

REVISTA ENSAYOS PENALES

SALA PENAL

Edición #10 septiembre 2014

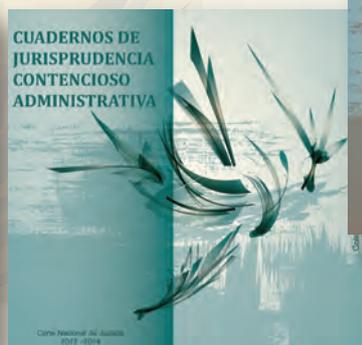


CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Próximamente en circulación



Colección Gestión jurisdiccional



CONSEJO EDITORIAL

Dra. Lucy Blacio Pereira
Dr. Paúl Iníiguez Ríos
Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
Dr. Merck Benavides Benalcázar
Dr. Jorge M. Blum Carcelén
Jueza y Jueces de la Sala Penal, Penal Militar, Penal
Policial y Tránsito de la Corte Nacional
de Justicia del Ecuador

Director Publicación: Dr. Jorge Blum Carcelén
Diagramación e impresión:
Imprenta de la Gaceta Judicial
Editor: Dr. Santiago Aráuz Ríos
Impreso en Quito, en septiembre del 2014
ISSN N° 1390-7972
gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
www.cortenacional.gob.ec
Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza
Telf.: (02) 2808663
Quito-Ecuador

Nuestra revista también la puedes encontrar en: www.cortenacional.gob.ec
La producción académica de esta revista se encuentra en la siguiente dirección electrónica:

La presente publicación, es un producto editorial de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, las opiniones académicas vertidas en cada artículo, son de responsabilidad de los autores; y, no constituyen una opinión Institucional. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, total o parcial, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra, sin contar con la debida autorización de los titulares de su propiedad intelectual. Copyright ©



Dra. Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo Juez Nacional y Presidente de la Sala Penal, Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional y Director de la Revista "Ensayos Penales", con el Dr. Santiago Aráuz y demás funcionarios y operarios que prestan servicio en imprenta de la GACETA JUDICIAL.

PRESENTACION

En febrero de 2013, con la aparición de la Revista Jurídica "ENSAYOS PENALES", apenas avizorábamos el éxito que en el plano académico iba a tener nuestra publicación entre los compañeros judiciales, abogados especializados en materia penal, así como en los estudiantes de Derecho de las distintas universidades del país; y, en esta ocasión, nos sentimos congratulados al poner a disposición de nuestros lectores la presente Edición N° 10; precisamente porque en cada uno de los ensayos que contiene, exponemos nuestros argumentos, tratando diferentes temas de la actualidad jurídica, los que asumimos en forma personal, por quienes conformamos la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, incluyendo valiosos comentarios de operadores de justicia y colaboradores externos, quienes conjuntamente con nosotros, hemos hecho de la actividad intelectual y el análisis crítico de los temas especializados en materia penal, parte de nuestras actividades cotidianas.

Estamos conscientes que al publicar nuestras reflexiones nos exponemos al escarnio y escrutinio público, no obstante asumimos responsablemente sus consecuencias siempre con la intención de dar apertura al debate y discusión de temas jurídicos que se tornan urgentes y necesarios por los impactos que se están generando con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

Para nosotros, jueces y juezas en esta coyuntura, pero fundamentalmente académicos por antonomasia, los trabajos realizados, por la seriedad con que han sido asumidos por sus autores, cuentan con aval científico, y por esta razón están siendo aprovechados en el ámbito universitario para el reforzamiento en el aprendizaje de la nueva normativa constitucional y penal que rige en el Ecuador, lo que nos compromete y obliga aún más en el estudio riguroso de cada uno de los temas propuestos.

Puede ocurrir que alguno de los ensayos publicados no constituya el criterio mayoritario de la Sala, e inclusive, ni siquiera la convicción del autor en sus decisiones judiciales, pero la intención subyacente es cuestionar lo dado por cierto, lo indiscutible e incuestionable, y abordar frontalmente los axiomas y verdades jurídicas, a fin de subvertir tabúes que petrifican el Derecho negando su carácter dialéctico.

En la presente publicación se exponen temas de tanta actualidad como: El Agente Encubierto; Los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Doctrina y Dogmática sobre la Teoría del Delito en el Derecho Penal Ecuatoriano, Los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, El Acceso a la Justicia de las Mujeres y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, Comentarios al artículo “El acceso a la Justicia de las mujeres y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres”, Un antes y un después en el ejercicio del Sistema de Administración de Justicia Indígena, La Justicia Indígena en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, El Debido Proceso como Institución, El ejercicio ilegal de la Profesión, Alegato de Clausura y se transcribe íntegramente la sentencia emitida por la Corte Constitucional, referente al caso ‘La Cocha’, pues ésta se constituye en el referente delimitador de la justicia indígena, la competencia penal de la justicia ordinaria, etc.

Por último, nos complace informar a nuestros entusiastas lectores que la Revista “Ensayos Penales”, tiene un tiraje de 4.000 ejemplares físicos, y todas sus ediciones anteriores se encuentran digitalizadas en la página web de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (www.cortenacional.gob.ec), donde los invitamos a ingresar, encontrándose además publicadas las sentencias de casación y revisión, dictadas por los jueces y juezas de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; así como una variedad de libros jurídicos con distintas temáticas.

Aprovechamos la oportunidad para agradecer a todos los que contribuyen para hacer posible esta publicación, particularmente a los compañeros y compañeras de la Dirección de la Gaceta Judicial, cuyo trabajo, dedicación y esmero permiten que mes a mes salga a luz esta obra de reconocida calidad.

