



# **Crítica y Derecho**

## **Revista Jurídica**

e-ISSN 2737-6281 / p-ISSN 2737-629X

<http://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/criticayderecho/index>

### ***Análisis jurídico a los derechos en contexto***

---

*El Derecho Indígena, su compatibilidad con los Derechos Fundamentales y su aplicabilidad en el sistema jurídico nacional*

*Indigenous Law, its compatibility with Fundamental Rights and its applicability in the national legal system*

**Rodrigo Alejandro Albuja Quintana**

Especialista en Contratación Pública  
Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Ecuador.

Email: [rodrigoalbuja@yahoo.com](mailto:rodrigoalbuja@yahoo.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6012-348>

DOI: <https://doi.org/10.29166/cyd.v1i2.2787>

Recibido: 2019-06-15 / Revisado: 2020-11-01 / Aceptado: 2020-11-30 / Publicado: 2021-01-01



***Crítica y Derecho: Revista Jurídica. Vol. 2(2), (enero-junio, 2021). pp. 14-29.***

---

## RESUMEN

Este trabajo analiza al derecho indígena como derecho fundamental, reconocido por la Constitución de la República del Ecuador y por tratados internacionales. Se realizó un amplio estudio de la doctrina relacionada con este derecho consuetudinario, asimismo, se analizó la normativa legal desde el marco jurídico vigente en función de la realidad que viven las personas amparadas por el derecho indígena y el desapego de la ejecución de los preceptos constitucionales hacia este ordenamiento jurídico, la vulneración se vio reflejada en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional del año 2014 en adelante. Téngase en cuenta que, la doctrina emitida por este alto órgano de interpretación constitucional conforma jurisprudencia vinculante. Hay que considerar que el derecho indígena por su carácter histórico y cultural requiere la aplicabilidad de su ordenamiento jurídico en contexto dentro del garantismo de un derecho ancestral, del que Ecuador está en el deber de facilitar su aplicación dentro de la agenda política nacional. La garantía de la aplicabilidad y efectividad del derecho indígena es una responsabilidad de las instituciones del derecho, de la academia y de la sociedad en su conjunto. Por tanto, se requiere situar a la justicia indígena, dentro del desempeño judicial de primera instancia como jueces constitucionales y de instancias superiores.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, derecho indígena, ordenamiento jurídico, garantismo.

## ABSTRACT

This work analyzes indigenous law as a fundamental right, recognized by the Constitution of the Republic of Ecuador and by international treaties. An extensive study of the doctrine related to this customary law was carried out, likewise, the legal regulations were analyzed from the current juristic framework based on the reality experienced by people protected by indigenous law and detachment from the execution of the constitutional precepts towards this juridic, the impingement was reflected in the judgments issued by the Constitutional Court from 2014 onwards. Hold in mind that the doctrine issued by this high constitutional interpretation body forms binding jurisprudence. It must be considered that indigenous law, due to its historical and cultural nature, requires the applicability of its legal system in context within the guarantee of an ancestral right, of which Ecuador has the duty to facilitate its application within the national political agenda. The guarantee of the applicability and effectiveness of indigenous law is a responsibility of the institutions of law, of the academy and of society as a whole. Therefore, it is necessary to place the indigenous justice, within the judicial performance of the first instance as constitutional judges and of higher instances.

**Keywords:** fundamental rights, indigenous law, legal system, guarantees.

## INTRODUCCIÓN

El derecho indígena visto como un ordenamiento jurídico social, que responde al contexto de las sociedades, siempre se ha enmarcado en el lado de la línea invisible, que solo puede ser ejercido y respetado por quienes están amparados por el derecho indígena, siendo el estado el precursor de este espacio sociopolítico segregarista, fundado en una historia de colonización permanente, que siempre ha dado la apertura

al monopolio jurídico del derecho, ya que la naturaleza estatal se caracteriza por su acaparamiento normativo. De esta manera el derecho indígena, su contextualización, y su reconocimiento constitucional, solo se mantienen como preceptos legales sin su ejecución respectiva, accionar que invisibiliza lo que en verdad representa el derecho indígena, como es la cultura, la producción de conocimiento consuetudinario, que se enmarca en la cotidianeidad que viven las nacionalidades y pueblos indígenas de nuestro Ecuador plurinacional.

Dentro de este contexto, se destaca la lucha por el reconocimiento de esta justicia ancestral, que siempre fue marcada estatalmente dentro de la insurrección. Este monopolio jurídico, ha dado pautas, que se consolidan como producto del miedo estatal frente al reconocimiento de otros derechos, y en mayor medida sobre el reconocimiento de los derechos indígenas, pues basta con la visualización a la evolución histórica de los derechos, para que se pueda entender el costo que conlleva el reconocimiento de los mismos, algunos tratadistas relacionan esta lucha, como el síntoma del que se caracteriza el estado frente a la pérdida de poder, la hegemonía estatal. Que ha llevado a que la evolución de los derechos sea precedida siempre, por luchas sociales, producto de estas malas prácticas de gobernabilidad de los países mono-normativos.

Los estados que se han denominado como plurinacionales, llevan siempre esta evolución histórica implícita en la validación de los derechos indígenas frente al ordenamiento jurídico ordinario. En el Ecuador se puede ver la historia del reconocimiento constitucional del derecho indígena, con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008, donde se pudo alcanzar su tipificación constitucional, acción que se constituyó como un gran logro dentro del monopolio jurídico estatal, pero que actualmente se enfrenta, a la contrariedad del ejercicio práctico del reconocimiento de estos derechos y la efectivización del mismo y aún más a la convivencia con el derecho ordinario y la búsqueda de un mecanismo de coexistencia entre los dos.

Uno de los principales objetivos de esta investigación, es desarrollar dogmáticamente, los derechos fundamentales y su reconocimiento en los derechos indígenas, también el tratamiento de esta coexistencia entre ordenamientos jurídicos, del cual se estudiará su relevancia dentro de la vulneración de derechos, que afectan no solo a una persona, sino a la dignidad de un colectivo. Para lo cual es necesario considerar los parámetros básicos, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, como la constitucionalidad de la norma, la armonía de convencionalidad con los tratados, acuerdos y convenios internacionales, así como, su concordancia con la jurisprudencia vigente de absolencias consultivas. Pues se busca demostrar que este tipo de interpretaciones normativas crean antinomias, donde básicamente se puede encontrar que una disposición constitucional es de directa aplicación pero que en la cotidianidad es necesario que su resolución sea solventada por un órgano de juzgamiento superior dentro de la normativa constitucional.

