad de justicia indígena en su artículo 171, donde expande sobre este reconocimiento e incluye requisitos sumamente generales, al contemplar: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.”<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Daniela Salazar, “Aplicabilidad de la Justicia Indígena en Ecuador: Una Base Conceptual y Diez Preguntas Puntuales” (tesis pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2003), 18-19.

<sup>27</sup> Juan Pablo Carrillo, “Pluralismo Jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos”, *Revista Jurídica Piélagus Vol.16 No. 1* (2017), 107.

<sup>28</sup> Alberto Wray, “Justicia indígena: sus límites constitucionales”, *Iuris Dictio* (2002), 51.

<sup>29</sup> Artículo 171, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Aparte de las condiciones en las que la justicia indígena se debe dar, la Constitución establece límites a su ejercicio al determinar: “[...] que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. [...] Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.”<sup>30</sup>

Es decir, la Constitución establece límites objetivos, al hablar de la necesidad de un territorio y competencia para conflictos internos, y límites subjetivos, al imponer restricciones a los derechos humanos<sup>31</sup>. Estos estándares serán analizados posteriormente en el marco del derecho a la identidad cultural.

Sin embargo, este cuerpo normativo registra la importancia de que se respeten las decisiones de la jurisdicción ancestral por parte de autoridades estatales e instituciones públicas. Adicionalmente, le da prevalencia por sobre la jurisdicción de paz en el artículo 189 de la Constitución<sup>32</sup>.

Entonces el marco constitucional ecuatoriano está contemplado con el propósito de que la justicia indígena tenga plena vigencia en su territorio. Pero, al establecer parámetros muy amplios y ambiguos, también deja el sendero abierto para que se restrinja el funcionamiento de este sistema jurídico.

### **3.1.2. El caso La Cocha II**

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se prevé la garantía jurisdiccional de acción extraordinaria de protección contra decisiones de justicia indígena, contenida en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. Esta figura actúa como un recordatorio de los límites a la jurisdicción indígena, dejando que la Corte Constitucional revise las decisiones emitidas<sup>33</sup>. No obstante, la Corte Constitucional tiene que respetar los principios de interculturalidad contemplados en el ordenamiento jurídico, al igual que el derecho a la identidad cultural.

La sentencia más relevante en relación con la limitación al ejercicio de la justicia indígena que ha resultado de la interposición de esta garantía jurisdiccional es la No. 0731-10-EP o caso La Cocha II. Aunque se interpusieron otros recursos relacionados a los hechos

---

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> Ximena Ron, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 60.

<sup>32</sup> Artículo 189, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>33</sup> Artículo 65, LOGJ.

del caso, el enfoque principal será la acción extraordinaria de protección mencionada anteriormente, para fines del análisis en el presente ensayo jurídico.

La acción extraordinaria de protección fue interpuesta al respecto de las decisiones del 16 y 23 de mayo de 2010 de: “La Asamblea General de las comunas y comunidades de La Cocha Zumbahua y la UNOCIC [Unión de Organizaciones y Comunidades Indígenas de La Cocha]”<sup>34</sup>. El pueblo indígena en cuestión es de nacionalidad Kichwa y se identifican como Panzaleos<sup>35</sup>.

Los hechos que llevaron a que se conozca el caso por parte de la jurisdicción indígena y después se interponga esta garantía jurisdiccional por parte de Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del difunto Marco Antonio Olivo Pallo, se remontan al día 9 de mayo de 2010. En este día se estaba celebrando un matrimonio en la comunidad, pero en el transcurso de la noche un grupo de hombres asfixió a Marco Antonio Olivo Pallo. Horas más tarde su primo lo encontró colgado de un árbol con su propia correa<sup>36</sup>.

Los familiares del difunto sometieron el caso al sistema de justicia indígena, pues, a diferencia del sistema penal ordinario, se requiere el consentimiento de las partes involucradas para plantear el caso<sup>37</sup>. Después del planteamiento del caso a la justicia indígena, iniciaron los procesos de investigación debidos y se identificó al autor material y sus cómplices, por lo que se reunió la Asamblea General y la UNOCIC para deliberar al respecto. Las decisiones que tomaron el 16 y 23 de marzo de 2010, encontraron a cuatro hombres como coautores y un autor material, a los que les impusieron penas, en concordancia con su cosmovisión de restauración de armonía social.

Sin embargo, este caso obtuvo mucha cobertura mediática, pintando en una luz primitiva a la justicia indígena y al pueblo Panzaleo, llevando a que el Fiscal General del Estado ingrese arbitrariamente con el fin de “rescatar” a los culpables<sup>38</sup>. Teniendo como resultado una investigación previa y la captura de los dirigentes indígenas a cargo de decidir

---

<sup>34</sup>Ximena Ron, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico*

*o judicialización de lo plural?* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 59.

<sup>35</sup> Sentencia No. 0731-10-EP, Corte Constitucional Ecuador, 30 de julio de 2014. 5.

<sup>36</sup>Ximena Ron, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico*

*o judicialización de lo plural?* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 60.

<sup>37</sup> Sentencia 113-14-SEP-CC, Corte Constitucional ecuatoriana, 30 de julio de 2014, 2.

<sup>38</sup> El Universo, “Justicia indígena se aplicó a Orlando Quishpe”, *El Universo* (2010), <https://www.eluniverso.com/2010/05/23/1/1447/justicia-indigena-castiga-orlando-quishpe.html>

sobre la cuestión, alegando que se había cometido tortura a través de las penas impuestas a los culpables<sup>39</sup>.

### **3.1.2.1. Regla Jurisprudencial**

Aunque el tema fue muy controversial y tratado desde distintas perspectivas, es importante recalcar que este ensayo no busca hacer un análisis de la sentencia de La Cocha II ni de su constitucionalidad, ya que el objetivo de este ensayo jurídico es enfocarse en la regla jurisprudencial que impuso la Corte Constitucional ecuatoriana a la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, para analizar la posible vulneración del derecho a la identidad cultural.