CONTENIDO

1	Presentación <i>Dr. Johnny Ayluardo Salcedo</i>
4	El Agente Encubierto <i>Dr. Jorge M. Blum Carcelén</i>
15	Doctrina y Dogmática sobre la Teoría del Delito en el Derecho Penal Ecuatoriano <i>Dr. Merck Benavides Benalcázar</i>
24	Los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal <i>Dr. Johnny Ayluardo Salcedo</i>
45	El Acceso a la Justicia de las Mujeres y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres <i>Roxana Arroyo Vargas</i>
58	Comentarios al artículo "El acceso a la Justicia de las Mujeres y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres" <i>Dra. Lucy Blacio Pereira</i>
61	Un antes y un después en el ejercicio del Sistema de Administración de Justicia Indígena <i>Dra. Mariana Yumbay Yallico</i>
71	La Justicia Indígena en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano <i>Dr. José García Falconí</i>
89	El Debido Proceso como Institución <i>Dr. Héctor Arcelio Mosquera</i>
92	El ejercicio ilegal de la Profesión <i>Dr. Edgar Flores Mier</i>
97	Alegato de Clausura <i>Dr. Alejandro Arteaga García</i>
102	Sentencia N° 113-14-SEP-CC Caso N° 073 1-10-EP <i>Corte Constitucional del Ecuador</i>



Dr. Jorge M. Blum Carcelén
Juez de la Corte Nacional de Justicia

El Agente Encubierto

Por el año 2006, en uno de tantos seminarios sobre Derecho Penal y Criminología que organizábamos en Guayaquil, en los que tuve la oportunidad de intervenir como panelista, con temas como la oralidad en el sistema penal; y, la implementación de las unidades de flagrancia, para lograr con la celeridad debida y el respeto a las normas del debido proceso la sentencia adecuada, planteábamos en dichos eventos académicos posibles reformas que se podrían introducir al sistema penal.

Lo que me hace recordar, que en una de las exposiciones realizadas por Ramiro Martínez, reconocido miembro de la institución policial y especializado en el exterior, en esa época ya planteaba la necesidad de que se incluya en la investigación judicial la utilización, de “agentes encubiertos”, para que con las garantías legales, miembros policiales puedan involucrarse en las grandes organizaciones delincuenciales y poder conocer sus actividades, todo ello en la lucha contra la criminalidad internacional, que estaba estableciéndose en el país, pudiendo emprender “operaciones encubiertas” y de esta forma ingresar a las bandas delincuenciales, como una de las formas para poder conocer a sus integrantes y detectar el método que utilizan en la comisión de

delitos, como el tráfico de estupefacientes, lavado de dinero, trata de personas, delitos migratorios, plagios, contra el patrimonio histórico y cultural, tráfico de flora o fauna, delitos contra la salud pública como falsificación de medicamentos, falsificación de monedas, tráfico de armas, entre otros; haciéndonos conocer dicho expositor, las experiencias que han tenido otros países de la región, para la detención de delincuentes y la forma en la que se logró truncar sus actividades delictivas.

Esa sugerencia de tipo académica, hoy es una realidad, ya que con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el 10 de agosto de 2014, por primera vez en nuestra normativa procesal se permite las operaciones encubiertas, como una técnica especial de investigación, que está contemplada en el artículo 483 del COIP, donde se señala que: “en el curso de las investigaciones de manera excepcional, bajo la dirección de la unidad especializada de la Fiscalía, se podrá planificar y ejecutar con el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, una operación encubierta y autorizar a sus agentes para involucrarse o introducirse en organizaciones o agrupaciones delictuales, ocultando su identidad oficial, con el objetivo de identificar a los participantes, reunir y recoger

información, elementos de convicción y evidencia útil para los fines de la investigación”.

Debemos notar, que la disposición que permite la operación encubierta, debe ser de carácter excepcional, es decir, que no se la podrá realizar para todo tipo de investigaciones, sino en aquellas que se lo requiera y sea pertinente, con la finalidad de identificar a los integrantes de organizaciones delictivas y sobre todo para obtener información y recoger los elementos de convicción que sean útiles para la investigación; y, no podrá ser utilizada en forma discrecional, por los miembros policiales, sino que debe previamente estar planificada y ejecutada por el personal del sistema que está a cargo de la Fiscalía, ya que el agente encubierto investiga los delitos desde el interior de la organización criminal, actuando, sin exceder el marco de las garantías constitucionales básicas, porque de lo contrario se convierte en “agente provocador”, que no es el espíritu de la norma.

Si bien la norma procesal, del inciso segundo del artículo antes referido, señala que el agente encubierto estará exento de responsabilidad penal o civil, por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma; ya que en caso contrario, cuando transgrede las garantías del indiciado, será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes.

Debemos tener presente que el agente encubierto está autorizado a delinquir, ya que bajo la segunda identidad, puede adquirir, transportar objetos y efectos del delito, por ello es que debe estar exento de responsabilidad, pero únicamente por aquellas actuaciones que sean necesarias para progresar en el desarrollo de la investigación a su cargo.

Con lo que se establece que la actuación

del “agente encubierto”, no es simple, ni está al libre albedrío del miembro policial, sino por el contrario es altamente delicada, porque además de poner en peligro su vida si es descubierto; el involucrarse en organizaciones delictivas para la ejecución de actos que están sancionados por la ley, también lo ubican, eventualmente, en circunstancias de participación en la comisión del delito, pudiendo ser hasta aprehendido en delito flagrante; y, si no cuenta con la debida autorización, podría ser objeto de sanción penal por el acto ejecutado, al igual que los miembros de la organización delictiva; aunque reconocemos que el agente encubierto se convierte en un nuevo medio de investigación de delitos, que con la expedición del COIP si está reconocido legalmente y existen abundantes fallos jurisprudenciales a nivel internacional, que señalan que sólo debe actuar cuando está convencido de la existencia de una actividad delictiva consumada o que se está cometiendo y cuyo descubrimiento se pretende.

Para evitar confusiones o equívocos en el accionar del agente encubierto, el artículo 484 del COIP, señala las reglas que la operación encubierta deberá observar, siendo éstas:

1.- La operación encubierta será dirigida por la Unidad especializada de la Fiscalía, es decir que necesariamente estará a cargo de la Fiscalía General del Estado y no en forma discrecional, ni es autónoma de la Policía Judicial, ni de la Policía Nacional; ya que se la deberá realizar con el personal del Sistema Especializado Integral de Investigación, de medicina legal, y ciencias forenses, entregando a la o el fiscal los antecedentes necesarios que la justifiquen.