Es necesario precisar que la vulneración de derechos indígenas, producto del poco entendimiento dogmático de los legisladores y administradores de justicia, podría conllevar a una deficiente aplicación de la norma constitucional, es preciso también destacar que por normativa, todo administrador de justicia se convierte en juez constitucional, por tal razón es fundamental, que estos funcionarios públicos comprendan la naturaleza del derecho indígena, para que de esta manera puedan realizar una adecuada interpretación y reconozcan conflictos pertenecientes a justicia indígena, evitando así posibles vulneraciones de derechos.

Se abordará el análisis sobre la compatibilidad del derecho indígena con los derechos humanos, pues existe en la actualidad una fuerte vertiente de tratadistas que por este limitado entendimiento de la naturaleza del derecho ancestral, consideran que el derecho indígena contraviene los derechos humanos, por lo que, esta investigación se centrará en el desarrollo del derecho indígena, su estructura principal, sus principios fundamentales, de los cuales se desarrolla su aplicación, entre estos: amakilla (no se ocioso), amallulla (no mentir), amashuwa (no robar), principios que están caracterizados y que su concepción teórica corresponde a su derecho consuetudinario.

Dogmáticamente los derechos fundamentales no tienen jerarquía, pues por naturaleza son de igual equivalencia y aplicación, dependerá de instrumentos como la ponderación o la subsunción dentro de los casos prácticos, para definir cual podría prevalecer en algún litigio. Ferrajoli (2006), señala: “que si queremos garantizar un derecho como fundamental debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general y por tanto confiriéndolo igualmente a todos” (p. 117).

Es necesario considerar que la CRE, cuenta desde su concepción iusnaturalista, con el reconocimiento de la plurinacionalidad y del ordenamiento jurídico indígena, señalando a los derechos de los pueblos y nacionalidades, como derechos fundamentales.

Es preciso destacar ciertas imprecisiones jurídicas como el concepto de nación, que en la praxis no ha sido reconocido como una definición de plurinacionalidad, ya que ha sido subsumido por el ordenamiento jurídico ordinario, por lo que tratadistas como Moliner (2007), mencionan que: “nación es la comunidad de personas que viven en un territorio regido todo él, por el mismo gobierno y unidas por lazos étnicos o de historia” (p. 307), esta definición se adapta de mejor manera al desarrollo del derecho indígena y la comprensión de la plurinacionalidad dentro de un estado, destacando características como territorio, comunidad, gobierno y lazos étnicos, que serán fundamentales en el reconocimiento de las nacionalidades dentro de un estado.

Tratadistas en derecho han analizado y desarrollado el concepto de nación, pero bajo los parámetros de un solo ordenamiento jurídico, lo que puede provocar imprecisiones en la aplicación dentro de un estado que reconoce la plurinacionalidad. Otros tratadistas analizan a profundidad la definición de nación, incluyendo este aspecto entre estos Castro (1999), el cual menciona:

Que a la nación la forman un conjunto de individuos que hablan el mismo idioma, tienen una historia y tradiciones comunes y pertenecen, en su mayoría, a una misma raza. Una nación en los términos antes descritos puede encontrarse diseminada por el mundo, como es el caso de los gitanos o de los judíos, o bien, varios grupos de individuos con estas características pueden conformar un Estado, como fue el caso de la antigua Yugoslavia, en donde convivieron por muchos años serbios, bosnios, croatas y musulmanes. Puede también suceder que una nación este dividida en dos Estados, como aconteció con la nación alemana después de la segunda Guerra Mundial con la creación de la república Federal Alemana y la República Democrática Alemana (p. 32).

El autor referido nos da un marco de análisis más amplio del término nación y nacionalidades dentro de un estado, junto con la dinámica de su reconocimiento y la necesidad de aporte al marco administrativo estatal. De ahí que, en este trabajo se asume como *nación* al grupo de personas que decide por voluntad, historia, costumbres, raíces, etnias y preceptos culturales, vivir en comunidad, bajo un régimen jurídico político acorde a sus creencias socioculturales, que tiene un territorio

determinado, siendo el territorio un aspecto que podría o no ser esencial para poder calificar a un grupo de personas como nación, concepto que se enmarca de mejor manera dentro del reconocimiento de la plurinacionalidad constitucional.

Se destaca en esta investigación la falta de reconocimiento del pluralismo jurídico dentro de un estado plurinacional, y sus posibles efectos dentro de la convivencia de los ciudadanos, de igual manera se analiza las consecuencias que conllevan una mala aplicación del derecho indígena, entre estas antinomias legales, que atentan contra la soberanía normativa ya lo menciona Rousseau (1712-1778) que existen priorizaciones que debe buscar un estado, destaca la consolidación estatal que conlleva la armonía de los ordenamientos jurídicos donde: “una sana y fuerte constitución lo primero que busca es una consolidación estatal, ya que es más provechoso contar sobre el vigor que resulta de un buen gobierno que sobre los recursos que proporciona un gran territorio” (p. 346), esta consolidación solo se puede lograr con el garantismo de los ordenamientos jurídicos, del cual el derecho constitucional debe priorizar, para que se pueda dar un mejor entendimiento normativo.

Conforme lo expuesto la falta de consolidación normativa conlleva como desarrolla Jiménez (2012) a: “la desigualdad y la lucha del reconocimiento de los ordenamientos jurídicos de las nacionalidades, con la hegemonía del gobierno y su reconocimiento a otro ordenamiento que no sea eurocentrista”(p. 127), que deriva en una predilección del manejo administrativo. Su pensamiento en lo primordial señala que existe algo más que una manipulación social, un tipo de maniqueísmo estatal, que prevalece y opaca la lucha y las costumbres ancestrales, así describe Jiménez (2012) que “se busca que los oprimidos por ese poder desigual crean que no hay desigualdad porque el Estado es legítimo y soberano y porque el derecho es autónomo y universal” (p. 58)

La preferencia del derecho a un solo régimen u ordenamiento jurídico lleva años de vigencia en toda Latinoamérica, ocasionando una deuda social y una deuda del colonialismo extendida y moderna a los pueblos y nacionalidades, pese a este particular, en algunas constituciones tras un proceso constituyente se ha realizado el reconocimiento a estos diferentes ordenamientos jurídicos, reconocimiento que ha quedado muchas veces solo plasmado en el papel, pues desde este punto de vista a la actualidad, existe un camino no solo extenso, sino de desarrollo dogmático.