Con esto en mente, la regla jurisprudencial que estableció la Corte Constitucional en su sentencia 113-14-SEP-CC es relativa a la restricción que le impone a la justicia indígena para juzgar casos en donde se versa sobre el derecho a la vida. Este límite fue impuesto, ya que considera que la forma en que es sobrellevado el derecho a la vida al momento de tomar una decisión en la jurisdicción indígena solo repara aspectos comunitarios, pero no se enfoca en el individuo ni el bien jurídico vida en sí<sup>40</sup>. Una restricción similar fue aplicada en el 2002, por el juez tercero de garantías penales de Cotopaxi en el caso comúnmente conocido como La Cocha I, donde el fiscal de Cotopaxi inició una investigación previa y posteriormente un proceso penal por una muerte que se produjo en Quilapungo<sup>41</sup>.

En esa línea, la Corte también consideró que no se constituía una restricción real a los derechos de los pueblos indígenas, ya que lo que busca sentenciar la justicia ordinaria es distinto, tratando de negar la posibilidad de una vulneración al principio *non bis in ídem*<sup>42</sup>. Sin embargo, el análisis realizado para establecer esta regla jurisprudencial es sumamente criticado, con opiniones tan contrarias como la de Raúl Llásag, que establece que se utilizó el derecho constitucional para quitar derechos a los pueblos indígenas ecuatorianos<sup>43</sup>;

---

<sup>39</sup> Sentencia 113-14-SEP-CC, Corte Constitucional Ecuador, 30 de julio de 2014, 3-4.

<sup>40</sup> Sentencia 113-14-SEP-CC, 34.

<sup>41</sup> Ximena Ron, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 58.

<sup>42</sup> Sentencia 113-14-SEP-CC, Corte Constitucional Ecuador, 30 de julio de 2014, 34-35.

<sup>43</sup> Raúl Llásag, “Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte, caso la Cocha”, en *Cuadernos para la Interculturalidad N°10* (Quito: Dirección de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades, N/D), 21-40.

observación que el juez sustanciador inicial del proceso, Fabián Corral, compartía y tenía muy claro al momento de emitir su voto salvado a la sentencia<sup>44</sup>.

#### **4. Derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas**

El derecho a la identidad cultural está conformado por distintos matices, ya que es un término jurídico indeterminado. Entonces, es menester delimitar al colectivo de pueblos indígenas para comprender la aplicación de éste.

En este sentido, el primer Relator Especial para los Pueblos Indígenas José Martínez Cobo, clarificó que no existe una única definición que demarque a las comunidades o naciones indígenas, debido a que son heterogéneas, y que buscar una definición podría excluir a alguna comunidad, causándose un declive en sus derechos humanos. Sin embargo, hay criterios generales a considerar de forma meticulosa e inclusiva, debido a que estos permiten hacer un acercamiento a delimitar si un grupo es una comunidad indígena. En este respecto, Martínez Cobo establece:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales<sup>45</sup>.

Tomando estos elementos en cuenta, el derecho a la identidad cultural se define sobre la base del individuo o colectivo indígena, como establece la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO) sobre la diversidad cultural. Identificar a la persona o colectivo, permite dilucidar su identidad cultural, es decir este derecho es: “[un] [...] conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define.”<sup>46</sup> Pues, la identidad cultural es subjetiva y se nutre de la cosmovisión del individuo, la cual constituye su forma de entender y relacionarse con el mundo.

---

<sup>44</sup> Ver. Sentencia 113-14-SEP-CC.

<sup>45</sup> Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas* (Ginebra: Departamento de la ONU de Asuntos Económicos, Sociales de Pueblos Indígenas, 2009), 8.

<sup>46</sup> Oswaldo Ruiz-Chiriboga, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, una mirada desde el Sistema Interamericano”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Número 5, Año 3 (2006), 44.



De lo anterior se puede establecer que, este derecho está conformado por el respeto a una forma de percibir el mundo, dejando que el individuo pertenezca al colectivo sin discriminación y a su vez garantizando que este colectivo pueda seguir con su proyecto cultural específico sin ser asimilado. Esto, sin restringir la posibilidad que sea el mismo el grupo quien decida cambiar o adoptar otras prácticas. Por ende, el respeto a su cosmovisión asegura justamente la posibilidad de que esta cambie o se ramifique hacia donde el colectivo escoja<sup>47</sup>.

Adicionalmente, el derecho a la identidad cultural implica una protección agregada por parte de los Estados y la comunidad internacional, ya que se busca preservar el patrimonio cultural de la humanidad, es decir, las prácticas, costumbres y tradiciones que nutren la diversidad cultural mundial. Por ende: “no puede exigirse al Estado que proteja y promueva la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en sus territorios. Este derecho únicamente recae en los grupos étnico-culturales.”<sup>48</sup>

Con este objetivo, tanto el Convenio 169 de la OIT, como la Declaración de la ONU y posteriormente la Declaración de la Organización de Estados Americanos sobre Pueblos Indígenas, promueven la interculturalidad alejándose de la tradición anterior de asimilación. Este distanciamiento de preceptos discriminatorios también se ha reflejado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a través de la interpretación legítima de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que es un instrumento vivo que responde a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos<sup>49</sup>. Asimismo, para solidificar los preceptos que promueven la identidad cultural de pueblos indígenas, los instrumentos internacionales mencionados, ya contemplan la posibilidad de un sistema pluralista, que interactúa con las instituciones jurídicas y políticas, indígenas y ordinarias<sup>50</sup>. Por más que la teoría del derecho internacional de los derechos humanos se desarrolle en esta dirección

---

<sup>47</sup> Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas* (Ginebra: Departamento de la ONU de Asuntos Económicos, Sociales de Pueblos Indígenas, 2009), 4.

<sup>48</sup> Oswaldo Ruiz-Chiriboga, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano”, *Revista Internacional de Derechos Humanos, Número 5, Año 3* (2006), 48.

<sup>49</sup> Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, párr. 125-127.

<sup>50</sup> Artículo 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Resolución, Asamblea General de la ONU, A/RES/61/295, 13 de septiembre de 2007.

actualmente, aun se requiere que la normativa interna y las prácticas de los Estados se adapten a estas realidades, un vacío que todavía se observa en el Ecuador.