Con lo que establecemos que la primera condición es que sea dirigida por la Unidad especializada de la Fiscalía, debiendo ser solicitada por la Policía Judicial a quienes integran el sistema de investigación, entregando

en forma sustentada al Fiscal los antecedentes necesarios que determinen que es necesario incluir un agente encubierto, por ello debe existir una “investigación previa” en curso y trabajos previos de inteligencia, cuyos antecedentes corroboren la posible preparación o comisión de una infracción o de quienes han participado en ella.

2.- La autorización del fiscal deberá ser fundamentada y responderá al “*principio de necesidad para la investigación*”, debiendo imponer la Fiscalía las limitaciones de tiempo y controles que sean de utilidad para un adecuado respeto a los derechos de las personas investigadas o procesadas.

El principio de necesidad, está vinculado con el principio de pertinencia, que es de vital importancia, porque garantiza a las partes la facultad de poder utilizar los medios de pruebas pertinentes, a fin de sustentar y defender sus posiciones; ya que la prueba es pertinente, cuando guarda relación con lo que es objeto del proceso penal y deben referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, como a la posible responsabilidad penal del indiciado o de la persona procesada.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta, a la mayor brevedad posible, en conocimiento de quien autorizó la investigación; y de igual manera dicha información deberá agregársela al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

3.- En ningún caso será permitido al agente encubierto, impulsar delitos que no sean de iniciativa previa de los investigados.

Este numeral es de vital importancia para la operación y para liberarlo de responsabilidad al agente; ya que lo medular es que *no podrá impulsar delitos*, porque se

convierte en autor o cómplice de éste, lo que trastocaría esta institución procedimental investigativa, cuidando el agente de no allanar o interferir comunicaciones sin previamente solicitar la autorización necesaria al juez competente, como lo establece el numeral 7 de este análisis, para que su actuación no constituya violación a los derechos garantizados por la Constitución de la República, como el derecho a la intimidad, autoincriminación, la privacidad o la propiedad privada, ni se convierta en “prueba ilícita”, restándole eficacia jurídica al indicio que luego debe convertirse en prueba.

4.- La “identidad” otorgada al agente encubierto, será mantenida en secreto durante la versión que se presente en el proceso.

Pero la autorización para utilizar la identidad en secreto, no podrá extenderse por un período superior a dos años, pudiendo prorrogarse por dos años más mediante la debida justificación.

La reserva de la identidad del agente encubierto es de vital importancia, primero para mantener su seguridad; y segundo, para impedir que los sospechosos detecten que están siendo vigilados por miembros policiales de investigación y puedan recabar los datos, fechas, identificar a los involucrados como a sus testaferros, así como los movimientos del accionar delictivo de la organización, debiendo tener presente, que se lucha contra la delincuencia internacional en varios tipos delictivos.

Reconocemos que la obtención de la segunda identidad, es falsa, porque debe adquirirse del Registro Civil el documento adecuado que le otorgue esta nueva identidad, que difiere de la verdadera, por lo que consideramos que debe expedirse un reglamento que permita al agente encubierto la obtención de este nuevo documento, que lo libere de una posible utilización dolosa de documento falso.

5.- De ser necesario, en el caso concreto investigado, todo agente encubierto tendrá las mismas protecciones que los testigos; de aquella protección que otorga la Ley de Protección a Víctimas y Testigos y demás partícipes del proceso penal, que se encuentra a cargo de la Fiscalía General del Estado, para lo cual deberá llenar el registro respectivo que debe permanecer en reserva y solo utilizado ante el Juzgador competente, para acreditar su labor y precautelar su vida.

Esta protección que brinda el Estado al agente encubierto, debe ser en todo orden, desde su seguridad personal, como la de los miembros de su familia, ya que no es suficiente que estén dentro del programa de protección a víctimas, sino también con documentos que le otorguen otra identidad, cambios físicos, lugares de trabajo, como la facilidad de contar con dinero, vestimenta y otros utensilios que lo sitúen como iguales ante los sospechosos que vigila.

6.- Las versiones del agente encubierto, servirán como elementos de convicción dentro de la investigación.

Reconocemos que el conocimiento adquirido por el agente encubierto, debe ser parte de la investigación, la que debe ser proporcionada en forma constante al sistema para el avance y control de la operación, que en la práctica tienen tiempo de duración de muchos meses y hasta años, pero no podrá prologarse por más del tiempo que señala la normativa penal.

La versión solo constituye indicios, por lo que consideramos que los proporcionados por el agente, deben estar ligados a otros, para que el fiscal puede dar inicio al proceso penal, mediante la audiencia de flagrancia o de formulación de cargos, y sobre todo, desde nuestro punto de vista, sostenemos que también debe acudir a la audiencia de juicio a rendir testimonio,

porque es éste su testimonio, el que se convierte en prueba, para que se pueda justificar la responsabilidad de los partícipes en el evento delictivo, por lo que encontramos un vacío en la regla cuarta del artículo 484 del COIP, porque únicamente se refiere a la versión y no al testimonio que debe rendirlo, pudiendo para ello utilizar el sistema de videoconferencia o algún otro método que impida la confrontación con los procesados o que se descubra su identidad.

7.- En caso de realizar diligencias que requieran autorización judicial, la o el fiscal las solicitará al juzgador competente, por cualquier medio, guardando la reserva.

Respecto a dicha autorización, la consideramos de vital importancia para la eficacia jurídica de la prueba y para ello el juez competente, la podrá otorgar mediante petición fundamentada, ya sea mediante llamada telefónica, mail, fax o cualquier otro tipo informático moderno de uso cotidiano, entre el fiscal y el juzgador, sin que se requiera en el momento de la petición solicitud escrita formal, pero posteriormente se reducirá a escrito y deberá formar parte de la investigación previa o del expediente procesal, pero se deberá guardar la respectiva reserva.