## **DESARROLLO**

### **Derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales en materia constitucional siempre han tenido un papel destacado cuando se habla del garantismo, pero cuando se reconoce como derechos fundamentales a los derechos indígenas, el reconocimiento del derecho consuetudinario, es importante para el derecho constitucional, del cual su aplicación debería estar definida para determinar, los parámetros que deben los legisladores y administradores de justicia implementar en la valoración de causas y determinación de sentencias, conforme lo determinado en la CRE, pero que en la realidad se probará que esta cobertura constitucional podría estar desvalorada, pues el derecho desde la vista del ordenamiento jurídico ordinario, se caracteriza por ser absolutista, llegando al punto de desfavorecer a los ordenamientos jurídicos diferentes a su hipótesis principal, esta hipótesis es que el ordenamiento jurídico ordinario es el único que abarca todo actuar humano, pues si bien en la CRE, se contempla el reconocimiento de diferentes ordenamientos jurídicos, el estado solo aplica uno como absoluto, esto

no solo como enunciado, sino que la presente investigación demostrara que esta percepción ha sido instruida en nuestros legisladores y administradores de justicia.

El conocimiento impartido a los ciudadanos dentro del cual el estado ha tenido un primordial papel se ve reflejado en las enseñanzas que, en el Ecuador, desde la formación de los instruidos en derecho se daba, y que algunos ecuatorianos asumimos como único conocimiento, impuesto a un solo derecho, sin contemplar otro derecho diferente, de igual manera estas malas prácticas que sufre el desarrollo del conocimiento en nuestro país, se remontan al colonialismo, pues se debe centrar el principio de nuestro análisis, de manera cronológica en donde esta enseñanza se transformó en elitista. En concordancia con Castillo (2015), es responsabilidad del estado promover el desarrollo holístico del ser humano, a nivel individual y colectivo.

En virtud de lo mencionado, es necesario destacar la lucha en la época de la independencia, cuando salimos del yugo español los mestizos ecuatorianos, ese lugar donde dijimos ya basta de sometimientos, como mestizos, pero que a pesar de que en la práctica nos reconocíamos como independizados, seguíamos bajo el yugo, ahora no de un país determinado, sino del yugo de un conocimiento elitista, heredado, que como mestizos tomamos como nuestro y del cual nos vendamos los ojos, para que no se reconozca otro derecho, siendo que a lado nuestro estaban nuestros hermanos, los indígenas, aquellos que lucharon contra la delegación del incario, y que dieron guerra contra el imperio, pero que a raíz de la independencia ecuatoriana se vieron transformados en personas invisibles frente al nuevo orden sociopolítico, es en esta parte de la historia ecuatoriana donde a pesar de la independencia, seguimos siendo subsumidos a una realidad legal heredada, y no visualizamos la realidad plurinacional de nuestro Ecuador, es ahí que surge el problema, que se ve reflejado de mejor manera ya en el ejercicio de la aplicación de los derechos fundamentales en el Ecuador, es esta la razón por la cual, actualmente tenemos como país, problemas de aplicabilidad del derecho indígena frente a la realidad de nuestras nacionalidades.

Conforme lo determinado en la CRE, la aplicabilidad de los ordenamientos jurídicos reconocidos por la máxima estructura legal del Ecuador, a pesar de su reconocimiento constitucional en la práctica del ejercicio del derecho indígena resulta ineficaz, pues en materia constitucional en general, la desvalorización de un derecho reconocido, o su errónea aplicación, conlleva a una mala práctica constitucional, esta mala práctica histórica que sufre nuestro derecho es lo que esta investigación tratara de probar, bajo un análisis estricto.

El estado plurinacional, reconocido en la CRE de 2008, del cual se debe contextualizar su aplicabilidad, conlleva a la mala práctica constitucional, que mediante un análisis crítico y reflexivo, es necesario llegar a un acuerdo entre el estado y las personas amparadas por el derecho indígena, que servirá en el futuro desarrollo del derecho ecuatoriano. Se precisa entonces la necesidad de que varias nacionalidades pueden tener un solo cuerpo político que es el Estado, por lo tanto, la nacionalidad vendría a ser el vínculo jurídico existente entre la nación y los miembros de esta. Definidos bien estos conceptos, se puede comprender que una nación tenga su propio ordenamiento jurídico. Esta limitada aplicabilidad como consecuencia del reconocimiento del derecho indígena lleva a una coacción de los derechos fundamentales reconocidos en la CRE, los más relevantes se encuentran en los Art 1, 10, 56 y 57 junto con el preámbulo de la CRE, que otorga reconocimiento al Estado Ecuatoriano, como país conformado por varias nacionalidades, que es la representación física del pluralismo jurídico y de la coexistencia entre estos.

De ahí que, debe someterse a discusión algunos aspectos como el cumplimiento de lo tipificado en la CRE; y reflexionar en base a un acuerdo nacional, el respeto a

estas particularidades, pues un estado que se apega a la realidad nacional está destinado a la coexistencia mutua, por su naturaleza gregaria, que es la determinación del convivir de los ciudadanos.

Al respecto la propuesta podría ser crear un control de autonomía del pluralismo jurídico, frente a los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional, y que se tenga como prueba fundamental el peritaje sociológico de especialistas capacitados, que servirá como visualización determinante dentro del fallo que se deba tomar, sin ningún tipo de preferencia estatal, que se demuestre la independencia política frente al desarrollo interpretativo que se fundamentara en derechos colectivos, desde una forma de gobierno horizontal más participativa.

Esta concepción sobre nacionalidades en la actualidad ha producido en el Ecuador, la existencia de diversas interpretaciones normativas y antinomias entre normas constitucionales, provocando incongruencia de sentencias en los fallos constitucionales que produce falacias jurídicas jurisprudenciales, uno de los ejemplos más claros es el caso “La Cocha”, en donde el máximo órgano de interpretación, la Corte Constitucional, emitió un dictamen jurisprudencial vinculante, determinando que la justicia indígena no tutela el bien jurídico protegido de la vida, interpretación que no solo va contra normativa constitucional, sino que va contra el control de convencionalidad, este particular provoca la creación de leyes secundarias inconsistentes a la realidad nacional.

