

**LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL DERECHO DEL ECUADOR**  
**SOURCES OF LAW IN THE LAW OF ECUADOR**

Artigo recebido em 04/02/2017

Revisado em 05/03/2017

Aceito para publicação em 09/04/2017

**Eduardo Díaz Ocampo**

Doctor en Jurisprudencia. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional. Magíster en Desarrollo Curricular. Rector de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. República de Ecuador. Licenciado en Ciencias de la Educación. Licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador. Email: [ediaz@uteq.edu.ec](mailto:ediaz@uteq.edu.ec), [edu66diaz@hotmail.com](mailto:edu66diaz@hotmail.com)

**Alcides Antúnez Sánchez**

Máster en Derecho de la Empresa. Licenciado en Derecho. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental e Internacional. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: [aantunez@udg.co.cu](mailto:aantunez@udg.co.cu), [antunez63@nauta.cu](mailto:antunez63@nauta.cu)

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

**PALABRAS-LLAVES:** Fuentes. Comunidades indígenas. Conflicto lingüístico. Justicia indígena. Diversidad cultural.

**ABSTRAC:** The article examines the conflict of jurisdiction between ordinary jurisdiction and the native, the processes that take place between the two jurisdictions as from the constitutional text and the normative development in the Ecuador relating to interpretation and juridical argumentation with the use of the sources from the theory of the right and of the consuetudinary right. Of this analysis, from the sources of law, it is clear that ordinary jurisdiction has global competition on the conducts that come true within the indigenous territory and in consequence they have punishing faculty as from recognition of whom derives the right of the members of the indigenous communities itself to a jurisdiction and it is conceded the right to be judged by their own Authorities, in accordance with their standards and procedures within their territory what guarantees the respect to the world vision within the Juridical Pluralism.

**KEY WORDS:** Sources. Indigenous communities. Linguistic conflict. Indigenous justice. Cultural diversity.

**SUMARIO:** Introducción. 1 La Teoría de las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. 2 El Derecho Indígena, reconocimiento constitucional dentro del Pluralismo jurídico en Ecuador, *íter* histórico. 3 Las fuentes del Derecho en la solución de los conflictos jurídicos en el Derecho Indígena dentro de las Comunidades Indígenas ecuatorianas. 4 Las fuentes del Derecho y su aplicación en los conflictos jurídicos en el Derecho Indígena por la Corte Constitucional de la República del Ecuador. Conclusión. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

La República del Ecuador, como Estado unitario, se organiza en provincias, cantones y parroquias rurales; y por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población pueden constituirse regímenes especiales, al amparo del texto constitucional de 2008. En esta nación, la participación ciudadana constituye uno de los ejes fundamentales de la democracia, es un derecho de la ciudadanía, que en forma individual y colectiva está llamada a ejercer un rol protagónico en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control popular de las instituciones del Estado y de la sociedad en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. El artículo 141, de la Carta magna, señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la ley de leyes. Se reconoce la Justicia indígena, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. El Estado, garante de las decisiones de la jurisdicción indígena, para que sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, sujetas al control de constitucionalidad a través de la Corte Constitucional. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, reconocido en el artículo 175, de la Ley suprema -ausente en el ordenamiento jurídico-

Tiene como antecedente histórico el Derecho ecuatoriano al Derecho Romano, el que influye a través del Derecho español, durante la etapa de la conquista y colonia, a través del Derecho francés, nacido del Código Civil Napoleónico y de los otros Códigos europeos, los que sirvieron de inspiración a las codificaciones nacionales, influidos todos por el Derecho Romano y a la vez por el estudio intensivo que se hacía en épocas pasadas del *Corpus Iuris Civilis*. El Código Civil en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se inspiró en el modelo del Código chileno de Bello. El sistema legal, es el latino-romano, la Ley es la principal fuente del derecho. El artículo 57, de la Constitución, reconoce y garantiza a favor de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros, el derecho colectivo a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales. El problema radica, en la relación frente a la sociedad occidental, la que no reconoce este Derecho y sus formas de vivencia y práctica diaria, por ello la pregunta que surge es *¿Cómo lograr que en la práctica funcione la interculturalidad declarada constitucionalmente por el Estado?*

En relación con las fuentes, el artículo 1, del Código Civil de Ecuador, establece a la Ley como fuente de Derecho, y el artículo 2, menciona que la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la Ley se remite a ella, pero este cuerpo normativo no menciona a la Jurisprudencia como fuente del Derecho. El artículo tiene como objetivo caracterizar las fuentes del Derecho desde la Teoría y para el Derecho Consuetudinario dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, incidentes en la solución de los conflictos en la aplicación de la Justicia Indígena, resueltos por la Corte Constitucional de Ecuador y en las Comunidades Indígenas por sus Autoridades. Se utilizaron los métodos de la investigación: el histórico, análisis síntesis, inducción deducción, y el exegético jurídico.

## 1 LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

En la doctrina constitucionalista, el tema de las fuentes del Derecho, no suele ocupársele en grandes páginas de libros, ni suscitar debates entre los académicos y los operadores del Derecho -praxis jurídica-. Es uno de los pocos asuntos del Derecho Constitucional, donde la discusión parece estar zanjada. Ello tiene una respuesta, mientras en el Estado de derecho la única fuente es la ley, en el Estado constitucional la fuente es la Constitución, permitirá el análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano v/s Derecho Indígena.

FERRAJOLI (2001, pp.261-262), apuntaba que todo comienza con el rompimiento de varios paradigmas, iniciando por las condiciones de validez de las normas, que dejan de ser dimensionadas únicamente de manera formal, otorgándoles también un sentido material o sustancial. La validez de una norma no solo dependerá de los procedimientos para su creación, sino de la observancia y correspondencia de sus contenidos y la armonía que guarde con los valores, principios y reglas manifestados en la Constitución.

Ante el renovado interés por cuestiones como el del manejo de las fuentes en contextos complejos y problemáticos, como el caso ecuatoriano, en relación con el hecho de que en Ecuador la desilusión con el modelo clásico del Estado y del Derecho, que, si bien no es exclusivo de esta nación andina, si ha sido más profundo que en otros lugares del planeta, incluyendo a los países y territorios de la región Andina, ante el reconocimiento constitucional del Pluralismo Jurídico y su incidencia en el Derecho Indígena. La ruptura con los presupuestos teóricos de la codificación; la crisis del Monismo jurídico positivista y la irrupción del Pluralismo Jurídico; o la puesta en cuestión de la clásica distinción entre *Common law* y el Derecho continental, a partir del nuevo rol que cumple el juez y la jurisprudencia en la definición de lo que es el Derecho vigente; así como las novedosas relaciones de implicación entre Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, desarrolladas en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, cuestiones que trascienden la Dogmática jurídica y se relacionan con la praxis política y social. AGUILÓ (2000).

En Ecuador, este asunto tiene un espacio de reflexión, va mucho más allá del tradicional tratamiento de los temas constitucionales, a partir de los elementos utópicos que emergen en medio de las dificultades del modelo constitucional que se traza en la Constitución de 2008, que la diferencian de su antecesora. Lo consagra como un Estado constitucional de derechos y de justicia, al aplicarse políticas públicas que decodifiquen los paradigmas de la denominada Revolución ciudadana, al encerrar las implicaciones jurídicas que ha generado el Estado de derecho al superar el Monismo jurídico y las propuestas retóricas como Estado de Justicia -social y judicial-. DE SOUSA SANTOS (2010), GRIJALVA (2011), JIMÉNEZ LUQUE (2013), SAN MARTIN SOLANO (2013).

Este análisis lleva a una explicación, si bien la Constitución es suprema como resultado primigenio de la voluntad ciudadana, dicha supremacía no puede violentar o transgredir el contenido esencial de los derechos fundamentales de su propio titular, reconociendo su dignidad como un elemento superior y anterior al Estado. KANT (2000, pp.261-263).

El distinguir que la Constitución no se encuentra únicamente conformada por reglas, es una consecuencia directa de concebir a la norma fundamental como un cuerpo jurídico complejo o interdisciplinario, en el que coexisten distintos valores y principios que guían la aplicación de sus contenidos y, de todo el sistema jurídico que necesariamente debe guardarle sujeción, desde la lógica de reconocer el principio de supremacía y su función de unidad y

validez. Dicha función debe ser entendida nuevamente en un sentido formal y material, tal y como lo considerara GARCÍA ENTERRÍA (1985, pp.95-99).

Empero, de conformidad con los postulados constitucionales, el principio *pro homine*, se erige como un elemento transversal a lo largo de todo el sistema jurídico, refrendado en el artículo 11.5, “*en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia*”, se constata como está conformado en su integridad tanto por normas nacionales como internacionales, dotadas sin distinción de idéntica obligatoriedad, que exigen a los operadores jurídicos aplicar en todos los casos, la disposición más favorable a la vigencia de los derechos humanos, incluyendo en lugar de excluir otro tipo de ordenamientos -para el caso de la aplicación de la “justicia indígena”, como conjunto de prácticas y normas excluidas y muchas veces vilipendiadas por la aplicación de justicia tradicional, que opta por un modelo prominentemente occidental que excluye a otro tipo de modelos por considerarlos no compatibles tanto en la forma como en el fondo- estableciendo para cada caso una jerarquía móvil y otorgando al derecho una dimensión dúctil, referido por ZAGREBELSKY (1997, pp. 21-40).