#### **4.1. La universalidad y el relativismo cultural**

La característica de universalidad de los derechos humanos se ha visto enfrentada a distintas críticas, tanto por aquellos Estados que buscan evadir sus deberes internacionales, como por grupos que demandan un legítimo reconocimiento de sus tradiciones y cultura<sup>51</sup>. Aunque la pluralidad de realidades está considerada inclusive en la definición de los derechos humanos, se entiende que todas las personas son beneficiarias de estos por la relación intrínseca con la dignidad humana<sup>52</sup>; a saber, la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla estos amplios parámetros en su artículo 2: “[...] [las personas tienen derechos humanos] sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”<sup>53</sup>

A pesar de convenir sobre los distintos condicionamientos de los individuos y colectivos, la universalidad propone los mismos derechos humanos para todas las personas, cuestión que resulta problemática frente a la defensa de la diversidad cultural. Entonces, ¿debería hacerse una excepción a la universalidad en busca de un mayor amparo a otros derechos como la identidad cultural?

Frente a este debate, la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Karima Bennoune, recomienda cautela en cuanto a lo que posiblemente se está cediendo por medio de estas discusiones, pues podría resultar más perjudicial para minorías y grupos vulnerables<sup>54</sup>. No obstante, la búsqueda de excepciones a la universalidad también es un mecanismo usado por colectivos que no responden a la perspectiva mayoritaria occidental,

---

<sup>51</sup> Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Informe, Asamblea General de la ONU, A/73/227, 15 de julio de 2018, 4.

<sup>52</sup> David Hollenbach, “A Communitarian Reconstruction of Human Rights: Contributions from Catholic Tradition”, en *Catholicism and Liberalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), 138.

<sup>53</sup> Artículo 2, Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución. Asamblea General de la ONU, A/RES/217 (III), 10 de diciembre de 1948.

<sup>54</sup> Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, “Karima Bennoune, UN Special Rapporteur in the field of cultural rights” ACNUDH, (2015).

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/CulturalRights/Pages/KarimaBennoune.aspx>

ya que aspiran obtener el reconocimiento de la diversidad cultural y generalmente este objetivo es equiparado con la doctrina del relativismo cultural<sup>55</sup>.

Esta teoría contrastante se nutre de perspectivas de la filosofía y antropología, repudiando los absolutos en temáticas como la moralidad del humano, su cosmovisión y sus valores<sup>56</sup>. Por más que el derecho internacional de los derechos humanos discrepe del relativismo cultural y lo defina como una amenaza para los derechos humanos<sup>57</sup>, esta doctrina todavía se encuentra en boga y tiene tracción a nivel internacional.

No obstante, muchos autores han desarrollado posturas que amalgaman estos conceptos, promoviendo una mayor protección para grupos vulnerables, y -a su vez- protegiendo la universalidad de los derechos humanos contra los Estados que buscan beneficiarse de la discusión. Eva Brems, por ejemplo, propone una doctrina que trata aspectos promovidos por el relativismo cultural y el particularismo contemporáneo, como parte de la universalidad de los derechos humanos, teoría que es conocido como universalidad inclusiva<sup>58</sup>. Donde ella busca que se incorporen las perspectivas divergentes de todas las comunidades de forma equitativa, tomando en consideración justamente la idea de universalidad, pero volviéndola más accesible a la diversidad cultural<sup>59</sup>. Algo que requiere la inclusividad de estos grupos al momento de llegar a los consensos e interpretación de instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>60</sup>.

Ahora bien, la cosmovisión distinta lleva a roces entre los sistemas de derecho consuetudinario, ordinario e internacional público. Aunque se trata de disminuir el rol de Latinoamérica en el desarrollo de diversos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como establece Mary Ann Glendon, su influencia fue considerable.<sup>61</sup> Empero, no fueron las minorías las que apoyaron su creación, por ende, se sigue aplicando interpretaciones basadas en ideales que se remontan a la colonización del continente,

---

<sup>55</sup> Eva Brems, “Reconciling Universality and Diversity in Human Rights Law” en *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism* (Dordrecht: Springer, 2004), 217.

<sup>56</sup> Id. 213-214.

<sup>57</sup> Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Informe, Asamblea General de la ONU, A/73/227, 15 de julio de 2018, 4.

<sup>58</sup> Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2001).

<sup>59</sup> Id. 223

<sup>60</sup> Ídem.

<sup>61</sup> Mary Ann Glendon, “The forgotten crucible: The Latin American influence on the universal human rights idea”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16 (2003), 39.

perpetuadas por estructuras de poder existentes en ese contexto<sup>62</sup>. Por este motivo, muchas veces son los mismos derechos humanos los que actúan como límites a la garantía del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, afectando otros instrumentos ligados a este, como la posibilidad de resolver conflictos dentro de la jurisdicción comunal.

No obstante, es importante reconocer que existen ciertas prácticas reiteradas que no son concordantes con el proyecto de derechos humanos global, sin ser el mero resultado de una interpretación arbitraria que no considera el principio de interculturalidad. Es decir, el derecho a la identidad cultural se debe respetar al momento de analizar cada caso y no se debe imponer cargas mayores que al sistema ordinario, a la jurisdicción consuetudinaria – sea justicia indígena o no- solo por el origen de la práctica en cuestión, pero tampoco se debe menoscabar derechos humanos<sup>63</sup>.

Un caso reconocido, es el esfuerzo por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en cuanto a la abolición de la mutilación genital femenina en regiones de Asia, África y el Medio Oriente<sup>64</sup>. Aunque, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, repudia las prácticas reiteradas que tienen un trasfondo discriminatorio contra la mujer; no se puede negar su conexión con la identidad cultural de los pueblos que la practican<sup>65</sup>. Inclusive, en sectores donde las mismas mujeres están de acuerdo con la abolición de la mutilación genital femenina, el cambio es complejo debido a las implicaciones sociales de no haber pasado por este procedimiento<sup>66</sup>.