### **Conceptos históricos.**

Una de las teorías más relevantes dentro del desarrollo del pluralismo jurídico es el abarcado por Benda-Beckmann (2014) explicando que si en verdad:

Estamos o no preparados para admitir la posibilidad teórica de más de un orden o mecanismo jurídico dentro de un solo espacio sociopolítico, con diferentes fuentes de validación y sostenidos por formas de organización distintas a la estatal (...) la discusión sobre el pluralismo jurídico gradualmente llegó a estar dominada por el intercambio de prejuicios y estereotipos. En lugar de concentrarse en el valor heurístico del concepto para describir y analizar situaciones empíricas complejas” (p. 44).

Este aspecto teórico nace de las sociedades latinoamericanas caracterizadas por las concepciones normativas coloniales heredadas, preceptos religiosos latentes, y políticas enmarcadas al orden del poder transitorio de la autoridad a cargo. La creación de los ordenamientos jurídicos, innatos de una sociedad organizada que refleja la naturaleza del ser humano como ser gregario al agruparse en sociedades, resulta ser el gran inicio de la comprensión de la cosmovisión plurinacional, este desarrollo del derecho fue estudiado por varios antropólogos y juristas, entre los cuales destacaremos a Pospisil (1971) el cual explica las implicancias del derecho como concepto analítico, diciendo que:

Como dispositivo teórico y analítico, el derecho es un concepto que abarca una categoría de fenómenos (hechos etnográficos) seleccionados de acuerdo con los criterios que el concepto mismo especifica. (...) El término derecho, en consecuencia, se aplica a una construcción de la mente humana por razones de conveniencia. La justificación de un concepto no radica en su existencia fuera de la mente humana, sino en su valor como dispositivo analítico y heurístico.

El derecho debe está supeditado a las necesidades actuales de la sociedad, y si el derecho no puede solventar las necesidades de la sociedad, se determina como un derecho no funcional. Esta determinación conlleva a que se critique la contribución que deberá realizar el derecho a la sociedad.

Otro de los puntos dentro del debate del reconocimiento del pluralismo jurídico está enmarcado en la discusión de que tan evolucionadas eran las comunidades invisibilizadas dentro de un estado mono político, las mismas que sin necesidad del estado convivían y tenían su ordenamiento jurídico. Estos estudios reflejaron dos periodos del desarrollo del pluralismo, el primero, el periodo del colonialismo y la expansión del capitalismo en Europa, que produjo en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas una época oscura, que se puede semejar al oscurantismo, término que tomare como referencia a la censura de conocimiento ancestral, tanto de forma religiosa como del derecho que era innato de estos pueblos colonizados.

El segundo periodo de evolución aparece junto con los levantamientos indígenas que no era más que el reclamo de sus pueblos por el respeto, no solo de su territorio sino de sus leyes y en sí de sus seres como personas con derechos y deberes, cuando estas comunidades tienen este jalón de oreja, se plasma la emergencia que vivían estos pueblos, sin olvidar la falta de respeto a sus ordenamientos jurídicos ancestrales y que produciría el robustecimiento del movimiento indígena.

El Pluralismo jurídico comenzó configurado como la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos en un espacio geográfico determinado. En Ecuador, el pluralismo jurídico está constituido por 18 nacionalidades y 14 pueblos, que formaban la realidad plurinacional del estado, pese a esta realidad seguía siendo difícil encajar al derecho indígena en ciencias del ordenamiento jurídico ordinario, este aspecto se constituía como un obstáculo en la comprensión del derecho indígena. La idea de que el derecho debe hacerse con la práctica fue en menor medida desarrollándose en Ecuador.

Las conceptualizaciones históricas provenientes de la colonización se visibilizan en el desarrollo consuetudinario del derecho indígena, que en su historia sufrió interminables luchas, puesto que existieron naciones indígenas no sometidos por los incas, posteriormente, con la colonización española, también existieron naciones indígenas no colonizadas que alzaron sus armas en contra del imperio, y que al final tuvieron que sufrir al ocupación y sometimiento, es por eso que hablamos de un derecho consuetudinario ancestral. Boaventura (2012), define aspectos determinísticos en la historia y desarrollo del pluralismo jurídico, entre estos el desarrollo de las políticas indigenistas, como métodos segregarista, la clasificación racial del indígena desde los tiempos de la colonia, siendo este, visualizado como un instrumento, conociéndolos como rústicos, miserables y menores, mas no como un ser humano, peor un ciudadano.

Este ataque a la cultura y costumbres que se dio en época del colonialismo afirma y une más a las nacionalidades indígenas, obligando a los ordenamientos jurídicos ordinarios a crear organismos internacionales que refuercen el apoyo a las plurinacionalidades mediante legislaciones especiales, una de las principales fuentes de estadística antropológica la podemos encontrar en la obra de Lucic (2014) que menciona que “caído el telón que cubría la existencia o persistencia de una diversidad cultural conformada por aproximadamente 5000 pueblos que conservan más de 4000 lenguas en el mundo. Su extinción había sido tempranamente presagiada por las ideas evolucionistas de transformación, progreso, desarrollo o modernización de todas las sociedades” (p. 18).

El pluralismo jurídico no solo existía en países latinoamericanos, sino que siempre fue una realidad mundial, es así que podemos destacar aperturas históricas, como las de Malinowski (1922), señala “que los nativos de las islas Trobriand ya tenían un ordenamiento jurídico compuesto y altamente estructurado”, dando a conocer a los pueblos europeos, que existía una forma de pluralismo jurídico.

Gurvitch (1965), señala:

Creo que en el mundo sólo hay dos posibilidades. Una, que el colonialismo pueda verdaderamente morir, y si efectivamente muere, con él debe morir también el capitalismo... Si se quiere verdaderamente la liquidación del colonialismo sólo hay un camino, y es el camino de la revolución social (p. 248).