Al analizar lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al señalarse: “*entiende como tratado a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”. Esta fuente, se valora que debe ser diferenciada de manera adecuada del denominado *ius cogens* y el *soft law* en el preámbulo del texto magno. Se constata que, en Ecuador, la Constitución vigente no se diferencia entre estas dos fuentes citadas, refiriéndose a ellas de forma genérica como instrumentos internacionales, en consecuencia, les otorga igual valor. El artículo tiene como objeto, el análisis de la cláusula de remisión a textos por desarrollar, en el caso, se aprecia como los Magistrados de la Corte Constitucional, acuden a varias fuentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional. Estos citan en sus sentencias como parte de la Argumentación jurídica a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, como lo han referido YUMBAY (2003), LLASAG FERNÁNDEZ (2007), YÉPEZ (2009), MONTAÑA PINTO (2012), SAN MARTIN SOLANO (2013), MARTÍNEZ JIMÉNEZ, ILAQUICHE LICTA, SERRANO CAJAMARCA, OLMEDO GAVILANES (2015).

En esta misma cuerda, se aprecia cómo ha sido la línea de razonamiento seguida por la Corte Constitucional en Ecuador al impartir justicia, a partir de que la doctrina establece como método de interpretación constitucional el método sistemático, el cual permite que el intérprete pueda entender a la Constitución como un todo orgánico. Se hace referencia a la Constitución de 1998 -sustituida por la de 2008-, la que establece la obligatoriedad de cumplir las normas internacionales, las cuales forman parte del ordenamiento jurídico y prevalecen sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía; en el caso del conflicto indígena, se establece en el Acuerdo No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo su reconocimiento por los Estados que dentro de su población cuenten con indígenas. Asimismo, la obligación del Estado Plurinacional del Ecuador de garantizar, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes. El bloque de constitucionalidad ecuatoriano es un instituto jurídico adoptado jurisprudencialmente, al estar integrado por los instrumentos internacionales de derechos humanos que desarrollan en forma progresiva, los valores, principios y reglas de la Carta Magna. Se constata, como se manejan varias categorías o conceptos indígenas -lengua indígena- no escritos, entre los que está la *pacha mama* (madre tierra), *sumak kawsay* (buen vivir), *ama killa*, *ama llulla*, *ama shwa* (no ser ocioso, no mentir, no robar), siendo uno de los

paradigmas en América Latina en el siglo XXI, al trabajar para consagrarse como un Estado de Derecho. MIRIAS (2009), CAUDILLO (2012), ACOSTA (2013), VEGA (2014).

Ello permite justipreciar que en la Carta Magna de 2008, prevalecen principios de distinta naturaleza -epistemológica, antropológica, sociológica, etc.-, estos son de naturaleza abierta, aplicables, en mayor o menor grado, como mandatos de optimización amplios, no limitados a la aplicación de una hipótesis o situación particular, constituyen en sí parámetros orientadores de todas las normas a manera de fuentes principales, pronunciándose como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como pionero a nivel mundial, porque, reúne tres modelos: Estado Constitucional, Estado de Derechos, y Estado de Justicia. Brevemente nos referiremos a estos tres elementos que recoge esta Carta Magna, al definirse el Estado, BORJA (2007), lo concibe como el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre. Se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad. MARIENHOFF (2003), considera que un Estado es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional, con elementos esenciales como población y territorio. Otro criterio importante, es el aportado por DÍAZ (1975), quien concibe que no todo Estado es Estado de Derecho. Todo Estado crea y utiliza un Derecho, todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, que no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real.

El reconocimiento del Derecho Indígena en la Constitución Ecuatoriana de 1998, y su ratificación en la de 2008, dentro del Pluralismo Jurídico, en el nuevo constitucionalismo en América Latina, se aprecia como aparece el conflicto social, el conflicto lingüístico y el conflicto jurídico, los que son parte del reconocimiento del Acuerdo No. 169 de la OIT y su desarrollo en el Derecho sustantivo. A partir de la declaración de los valores, concebidos como el “núcleo básico ético-social, informador, orientador y legitimador último del ordenamiento jurídico”. YRIGROYEN (2006) señalaba, los tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista: el constitucionalismo multicultural (1982-1988), el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y el constitucionalismo plurinacional (2006-2009), tienen la virtud de cuestionar, progresivamente, elementos centrales de la configuración y definición de los Estados republicanos latinoamericanos en el siglo XIX, y herencia de la tutela colonial indígena, planteando un proyecto descolonizador de largo aliento, donde e la nación ecuatoriana se constata a partir del segundo y tercer momento. Se aprecia cómo se corrobora que hay un reconocimiento de las fuentes que emanan de la Constitución Ecuatoriana, y dentro de ella hay también un reconocimiento a las fuentes que emanan del Derecho Indígena o Indiano, como también se le reconoce desde su cosmovisión, a partir del reconocimiento del Derecho consuetudinario.

## **2 EL DERECHO INDÍGENA, RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DENTRO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN ECUADOR, ÍTER HISTÓRICO**

La llegada europea a América, acontecimiento triste y célebre según algunos, y nefasto de acuerdo con otros, constituyó el escenario para el surgimiento de un movimiento de reivindicación cultural y autonómica por parte de los indígenas, ello permitió que personas dejaran atrás el horizonte que les vio nacer en Europa y se asentaran en América Latina. AYALA MORA (2002), DE SOUSA SANTOS (2007), SERRANO PÉREZ (2009). La Antropología, una de las ciencias humanas que más requisitos cumple para constituirse en un conocimiento

holístico, señala que los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual, llamados pueblos originarios, de esta forma pintan el caleidoscopio de la geografía Latinoamericana. Se constata, como en esta relación única con el territorio tradicional, puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal dentro de esta mixtura. Es menester destacar que muchos fueron los esfuerzos practicados por los invasores, quienes a través de la violencia instaron a practicar sus costumbres, vestimentas, creencias religiosas, alimentación, y la ley a los indígenas.

Ecuador, país pluricultural, con costumbres locales amparadas por cuerpos legales dentro de su ordenamiento jurídico, como es el caso específico de los pueblos indígenas que, por su uso consecutivo, uniforme y generalizado, es aceptado entre los miembros de la sociedad en general, se ha constituido como costumbre jurídica que paulatinamente se ha enmarcado en la Constitución, un ejemplo de lo hasta aquí abordado es la identidad musical de la región, transmitida de generación en generación. DE SOUSA SANTOS (1997), HOEKEMA (2002), ILAQUICHE LICHTA, YRIGROYEN FAJARDO (2006), WOLKMER (2007), WALSH, TRUJILLO (2008), LLANO (2012), TIBAN GUALA, JIMÉNEZ LUQUE (2013). El Derecho consuetudinario, basado en la costumbre jurídica, crea precedentes; es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso. Esta práctica tradicional debe ir en armonía con la moral y las buenas costumbres, encaminada a la convicción de que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de la ley y estar amparada por el Derecho consuetudinario. La costumbre, al suplir los vacíos legales, puede llegar a derogar una ley siempre que ésta sea inconveniente o perjudicial. Debido a la diversidad cultural existente en un Estado, la costumbre puede ser local, de una parte, del territorio, o general, en todo el Estado. En Ecuador, por ser un país pluricultural, con costumbres diversas que difieren de territorio en territorio, se han dado costumbres locales, algunas amparadas en cuerpos legales, como es el caso específico de los pueblos indígenas, de los cuales se han tomado varias costumbres que por su uso consecutivo, uniforme y generalizado, es aceptado entre los miembros de la sociedad en general, se han constituido como una costumbre jurídica que paulatinamente se ha enmarcado en algunos cuerpos legales en su ordenamiento jurídico. El Código Civil, estipula que para que la costumbre sea considerada como un derecho, la ley debe remitirse a ella, en plazos de 10 años hasta 40 años para considerarla como una costumbre jurídica.

El texto supremo, reconoce al castellano como el idioma oficial, pero se reconocen los idiomas ancestrales de uso oficial para los pueblos indígenas; se reconoce a la medicina tradicional y alternativa usada por las comunidades indígenas; se consagra la imprescriptibilidad, inembargabilidad e indivisibilidad de las tierras comunitarias; se reconoce el trueque, etc. Se justiprecia, que a través de la Constitución se incorpora el Derecho consuetudinario, que poco a poco ha ido tomando vida real en los cuerpos legislativos, sin que por esta recopilación las normas redactadas en base a la costumbre dejen de tener el carácter básico de no escritas, denominándolo Derecho Vivo. MONTAÑA PINTO (2012), DÍAZ OCAMPO, ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2017).

Toda Constitución sintetiza un momento histórico, se cristalizan procesos sociales acumulados, y se plasma una determinada forma de entender la vida. No puede ser simplemente el resultado de un ejercicio de jurisprudencia avanzada, vista desde la lógica de

los entendidos en materia constitucional. Tampoco puede ser el producto de un individuo o grupo de individuos iluminados, va más allá de su indudable trascendencia jurídica, tiene que ser un proyecto de vida en común, que debe ser elaborado y puesto en vigencia con el concurso activo de la ciudadanía, como ha sido el caso de la Constitución de 2008, con el proceso constituyente. Como aspecto novedoso, establece que, para lograr el éxito del Buen Vivir, a las personas y a las colectividades, y a sus diversas formas organizativas, les corresponde participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles. Como principio constitucional, no será nunca una dádiva de los grupos de poder. Permitirá la construcción de una sociedad equitativa, igualitaria y libre, la que sólo será posible con el concurso de todos y de todas. Este principio abre las puertas para disputar el sentido histórico del desarrollo, se adentra con firmeza en una época todavía poco explorada, la del post-desarrollo de la nación de su política pública. SILVA (2008), CARPIO (2009), ACOSTA, ELBERS (2013) y RODRÍGUEZ SALAZAR (2016).