Sin embargo, es importante recalcar que las mujeres suelen ser discriminadas incluso dentro de su misma comunidad o grupo indígena, al igual que por el sistema estatal ordinario<sup>67</sup>. Consideración que el ordenamiento ecuatoriano tomó en cuenta al momento de positivizar la justicia indígena en el artículo 171 de la Constitución, donde se establece que

---

<sup>62</sup> Juan José Guzmán, “Decolonizing Law and expanding Human Rights: Indigenous Conceptions and the Rights of Nature in Ecuador”, *Deusto Journal of Human Rights No.4* (2019), 69.

<sup>63</sup> Alonso Gurmendi. “Their Way of Punishing” Corporal Punishment by Indigenous Peoples and the Prohibition of Torture”, *Social Science Research Network Electronic Journal* (2015), 26.

<sup>64</sup> Phillip Alston y Ryan Goodman. “Conflict in Culture, Tradition and Practices: Challenges to Universalism” en *International Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 563-568.

<sup>65</sup> Artículo 4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, ratificada por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

<sup>66</sup> Phillip Alston y Ryan Goodman. “Conflict in Culture, Tradition and Practices: Challenges to Universalism” en *International Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 563-568.

<sup>67</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Brochure Mujeres Indígenas* (N/D: CIDH, 2017),

necesariamente deben participar las mujeres indígenas en los procesos que caigan bajo su jurisdicción<sup>68</sup>. Esto ha solidificado el rol de la mujer dentro de los procedimientos sancionatorios, sobre todo en comunas donde es ella la que ejecuta la pena impuesta<sup>69</sup>. Implementando el principio de mujeres empoderadas sugerido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde se busca que las mujeres indígenas sean percibidas como actrices esenciales del cambio y no solo víctimas<sup>70</sup>. Sin embargo, la violencia sistemática a la mujer indígena también se traduce a la vulneración de la identidad cultural del grupo, debido a que las mujeres son: “[...] reconocidas como las protectoras y guardianas de los valores culturales y las garantes de la permanencia de sus pueblos.”<sup>71</sup>

No obstante, las mujeres indígenas en Ecuador siguen siendo víctimas de violencia de género, concretamente sexual y doméstica que no es judicializada tanto en los sistemas de justicia comunal como ordinario<sup>72</sup>. Llevando a que ellas tengan cargas mayores comunitarias, que aquellas que se aplican a los hombres, por ejemplo, en el caso del adulterio<sup>73</sup>. Entonces, las mujeres indígenas requieren que se considere la perspectiva de género ante la jurisdicción indígena como ordinaria, para la plena vigencia de sus derechos humanos y constitucionales.

Por otro lado, el debate en torno a prácticas reiteradas y la idea de universalismo de los derechos humanos se ha desarrollado en cuanto a la capacidad sancionatoria de la jurisdicción indígena, porque no se conciben como legítimas a las formas de sancionar que existen dentro de este sistema jurídico, al poner en tela de duda la real aplicación de derechos y principios tales como el debido proceso. Esther Sánchez, perita dentro del caso La Cocha II y experta en el sistema jurídico de la nacionalidad Kichwa, profundizó sobre el *Chiskqui yazca* o purificación de la comunidad, estipulando: “La ritualidad del arrepentimiento y pedida de perdón son necesarios, pues trascienden a toda la comunidad, a fin de evitar que en el futuro se cometan infracciones, restableciéndose el orden.”<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> Artículo 171, Constitución del Ecuador, 2008.

<sup>69</sup> Jaime Vintimilla, “Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actrices - un estudio comparativo entre Ecuador y Perú”, en *Mujeres indígenas y justicia ancestral* (Quito: UNIFEM, 2009), 75.

<sup>70</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Brochure Mujeres Indígenas* (N/D: CIDH, 2017),

<sup>71</sup> Id.10.

<sup>72</sup> Fernando Criollo, “La activista ambiental Nina Gualinga rompe el silencio para denunciar violencia de género”, *El Comercio* (2020), <https://www.elcomercio.com/tendencias/ambiental-nina-gualinga-violencia-genero.html>

<sup>73</sup> Jaime Vintimilla, “Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actrices - un estudio comparativo entre Ecuador y Perú”, en *Mujeres indígenas y justicia ancestral* (Quito: UNIFEM, 2009), 75.

<sup>74</sup> Francisco Bravo, “Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador” (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 18.

No obstante, frente a las penas corporales que impone la justicia comunal existen perspectivas que apoyan que estas sean analizadas como tortura o tratos crueles, degradantes e inhumanos. Si llegara a definirse que estas prácticas reiteradas de pueblos indígenas son equiparables a estas violaciones de derechos humanos, no solo se pondría nuevamente en cuestión la legitimidad de este sistema frente al ordinario, pero, se promovería un retroceso en su derecho a la identidad cultural<sup>75</sup>.

Esto no quiere decir que no existen límites a las penas corporales que pueden imponer, pues, aún deben superar los estándares internacionales con relación a la tortura y los tratos crueles, degradantes e inhumanos, específicamente la intencionalidad del acto, el dolor o sufrimiento causado por este y el propósito detrás de esta imposición<sup>76</sup>. Sin embargo, en el contexto de grupos indígenas también se debe analizar el impacto de las decisiones de la justicia indígena en un sentido comunitario, donde se observa como los actos de un individuo afectan a la armonía de toda la comunidad<sup>77</sup>.

Debido a que una variedad de estos castigos corporales son formas de purificación - como el uso del agua helada y la ortiga- la Corte Constitucional ecuatoriana fue clara al establecer que no todas las penas corporales equivalen a tortura o tratos crueles, degradantes e inhumanos, debido a que no cumplen con los estándares internacionales al respecto<sup>78</sup>, ya que: “las mismas tienen como única finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados.”<sup>79</sup> Cabe destacar que esta decisión respeta la tendencia internacional garantista del derecho a la identidad cultural sin menoscabar el carácter de *jus cogens* de la tortura y los tratos crueles, degradantes e inhumanos<sup>80</sup>.

Sin embargo, el problema central en torno a las restricciones del poder sancionatorio de la justicia indígena sigue en pie, reflejado en la falta de competencia en conflictos que versan sobre el derecho a la vida. Por ende, al no aplicar un lente intercultural que entienda y respete la cosmovisión indígena – como establece la Constitución y el Código Orgánico de

---

<sup>75</sup> Oswaldo Ruiz-Chiriboga, "Indigenous corporal punishment in Ecuador and the prohibition of torture and ill treatment", *American University INT'L L. REV* (2013), 988.