Consideramos que se debe requerir la autorización judicial previa, al juez competente, para la práctica de allanamientos, escuchas telefónicas, interceptación de comunicaciones o datos informáticos, mensajes de texto, correos electrónicos, grabaciones, registro de vehículos, retención de correspondencia, entregas vigiladas o controladas, para lo cual se deberá cumplir con las exigencias y procedimientos señalados en el COIP.

8.- Los elementos de convicción obtenidos por agentes encubiertos no autorizados carecerán de todo valor.

Al respecto, sostenemos que para cuidar las normas del debido proceso, toda

actuación del agente encubierto, deberá contar con la autorización judicial, a fin de garantizar la eficacia de la misma y no se conviertan en prueba ilícita, capaz de ser impugnada por los sujetos procesales, ya que la finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y las circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, respetándose los principios de oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia y exclusión; ya que toda prueba o elemento de convicción obtenido con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la ley, carecerán de eficacia probatoria y deberán excluirse de la actuación procesal, como lo refiere el artículo 454.6 del COIP.

Principios de la operación encubierta:

La investigación del agente encubierto, deberá regirse por los **principios de necesidad**: ya que solo son válidas las actuaciones necesarias para llevar a buen fin la investigación; el **principio de proporcionalidad**: en virtud de que los comportamientos ilícitos que conllevan una investigación de este tipo, conocida en el COIP, como “técnicas especiales de investigación”, deben ser menores a los beneficios que aporte o a la gravedad del delito que se pretende descubrir; y, el **principio de interdicción de la provocación delictiva**: porque el agente policial se infiltra para descubrir y desenmascarar una organización delictiva preexistente, pero en el curso de la investigación no puede inducir, provocar o facilitar la comisión de ningún delito; podrá ejecutarlo cuando ya no tenga más remedio, para no frustrar la operación, pero no nunca podrá originarlo.

Legislación comparada sobre el agente encubierto:

En Francia, cuentan con una ley que se

refiere al fortalecimiento de la lucha contra el tráfico de estupefacientes, en la que también se establece como causa de justificación de la responsabilidad criminal, a los policías que realizan acciones constitutivas de delito de tráfico de estupefacientes, cuando ello los guíe a un fin investigador y cuenten con la respectiva autorización judicial.

En Italia, desde 1990, se establece que no serán sancionados los policías judiciales que simulan la compra de sustancias estupefacientes, a fin de adquirir pruebas de los delitos de tráfico de estupefacientes y puedan llevar a cabo las operaciones anticrimen concertadas.

En Alemania, el Código Penal, establece requisitos y formas para que pueda proceder el agente encubierto, se le autoriza una identidad supuesta y todo tipo de protección a su integridad física y como limitaciones, sólo se podrá aplicar en delitos de importancia y cuando otros medios de investigación resulten ineficientes, con autorización judicial o fiscal y la prohibición de cometer delitos.

Debemos entender, dice G. Augusto Arciniegas Martínez, en su obra *Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio*, Ediciones Nueva Jurídica, Pág. 190, que las operaciones encubiertas, en general, guardan una especial relación con el concepto de “inteligencia”, el cual tuvo su origen en actividades de orden militar, pero que, con el paso de los años, han venido aplicándose en actividades de investigación criminal, e inclusive en asuntos disciplinarios.

La “inteligencia”, refiere el autor antes citado, es simplemente el resultado que surge como consecuencia de un proceso que se le da a la información, cuestión ésta que es básica y esencial en la investigación criminal; puede decirse que las actividades de inteligencia no habían tenido mayor regulación normativa en la legislación de nuestro país

(Colombia), aunque venían, de una u otra forma, siendo realizadas de mucho tiempo atrás, por tratarse de una actividad consustancial a la labor de investigación.

En la normativa colombiana, el primer antecedente aparece en la resolución 086 del 16 de junio de 1992 del Fiscal General de la Nación, donde se dispuso como función de las unidades de policía judicial, realizar labores de inteligencia, seguimiento, pesquisas y operaciones especiales, conforme a la ley, dentro de sus circunscripciones territoriales; y fue a partir de ese momento que se introdujo el concepto de inteligencia en la investigación criminal, la que avalada por la Corte Constitucional en sentencias (T-444 y T-25 de 1992), señalándose en la primera: ... “siendo la reserva el aspecto más importante sobre el cual se edifica la investigación y acusación (competencia del fiscal) y el juzgamiento (competencia del juez), es necesario distinguir entre las etapas de la recopilación y evaluación de la información, la investigación previa, la actuación de la Fiscalía General de la Nación y la etapa final de juzgamiento”...

... “La labor de inteligencia tiene como finalidad detectar y realizar el seguimiento de conductas determinadas en la ley como punibles y prestar apoyo en la labor de investigación a la Rama Judicial del poder público. Esta Función requiere el máximo de discreción que redundará en el éxito de la posterior sanción penal, pues es de todo conocido que la desaparición de las pruebas o su deterioro normal por el transcurso del tiempo inciden en el desarrollo del proceso. Razones suficientes asisten al Estado para mantener reserva en tal delicada labor y poseer no solo a nivel nacional sino internacional la información que le permita actuar rápidamente frente a las conductas delictivas”...

... “La persona sin embargo no está desprotegida en esta materia, la Constitución le garantiza que en el rastreo, recopilación y evaluación, se

respetarán el derecho a la vida, no habrá torturas y desapariciones, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, se respetará el principio a la igualdad; en la recolección, tratamiento y circulación se observarán el respeto a la libertad y demás garantías, como el debido proceso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos que garantizan el derecho al buen nombre. Pero en caso de excesos o extralimitación de las funciones, la Constitución establece controles y sanciones, como la responsabilidad de las autoridades, el control de las omisiones de los particulares”...