Estos pensamientos son los primeros que llegarán a ser un pilar fundamental en la estructura de sus obras, Georges (1935) a raíz de su conocimiento empírico aportado por la revolución rusa de 1917, junto con su pensamiento analítico y científico, topa el problema de que las leyes no dan una respuesta satisfactoria a la realidad, menciona “que la influencia del derecho romano estaría no acorde al actual desarrollo del derecho, ya que este se basa en una lógica individualista y no visualiza al derecho como un elemento de la totalidad, llamada posteriormente como derecho social o universalismo” (p. 150).

Este universalismo daría las primeras pautas, en el pensar que no existe una sola concepción de Derecho, sino que el derecho tiene varias percepciones dispuestas a tiempo y espacio y que por lo tanto, dependiendo de la cosmovisión de la cual se rige, se construye dentro de una comunidad, cuando las personas dentro de la comunidad promueven la creación de normas a raíz del contrato social, se puede determinar este actuar, como *hecho normativo* o el resultante del impulso del conglomerado social que busca la justicia plasmada en la normatividad. Este *hecho normativo* resultaría conformar fuente del derecho, sin que esto deje pormenorizado a los instrumentos que resultan producto de este fenómeno, como son la ley, la costumbre y los principios.

En el Ecuador la coexistencia entre las nacionalidades indígenas y el gobierno siempre han tenido conflictos y demandas no satisfechas, es así como se encontró dentro del desarrollo del derecho indígena en el Ecuador el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1998 y su ratificación en la Constitución de 2008.

### **Antecedentes filosóficos del derecho indígena**

Las diferentes concepciones de plurinacionalidad, tiene un antecedente en la lucha social, y una evolución progresiva de sus derechos indígenas. El reconocimiento de los derechos ancestrales, siempre han sido coartados por los rezagos coloniales que se han formado como cultura del ordenamiento jurídico ordinario, esta afirmación se ve reflejada en sentencias de la antigua Corte Constitucional donde se determinaba al derecho indígena como incompleto, cuyo fundamento es hasta la actualidad colonial, es ahí donde se visualiza la interferencia de esta forma de derecho ordinario que se pretende anteponer al derecho ancestral nativo, en la actualidad la humanidad ha podido evolucionar en la preservación y el respeto de las costumbres ancestrales que forman patrimonio cultural peor aún expresar todo el respaldo y respeto al derecho indígena, este resulta ser el deber que tenemos como estado ecuatoriano, y no solo el respeto y reconocimiento de un solo ordenamiento cultural jurídico sino el respeto de todos los multi-ordenamientos que existen en el Ecuador.

Jiménez (2012) reconoce que “el reconocimiento plurinacional de la justicia indígena es impugnado porque supuestamente pone en tela de juicio tres principios fundamentales del derecho moderno, eurocéntrico: el principio de soberanía, el principio de unidad y el principio de autonomía” (p. 187). Al respecto no solo la justicia indígena sino toda forma de ordenamiento jurídico pone en tela de juicio ciertos principios fundamentales, como el *principio de soberanía*, teniendo en cuenta que este principio menciona, que el estado tiene el monopolio de la producción y aplicación del derecho, pero cuando en la constitución de 2008 se reconoce la

plurinacionalidad junto con los ordenamientos jurídicos, este principio ya no sería de monopolio sino de desconcentración de la producción y aplicación del derecho.

La consolidación de un estado no debería basarse a la aplicación de una sola cultura dentro de esta, pues resulta ser un reproceso en la evolución del derecho, el estado conformado por plurinacionalidades más que romper esta consolidación refuerza aún más los pilares dentro de los cuales se encuentra nuestras raíces, otro principio que se dice se pone en entre dicho es el principio de la unidad del derecho, teniendo en cuenta que su fundamento es que el derecho es inmutable a tiempo y espacio, pero no como ya lo mencionamos anteriormente el derecho solo está en un tiempo y espacio determinado y puede adolecer de verdad para este tipo de periodo, pero querer aplicar un derecho antiguo en las nuevas realidades no tiene sentido pues carecería de eficacia y no alcanzaría a satisfacer ninguna necesidad, más aun, daría problemas.

Por último, los tratadistas expertos en esta materia mencionan que el pluralismo jurídico también pone en desbalance al *principio de autonomía*, tomado este concepto como noción de unidad, una sola cultura, el estado como creador de derecho, y no a la nación como creadora de derecho y al estado como administrador político.

### **Aspecto dogmático del derecho indígena**

Dentro del desarrollo normativo del derecho indígena, debe tomarse como epicentro las nociones conceptuales o conceptos básicos de derecho indígena, que son parte de la memoria histórica de todas las personas y reafirmados por los especialistas en esa materia, esta reafirmación no presupone que el concepto este bien definido, sino que el momento histórico compuesto por tiempo y espacio no deje que esa definición se la desarrolle mejor.

La Constitución de la República del Ecuador doctrinariamente tipifica al ordenamiento jurídico indígena como justicia referente sólida, pero las interpretaciones de los funcionarios judiciales y jueces constitucionales, dentro de su interpretación constitucional complica la aplicabilidad del derecho indígena, pues si desde la base conceptual existe una inadecuada o nula concepción básica del derecho indígena, como partimos con las demás definiciones conceptuales que deben nacer de esta, por ejemplo si no se define la verdadera concepción de nación, pero si la de nacionalidad, como lo tipifica en su Art 6 la CRE diciendo que “La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional”, considerando que en esta definición existe problemas como que si la nacionalidad ecuatoriana es “el vínculo jurídico político de las personas con el estado”, no existiría más que solo una nación la ecuatoriana, pero consecutivamente dice “sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional” da la posibilidad a la existencia de más nacionalidades que literalmente no serían ecuatorianas, este es el problema de solidez conceptual.

### **Análisis de las estadísticas**

Datos estadísticos de la Corte Constitucional, concerniente a acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena.

En atención a los antecedentes obtenidos, respecto a los números de casos referentes a justicia indígena ingresados a la Corte Constitucional entre los periodos 2010, hasta 2020 con corte a septiembre y al número de casos referente a justicia indígena que fueron resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador dentro de los mismos periodos, se obtuvo los siguientes datos:

Entre el período 2010, hasta 2020 con corte a septiembre, consta el ingreso de treinta y dos (32) acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena (EI), y; entre el período 2010, hasta 2020 con corte a septiembre, consta que se han resuelto nueve (9) acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena (EI).