<sup>76</sup> Ídem.

<sup>77</sup> David Hollenbach, "A Communitarian Reconstruction of Human Rights: Contributions from Catholic Tradition", en *Catholicism and Liberalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), 144.

<sup>78</sup> Oswaldo Ruiz-Chiriboga, "Indigenous corporal punishment in Ecuador and the prohibition of torture and ill treatment", *American University INT'L L. REV* (2013), 989.

<sup>79</sup> Sentencia 113-14-SEP-CC, Corte Constitucional Ecuador, 30 de julio de 2014, 45.

<sup>80</sup> Alonso Gurmendi. "Their Way of Punishing" Corporal Punishment by Indigenous Peoples and the Prohibition of Torture", *Social Science Research Network Electronic Journal* (2015), 26.

la Función Judicial- se pone en riesgo la capacidad de imponer sanciones diferentes a aquellas que vienen del sistema ordinario. Es decir, el Estado ecuatoriano espera que el solo reconocimiento normativo de sus derechos baste para los pueblos indígenas. Ocasionando que la aplicación del derecho a la resistencia se vuelva una necesidad para oponerse a abusos por parte de esta entelequia jurídica, algo que nuevamente incomoda a la sociedad y al sistema ordinario<sup>81</sup>. Para profundizar sobre el derecho a la identidad cultural, entonces, se debe analizar justamente lo que implica el bien jurídico vida.

#### **4.2. Autodeterminación de los pueblos**

Para poder determinar si existe una vulneración al derecho a la identidad cultural por las limitaciones a la capacidad sancionatoria de la justicia indígena, se debe necesariamente analizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos (también conocido como derecho a la libre determinación). Este principio fue uno de los catalizadores para los derechos de las comunidades indígenas a nivel internacional, especialmente con su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>82</sup>. Originalmente, este precepto no se refería directamente a los pueblos que habitaban dentro de los Estados, sino que era una forma de proteger la soberanía a nivel internacional, pero, eventualmente se extendió su interpretación a pueblos indígenas<sup>83</sup>.

Este avance es relativamente nuevo en comparación con otras ramas del derecho, por ende, aún existe mucho debate en cuanto su alcance y definición. Sin embargo, James Anaya hace una aproximación, al establecer que el derecho a la autodeterminación versa sobre el poder decisorio por parte de un colectivo o los individuos que lo conforman sobre su proyecto social, cultural y jurídico a futuro<sup>84</sup>.

Para poder ejercer este derecho, las nacionalidades indígenas necesitan que el Estado cumpla con sus obligaciones positivas y negativas. Es decir, que implemente estructuras

---

<sup>81</sup> Raúl Llásag, “Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte, caso la Cocha”, en *Cuadernos para la Interculturalidad N° 10* (Quito: Dirección de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades, N/D), 36-38.

<sup>82</sup> Juan José Guzmán, “Decolonizing Law and expanding Human Rights: Indigenous Conceptions and the Rights of Nature in Ecuador”, *Deusto Journal of Human Rights No.4* (2019), 69.

<sup>83</sup> Daniela Salazar, “Aplicabilidad de la Justicia Indígena en Ecuador: Una Base Conceptual y Diez Preguntas Puntuales” (tesis pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2003), 32.

<sup>84</sup> Ver. James Anaya, “International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State” *21 ARIZ. J. INT'L & COMP. L.* 13 (2004),38.

dentro del ordenamiento jurídico, al igual que políticas públicas que promuevan esta independencia y legitimidad decisoria, mientras, respeta su ámbito de autodeterminación y se abstenga de ingresar a la esfera de los derechos colectivos e individuales. Entonces, no solo basta con el mero reconocimiento en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, se necesita el respeto real de la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus prácticas ancestrales.

En este sentido, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos ancestrales de forma expresa como derecho colectivo en el artículo 57 numeral 1 de la Constitución, que contempla: “[reconoce el derecho a] Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.”<sup>85</sup> Por medio de este artículo, nuevamente se demarca la distinción en cuanto a la cosmovisión de las comunidades ancestrales, recalando que se debe respetar esta forma distinta de ser y organizarse.

Adicionalmente, en la sentencia 004-14-SCN-CC, la Corte Constitucional hizo una interpretación de la aplicación de este artículo, estableciendo que -debido al reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico- se debe tratar al sistema ordinario y a la justicia indígena con igual legitimidad. Esto garantiza la aplicación del derecho a la identidad cultural a través de una visión intercultural, que deben usar los operadores de justicia si es que se confrontan a circunstancias de pueblos indígenas, que caigan bajo la jurisdicción ordinaria<sup>86</sup>.

Lo anterior es especialmente complejo, debido al sesgo de los operadores judiciales en cuanto a la existencia de la justicia indígena y el desconocimiento del contexto o diversidad cultural de cada grupo<sup>87</sup>. Si bien se han hecho esfuerzos para mejorar esta brecha de conocimiento a través de convenios entre la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador y el Consejo de la Judicatura<sup>88</sup>- intentando cumplir con el artículo 346 del Código Orgánico de la Función Judicial en cuanto a coordinación y cooperación de la justicia

---

<sup>85</sup> Artículo 57 numeral 1, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, de 20 de octubre de 2008, reformada por última vez el 14 de febrero de 2018.

<sup>86</sup> Sentencia 004-14-SCN-CC, Corte Constitucional Ecuador, 6 de agosto de 2014, 13-24

<sup>87</sup> Jaime Vintimilla, *Ley Orgánica de Cooperación y Coordinación entre la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria Ecuatoriana: ¿Un Mandato Constitucional Necesario o una Norma que Limita a los Sistemas de Justicia Indígena?* (Quito: Cevallos, 2012), 37-38.