(...) “Uno de los más grandes retos que asume el Estado colombiano con el nuevo sistema acusatorio, sin duda, es la investigación de las grandes organizaciones criminales, ya que el autor Augusto Arciniegas, considera que es difícil, muy difícil, conseguir por medio de entrevistas y declaraciones juradas a potenciales testigos para que éstos se presenten en el juicio oral y declaren contra los miembros de esas organizaciones; ya que la amenaza, la intimidación, el soborno, el temor, representa serias dificultades para esos propósitos”...

Augusto Arciniegas, en la obra antes citada, señala los conceptos básicos de inteligencia, como la: 1.- Inteligencia Básica, refiriéndose a las informaciones que se encuentran en los archivos y registros que sirven para comparar y analizar una situación actual, particular y concreta; esos archivos contienen antecedentes penales, estudios de modus operandi, los archivos de organizaciones criminales; 2.- Inteligencia Estratégica, es la que facilita la toma de decisiones; estudia capacidades, vulnerabilidades y probables acciones de las organizaciones delictivas; 3.- Inteligencia Electrónica, es la información obtenida mediante el uso de medios electrónicos, cibernéticos que facilitan la recepción, grabación y localización de mensajes; 4.- Contrainteligencia, es el proceso aplicado al interior del organismo que propende a la protección y seguridad

de las personas; 5.- Infiltración, desarrollada por un funcionario de la policía judicial o por un particular dentro de la organización criminal, que asume comportamientos propios de ella y mantiene en secreto su verdadera función que es el “agente encubierto”; 6.- Red de informantes, es la organización que actúa bajo la dirección y coordinación de un policía judicial, que le transmite a éste información relacionada con actividades delictivas; 7.- Penetración, es la colaboración que presta una persona vinculada con actividades delictivas para suministrar información a la autoridad policial judicial sobre la organización delictiva sean estos los planes, modus operandi, entre otros.

Arciniegas Martínez, al tratar sobre el agente encubierto, señala que es una técnica que permite penetrar, de afuera hacia adentro, la organización criminal y que pretende asegurar elementos materiales de prueba, así como buscar información para así poder desvertebrar esas formas delictivas al conocer a sus integrantes, funcionamiento, financiamiento, acciones.

También señala, que sobre el tema que estamos tratando, se han dado serios cuestionamientos, por la utilización de esta técnica investigativa, señalando que se ha dicho que el Estado, al penetrar la organización, se vale de un medio inhumano, en la medida que el agente encubierto utilizará la mentira y la traición como medios para combatir el delito. Que además el agente puede llegar a cometer delitos en el desempeño de su función, como consecuencia de las actividades delictivas de la organización o inclusive, para ganar confianza de los integrantes de ésta.

Se pregunta el autor Arciniegas, ¿El Estado, por intermedio del agente infiltrado, estaría delinquir?, ¿Se combatiría así el delito con otro delito, poniéndose al mismo nivel que los delincuentes?

Al contestar a dichas interrogantes, el autor señala, que por otro lado se encuentra el valor eficacia: si se quiere luchar eficazmente contra el crimen organizado que día a día nos azota, para ello debe contarse con medio idóneos, para penetrar y conocer la intimidad de una delincuencia tan compleja, organizada y ramificada; pues son dos los valores en pugna; la moralidad y la licitud de los medios que emplea el Estado en la lucha contra la criminalidad y la eficacia en esa lucha.

A la luz de la política criminal, el legislador debe optar entre esos dos valores y parece que la posición dominante en el campo internacional y ahora internamente (Colombia) es la prevalencia de éste último, lo que tampoco puede significar que esas técnicas, per se, devengan contrarias a las garantías constitucionales.

Nosotros sostenemos, dice el autor antes citado, que habiéndose incluido la participación del “agente encubierto”, como parte de la investigación que está a cargo de la Fiscalía General, es legal su intervención, siempre que exista la pertinencia, así como los motivos debidamente fundamentados y que en el desarrollo de su actividad se respeten los derechos consagrados en la Constitución de la República y las normas del debido proceso, para la obtención del elemento de convicción que se requiere para la investigación y que el juez competente controle la aplicación de dichas garantías constitucionales, ya que inclusive el agente encubierto estará facultado, previo control constante de la Fiscalía con el personal del Sistema especializado, para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o procesado y si fuere necesario hasta adelantar transacciones con él; pero para ello, el agente cuando encuentre información útil para los fines de la investigación, deberá hacerlo conocer al fiscal,

para que éste disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos o evidencias hallados; pero para el cumplimiento de ello, se deberá revisar la legalidad formal y material del procedimiento por parte del juez de garantías penales competente, dentro de los plazos señalados en la normativa procesal.

Como podemos observar, el agente encubierto, está facultado para realizar actividades riesgosas, como utilizar una identidad supuesta; integrar la estructura funcional del grupo delictivo organizado; participar en los actos de planeación, preparación y ejecución de actividades ilícitas de la organización criminal; adquirir objetos, medios e instrumentos de la conducta punible a cualquier título; definir la incautación de los objetos hasta el momento oportuno y conveniente para los fines de la investigación; ingresar y participar en reuniones en el lugar o domicilio de los miembros del grupo delictivo organizado; realizar seguimientos y vigilancias, empleando los medios que la técnica aconseje; realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica, como asumir obligaciones civiles, abrir cuentas, alquilar inmuebles, vehículos, participar en sociedades, contratar empleados, siempre que todo ello resulte ineludiblemente necesarios, racionales y proporcionados, para lograr la aceptación y confianza de los miembros de la organización, para garantizar su seguridad y la de la operación; para ello deben rendir informes, con base al programa metodológico de la investigación.

Queda claro que el desarrollo y trámite de la operación encubierta debe ser especialmente reservada; y solo en casos excepcionales el agente encubierto rendirá testimonio en el juicio oral, para ello se le otorgará la debida seguridad y lo rendirá cuando sea estrictamente necesario para el éxito de la operación, cuando no existan

otros medios de prueba que permitan establecer ante el juez, la responsabilidad de los acusados y la información que tenga el agente sea de carácter trascendental para el éxito de la pretensión de la Fiscalía.