**Tabla 1:**

*Distribución de las causas por acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de la justicia indígena entre los periodos 2010, hasta 2020 con corte a septiembre*

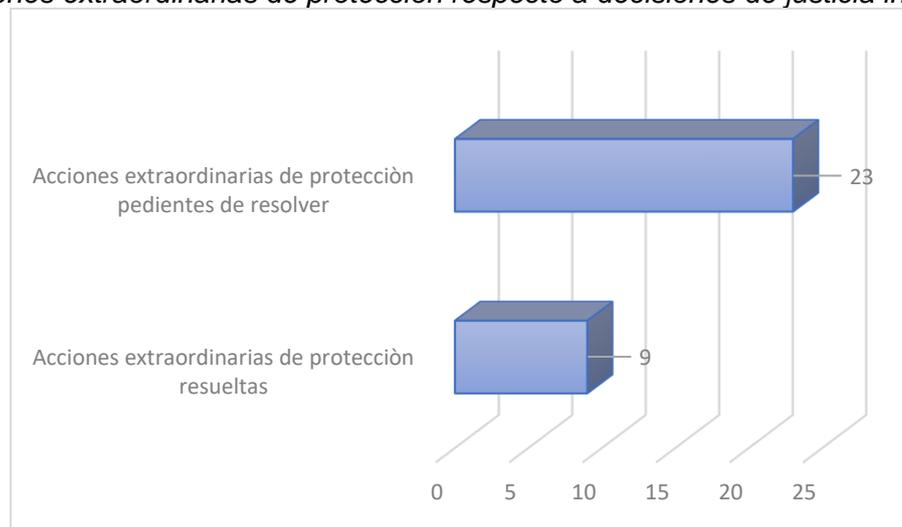
Total, de causas resueltas y por resolver antigua y nueva Corte Constitucional (2010 – 2020)	32
Causas resueltas Corte Constitucional (2010 - 2020)	9

**Fuente:** Corte Constitucional

**Elaborado por:** Elaboración propia

**Gráfico 1:**

*Acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de justicia indígena*



A la fecha se encuentran pendientes por resolver veintitrés (23) causas, según el siguiente detalle:

**Tabla 2:**

*Distribución de las causas por resolver en los periodos 2010- 2020*

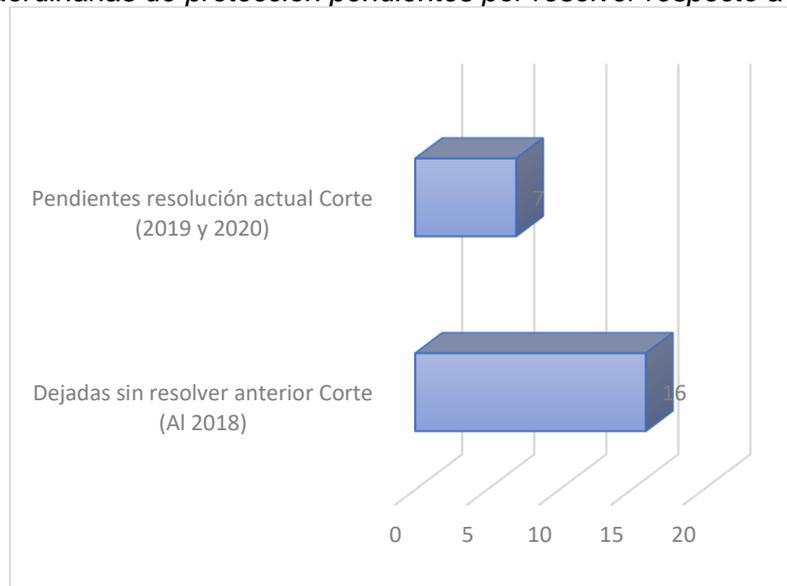
Dejadas sin resolver anterior Corte (Al 2018)	16
Pendientes resolución actual Corte (2019 y 2020)	7

**Fuente:** Corte Constitucional

**Elaborado por:** Elaboración propia

**Gráfico 2:**

*Acciones Extraordinarias de protección pendientes por resolver respecto a justicia indígena*



Datos estadísticos de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial. Casos referentes a justicia indígena y declinación de competencias, ingresados entre los periodos 2010-2020:

**Tabla 3:**

*Casos referentes a declinación de competencias por tipo de acción, entre los periodos 2010-2020*

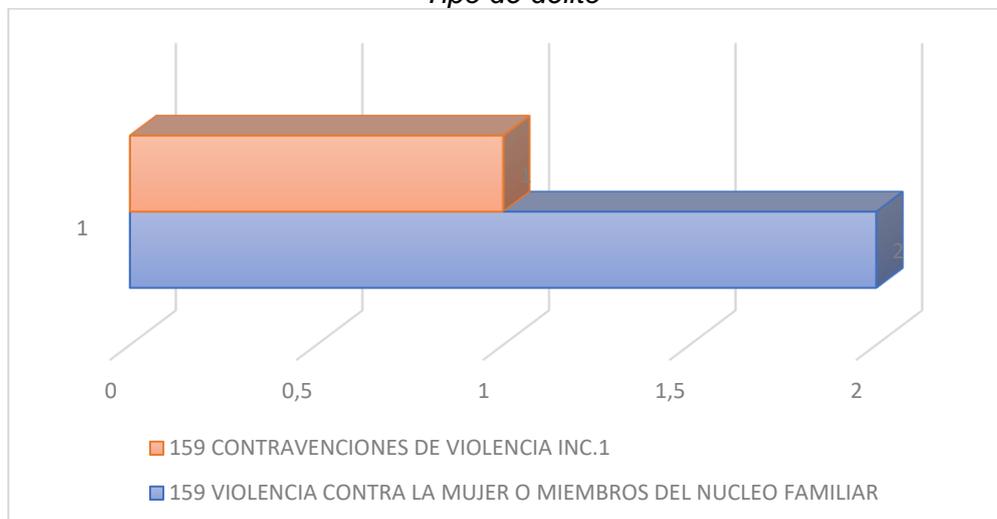
Contravenciones de Violencia Inc. 1	1
Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar	2

**Fuente:** Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

**Elaborado por:** Elaboración propia

**Gráfico 3:**

*Tipo de delito*



**Tabla 4:**

Casos referentes a declinación de competencias por tipo de actividad realizada por la justicia ordinaria, entre los periodos 2010-2020