<sup>88</sup> Consejo de la Judicatura, “Consejo de la Judicatura y CONAIE institucionalizan la creación de la Mesa por la Justicia Indígena”, *Consejo de la Judicatura* (2018)

<http://funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/7057-consejo-de-la-judicatura-y-conaie-institucionalizan-creaci%C3%B3n-de-la-mesa-por-la-justicia-ind%C3%ADgena.html>



indígena con el sistema estatal<sup>89</sup> - estos proyectos no se han puesto en práctica completamente, cuestión que demuestra la dificultad en la aplicación de los principios interculturales de la ley.

Por otro lado, la sentencia 004-14-SCN-CC también versa sobre la aplicación del tipo penal de genocidio a pueblos en aislamiento voluntario o en reciente contacto. Donde contempla que no se puede aplicar los mismos tipos penales a estos grupos indígenas, inclusive examinando la teoría penal del error de prohibición culturalmente condicionado<sup>90</sup>. Estas consideraciones demuestran la importancia de la autodeterminación en su matiz de sistema jurídico-social y los riesgos de la aplicación del derecho ordinario, a personas y colectivos que no comparten elementos contextuales necesarios ni una cosmovisión.

Entonces, el derecho a la autodeterminación también conlleva la supervivencia cultural, pues esta es la forma en que pueden seguir desarrollando su manera de percibir el mundo y continuar forjándose a futuro. La autodeterminación implica que no se puede encasillar a un colectivo en un tiempo específico y esperar que no decidan, por voluntad propia, evolucionar en el futuro. En consecuencia, requieren: “[...] un amplio grado de autodeterminación y control sobre su destino político para la preservación de su cultura.”<sup>91</sup>

En este sentido, el artículo 96 de la Constitución asegura el involucramiento de la sociedad en los procesos que incidan en la política<sup>92</sup>. Pero debido a una divergencia de procesos de opresión históricos y de accesibilidad, se requieren medidas especiales para asegurar la participación política de los pueblos indígenas en el Ecuador.

De igual manera, la conservación de un pueblo indígena también tiene relación con su supervivencia física a través de la integridad de sus miembros, sus territorios ancestrales y los recursos que se encuentran en ellos<sup>93</sup>. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos refirió el caso de los pueblos en aislamiento voluntario Tagaeri y Taromenane a la Corte IDH, por la violación de los derechos contemplados en la Convención

---

<sup>89</sup> Artículo 346, COFJ, 2009.

<sup>90</sup> Sentencia 004-14-SCN-CC, Corte Constitucional Ecuador, 6 de agosto de 2014, 21.

<sup>91</sup> Oswaldo Ruiz-Chiriboga, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, una mirada desde el Sistema Interamericano”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Número 5, Año 3 (2006) 56.

<sup>92</sup> Artículo 96, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>93</sup> Ver. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Informe, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2002/97, 4 de febrero de 2002. 16-18.

Americana de Derechos Humanos, especialmente el derecho a la vida y la integridad personal por la extensión de zonas de explotación petrolera y minera<sup>94</sup>.

En definitiva, hasta que el Estado ecuatoriano no corrija las restricciones prácticas que únicamente se impone a la jurisdicción indígena, este sistema no podrá desarrollarse y actuar con igual legitimidad al ordinario. Pero, esto implica un cambio profundo de la perspectiva actual de los servidores públicos; algo alcanzable por medio de una voluntad real de activar espacios de cambio como planes piloto y capacitaciones por parte de personas legitimadas para esto por parte de las mismas comunidades indígenas, considerando la necesidad de representación de estas. Solo de esta manera se podrá asegurar la libre determinación, protegiendo la diversidad cultural y dejando que esta evolucione hacia donde decida pertinente.

#### **4.2.1. Caso La Cocha II y el derecho a la autodeterminación**

La sentencia del caso La Cocha II no tomó en cuenta la autodeterminación como parte del derecho a la identidad cultural, al establecer la regla jurisprudencial que restringe la capacidad de la justicia indígena para sancionar casos que versan sobre el derecho a la vida. La Corte Constitucional entiende que cuando el bien jurídico protegido es la vida, no basta con la sanción impuesta por la comunidad que se enfoca justamente en la reparación colectiva, mas no en el procesamiento por el simple hecho de versar sobre el bien jurídico vida<sup>95</sup>. Es decir, esta comparación entre el sistema jurídico comunal y el sistema jurídico ordinario busca demostrar que la decisión del primero es menos legítima debido a que no cumple los fines que persigue segundo.

Asimismo, la sentencia establece que no se estaría menoscabando el derecho a la autodeterminación, debido a que este sistema se ve enfrentado a las limitaciones que establece la Constitución y los derechos humanos. Pero, al hacer este análisis la misma Corte Constitucional contradice los principios que se deben seguir según la propia normativa ecuatoriana y los instrumentos internacionales aplicables, en especial el Convenio 169 de la OIT, ya que debe: “[...] de manera obligatoria, [tener] en cuenta sus particulares

---

<sup>94</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La CIDH presenta caso sobre Ecuador ante la Corte Interamericana” *Comunicado de prensa* (2020), <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/245.asp>

<sup>95</sup> Sentencia 113-14-SEP-CC, Corte Constitucional ecuatoriana, 30 de julio de 2014, 22.

características y condiciones económicas, sociales y culturales.”<sup>96</sup> De esta forma el Estado justifica una imposición y perjuicio al derecho a la identidad cultural, al no permitir que la justicia indígena se base en sus propias creencias y cosmovisión, imponiéndole inclusive, una definición de la vida.

Además, al establecer la regla jurisprudencial, la Corte Constitucional restó seguridad jurídica a las decisiones emitidas por el sistema jurídico comunal, al irrespetar el principio *ne bis in idem* recogido en el artículo 344 inciso c del Código Orgánico de la Función Judicial, que aclara: “Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;”<sup>97</sup> Pues, por medio de la decisión de la Corte, se abre la posibilidad de volver a juzgar a una persona, aún después de que ya haya sido sentenciado en una causa por un juez natural e inclusive haya cumplido con las sanciones impuestas con el fin de sanar a su comunidad y rehabilitarse<sup>98</sup>.