El autor antes citado dice, que también es necesario tener presente, que no puede confundirse al agente encubierto con el agente provocador, ya que el policía judicial no puede, por ningún concepto, provocar a otra persona la comisión de un delito para poner a prueba la real capacidad criminal, para conocer la organización y sobre todo para sorprender en delito flagrante; ya que el agente encubierto no puede instigar, provocar o determinar la comisión de un delito, ya que debe actuar en forma pasiva dentro de la organización para conocerla en el más amplio sentido.

El “agente provocador”, tiene una actitud e incita a otro, que no tiene predisposición para cometer un delito para que lo ejecute, lo que no está permitido; ya que solo será legítima la acción, simplemente cuando aprecia los hechos y asegura los elementos físicos de prueba, sin interferir en el curso de la acción.

Sobre el tema del presente Ensayo, citamos al tratadista Alejandro D. Carrió, en su obra “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Editorial Hammurabi Pág. 139, al referirse al “empleo de agentes encubiertos y testigos de identidad reservada”, quien cita varios casos de la Corte Suprema Argentina, que refieren:

“El caso Fiscal vs. Fernández, Víctor”: indica que, (...) los hechos de ese caso fueron poco menos que fascinantes. A raíz de un procedimiento llevado a cabo en un bar en la ciudad de Mendoza, la policía había detenido a un ciudadano boliviano de nombre Fernández, secuestrándosele cocaína que éste tenía en su poder. Por dichos de Fernández vertidos durante su detención, la policía

localizó a otro boliviano llamado Chaad, al que también se le encontró cocaína.

Fernández alertó además a los agentes policiales que en una casa cercana se encontraba el resto de la droga, procedente de Bolivia. Uno de los policías, vestido de civil, se dirigió conjuntamente con Fernández a la vivienda en cuestión. Esta resultó ser, ni más ni menos, que el Consulado de la República de Bolivia, quien lo dejó pasar. El policía, sin identificarse en ningún momento, ingresó también. A requerimiento de Fernández, el cónsul le entregó en presencia del policía, nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno. El cónsul fue luego llamado a un lugar público con el pretexto de prestar asistencia a su connacional Chaad y allí se practicó su detención.

Hubo una razón para esta doble estrategia (ingreso de un agente policial de civil y engaño para hacer salir al cónsul de su residencia). La Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, aprobada por ley 17.081, prohíbe la requisa de los locales consulares. La simple visita a ese lugar sí está permitida, siempre que sea consentida por el jefe de la oficina consular (art. 31 de la Convención) (...).

(Pág. 140) (...) Entre otras razones dijo que el consentimiento que el cónsul había prestado para el ingreso estaba viciado, puesto que se le había ocultado tanto que su amigo Fernández estaba ya detenido, como que quien lo acompañaba era en realidad un policía, que nunca se identificó como tal (...).

(...) La Corte revocó, sosteniendo principalmente que aquí no se estaba ante un verdadero allanamiento, sino ante un ingreso consentido (...). Al comienzo de su considerando 10 el Alto Tribunal sostuvo que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales.

(pág. 142) (...) pues la legitimidad del empleo de agentes encubiertos depende de que estos se mantengan dentro del estado del derecho, lo que no ocurrirá si concluimos que en un caso concreto existió de parte del agente encubierto una verdadera instigación (...).

(pág. 145) (...) En efecto, un juez no podría designar a un agente encubierto simplemente para ver si puede “engancharse” a alguna persona en algo ilícito, sino tiene previamente un real estado de sospecha de que dicha persona efectivamente ha cometido un delito o está por cometerlo (...).

(pág. 146) (...) **En otro caso: “Gaete Martínez”**, resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal (Argentina) trajo algunas precisiones:

A raíz de un presunto llamado anónimo recibido en una dependencia policial acerca de que en determinada zona se domiciliaba una persona, a la que se describía físicamente, y de quien se decía se dedicaba al tráfico de estupefacientes, los oficiales de policía realizaron tareas de inteligencia para corroborar ese hecho. De esa manera tomaron contacto con quien terminó siendo luego el imputado. Luego de otras tareas de inteligencia que al parecer habrían corroborado la denuncia inicial, el juez de la causa dispuso la actuación de un agente policial, en calidad de “encubierto”. Dicho agente tomó contacto con el imputado, quien, en respuesta a un pedido del agente de si tenía algo para vender que le diera buenas ganancias, le habría respondido el agente que consiguiera alguna persona que quisiera comprar yerba. (...)

(...) Al cumplirse finalmente una transacción de sustancias prohibidas el imputado fue detenido y juzgado por el delito de transportar estupefacientes.

Al apelar de la sentencia condenatoria el imputado planteó la nulidad de la designación del agente, por entender que la misma no había estado suficientemente motivada. Al mismo tiempo, consideró que el suboficial que actuara en forma encubierta había sido en verdad un “agente provocador”, lo que convertía a su accionar en ilícito.

La Cámara Nacional de Casación Penal (Argentina) rechazó ambos planteamientos. Respecto a la designación del agente encubierto, señaló que la medida dispuesta encontraba sustento en los informes labrados por el personal policial interviniente, de manera que ella había cumplido con el recaudo de fundamentación que exige el ordenamiento procesal (...).

(pág. 147) (...) **El caso COPPOLA:** de gran notoriedad en 1996, se produjeron peligrosos desatinos donde no se atendieron exigencias legales: En la investigación a cargo de la Justicia Federal de Dolores, (Argentina) el juez de la causa había designado como agentes encubiertos a tres policías que terminaron luego detenidos, por el delito de asociación ilícita. Esos policías, contando con el concurso de personas que declararon en el juzgado con la denominada “reserva de identidad”, habían supuestamente desbaratado una banda de personas dedicadas al consumo y tráfico de estupefacientes, entre las que se contaba el conocido empresario Guillermo Cópola. Otro de los imputados, de nombre Cozza, resultó también detenido. Las apelaciones de los imputados a la Cámara de la Capital, luego de que la Justicia Federal de la Provincia de Buenos Aires declarara su incompetencia para seguir actuando, dieron lugar a este importante pronunciamiento.