El Pluralismo jurídico, ha adquirido importancia en la actualidad, ante el creciente protagonismo de los pueblos y etnias en Latinoamérica. Son vivos ejemplos las naciones de Bolivia y Ecuador, al declarar el reconocimiento como Estado Plurinacional en la Carta magna y en el desarrollo del derecho sustantivo. Se destaca, como Brasil (1988), introdujo por primera vez en su ordenamiento constitucional el reconocimiento de las formas de organización social, costumbres, lenguas, creencias y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas. DE SOUSA SANTOS (1997), HOEKEMA (2002), ILAQUICHE LICHTA, YRIGROYEN FAJARDO (2006), WOLKMER (2007), WALSH (2008), TRUJILLO (2008), LLANO (2012), TIBAN GUALA, JIMÉNEZ LUQUE (2013). Tiene el mérito de revelar la rica producción legal informal engendrada por condiciones materiales, las luchas sociales y las contradicciones clasistas como Derecho consuetudinario. Es un modelo de análisis que intenta desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del Derecho estatal, como la expresión de la soberanía y construye al discurso crítico en relación a las realidades culturales hegemónicas. Con una concepción emancipadora, la naturaleza jurídica no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que este apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad. Su reconocimiento, se corrobora en otras naciones como Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), México (1994), y Venezuela (1999), las que han incorporado en sus textos constitucionales capítulos enteros que regulan, tanto nuevas formas de articulación de la relación institucional entre el Estado y los pueblos indígenas, al reconocer derechos constitucionales fundamentales no solo a los indígenas individualmente, sino, lo que es más importante, a los pueblos indígenas en su condición de sujetos colectivos de derechos. FERRAJOLI (2001), YRIGROYEN FAJARDO (2006), GUTIÉRREZ BELTRÁN, WOLKMER (2007), FIX-ZAMUDIO, DE SOUSA SANTOS (2010), JIMÉNEZ LUQUE (2013), BELLOSO (2015).

El Derecho siempre se ha dicho de su existencia desde hace varios siglos, asentado en la idea de que el ordenamiento jurídico emana del Estado, y regula las fronteras estatales de cada nación, tal y como lo refrendan autores como ROMANO (1963), BOBBIO (1995). Se aprecia que, en oposición a este paradigma, aparece el Pluralismo Jurídico, con normas más efectivas y legítimas que las del Derecho estatal. Contrario a lo señalado por el Positivismo jurídico, con la existencia de que otro sistema jurídico pueda convivir dentro de un Estado, el que genera el conflicto de ley en la solución de los asuntos en la Corte Constitucional. En este ir y venir, los defensores del Pluralismo Jurídico, lo caracterizan por la tendencia a sustituir las clásicas relaciones de subordinación normativa, por relaciones basadas en la cooperación y en la coordinación, reemplazando la coerción vertical, por la reciprocidad y el entendimiento horizontal, con la importante consecuencia de que el ordenamiento jurídico deja de privilegiar

el elemento de la coerción y la fuerza para ser sustituido por el ámbito de la persuasión. ILAQUICHE (2015).

YRIGROYEN FAJARDO (2006), señalaba que las reformas constitucionales expresan antiguas y nuevas demandas indígenas, las que les dan impulso. Sin embargo, las reformas constitucionales también son el escenario en el que se expresa la resistencia que viene de antiguos y nuevos colonialismos. Los contextos complejos en los que se gestan las reformas llenan de tensiones, así como de contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, exigiendo una interpretación pluralista para salvar sus limitaciones y resolver tales tensiones en favor de la realización de los objetivos y principios del proyecto constitucional pluralista. Tal ejercicio de interpretación es un ejercicio de poder y, por ende, se trata de un ejercicio que ahora también es compartido por los pueblos indígenas en el marco del Estado plurinacional.

HART (1990, pp.117-125), marcaba que los sistemas jurídicos se originan cuando ocurre la combinación de dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias. La existencia de las secundarias, que nacen y se subordinan a las primarias, son las que dan a los sistemas jurídicos más certeza, más estabilidad y mayor presión. Acerca del Derecho consuetudinario este autor consultado formula que es estático por naturaleza, sus normas no están sujetas a cambios. Al no existir leyes escritas, es posible la discusión sobre la violación o no de una regla. KELSEN (1991, p.85), refería que la concepción Monista del Derecho era inexpugnable, en su obra escrita hay apuntes como: ... "*nadie puede servir a dos señores*" ... negando con ello la posibilidad de reconocerse otra fuente de derecho que no fuera la emanada por el Estado. Y ante alguna contradicción, dos normas que por su significado son contradictorias, y que, por ende, son excluidas desde el punto de vista lógico. No pueden ser consideradas al mismo tiempo como válidas.

Su rival, el Pluralismo Jurídico, al que le había dado muerte, pero no murió, llamado hoy el Derecho Vivo. COMBELLAS (1996), AYALA MORA, SERRANO PÉREZ (2002), TIBAN GUALA (2008), TELLO (2012), ALTMANN (2013). Esta lucha entre estos dos sistemas de Derecho, que no es nueva, pues en la historia de la humanidad se precia como han convivido en los pequeños y los grandes Estados; en el Derecho se aprecia en Atenas, con las Leyes de DRACÓN en 261 a.n.e., dejando aportes al Monismo y al Pluralismo Jurídico. A esta historia, vemos como le continuo la de Roma, con el aporte de las Leyes de las XII Tablas, como expresión de las luchas sociales y políticas, escritas en el año 302 hasta el 450 a.n.e. generaron el incremento del comercio y la vida económica. Pero también generaron el vínculo con pueblos y naciones, donde existían otras costumbres y derechos propios. Reconociéndose el derecho de estos pueblos, cediéndole espacio a la diversidad legislativa. Nos deja el resultado de que, por una parte, se trató de codificar el derecho en cuerpos jurídicos, y por otro lado se reconocía la existencia del Derecho consuetudinario.

Le continuo en este *íter* histórico, el Estado Feudal, donde su Derecho fue pobre y carente de elementos científicos, técnicos y doctrinales. Se basó en la costumbre y su herencia escrita fue escasa. No obstante, hay tres períodos que se considera necesarios citar, como: el pre-romano, el de dominación romana, el visigótico; estos dejaron una gran dispersión jurídica, y la implantación de un sistema jurídico-político-religioso-musulmán, basado en las tradiciones del Corán. Con el surgimiento del Estado moderno, se valora como su fundamento básico, de que el Estado es el que produce Derecho, a través de un sistema de jerarquía de competencias, regulándose la vida social. Estos elementos fueron importados a las naciones de América Latina por quienes la invadieron. Los elementos abordados hasta aquí, permiten justipreciar que los sistemas jurídicos de los países que integran la región de Latinoamérica, fueron construidos sobre la base Monista del Derecho.

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

La historia señala que el Derecho Constitucional ecuatoriano desconocía la realidad multiétnica, pluricultural y plurinacional existente en el territorio, dejando en manos de la ley y particularmente de los reglamentos la definición de la política pública relacionada con las poblaciones indígenas en este país. En ocasión del proceso constituyente de 1998, Constitución política que acogió, desde una óptica normativa, el debate sobre los derechos étnicos y la posibilidad de construir una ciudadanía multicultural a partir del reconocimiento de ciertos derechos especiales, debate que dio como resultado el reconocimiento del Pluralismo Jurídico. Se aprecia cómo han sido objeto de estudio por tres disciplinas relacionadas con el Derecho, como la Jurisprudencia, la Historia del Derecho y la Antropología jurídica. En síntesis, se considera que el concepto de “Derecho Indígena” incorpora al conjunto de reglas y sub reglas constitucionales, legales y reglamentarias, las que regulan la relación entre la sociedad nacional y los pueblos indígenas, como también los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas. Empero, en una lectura técnico jurídica de la legislación indígena ecuatoriana, lo primero que se deberá precisar es qué entender por esta. En ese sentido, cuando se habla de legislación indígena, se refiere al conjunto de normas y procedimientos de derecho interno, que regulan las relaciones y la articulación entre el Estado nacional y las nacionalidades, pueblos y las comunidades indígenas. De manera obligada hay que retornar a la historia ecuatoriana, respecto a la legislación indígena, se constata que la constituyente de Montecristi estableció en el artículo 1 que: “*Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada*”

La Constitución de 2008, estableció un modelo administrativo *sui generis*, combinó la descentralización con autonomía, manteniendo intacto el proyecto cultural y político unitario del liberalismo decimonónico, que permitiría al Estado, según sus defensores, construir por fin la anhelada “nación” ecuatoriana. Para el caso de los territorios indígenas, la descentralización, como principio del Derecho Administrativo, se profundiza llegando estos a tener un importante grado de autogobierno político y jurídico que debe servir para remediar y rectificar el error histórico cometido con los pueblos indígenas, consistente en haber mantenido durante 150 años uno de los colonialismos internos más excluyentes de América Latina. Y, sobre la base del reconocimiento del Pluralismo étnico, y teniendo en mente las particularidades de su origen y forma de vida de los indígenas ecuatorianos, la Constitución - concretamente la jurisdicción constitucional- parece valorar positivamente estas diferencias. En ese contexto, se constata que la cuestión indígena, desde la Constitución de 1998, y luego en la de 2008, tuvo en toda la historia constitucional del país, todos los títulos que tiene el Texto magno, tienen disposiciones relacionadas con los indígenas, a tal punto de que se podría afirmar que existe una “Constitución plurinacional o indígena”, incrustada dentro del texto constitucional, que incorpora a la Constitución los principales elementos de la agenda política de las organizaciones indígenas ecuatorianas. Estos elementos se aprecian en el título I, los fundamentos filosóficos y políticos que inspiran el Estado. Dentro de ese marco general, uno de los principios más importantes es aquel que reconoce el Estado plurinacional en el artículo 1; el artículo 2, formula la cooficialidad de lenguas y dialectos indígenas; el artículo 10, numeral 2, incorpora el principio de igualdad. Igualdad entendida en su sentido material, no meramente formal o jurídico. El artículo 10, establece la titularidad y el ejercicio individual y colectivo de los derechos constitucionales; el artículo 66, numeral 5, establece el derecho individual y colectivo al libre desarrollo de la personalidad que, en el caso de los