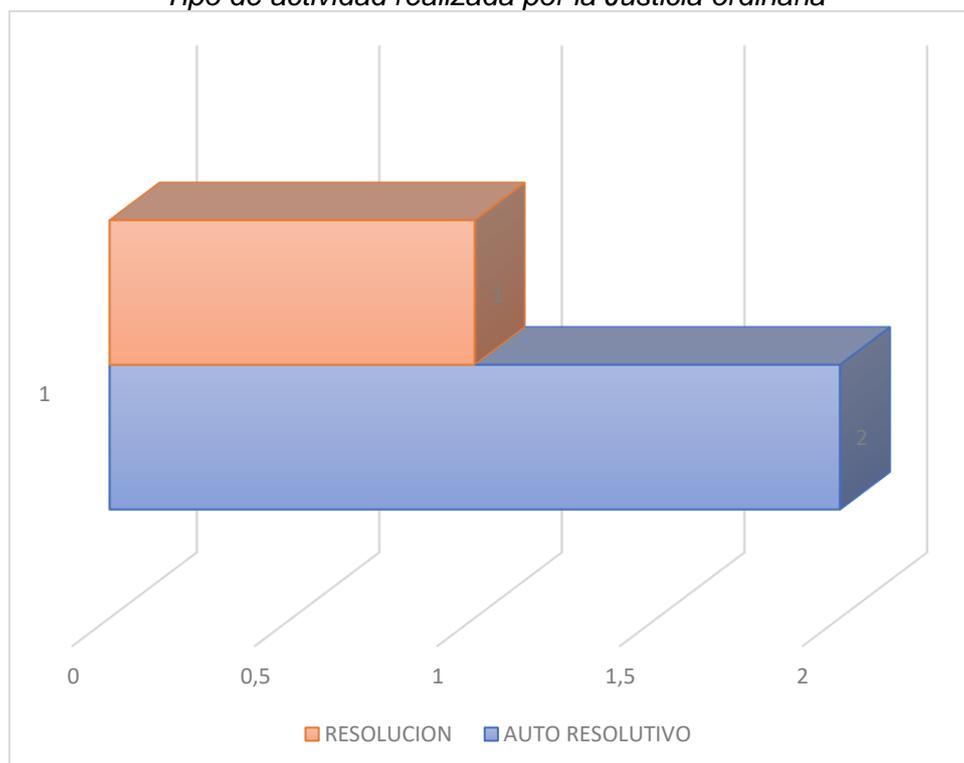
Resolución	1
Auto Resolutivo	2

**Fuente:** Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

**Elaborado por:** Elaboración propia

**Gráfico 4:**

Tipo de actividad realizada por la Justicia ordinaria

**Tabla 5:**

Acto administrativo realizado por la justicia ordinaria respecto a casos de declinación de competencias

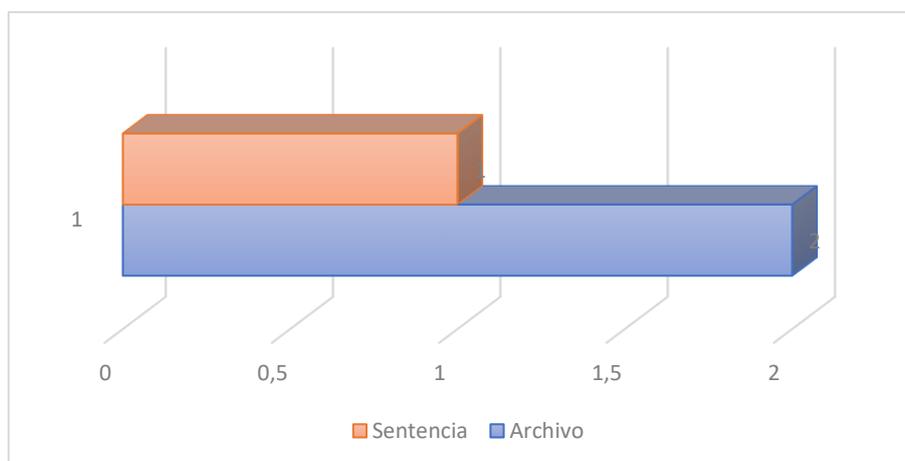
Sentencia	1
Archivo	2

**Fuente:** Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

**Elaborado por:** Elaboración propia

**Gráfico 5:**

Tipo de acto administrativo realizado por la justicia ordinaria respecto a casos de declinación de competencias

**Tabla 6:**

Tiempo de despacho para la declinación de competencias

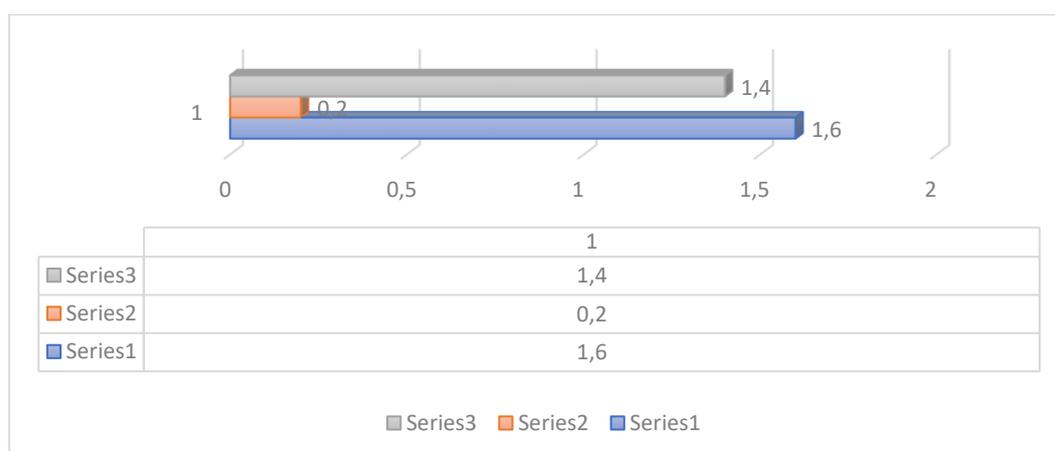
PERIODO DE TRATAMIENTO DEL CASO DE DECLINACIÓN DE COMPETENCIAS	TIEMPO DE TRATAMIENTO PARA DECLINAR COMPETENCIAS
2016	1 mes 4 días
2017	20 días
2019	1 mes 6 días