En el efecto, en el caso Cozza de la Cámara Federal de la Capital, Sala II, el Tribunal de Lazad hizo notar las graves irregularidades en que se había incurrido, tanto en lo relativo a la designación de los policías

que actuaron como agentes encubiertos, como al forma en que estos cumplieron con su cometido.

Esas irregularidades consistieron básicamente en:

A.- Al momento de la designación de los agentes, el juez de la causa contaba sólo con información relativa a tareas de vigilancia que se estaban desarrollando sobre los imputados.

Esta información —hizo notar la Cámara— no autorizaba a concluir que se estuviera ante una organización de suficiente entidad como para justificar la designación de un agente encubierto. Vale decir, el recaudo de que “las finalidades de la investigación no pudieran lograrse de otro modo”, estuvo a juicio del tribunal notoriamente ausente.

B.- El carácter de personas conocidas y con ella, exposición pública de los investigados, dijo también la Cámara, tornaba suficiente la vigilancia que se venía practicando, sin necesidad de apelar al recurso extremo de la designación de un agente encubierto. El tribunal hizo notar que en ningún momento se había optado por recurrir a medidas de menor intrusión tales como seguimientos, u obtención de fotografías o filmaciones.

C.- (pág.149) (...) También entendió la Cámara que la resolución que dispusiera la designación de los agentes encubiertos carecía de la debida fundamentación. Tratando un paralelismo con el requerimiento de fundar las órdenes de allanamiento, el tribunal entendió con buen criterio que las facultades que la ley otorga a los agentes encubiertos para invadir domicilios e inmiscuirse en la intimidad de la personas, hacen que la resolución de la designación de un agente deba estar precedida de suficiente fundamentación.

D.- Por último, resultó también objetado el escaso o inexistente control que el juez de la causa tuvo respecto de la actuación de

los agentes designados por él. Al parecer, ni éstos cumplieron con su obligación de mantener información al juez de los pasos y hallazgos que iban practicando, ni tampoco el magistrado se preocupó por indagar mayormente acerca de lo que sus comisionados hacían en su nombre.

En la obra de Andrés David Ramírez Jaramillo, que trata sobre “El Agente Encubierto frente a los Derechos Fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación”, Universidad de Antioquia, p.34, señala que en Colombia se han dado pocos pronunciamientos de las Altas Cortes frente a la figura del agente encubierto, existiendo un solo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, (Sala de Casación Penal, sentencia 13 febrero 2008, proceso 28888) mediante el cual no admitió una demanda de casación y consideró, entre otras cosas, que un informante que declaró en juicio contra el acusado nunca había actuado como agente encubierto en la etapa de investigación, señalando lo siguiente: ...“*En nuestro medio los agentes encubiertos son funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo como la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la persecución penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido*”.

Sobre Chile, en la misma obra, se cita la sentencia del 31 de octubre de 2001, de la Corte Suprema de Chile, rol No. 801-01, se dice: ...“*que el agente encubierto era una institución loable y útil en la lucha contra el crimen organizado y que no debía confundirse con la figura del “agente inductor o provocador”, que no estaba permitida por la ley; entonces, en la medida en que el agente encubierto no indujera a la comisión de un delito no incurrirá en ninguna infracción de tipo penal desde el punto de vista general*”.

En la sentencia del 2 de diciembre de 2003 de la Corte de Apelaciones de Arica, se dijo: “*que el agente encubierto en los hechos investigados sólo podía tener una participación de colaboración para identificar a los partícipes o recoger las pruebas que sirvieran de base en el proceso, pero que no podía llegar al extremo de incitar o instigar la comisión de un ilícito en términos tales que pasara a convertirse en el verdadero delincuente*”.

La mayoría de la jurisprudencia antes citada, de distintos países, considera como un medio útil para enfrentar el cometimiento de delitos graves, la intervención del agente encubierto, sin que se lo haya cuestionado, ni sea contrario a los postulados del Estado de Derecho, por lo que dejamos expresamente sentado en el presente Ensayo, que es legal y permitido la operación encubierta y las actuaciones del “agente encubierto”; ya que la normativa procesal constante en el COIP señala que la operación encubierta estará autorizada en forma fundamentada por el fiscal y dirigida por la unidad especializada de la Fiscalía, debiendo responder al principio de necesidad para la investigación, con limitaciones de tiempo y controles para un adecuado respeto a los derechos de las personas investigadas o procesadas.

El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal y civil, por aquellos delitos en que deba incurrir o que no haya podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma; ya que en caso contrario será sancionado de conformidad con las normas jurídicas pertinentes; porque no le estará permitido que impulse el cometimiento de delitos, que no sean de iniciativa propia de los investigados; pero en el caso de que se requiera de alguna diligencia, se deberá previamente obtener la autorización judicial, la que será solicitada por el fiscal al juzgador competente, por cualquier medio, guardando la debida reserva.

Doctrina y Dogmática sobre la Teoría del Delito en el Derecho Penal Ecuatoriano



Dr. Merck Benavides Benalcázar
Juez de la Corte Nacional de Justicia

1. Teoría General del Delito

La dogmática penal nos conduce a una profunda reflexión sobre el objeto del Derecho Penal, especificando las cuestiones que deben ser incluidas y excluidas; dicha tarea, no sólo debe consistir en un análisis puramente teórico, sino que la determinación del objeto del estudio de esta disciplina, corresponde poner de manifiesto la intencionalidad en el manejo del poder punitivo por parte del Estado.

La Teoría General del Delito, se dedica al estudio de las características que debe tener la conducta humana, sea una acción u omisión, para que pueda ser considerada delito, entendiéndose las particularidades de todos los tipos penales, que según el legislador vulneran un bien jurídico protegido y por ende, forman parte del catálogo de delitos en la legislación penal actual. La teoría del delito va de la mano con la ley (principio de legalidad), pues únicamente a través de una aplicación lógica de la ley penal, se logrará uno de los fines principales del Estado, en beneficio directo de su sociedad, es decir el combate efectivo contra la criminalidad y la reducción de la misma.