indígenas, implica el reconocimiento de sus propias cosmovisiones. El artículo 76, reconoce el derecho al debido proceso, derecho que en el caso de los indígenas implica que los jueces y tribunales ordinarios, en las decisiones que tomen, deben tener en cuenta los sistemas normativos y de control y regulación social propios de las nacionalidades y pueblos indígenas. Como se constata, esta directriz interpretativa se explica como la traducción al plano constitucional, de las recomendaciones y lineamientos establecidos en el Convenio No. 169 de la OIT, y en especial lo dispuesto en el párrafo 1, de su artículo 8. El artículo 57, admite la existencia del Pluralismo Jurídico; aunque límite su eficacia a la necesaria conformidad de estos sistemas jurídicos, con las normas constitucionales y los derechos humanos. Respecto al derecho “colectivo” al territorio, la Constitución establece un sistema dual de protección que en armonía con lo dispuesto en el artículo 15, del Convenio No. 169 de la OIT, separa el concepto de tierras indígenas, del más amplio: territorio indígena. Al respecto, el artículo 57, numeral 4, de la Constitución formula una protección reforzada, al establecer una limitación especial del derecho a la propiedad privada consistente en la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras comunitarias. En relación con el concepto de “territorio indígena”, entre las numerosas conquistas de la causa indígena, reflejadas en la Constitución, son las disposiciones constitucionales que le otorgan a los pueblos indígenas un ámbito territorial propio. Este reconocimiento se encuentra regulado en los artículos 57, numerales 5 y 11. El artículo 257, define que una de las formas de organización político-administrativa, reconocida es la de circunscripciones territoriales indígenas. Proceso que se desarrollará con base en las disposiciones del COTAD; ley que tiene el objetivo fundamental de acomodar el nuevo modelo territorial al modelo de Estado plurinacional. Finalmente, el artículo 171, de la Constitución que da reconocimiento constitucional a las distintas formas de justicia indígena que se desarrollan en el territorio ecuatoriano. Señala que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial. Sin dejar de reconocer que el propio artículo 171, es una de las normas más importantes de la llamada constitución plurinacional, establece algunas importantes limitaciones al ejercicio de la justicia indígena tales como: su constreñimiento a un supuesto ámbito territorial indígena, sin que previamente se hayan definido en forma clara cuáles son los territorios indígenas en los que se puede aplicar la jurisdicción; limita la aplicación de la justicia indígena a lo que los antropólogos jurídicos llaman conflictos intra étnicos, desconociendo que en aquellos territorios de mayoría indígena viven también mestizos, que en la medida en que habitan en estos territorios deberían sujetarse a la autoridad indígena.

Se valora, luego analizar los artículos constitucionales, hacen depender esa autonomía jurisdiccional de su sujeción a las disposiciones constitucionales y a los derechos humanos. Sus 14 nacionalidades y 18 pueblos con cosmovisiones, tradiciones y formas de control y regulación social diversas, resulta totalmente inconveniente intentar estandarizar alguna regla al respecto, como un sistema de derecho propio, se puede describir a grandes rasgos el ejercicio de justicia del pueblo *kichwa*, ejercicio que se puede rastrear a partir de múltiples trabajos dentro de la etnografía jurídica. El procedimiento o los procedimientos que las Autoridades comunitarias han establecido para asumir el ejercicio de la jurisdicción indígena, los estudios etnográficos de la vida *kichwa*, aseveran que “la justicia” está cimentada en el respeto pleno a la jerarquía de las propias autoridades sobre la base de procedimientos tradicionales y comunitarios, cada caso tiene su propio proceso, resultando imposible definir el principio de precedibilidad de los procedimientos, que en el caso ecuatoriano no existe. Lo cual no significa que los miembros de la comunidad no estén conscientes de lo que ocurre en el ejercicio comunitario de justicia. En relación con la determinación de las faltas contra el orden, los expertos en Antropología jurídica, los propios indígenas y sus organizaciones desdeñan cualquier manifestación jurídica interna que no tuviera una estricta traducción en el

Derecho positivo nacional. Se hablaba de *folk law*, del Derecho consuetudinario, del Derecho informal y otros, para significar y de paso reafirmar la existencia de un verdadero derecho, el derecho dominante, creado y sancionado por el Estado. WOLKMER (2007), ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO (2007), DE SOUSA y GRIJALVA (2012).

Se justiprecia, el valor del reconocimiento constitucional y legal, de que en Ecuador exista un Derecho Indígena *stricto sensu*, más allá de la legislación indígena estatal, estriba en que los distintos sistemas jurídicos indígenas tienen a partir de ese momento un carácter verdaderamente sustitutivo y preferente en las tierras y territorios donde son aplicados, lo que conlleva que el debate hoy cambie de escenario. En este ir y venir, ya no se discute, como se hacía por la Antropología jurídica sobre qué es, en qué consiste y cómo se aplica el Derecho interno de los pueblos indígenas, porque este es ya un asunto interno de cada pueblo, hoy el debate se centra sobre cómo se debe articular su aplicación con el sistema judicial nacional sin que esta articulación implique, sometimiento o pérdida de autonomía; de cómo actúan los sistemas jurídicos como fuentes del Derecho.

YRIGOYEN FAJARDO (2006), es del criterio que la novedad más importante de este ciclo es que las constituciones introducen fórmulas de Pluralismo jurídico logrando romper la identidad Estado-Derecho o el Monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es “derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (el Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las constituciones de este 2<sup>do</sup> y 3<sup>er</sup> ciclo reconocen Autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se pone en cuestión la visión clásica de soberanía, y el monopolio que las constituciones asignaban a los “poderes u órganos soberanos” del Estado para la producción del Derecho y la violencia legítima. Las Constituciones pluralizan las fuentes de producción legal del derecho y de la violencia legítima, pues las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización del orden público interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado como por las autoridades de los pueblos indígenas, bajo techo y control constitucional. Sin embargo, se trata de fórmulas no exentas de limitaciones y no siempre son introducidas de modo orgánico y sistemático.

Se pondera, que la incorporación del Pluralismo jurídico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir del reconocimiento constitucional de estos “derechos” diversos y de la necesaria coordinación entre unos y otros, implica tanto para las nacionalidades y los pueblos indígenas inventar nuevas formas de coordinación y liderazgo, sobre todo para la sociedad nacional que debe abandonar definitivamente el esencialismo y fundamentalismo de la verdad y el progreso en el inicio de un importante proceso de cambio social que ha provocado y seguirá provocando una serie de graves tensiones entre lo universal y lo particular, entre lo nacional y lo étnico, y entre lo central y lo local. Tensiones que como todos los conflictos sociales no se pueden resolver por vía normativa o legal, sino que implican un ejercicio dialógico y tópico. Se justiprecia, que el Pluralismo jurídico es una propiedad de las estructuras sociales como campo social semiautónomo, grupo social o unidad política. No es exclusiva de las sociedades con un pasado colonial. Asume que el Derecho es policéntrico, producido por varios centros sociales. Uno de esos centros es el Estado, pero no el único, y en ciertos casos, tampoco el principal. Este reconocimiento jurídico, se valora que ha sido la consecuencia de un complejo y difícil “diálogo” entre culturas jurídicas diferentes, donde aparece el conflicto lingüístico, el que deberá ser fomentado y viabilizado por la Corte Constitucional, y por la Asamblea Nacional; y que como nota que lo distingue, es un proceso que aún no se ha dado, porque aún no existe una línea jurisprudencial que le dote de contenido a la adecuada autonomía jurisdiccional a los pueblos indígenas. La Corte Constitucional ecuatoriana y el legislador nacional podrán encontrar elementos comunes que les permitan clarificar muchas cuestiones jurídicas y políticas que obstruyen el camino de

construcción de la autonomía indígena en el marco del nuevo Estado plurinacional ecuatoriano en un cuerpo jurídico en el Derecho positivo. Su decisión tiene un efecto vinculante y como creadores de precedentes obligatorios *erga omnes*, son decisiones que deberán llenar los espacios vacíos de la ley especial donde no existe, o que la interpretan donde existe en función del Pluralismo Jurídico reconocido y la multiculturalidad de esta nación.

El reconocimiento jurídico del Pluralismo, se aprecia lo expuesto por GUASTINI (2007) sobre el principio de legalidad, y trata de dar su concepto, afirmando que “se llama principio de legalidad aquel en virtud del cual los poderes públicos están sujetos a la ley, de tal forma que todos sus actos deben ser conforme a la ley, bajo la pena de invalidez. Dicho de otra forma: es inválido todo acto de los poderes públicos que no sea conforme a la Ley. De esta manera queda a criterio de los autores del ensayo la adecuada aplicación de la norma jurídica”. La interrogante, es como resolverán la *litis* los Magistrados de la Corte Constitucional en esta situación del conflicto lingüístico en la praxis judicial, es preciso, a criterio de los autores además de los conocimientos que se tengan sobre el Derecho y su praxis judicial, una preparación en el Derecho Indígena a estos jueces, que va en relación al dominio de las lenguas indígenas citados en la tabla y a este propio Derecho consuetudinario ancestral. Empero, dentro de este contexto, hay que reseñar al pueblo indígena en aislamiento en Ecuador, estos son pueblos o segmentos de pueblos indígenas (Clanes Tagaeri y Taromenane), que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria, y que además suelen rehuir a todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo. También pueden ser grupos pertenecientes a diversos pueblos ya contactados que tras una relación intermitente con las sociedades envolventes deciden volver a una situación de aislamiento como estrategia de supervivencia y rompen todas las relaciones que pudieran tener con dichas sociedades. Si bien no existe consenso sobre el término que debe utilizarse para denominar a estos pueblos, en el ámbito internacional, el concepto más utilizado es el de “pueblos en aislamiento”. Los clanes Tagaeri y Taromenane forman parte de la nacionalidad Waorani, el idioma que practican es el Wao Tededo. Una última reflexión, aunque no son considerados como pueblos originarios, son reconocidos los pueblos con la categoría de Afroecuatoriano, la que se desprende del etnónimo afrodescendiente, denota a los descendientes de africanos que sobrevivieron a la trata esclavista en las Américas, comprende una doble adscripción o pertenencia del sujeto: tanto a las raíces africanas “afro” como a la nación ecuatoriana. Su idioma que practican es el castellano. Así como al pueblo Montuvio, población constituida por personas con características propias de la región litoral y zonas subtropicales dotadas de espíritu e ideales comunes; poseedoras de una formación cultural y política que las autodetermina como resultado de un largo proceso de acondicionamiento espacio temporal, que tienen su cosmovisión ancestral y mantienen su hábitat natural. El idioma que se practica es el castellano. MONTALUISA CHASIQUIZA (2010).