Este precedente jurisprudencial justifica actuaciones por parte de la jurisdicción ordinaria que deslegitiman la existencia de la justicia indígena como un sistema paralelo e igual. Algo que ya se vio anteriormente en el caso La Cocha I, donde el juez de primera instancia de lo penal se negó a conocer un caso que versaba sobre el derecho a la vida, porque ya fue sentenciado dentro de un proceso comunal; mientras que el juez de segunda instancia no reconoció la competencia de este sistema para conocer casos sobre delitos “graves”<sup>99</sup>. Desconociendo así al sistema jurídico indígena y reforzando la idea de que solo sirve para cuestiones pequeñas y cotidianas, volviéndolo un sistema manejable y desestimado a favor del estatal.

### **4.3. Derecho a la consulta previa, libre e informada**

Parte fundamental del derecho a la identidad cultural, es la obligación de ser consultado por parte del Estado. Esta obligación estatal tiene como objetivo garantizar el derecho colectivo de los pueblos indígenas, específicamente promoviendo su diversidad

---

<sup>96</sup> Francisco Bravo, “Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 73.

<sup>97</sup> Artículo 344 inciso c, COFJ.

<sup>98</sup> Artículo 86, COFJ.

<sup>99</sup> Ximena Ron, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 59.

cultural, autodeterminación y supervivencia, como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”<sup>100</sup>

Por medio de estos mecanismos, se busca impulsar la participación de grupos indígenas para abolir la histórica exclusión de procesos donde se versan sus derechos o intereses legítimos<sup>101</sup>. Pues, como el Convenio 169 de la OIT esclarece, son los mismos pueblos indígenas quienes deciden sobre sus propias prioridades y proyecciones a futuro<sup>102</sup>.

Esto, considerando que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante CERD) determinó que la consulta forma parte de los derechos políticos de las comunidades indígenas, obligando a que los Estados no solo positivicen normas al respeto, sino que aseguren su aplicación en la práctica<sup>103</sup>. La extensión del artículo 21 sobre derechos de la propiedad en la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de la Corte IDH comparte la misma idea<sup>104</sup>. Por lo tanto, en el caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, la Corte IDH distinguió entre el derecho a la consulta y el consentimiento que pueden otorgar las comunidades ancestrales, con miras a que este requerimiento adicional actúe como una garantía más para sus derechos colectivos<sup>105</sup>. Esta cuestión ya fue demostrada como compleja, especialmente debido a las limitaciones reales que tiene la justicia abierta y a su vez la aplicación de la ley en el Ecuador.

No obstante, la Constitución ecuatoriana delimita la existencia y aplicación del derecho a la consulta previa, libre e informada en su artículo 57 numeral 7 y 17, especificando sobre qué se debe consultar: “[...] sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan

---

<sup>100</sup> Artículo 1 numeral 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

<sup>101</sup> Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos Colombia, *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa libre e informada* (Colombia: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, 2011) 9-10.

<sup>102</sup> Artículo 7, Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998.

<sup>103</sup> Oswaldo Ruiz-Chiriboga, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, una mirada desde el Sistema Interamericano”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Número 5, Año 3 (2006), 57.

<sup>104</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, párr 137.

<sup>105</sup> Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, párr. 137.

afectarles ambiental o culturalmente [...] [o la] adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.”<sup>106</sup>

Este tema se torna especialmente relevante, cuando las posibles medidas versan sobre sus tierras ancestrales o los recursos naturales dentro de su territorio. Debido a que las nacionalidades indígenas comparten un vínculo intrínseco e interdependiente con la tierra y los recursos que se encuentran en esta, sin importar si es que practican estilos de vida sedentario o nómada<sup>107</sup>. En esta línea, la Corte IDH, en concordancia con la Relatora Especial para la diversidad cultural, describe la importancia de esta relación al estipular: “[...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.”<sup>108</sup>

De igual manera, el territorio también es sumamente relevante, al ser uno de los requisitos para ejercer la jurisdicción indígena según el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Acarreando la conclusión lógica de que mientras más territorio cedan, menor será el ámbito de aplicación su jurisdicción, por ende, se afectaría su capacidad sancionatoria. Esta conclusión es peligrosa y lleva a que sentencias como la de la Corte Constitucional con respecto a la Ley de Minería, 001-10-SIN-CC, tenga que recalcar que no se pueden otorgar concesiones mineras sin consultar a los pueblos indígenas respectivos.

Pero, aunque se repite la idea de un “territorio”, la Constitución no define este concepto ni sus parámetros. Sin embargo, la jurisprudencia ecuatoriana e interamericana ha favorecido una interpretación amplia de este término, con miras a que no se entienda exclusivamente como el espacio geográfico en donde se asentó históricamente una comunidad, sino que abarque “aquellas [tierras] que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales.”<sup>109</sup>

Sobre este tema, la Corte Constitucional a través de su sentencia 20-12-IN/20, abordó el reconocimiento de la posesión de la tierra de las comunidades indígenas, al declarar la

---

<sup>106</sup> Artículo 57 numeral 7 y 17, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>107</sup> Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, “Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas.” *Folleto Informativo 9 Rev. 2.* (2010), 3.

<sup>108</sup> Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, párr. 131.

<sup>109</sup> Francisco Bravo, “Caso “La Cocha” un precedente negativo para el pluralismo jurídico en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 27.

inconstitucionalidad del acuerdo del Ministerio del Ambiente, donde se pretendía establecer una zona protegida sin obtener el consentimiento de las nacionalidades de la zona e ignorando el resto de los parámetros internacionales sobre el tema<sup>110</sup>. Esto, reconociendo la tendencia contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, donde se entiende que las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas corresponden a un régimen *sui generis*.<sup>111</sup>

Complementando este precepto, es importante recalcar que la relación de los grupos indígenas con el territorio no se basa exclusivamente en los usos que pueden dar a recursos naturales, sino, buscan la reciprocidad y salud del ecosistema, compartiendo una perspectiva de propiedad colectiva sobre el territorio<sup>112</sup>. Visión que ha sido constantemente irrespetada a favor de ideales extractivistas o intereses económicos, como expresaron las comunidades waorani en una carta abierta dirigida al gobierno ecuatoriano que estipulaba: “Nuestro territorio ancestral no es un bloque petrolero. Es nuestra vida.”<sup>113</sup>