**Fuente:** Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial

**Elaborado por:** Elaboración propia

**Gráfico 6:**

Tiempo de despacho para la declinación de competencias



De los resultados de las estadísticas proporcionadas por la Corte Constitucional, se puede determinar que en las acciones extraordinarias de protección respecto a decisiones de justicia indígena existe un mayor número de acciones pendientes de resolución, Lo mencionado nos demuestra que la Corte Constitucional respecto a resolución de conflictos en materia de justicia indígena es considerado como un tema

de muy complejo tratamiento, primero porque no existe una definición clara de parámetros, y segundo que las decisiones en cada caso dependen del ordenamiento consuetudinario de cada nacionalidad. Este lento accionar conlleva a que el tratamiento de estos casos produzca vulneración de derechos y desprotección de la seguridad jurídica de las personas que requieren la resolución y la protección, así como la garantía de sus derechos visto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico indígena. Esta situación se ha revelado también por García (2015), quien señala que: “la corte ecuatoriana normalmente pone en un segundo plano los casos relacionados con justicia indígena” (p. 15). Lo cual, demuestra que existe una monopolización o preferencia por parte del estado, al ordenamiento jurídico ordinario, aun más, aunque no esté definido las acciones que pudimos ver dentro de las estadísticas y la forma en la que se resuelve los conflictos dentro del derecho indígena, nos revelan que se sigue manteniendo una jerarquización del derecho ordinario encima del derecho indígena, pese a su reconocimiento como derecho fundamental, constitucional.

De los resultados de las estadísticas recibidas por la Corte Constitucional, se puede determinar que conforme a las acciones extraordinarias de protección pendientes por resolver respecto a justicia indígena, se ha revelado que existe un gran porcentaje de acciones de protección pendientes de resolverse por la antigua Corte Constitucional, esto nos demuestra que la antigua Corte Constitucional, dejó muchas causas por resolver en materia de derechos indígenas provocando vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos que requerían esta cobertura e interpretación.

De los resultados de las estadísticas recibidas por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, que entre los años 2010 y 2020, conforme el tipo de Delito puesto a consideración de la justicia ordinaria, solo en 3 casos se ha aplicado la declinación de competencias respecto a justicia indígena, todos de la provincia de Imbabura del Cantón de Otavalo, lo que nos demuestra un gran activismo de la nacionalidad otavaleña respecto a la resolución de casos respecto a justicia indígena, y todos son respecto a violencia de género, de lo que podemos deducir que en materia de convivencia familiar, el derecho indígena tiene falencias en la resolución de estos conflictos.

También se puede determinar que conforme los casos referentes a declinación de competencias por tipo de actividad realizada por la justicia ordinaria, entre los periodos 2010-2020, los juzgados que trataron este tipo de causas no actuaron en debido proceso la declinación inmediata de la competencia, de igual manera conforme el tipo de acto administrativo realizado por la justicia ordinaria respecto a casos de declinación de competencias, los juzgados adicionalmente siguieron el proceso dictando sentencia, en su menor media y archivo que es lo determinado en la norma.

Por último, conforme el tiempo de despacho para la declinación de competencias, los juzgados tuvieron un alto índice de tiempo para la declinación de competencias, siendo que esta declinación en el mismo auto ya debía haberse archivado, lo que nos lleva a deducir que falta un adecuado entendimiento de la declinación de competencias en materia de justicia indígena.

## CONCLUSIONES

Se evidencia que los fallos referentes a sentencias en materia de justicia indígena se visualizan mal analizados y muy poco motivados, el interés respecto a la carga de la prueba referente al peritaje sociológico ha quedado olvidado y muy intrascendente en los fallos de la Corte Constitucional, si bien los jueces constitucionales, son expertos en

derecho, se puede visualizar que no contemplan en su manera general lo que significa el derecho indígena.

La declinación de competencias respecto a decisiones de justicia indígena, de las estadísticas se puede visualizar que es un instrumento que los administradores de justicia no lo conocen bien y que cuando es aplicado en las causas su tratamiento demora mucho. Se puede visualizar que los casos de acción extraordinaria de protección respecto a justicia indígena, tratados por la antigua Corte Constitucional, se han visto rezagados y resultan ser un gran peso laboral grande para la nueva Corte Constitucional, esto debido a la falta de comprensión respecto a esta materia, esto conlleva la vulneración de derechos fundamentales, que en materia constitucional tiene un grado alto de tratamiento.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Benda-Beckmann, F. v. (2014). *Pluralismo jurídico e Interlegalidad*. Peru.
- Castillo Bustos, Marcelo y Montoya Rivera, Jorge (2015). dinámica ideo-espiritual de la formación estético-pedagógica del docente. *Alteridad*, 10(2), pp. 190-204.
- Castro, L. P. (1999). *Derecho Internacional Privado Parte General* Séptima Edición. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comercio, E. (5 de Febrero de 2020). *Política*. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/corte-constitucional-resolucion-causas-ecuador.html>
- Davalos, P. (s.f.). *Sumak Kawsay y Estado Plurinacional*.
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los Derechos Fundamentales - Cuestiones Constitucionales*.
- Georges, G. (1935). *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit - La experiencia jurídica y la filosofía pluralista del derecho*. Paris.
- Gurvitch, G. (1965). Coloquio Anual de la Asociación Internacional de Sociólogos de la Lengua Francesa.
- Jimenez, B. d. (2012). *Justicia Indígena, Pluralismo e interculturalidad en el Ecuador*. Fundación Rosa Luxemburg.
- Jiménez, B. d.-A. (2012). *Justicia Indígena, Pluralismo e Interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala.
- Lander, E. (2012). *Plurinacionalidad e interculturalidad: Retos de una convivencia democrática hacia el Buen Vivir*.
- Leopold, P. (1971). *Anthropology of Law. A Comparative Theory*, Harper and Row. Nueva York.
- Lucic, M. C. (2014). *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho Orientaciones desde la Antropología Jurídica*. Santiago de Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Malinowski, B. (1922). *Los argonautas del Pacífico occidental*.
- Moliner, M. (2007). *Diccionario María Moliner de uso del español*. Madrid: Gredos.
- Rousseau, J. J. (1712-1778). *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*.
- Schavelzon, S. (2018). *La Plurinacionalidad en los Andes*.