YRIGOYEN FAJARDO (2006) explícita dos retos que se visualizan en el Ecuador, como parte del contexto amazónico con la aceptación del Pluralismo jurídico en los textos constitucionales, plantea la necesidad de construir herramientas para una hermenéutica y una doctrina pluralista, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias, y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se puedan realizar en las normas secundarias, en la jurisprudencia y en las políticas públicas; y el segundo la necesidad de un fortalecimiento interno de los sistemas jurídicos indígenas y de la capacidad de todos los actores para que puedan entrar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos. Elementos que aportarán para conocer como son resueltos por los Magistrados la aplicación de las fuentes del Derecho, en la solución de los conflictos jurídicos dentro del Derecho Indígena, a partir de las pautas que les aporta el Derecho consuetudinario para su interpretación y argumentación jurídica. La

solución del conflicto indígena dentro de las Comunidades Indígenas, es resuelto por sus Autoridades, usan para ello la costumbre y los saberes ancestrales en su solución, imponiendo las penas desde su Cosmovisión. Pueden tener un control por parte de la Corte Constitucional.

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

Ecuador es uno de los países de la región latinoamericana que más constituciones ha tenido a lo largo de su historia como República independiente con 20. Se está en presencia de un sistema de fuentes *sui generis* que contienen, de manera desordenada, los elementos esenciales del sistema de fuentes del neoconstitucionalismo latinoamericano - fundamentalmente el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, el papel del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico y el reconocimiento constitucional del Pluralismo jurídico- se combina con el mantenimiento de algunos elementos esenciales del clásico sistema de fuentes de inspiración del Derecho francés, cuya manifestación más explícita es el lugar que mantiene la ley en el sistema; y con algunos rasgos del sistema de fuentes del Derecho anglosajón -el rol central de la justicia constitucional en la creación del Derecho- La Constitución ecuatoriana, criticada por su débil técnica constitucional, establece un sistema de fuentes novedoso, reflejo de orientaciones e influencias internacionales, como de las singulares condiciones en que se desarrolló internamente el proceso constituyente de Montecristi, participa en diverso grado de múltiples influencias y sensibilidades constitucionales que allí se dieron, desde la más tradicional que propugnaba por el mantenimiento sustancial de las instituciones jurídicas que habían estructurado el modelo constitucional en 180 años, con una progresista que insistió en la necesidad de promover una verdadera revolución constitucional incorporando al Ecuador en la cultura constitucional proveniente del “constitucionalismo garantista” y una minoritaria, pero no por ello menos radical, que no solo buscaba construir un proyecto constitucional acorde con las necesidades de justicia e igualdad material de todos los componentes del pueblo ecuatoriano, además cambia de paradigma constitucional por uno cercano al socialista revolucionario. VERDESOTO SALGADO (1988), LARREA HORGUÍN (1999), TIBAN GUALA (2008), ILAQUICHE LICHTA (2008), GRIJALVA JIMÉNEZ (2011), BELLOSO (2015) CHÁVEZ VALLEJO (2016).

Fue Ecuador, el primer país en incluir dentro de su marco jurídico máximo, los derechos a la naturaleza (*Pacha Mama*), reconociéndola como sujeto, en la que se regulan y reconocen las disposiciones que faculta a esta la Administración de justicia. AYALA MORA (2002), MELO (2009). Por consiguiente, desde la década de los setenta del pasado siglo XX, en el contexto de las políticas integracionistas en las Constituciones de América Latina, se empezó a reconocer la existencia y algunos derechos específicos a las Comunidades indígenas. Sin embargo, como todavía primaba la identidad Estado-Derecho no se reconoció formalmente a las autoridades indígenas, con la facultad de aplicar su propio sistema normativo de un modo amplio. TIBAN GUALA (2001), ÁVILA SANTAMARÍA (2008), HERMOSA MANTILLA (2014), SERRANO CAJAMARCA (2015).

Las reformas constitucionales se han enmarcado en la modernización de los Estados y en el logro de la vigencia de los derechos humanos a partir del Acuerdo No. 169, de la OIT. Cuando la Constitución reconoce el carácter pluricultural y pluriétnico de la nación sustentado en sus pueblos originarios, establece una relación directa con la historia contemporánea del país, y esta declaración debe repercutir en todo el sistema jurídico nacional, como es el caso de Ecuador. A partir de reconocer el Derecho Indígena, los autores analizan que el reconocimiento de los derechos indígenas de los pueblos indígenas, ha sido el resultado de las

luchas y levantamientos en contra de diferentes políticas adoptadas por los gobiernos en Ecuador. Es necesario mencionar que las diversas formas de luchas dadas a lo largo de la historia colonial y republicana, son repuestas a las condiciones de postergación de los pueblos y de esta manera catalogarlo así con la articulación de los grandes levantamientos, que buscaban instituir en el país modificaciones estructurales e históricas de como visibilizar al movimiento indígena en el Estado y la sociedad, el reconocimiento institucional de la diversidad de identidades, su cosmovisión, su dignidad, sus derechos, costumbres, tradiciones, idioma y el reconocimiento del Pluralismo Jurídico y la administración de la Justicia indígena, al decir de ILAQUICHE LICHTA (2006), TRUJILLO (2008), ESPINOSA GALLEGOS-ANDA (2009), DE SOUSA SANTOS (2012). Otros autores como MENDOZA ORELLANA (2009), LLASAG FERNÁNDEZ (2009), HERMOSA MANTILLA (2014) refieren que la historia del Derecho Indígena, dentro de la historia de la legislación ecuatoriana se aprecian políticas de exclusión, de aislamiento, al igual que la cultura y la económica. Toda vez que la estructura institucional se manifiesta desde una imposición vertical, desde un Estado uninacional. A partir de todos los criterios analizados, se precisa comentar lo referido por la Corte Constitucional de Ecuador, en la sentencia interpretativa dictada el 10 de Diciembre de 2008, esta indica el concepto de Constitución que interesa a un Estado Constitucional, y afirma que a partir de la irrupción del modelo constitucional garantista en el mundo entero, es obvio que importa el contenido antes que la forma; y la garantía de ese contenido, pasa por tener una Constitución escrita, rígida, normativa y axiológicamente potente. No en vano, como señalamos en este tipo de Estado, la Constitución es en sí misma una norma jurídica vinculante y directamente aplicable, que contiene principios y valores estrechamente relacionados con la promoción de la democracia sustancial y asegurado a través de garantías judiciales que permiten controlar la constitucionalidad -materialidad del ordenamiento jurídico- (artículo 11).

El texto magno de Ecuador, ha sido considerado como una de las más representativas y modélicas del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en ella se comparte las características principales que suelen atribuirse a esa denominación, con: un amplio catálogo de derechos, un texto largo, detallado y ambicioso, mezcla principios y valores de difícil realización con derechos concretos y garantías para su ejercicio, así como una lista de derechos reconocidos a los pueblos indígenas, singularmente el derecho a ejercer su propia jurisdicción dentro de los límites, al decir de CARRILLO GARCÍA y CRUZ CARRILLO (2016, pp. 155-188). El rasgo más significativo del sistema de fuentes de la Constitución ecuatoriana de 2008, se relaciona con la posición que la propia Carta se ha dado dentro del ordenamiento jurídico. Esta es al mismo tiempo "*fuerza de las fuentes*", toda vez que establece íntegramente el catálogo de las fuentes del derecho en Ecuador y del "Derecho Vivo", en virtud de su naturaleza normativa que la caracteriza, señalado por MONTAÑA PINTO (2012), DÍAZ OCAMPO, ANTÚNEZ SÁNCHEZ (2017).

Tomado en consideración el problema de la Constitución, la que como sistema normativo, sus aspectos más relevantes se considera que son el reconocimiento del carácter normativo y prevalente de la Constitución; el mantenimiento de la ley como forma principal de expresión normativa; el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho; la modificación de la posición y del valor del Derecho internacional en el sistema de fuentes; y la superación de la tradicional identidad derecho-derecho estatal mediante el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas como fuentes del derecho en los territorios indígenas. Se aplica la justicia indígena, la que para su configuración deben concurrir varios elementos viables, comprobables a partir de la jurisdicción y competencia como el territorio indígena, la presencia de autoridad indígena, el debido proceso, la defensa de las partes, y la aplicación de normas y procedimientos propios. Las Autoridades que dirigen la aplicación de la justicia indígena en los pueblos y nacionalidades indígenas en las Comunidades, son producto de un proceso de evolución dentro de su estructura interna.