Con el propósito de otorgar una mayor protección, la Corte IDH en el caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku c. Ecuador implementó otra salvaguarda de origen técnico, a través de un estudio de impacto ambiental. Todas estas medidas adicionales implementadas por la Corte IDH en relación con el derecho de consulta fueron agregadas justamente por los abusos que se presentaban al momento de cumplir con la obligación de consultar a los pueblos, muchas veces recurriendo a engaños o a la fuerza para obtener una aceptación, incumpliendo el principio de buena fe<sup>114</sup>. Este método fue aplicado justamente por un grupo de técnicos en Ecuador, al ofrecer beneficios en nombre del gobierno (de los que las comunidades ancestrales ya eran acreedores, de acuerdo con sus derechos humanos y constituciones) a 16 nacionalidades indígenas, sin informar que los supuestos beneficios se

---

<sup>110</sup> Ver. Sentencia 20-12-IN/20, Corte Constitucional Ecuador, 1 de julio de 2020,

<sup>111</sup> James Anaya, “International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move Toward the Multicultural State” 21 *ARIZ. J. INT'L & COMP. L.* 13 (2004), 38.

<sup>112</sup> Caso Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku c. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, párr. 145-147.

<sup>113</sup> El Universo. “Waorani consiguen fallo judicial para frenar avance de explotación petrolera en Amazonía”. *El Universo* (2019). <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/04/26/nota/7303388/lucha-guerreros-wao-contra-petroleras-amazonia-este-viernes-corte>.

<sup>114</sup> Artículo 6 numeral 2 Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Ginebra, 27 de junio de 1989, ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998.

otorgarían a cambio de una autorización para iniciar proyectos extractivos en sus territorios<sup>115</sup>.

Entonces, aunque existe un desarrollo normativo y jurisprudencial considerable con respecto al derecho a la consulta libre, previa e informada, estos esfuerzos no son suficientes para cambiar las prácticas frecuentes del Estado a través de sus diversos órganos. Esto pone en riesgo constantemente a su poder decisorio frente a sus proyecciones a futuro como colectivo y la posibilidad de mantener su cosmovisión. Adicionalmente, el incumplimiento del derecho a la consulta restringe su capacidad sancionatoria al arrebatarle territorio a su jurisdicción. La realidad actual frente a este derecho evidencia la necesidad de medidas que atraigan mayor atención internacional al tema, con el fin de ejercer su derecho a la identidad cultural como está positivizada y olvidada en el ordenamiento jurídico.

## **5. Conclusiones**

El derecho a la identidad cultural sigue siendo una rama nueva del derecho internacional de los derechos humanos que se encuentra en constante desarrollo, por ende, aún hay mucha confusión en torno a lo que de hecho garantiza y bajo que preceptos podría responder un Estado. No obstante, hay un entendimiento base en torno a los derechos de los pueblos indígenas y los temas que son relevantes para solidificar el respeto a su diversidad cultural.

Ahora bien, en el Ecuador el ordenamiento jurídico está diseñado para que la jurisdicción indígena pueda tener plena vigencia e igual legitimidad al sistema ordinario. Sin embargo, este marco normativo claramente no es aplicado en la práctica y la falta de delimitación de los preceptos fundamentales para la plena vigencia del derecho a la identidad cultural -como la zona geográfica- produce confusión y abre otros senderos para menoscabar los derechos de los pueblos indígenas.

Algo que se evidenció con la decisión de la Corte Constitucional en torno a la regla jurisprudencial del caso La Cocha II, donde no solo se estableció que los grupos ancestrales no tienen jurisdicción sobre casos que versan sobre el derecho a la vida, sino que su definición de un concepto tan fundamental como este era deficiente y debía ser equiparado al del sistema

---

<sup>115</sup> El Universo. “Waorani consiguen fallo judicial para frenar avance de explotación petrolera en Amazonía”. El Universo (2019). <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/04/26/nota/7303388/lucha-guerreros-wao-contra-petroleras-amazonia-este-viernes-corte>.

ordinario. Demostrando que los límites que estableció la regla jurisprudencial no se enfocan en la aplicación de su sistema jurídico-social, mas en la redefinición de su identidad cultural.

Nuevamente señalando que, aunque los derechos humanos son inherentes a la dignidad, las relaciones de poder siguen otorgando un privilegio sustancial al Estado occidentalizado. Consideraciones que resultan sumamente gravosa al buscar que servidores públicos -provenientes del sistema ordinario- respeten los mismos principios interculturales establecidos en la Constitución.

Es decir, que el derecho a la identidad cultural en Ecuador requiere de un esfuerzo activo de legitimación por parte del sistema ordinario. Sobre todo, en el ámbito de la autodeterminación y la proyección a futuro de una comunidad. Debido a que no se puede continuar promoviendo la idea de que el sistema de justicia indígena sirve exclusivamente para cuestiones pequeñas dentro de un grupo específico.

Es indispensable, además, que se reconozca el derecho a la propiedad según la cosmovisión de las comunidades indígenas, pues solo así el derecho a la consulta libre, previa e informada se materializará en la realidad y es ahí cuando verdaderamente habrá un respeto a las formas de vida de las comunidades ancestrales. Para lograr esto, necesariamente deben ser los mismos pueblos indígenas los que hagan estas delimitaciones sobre la base de su cosmovisión.

En esta materia, la Corte Constitucional ecuatoriana ha avanzado en cuanto al respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Muchas veces sorprendiendo por el progresismo de su visión. Sin embargo, la inconstancia en sus decisiones crea inseguridad jurídica. Mas, la tendencia garantista del derecho a la identidad cultural no solo se proyecta en sede interna, sino también internacional, situación que podría inclusive llevar a un cambio en los precedentes de la Corte Constitucional.

No queda duda que, el precedente de La Cocha II fue nefasto para el poder sancionatorio de la justicia comunal en Ecuador. Permitiendo que se vulnere el principio de *ne bis in ídem* y quitándole la seguridad jurídica al sistema de justicia indígena. En suma, es posible afirmar que el derecho a la identidad cultural sí se ha visto vulnerado, en razón de las limitaciones al poder decisorio de la justicia indígena ecuatoriana.