Muchas denominaciones tradicionales han cambiado de connotación y denominación a partir de la promulgación de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas (2012) y la Ley Orgánica de Instituciones Públicas Indígenas (2014) en el desarrollo normativo a partir de los derechos reconocidos por la Carta Magna (2008) en el Ecuador en el ordenamiento jurídico nacional.

Lo que va diciendo que, en Ecuador la tarea de los Magistrados es compleja, ya que si bien en muchos casos fueron formados bajo los parámetros clásicos del Positivismo jurídico, en el Estado Constitucional tienen una función de mayor importancia, al estar obligados a adoptar en su práctica diaria los modernos métodos que impone la constitucionalización del Derecho, como hemos ido analizando en el contexto de la aplicación de la Justicia Indígena, en sus sentencias los Jueces van desarrollando a través de los aportes de la jurisprudencia la constitucionalización del Derecho. CARRILLO GARCÍA y CRUZ CARRILLO (2016), son del criterio de que como en el resto de las constituciones en la región Andina, en Ecuador surge la pregunta *¿Qué institución o autoridad estatal tiene la facultad de conocer y decidir sí, en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas?* Se ha incurrido en alguna violación de los límites establecidos, particularmente de los derechos constitucionales, la constitución o las leyes. Estos rasgos característicos se aprecian como un catálogo específico, donde las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se identifican en la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional, los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, y el derecho propio de las nacionalidades y pueblos indígenas en sus respectivos territorios. Es un hecho histórico jurídico, en atención a que la Constitución, la superación de la concepción de la Constitución como ley ordinaria o mero “documento político” que imperaba el Constitucionalismo histórico ecuatoriano en su antecesora política del 1998. Ello significa que es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. ÁVILA SANTAMARÍA (2008). Se constata, como a partir del 2008, se ha buscado definir y resolver todo conflicto jurídico como una cuestión constitucional, llevando a la Constitución a todos los recodos del orden jurídico, dando como resultado a la hiperconstitucionalización, fenómeno que puede conducir a una especie de “congelación” del ordenamiento jurídico, pues todo parece estar ya decidido constitucionalmente, y a criterio de los autores no es adecuado haber adoptado esta posición por parte del legislador y de los que ejercitan la ley; siguiéndose la tendencia KELSENIANA (pirámide), sin atender la nueva mirada interpretativa propuesta por GONZÁLEZ JÁCOME (2006), con el enfoque de circularidad en el uso de las fuentes (pastel de fuentes).

De esta forma, se considera que el rol del Juez en la solución del conflicto del Derecho Indígena, deberá tener en cuenta los siguientes elementos a valorar, como: *¿Qué es el Derecho?*, las fuentes del Derecho, el Juez y la aplicación de los Derechos. Derechos estos diseminados en el desarrollo del texto constitucional ecuatoriano. Deberán tener en cuenta el Debido Proceso, como parte del haz de principios ordinarios a observarse, los principios generales de la Justicia Constitucional, los principios procesales de Justicia Constitucional, lo que tributará a la Argumentación e Interpretación jurídica, utilizando la hermenéutica como herramienta. En esta misma línea, se analiza lo señalado por PÉREZ ARROYO (2010), quien refiere que el Pluralismo Jurídico significa, la coexistencia de varios sistemas normativos, al margen de su reconocimiento legal o no del Estado nacional, lo que si es necesario es su existencia como sistema jurídico de un pueblo, que lo reconoce como válido y efectivo, dentro del Estado o del espacio geopolítico determinado. Considera este autor citado, que el pluralismo intrasistémico (desde dentro y hacia dentro del sistema cultural), que contiene los casos, como se ha visto, de disidencia y objeción de conciencia que un individuo plantea a su propio Estado en razón de su libertad ideológica, de religión o de conciencia, y, el extrasistémico (desde fuera y hacia fuera del sistema cultural), este condicionamiento cultural se origina y motiva en el seno de una cultura distinta, foránea respecto del marco de referencia

cultural normativa. Esto ocurre también en las sociedades de pasado colonial, originando que las leyes y normas de conducta de la cultura dominante termina por imponerse a modo de cultura oficial, desplazando a las otras culturas nativas en razón a su estatus de culturas subyugadas y criminalizando muchas veces, los usos, y costumbres.

El Pluralismo jurídico, permite romper las imposiciones jurídicas, y permite la convivencia de varios sistemas jurídicos, que serán aplicados de acuerdo a sus principios y costumbres aceptados y reconocidos por los pueblos y nacionalidades indígenas. Impulsa la construcción de un Estado democrático en la cual se permita la participación de todos los ciudadanos de manera democrática, para que así pueda existir en un Estado pluralista, como es el caso de Ecuador, tal y como se concibe en sus estudios HOEKEMA (2002), del cual los autores del ensayo se afilian. Siguiendo la misma cuerda de lo señalado por CARRILLO GARCÍA y CRUZ CARRILLO (2016), quienes consideran que el debate se aprecia desde el artículo 191, de la Constitución ecuatoriana de 1998, y en el artículo 171, de la Constitución de 2008, quienes obvian deliberadamente hacer referencia a la reserva de ley que se hace al legislador para que, mediante una ley complementaria, haga “compatibles” las funciones de justicia reconocidas a la jurisdicción indígena con las funciones del sistema judicial nacional, o establezca los “mecanismos de coordinación y cooperación” entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, respectivamente. Cuestión está a la que nos afiliamos, se analiza, que la primera consecuencia de la asunción del carácter normativo de la Constitución es la transformación de la hermenéutica jurídica. En la literatura jurídica se dan varios métodos para interpretar el Derecho, para ello existen fórmulas hermenéuticas tradicionales que fueron desarrolladas, en primera instancia, por SAVIGNY, y en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano fue recogida por el Código Civil, pero existen otros métodos especiales de interpretación constitucional y de la propia Constitución.

En sí, la Constitución no es una norma común y corriente. Está conformada en su mayor parte por conceptos jurídicos y principios indeterminados que requieren para su cabal aplicación de la elaboración de reglas subconstitucionales que los concreten. Necesitan concreción y esa operación en los Estados constitucionales la hacen los jueces constitucionales -particularmente en la Corte Constitucional- y para realizar dicha concreción se utilizan, los instrumentos tradicionales de interpretación, los métodos especiales, según se trate de casos fáciles o difíciles. ARIZA SANTAMARÍA (2010), CHÁVEZ VALLEJO (2016).

Para que la Constitución de 2008, su interpretación sea eficaz deben estar vinculados a los cambios en los valores que ellos regulan, en Ecuador los derechos constitucionales son de aplicación inmediata, son exigibles en forma directa sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo o reglamentario. En el orden jurisprudencial y doctrinariamente se han establecido varios criterios para el reconocimiento de derechos fundamentales por vía judicial. Los principales son dos: la concordancia con la dignidad persona humana y el reconocimiento expreso por parte de los Magistrados de la Corte Constitucional. Los valores y principios inherentes a la persona humana se corrobora como están inspirados en el primer inciso del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, estos han sido desarrollado por distintos pactos internacionales, entre los cuales se destacan: la Declaración de los Niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de Derechos Civiles y Políticos; los Convenios de la OIT números 52, 29, 62; los Convenios de Ginebra números 1 y 2; y la Convención Americana de Derechos Humanos.

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

desconocimiento equivaldrá al desconocimiento de una Ley. Es el caso contrario de la jurisdicción indígena, la que no nace de la ley como ya se refería en el epígrafe anterior en este análisis, nace de la voluntad o convicción de los miembros del pueblo o de la colectividad, es la propia gente que acude donde la persona o personas consideradas como autoridades o líderes, para pedir que se arregle un conflicto o problema. El Derecho también es integral, busca restaurar el desequilibrio causado por el problema, conflicto o LLAKI. Sus Autoridades buscan resolver el problema de manera integral, su principal interés es restablecer la vida comunitaria y devolver la armonía. DE SOUSA SANTOS (1997), CALDERÓN ASTETE (2013), SAN MARTIN SOLANO (2013).

Las Autoridades indígenas que ejercen la Administración de justicia, obedecen a un procedimiento existente desde tiempos atrás. Respetando las particularidades de cada uno de los pueblos indígenas, se puede mencionar en forma general cuáles son los pasos o los procedimientos que las autoridades indígenas utilizan para solucionar un conflicto interno. Esta se origina a partir del primer paso que deben dar los afectados es poner en conocimiento de los dirigentes del Cabildo de manera oral y clara todo lo acontecido. *¿Dónde está el vacío legislativo o el incumplimiento del legislador en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?*, se valora y se precia lo planteado por CARRILLO GARCÍA y CRUZ CARRILLO (2016) en su estudio axiológico, cuando señalan las principales razones que se puede mencionar, ante la existencia de varias comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, cada una con costumbres, tradiciones, normas y procedimientos distintos para la solución de sus conflictos, en relación con los cuales habría que determinar los costos y beneficios involucrados, así como los intereses en juego para las partes y la disposición a ceder cuotas de poder ya conquistadas por los pueblos indígenas; la posibilidad de que la existencia de una tal disposición jurídica podría implicar una disminución de los márgenes de Pluralismo Jurídico (en este caso de pluralismo legal), interculturalidad y plurinacionalidad ya reconocidos, para satisfacer la tendencia unificadora que es consustancial al Estado moderno y que con tanto énfasis y legitimidad se critica desde el Pluralismo Jurídico. Estos autores consultados, refieren que mediante una Ley de Coordinación no podría hacerse más que establecer las formas de cooperación y los principios de coordinación en virtud de que, al ser reconocidas ambas jurisdicciones en la Constitución, y al estar determinados los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, entre ellos el de ejercer funciones de justicia con los límites de rigor, una eventual ley de coordinación no podría restringir los derechos ya reconocidos, ni es imprescindible para materializar estos porque la Constitución es norma directamente aplicable, sin necesidad de ley complementaria que viabilice su ejercicio.

No se coincide con estos autores, quienes refieren en su estudio exegético que, aunque no se ha dictado aún la ley referida a la cooperación entre las dos jurisdicciones como mandato de la Constitución, otras disposiciones jurídicas vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano complementan dicho mandato, particularmente el Código Orgánico de la Función Judicial en el que se definen el ámbito de la jurisdicción indígena y los principios de la justicia intercultural. Por qué decimos esto, se aprecia la diferencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se diferencian porque al momento de juzgar se aplican penas distintas, la primera de acuerdo a la ley, y la segunda de conformidad con las normas y costumbres; sin embargo, el fin es el mismo, mantener el orden jurídico, la paz y la armonía en la sociedad. Por lo que, le corresponderá resolver el conflicto de leyes a partir de lo que se reconoce en la Constitución de la República del Ecuador, esta establece disposiciones expresas sobre el principio del “debido proceso” y la aplicación de la justicia indígena, la misma que estará a cargo de las Autoridades que forma parte de las comunidades indígenas; este tipo de sanción es más rápida y en muchos casos los moradores manifiestan que es más efectiva, ya que hay casos que por falta de recursos económicos en los casos de la aplicación de la justicia ordinaria quedan en impunidad. En efecto, uno de los rasgos centrales que

dimensiona jurídicamente a América Latina, radica en su pluralidad normativa y cultural; elemento que posibilita la práctica del Pluralismo Jurídico, o sea, la convivencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos, lo preconizan autores como ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO (2007), DE SOUSA SANTOS (2007), GRIJALVA (2012), SAN MARTIN SOLANO (2013), BELLOSO (2015).

En la Amazonía, las nacionalidades indígenas acuden al sistema ordinario cuando enfrentan un problema considerado como poco frecuente dentro de la comunidad o desconocido por las prácticas ancestrales, también acuden a la justicia ordinaria cuando se ha perdido la costumbre aplicable o cuando existen amenazas por una de las partes involucradas hacia la otra, como en los casos de asesinatos o violación. En caso de problemas que involucren a indígenas, como son los conflictos relacionados con el territorio, el medio ambiente, y los recursos naturales, las nacionalidades indígenas acuden a la justicia ordinaria por falta de reglas claras que faciliten la intervención de las Autoridades indígenas en su adecuada solución. De acuerdo al análisis precedente realizado por CARRILLO GARCÍA y CRUZ CARRILLO (2016), se coincide que no existe en el Ecuador una ley especial vigente relativa a la jurisdicción indígena, sino un conjunto de disposiciones dispersas, estas sirven para orientarse en la manera en que deben resolverse los probables conflictos entre las decisiones de la justicia indígena y los derechos humanos. Se trata de disposiciones que de manera tangencial hacen referencia a diferentes aspectos del problema sin establecer una solución integral a nivel legislativo, lo cual no significa que la existencia de una tal ley sea el único modo de resolver legalmente los referidos conflictos, cuestión con la que se coincide.

Empero, la Corte Constitucional ha establecido precedentes importantes de carácter obligatorio en cuanto a los límites al ejercicio de la jurisdicción indígena, basándose no sólo en la Constitución y la legislación complementaria, sino además en estudios periciales de carácter Sociológico y Antropológico, lo que contribuye a la creación de una cultura de respeto por los derechos humanos, singularmente el derecho a la vida, por parte de las Autoridades de los pueblos y comunidades indígenas en particular, y de la sociedad en general, y pone en cuestión la posible utilidad de una futura ley especial de coordinación, que por mandato constitucional debiera ser parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, aun sin legislarse. Se constata, como las juezas y jueces, autoridades administrativas, y las servidoras y los servidores públicos en Ecuador, aplican directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen. En el ordenamiento jurídico de esta nación, se dispone por el texto magno, que existirán leyes orgánicas y ordinarias; en el caso de las leyes orgánicas desarrollan el contenido de la Constitución. Ahora, queda claro en el Texto constitucional, que todo sistema de justicia, - indígena u ordinario-, está sujeto a excesos de poder. Por eso es indispensable que los mismos sistemas se regulen en el caso que esto suceda, las dos justicias están sometidas a control a través del respeto a los derechos humanos y de la acción de la Corte Constitucional, se vuelve indispensable establecer cómo y en qué casos de excepción esta Corte deberá actuar conforme a lo regulado en la carta magna.

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana, se aprecia cómo se ha caracterizado por el uso de una Argumentación interpretativa que busca salvar la constitucionalidad de las leyes acusadas de inconformidad con el texto constitucional. A esta aseveración se llega de revisar cual es la materia reservada a las leyes orgánicas, estas materias se refieren a la organización y funcionamiento de las instituciones creadas constitucionalmente, ejercicio de derechos y garantías, gobiernos autónomos, régimen de partidos políticos y sistema electoral. Al mismo tiempo este tipo de normas deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de la totalidad de los legisladores. En el ordenamiento jurídico ocupan un nivel jerárquicamente superior a las demás normas y solo se encuentran debajo de la Constitución y los Tratados internacionales,

en relación con el artículo constitucional 425, con un control constitucional mixto. Siendo el único órgano que interpreta el texto constitucional, la Corte Constitucional, quien tiene esta facultad exclusiva, al amparo del artículo 429. Ahora, es un hecho que también se reconocen las normas consuetudinarias constitucionalmente, que regirán para los territorios indígenas como parte de este derecho ancestral, aplicadas por sus Autoridades -mujeres y hombres-

Lo hasta aquí formulado, nos permite analizar lo señalado por PUIG BRUTAU (1951), quien dijera: *“hay que abandonar la ilusión de que solo interviene en la decisión de las controversias el Derecho emanado de fuentes oficialmente proclamadas y admitidas. Quienes creen que los preceptos solemnemente promulgados permiten en todos los casos hacer la reducción de la norma general a los límites de una decisión particular, incurren a nuestro juicio en una ilusión peligrosa por confundir lo que está dispuesto que las cosas sean con lo que ellas, tercamente, se obstinan en ser.”* Sirva entonces este ensayo, para continuar estudiando y profundizando en futuras investigaciones desde una dimensión teórica, lógica y práctica, que permita la adecuada “Argumentación e Interpretación” en la solución de los conflictos del Derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de la Teoría de las fuentes del Derecho señalada por KELSEN, desde la doctrina y desde el Derecho consuetudinario, para su futura armonización en un cuerpo jurídico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde se transite de un discurso argumentativo lineal o piramidal, incluso en el enfoque de circularidad propuesto por GONZÁLEZ JÁCOME. SANTI ROMANO (1963), DE LUCAS (1992), BOBBIO (1995), ALEXY (1997), AGUILÓ (2000), ATIENZA (2004), ARIZA SANTAMARÍA (2010).

## CONCLUSIÓN

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

En materia de fuentes del Derecho, la transformación ha sido radical, aparte del reconocimiento, por primera vez en Ecuador del carácter normativo de la Constitución, la eliminación de la identidad ley-norma jurídica con el desplazamiento de la ley a una posición subordinada, la potenciación de los mecanismos de participación popular, los instrumentos del Derecho internacional y de la Jurisprudencia en materia de interpretación y creación del Derecho vigente, la Constitución reconoció que coexisten distintos sistemas jurídicos vigentes.

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

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

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

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

## REFERENCIAS

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

AGUILÓ Regla, J. *Tener una Constitución, darse una Constitución, y vivir en Constitución*, Revista Isonomía, número 28, (2008), p.67-86.

\_\_\_\_\_. *Teoría general de las fuentes del Derecho* (y del orden jurídico), Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

\_\_\_\_\_. *El concepto de Constitución*, Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 23, España, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sobre Derecho y Argumentación*, Editorial Leonard Muntaner, Palma 2008, p.11-28.

\_\_\_\_\_. *Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. El Canon Neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.231.

\_\_\_\_\_. *Sobre la constitución del Estado constitucional*, Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía, número 24, Universidad de Alicante, Editorial Espagrafi, España, 2010, p.1-69.

ALEXY, R. *La construcción de los derechos fundamentales*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 208.

ALTMANN, P. *El Sumak Kawsay en el discurso del movimiento indígena ecuatoriano*, Indiana, número 30, 2013, p. 283-299.

ATIENZA, M. *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2000.

\_\_\_\_\_. *Argumentación jurídica y Estado constitucional*, Revista Novos Estudos Jurídicos, número 1, Brasil, 2004.

\_\_\_\_\_. *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*, Editorial Porrúa, México, 2011.

ÁVILA Santamaría, R. (2008) *Ecuador. Estado constitucional de derechos y justicia. Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Sociedad, número 3, Quito, p.19-38.

\_\_\_\_\_. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Editorial Abya-Yala, Ecuador, 2011.

AYALA Mora, E. *Ecuador: Patria de todos. La nación ecuatoriana, unidad en la diversidad*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.

\_\_\_\_\_. *El Derecho Ecuatoriano y el aporte indígena*, Justicia Indígena. Aportes para un debate, Editorial Adya-Yala, Quito, 2002, p. 91.

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

ARIZA Higuera, L. y Bonilla Maldonado, D. (2007) *El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico*, Pluralismo Jurídico, Editorial Siglo del Hombre, Colombia, 2007, p. 22.

BALTAZAR Yucailla, R. *Aceptación del Pluralismo jurídico en el Ecuador y la aplicación de la justicia indígena aun no indígena*, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, 2008.

BORJA y Borja, R. *Derecho Constitucional ecuatoriano*, 4<sup>ta</sup> edición, 5 volúmenes, s/e Quito, 1979.

BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*, Editorial Tecnos, Bogotá, 1987.

\_\_\_\_\_. *Teoría de Ordenamiento Jurídico*, Editorial Universidade de Brasilia, 6<sup>ta</sup> edición, Brasil, 1995, p. 164.

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

BELLOSO, N. *El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?*, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, número 32, España, 2015, p.21-53.

BUSTILLO Ramírez, L. Tesis Doctoral: *Del Estado-nación al Estado-plurinacional inconcluso. Una mirada de los derechos indígenas en América Latina*, Universidad Autónoma de Madrid, 2016.

BHRUNIS Lemarie, R. *El constitucionalismo en el Ecuador*, Editorial Alter Justitia, Quito, 2010.

CALDERÓN Astete, R. Tesis Doctoral: *Pensar otro Derecho. Para una nueva poética jurídica*, Universidad Pablo De Olavide, España, 2013.

CORREAS, O. *Pluralismo Jurídico, Alternatividad y Derecho Indígena*, Editorial Fontamara, México, 2003.

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

COMBELLAS, R. *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, volumen 1, Editorial Ciedla, Caracas, 1996.

CHISAGUANO, S. *La educación intercultural bilingüe: una propuesta educativa de los pueblos indígenas del Ecuador, avances, limitaciones y desafíos*, FLACSO, Quito, 2005.

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

\_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico, multiculturalismo y conflictos de derechos. El Desarrollo y las aplicaciones de la Sociología Jurídica en España*, Editorial Oñati, España, 1995.

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

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

\_\_\_\_\_. *La difícil construcción de la plurinacionalidad. Los Nuevos Retos de América Latina: Socialismo y Sumak Kawsay*, Editorial Senplades, Ecuador, 2010, p. 149-154.

DÍAZ Ocampo, E. *La formación en la justicia indígena como alternativa frente al Pluralismo jurídico*, Revista Diálogos de Derecho y Política, número 17, Colombia, 2015, p. 74-75.

DÍAZ Ocampo, E. y Antúnez Sánchez, A. *El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador*, Revista Temas Socio Jurídicos, número 70, Colombia, 2016, p. 95-117.

DÍAZ Ocampo, E. y Antúnez Sánchez, A. *El Derecho Vivo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*, Revista Pensamiento Penal, Argentina, 2017.

DIEZ PICAZO, L. *Concepto y tipos de Ley. El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

HART, H. *El concepto del derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1977.

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

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

\_\_\_\_\_. *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

\_\_\_\_\_. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Estado de Derecho, Editorial Siglo XXI, 2002, p. 187.

\_\_\_\_\_. *Garantías*, Revista Jueces para la Democracia, número 38, Madrid, 2000, p.73-92.

FIX-ZAMUDIO, H. *Los derechos humanos y su protección jurídica en Latinoamérica*, Revista Ciencias Jurídicas, UNAM, México, 2010.

\_\_\_\_\_. *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas*, UNAM, México, 1995.

\_\_\_\_\_. *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 1988.

GARCÍA Enterría, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 95-99.

GARCÍA Máynez, E. *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 76-77.

GARCÍA, F. *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*, Editorial FLACSO, Quito, 2002.

GARZÓN López, P. Tesis Doctoral: *Multiculturalismo, ciudadanía y derechos indígenas: hacia una concepción decolonial de la ciudadanía indígena*, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2012.

GUTIÉRREZ Beltrán, A. *El bloque de constitucionalidad, conceptos y fundamentos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 28-34.

GONZÁLEZ Jácome, J. *El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la Argumentación jurídica*, Revista Universitas, número 112, Colombia, 2006.

GRAMSCI, A. *La Política y el Estado Moderno*, Editorial Península, Barcelona, 1971.

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

\_\_\_\_\_. *Coordinación entre justicia, ese desafío*. Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador, Editorial Abya-Yala, Quito, 2012, p. 581.

OLMEDO Gavilanes, R. Tesis de Máster: *Derecho Consuetudinario Indígena: dicotomía en lo procesal y en la práctica*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 2015.

PÉREZ Luño, A. *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

PÉREZ Royo, J. *Las fuentes del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

PÉREZ Carrillo, J. *Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del Derecho*, 2004.

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, número 4, México.

RODRÍGUEZ Salazar, A. Tesis Doctoral: *Teoría y práctica del buen vivir: orígenes, debates conceptuales y conflictos sociales. el caso de Ecuador*, Universidad del País Vasco, España, (2016).

SAN MARTIN Solano, D. Tesis de Máster: *Justicia indígena y derechos humanos en el Austro ecuatoriano a partir del 2008*, Universidad de Cuenca, Ecuador, 2013.

SANTOS, G. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Editorial Abya-Yala, Quito, 2012.

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

SÁNCHEZ Castañeda, A. *Los orígenes del Pluralismo jurídico*, Tomo I, Derecho Romano e Historia del Derecho, UNAM, 2006, p. 475.

SERRANO Pérez, V. *El Derecho indígena*, Editorial Abya-Yala, Quito, 2002.

SALVADOR Lara, J. *Breve historia contemporánea del Ecuador*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 2010.

SALGADO Pesantes, H. *Lecciones de Derecho Constitucional*, 3<sup>ra</sup> edición, Editorial Legales, Quito, 2004.

SARAYAKU Sarayaku Sumak Kawsayta ñawpakma katina killka / *El libro de la vida de Sarayaku para defender nuestro futuro*, Boletín de Prensa: territorio autónomo de la nación originaria del pueblo Kichwa de Sarayaku, Quito, 2003.

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

STAVENHAGEN, R. *Los Pueblos Indígenas y sus derechos. La educación indígena*, Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, México, 2005.

ILAQUICHE Licta, R. Tesis Doctoral: *La Costumbre como fuente principal del Derecho Indígena*, Universidad Central del Ecuador, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Fundación Hanns Seidel, Quito, 2008.

\_\_\_\_\_. *Derecho Propio, Pluralismo Jurídico y la Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Editorial Uniandes, Ambato, 2015, p.121-122.

LARREA Horguín, J. *Derecho Constitucional ecuatoriano*, 6ª edición actualizada, 2 volúmenes, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999.

LLASAG Fernández, R. *El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales*, Foro Revista de Derecho, número 12, Ecuador, 2009.

\_\_\_\_\_. Tesis de Máster: *Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdicción estatal*, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, 2007.

LLANO, J. *Teoría del Derecho y Pluralismo jurídico*, Revista Criterio Jurídico, Santiago de Cali, 2012, p. 191-214.

YRIGROYEN Fajardo, R. *A 20 años del Convenio No. 169 de la OIT: balances y desafíos en la implementación de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*, Instituto de Estudios Socioeconómicos, Brasil, 2009.

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

\_\_\_\_\_. Tesis Doctoral: *Sometimiento Constitucional y Penal de los Indígenas en los Países Andinos en el siglo XIX*, Universidad de Barcelona, España, 2005.

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

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

MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, 5ª edición, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 385

MONTAÑA Pinto, J. *Teoría utópica de las fuentes del Derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada. Corte Constitucional de Ecuador*, 1ª edición, Editorial V y M Gráficas, Quito, 2012.

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

MIRIAS, N. Tesis Doctoral: *Lenguaje, praxis, razón. El problema del pluralismo a través de la filosofía del lenguaje*, Universidad de Barcelona, España, 2009.

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

TAMARIZ Ochoa, M. Tesis de Máster: *Logros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el ámbito de la interculturalidad en el Ecuador*, Universidad de Cuenca, Ecuador, 2010.

TIBAN Guala, L. Tesis de Máster: *Neoconstitucionalismo y Pluralismo*, UNIANDES, Ambato, 2013.

\_\_\_\_\_. *Estado Intercultural, Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, Fundación Hanns Seidel, Quito, 2010, p. 214-216.

\_\_\_\_\_. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*, Fundación Hanns Seidel, Latacunga, 2008.

\_\_\_\_\_. *Legislación indígena*, Editorial Codenpe, Ecuador, 2008.

TELLO, E. *Movimiento indígena y sistema político en Ecuador*, Editorial Abya-Yala, Quito, 2012.

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

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

\_\_\_\_\_. *Interculturalidad, Estado y Sociedad, Luchas de coloniales de nuestra época*, Editorial Abya-Yala, Quito, 1998.

WRAY, A. *El Convenio 169 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y el régimen constitucional ecuatoriano*, Ecuador, 1997, p.51-55.

WOLKMER, A. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho*, 3<sup>ra</sup> edición, Editorial Alfa-Omega, San Pablo, 2001.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina, Pluralismo Jurídico. Teoría y experiencias*, Universidad Autónoma de San Luís Potosí, México, 2007, p.17.

KANT, I. *The doctrine of virtue, Metaphysics of morals, International human rights in context, law politics and morals*, Oxford University Press, 2<sup>da</sup>. edición, United State for American, 2000, p. 261-263.

KELSEN, H. *Teoría General de las Normas*, UNAM, México, 1994.

\_\_\_\_\_. *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, quinta reimpression, UNAM, México, 1995.

\_\_\_\_\_. *Compendio de Teoría General del Estado*, Editorial Colofón, 1<sup>ra</sup> edición, México, 1992, p. 140.

QUIROLA Suárez, D., *Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza*, Editorial Abya-Yala, Quito, 2009, p. 7-79

VIGO, R. *Interpretación Jurídica*, Editorial Ribinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p.13- 43

\_\_\_\_\_. *De la Ley al Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2003, p. 4-25.

ZAVALA Egas, J. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*, Editorial Edilex, Guayaquil, 2010.

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

ZAFFARONI, E. *La Pachamama y el humano*, 1<sup>ra</sup> edición, Editorial Madres de la Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011.

ZORRAQUÍN Becú, R. *El sistema de fuentes en el Derecho Indiano*, Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, Quito, 1980, p.32-67.