El principio de legalidad se encuentra regulado por los artículos 75.3 de la Constitución de la República y 5.1 del Código Orgánico Integral Penal que justamente hace relación a que no existe infracción penal, pena ni proceso penal sin que exista una ley vigente, misma que ha sido dictada por el legislador y publicada en el Registro Oficial con anterioridad a un hecho o acto humano.

Es preciso manifestar que la teoría del delito, es parte esencial del Derecho Penal, por lo que es necesario que el legislador previo a elaborar una ley de carácter penal, haga un estudio de la teoría antes indicada, a fin de que tenga un sustento jurídico en el momento de crear la ley en la cual se tipifica y se sanciona un acto humano; dicha norma de carácter penal debe tener uno o más verbos rectores, identificar al sujeto activo y pasivo del delito, determinar de manera precisa cual es el bien jurídico protegido, así como también, previo a un análisis del principio de proporcionalidad, establecer la pena, indicando de manera expresa la mínima y la máxima, cuando se refiere a la pena privativa de la libertad individual; entonces, el juzgador, al momento de aplicar en un caso concreto, tiene la facultad

de aplicar el principio de proporcionalidad, cumpliendo exactamente lo que dispone la Constitución de la República y la ley, es decir que en base al principio de legalidad, regulará la pena. El artículo 76.6 de la Carta Magna dispone: “*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza*”. Por lo expuesto, una vez creada la norma penal que tipifica y sanciona un acto humano, le corresponde al juzgador aplicarla e interpretarla en cada caso *sub judice*, puesto a su jurisdicción y competencia; y al momento de resolver e imponer la pena al procesado, tiene la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad, cumpliendo exactamente lo dispuesto por la norma constitucional antes referida.

1.1 El delito en el Derecho Penal

El delito ha sido definido por diversos doctrinarios de relevancia, así Beling lo define como la acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la punibilidad¹, es decir que el de-

lito debe cumplir con todos los elementos constitutivos que le den el carácter de infracción, estos son: el acto humano, lo que significa que sólo las personas son susceptibles de cometer un delito, porque en base a su capacidad intelectual pueden practicar actos con voluntad y conocimiento.

La tipicidad que tiene relación con la norma jurídica creada por el legislador, donde se describe los elementos de las conductas penalmente relevantes, como dispone el artículo 25 del Código Orgánico Integral Penal², pero es preciso aclarar que un delito puede ser cometido, ya sea por acción u omisión, con dolo que es la intención positiva de causar daño a un bien o persona, culpa que es incumplir el deber objetivo de cuidado u omisión dolosa que consiste en describir el comportamiento de una persona que por su propia decisión no busca un mecanismo para evitar el cometimiento de un delito, teniendo la obligación de evitarlo³.

La antijuricidad que tiene relación con el bien jurídico protegido, que es la parte medular de un tipo penal, aspecto que el legislador en el momento de crear la ley penal debe tomarlo muy en cuenta, ya que sin el mismo no habría razón lógica ni jurídica para elevar a la categoría de delito un acto

¹ Ernst Von Beling, *Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito-tipo*, (Buenos Aires: Depalma, 1944).

² Artículo 25.- Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes

³ Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

Artículo 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

Artículo 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

humano determinado, además es preciso mencionar que desde el punto de vista doctrinario y jurídico existen varias causas de exclusión de la antijuricidad, siendo las más relevantes el estado de necesidad, que consiste en proteger un derecho propio o ajeno por parte de un ser humano para evitar un daño mayor a otro, siempre que se cumplan los requisitos mínimos que establece la ley, los cuales son: que el derecho protegido se encuentre en real y actual peligro, que el resultado del acto no sea mayor que la lesión que se quiere evitar y que no exista otro mecanismo menos perjudicial para defender el derecho, por tanto esta figura jurídica denominada estado de necesidad, es de gran relevancia en el Derecho Penal y debe ser bien analizada por parte del juzgador al momento de resolver una causa puesta a su conocimiento; y, la legítima defensa que según la nueva legislación penal, ya no es específica para casos concretos, sino genérica cuando una persona actúa en defensa de cualquier

derecho, propio o ajeno, cuando se cumplan las condiciones de agresión actual e ilegítima, necesidad racional de la defensa y falta de provocación suficiente por parte del que actúa en defensa del derecho⁴.

El último elemento del delito, constituye la culpabilidad, que no es otra cosa que el sujeto activo del delito que lo comete, ya sea por acción u omisión, con dolo o con culpa; es imputable y consecuentemente actúa con conocimiento y voluntad en la comisión de un acto antijurídico y típico, entonces es preciso mencionar que existen personas que son inimputables, como por ejemplo los menores de edad, los dementes, los que cometen la infracción bajo efectos del alcohol o sustancias estupefacientes por caso fortuito o fuerza mayor; y, tienen responsabilidad atenuada los que sufren de trastorno mental parcial, en cuyo caso el juzgador analizará y valorará la prueba, para luego imponer una pena atenuada, en un tercio de la pena mínima prevista para cada tipo penal⁵.

⁴ Artículo. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

Artículo 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

Artículo 31.- Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad.- La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo pena.

Artículo 32.- Estado de necesidad.- Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho

⁵ Artículo 34.- Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Artículo 35.- Causa de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.

Artículo 36.- Trastorno mental.- La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad

El tratadista Mezger, se refiere al delito como la acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena⁶; esto es que un acto humano para que sea punible, es necesario que cumpla con todos los elementos del delito y en caso de violar la ley penal, le corresponde al juzgador imponer la pena. El juzgador es el que conoce el derecho y por ende tiene que interpretarlo y aplicarlo en cada caso concreto puesto en su conocimiento, además hará una relación con el hecho fáctico y las pruebas que deben ser solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en el juicio, cumpliéndose los principios del debido proceso, para finalmente llegar a una conclusión, en relación a la existencia de la infracción y a la responsabilidad del procesado y así dictar una sentencia justa, apegada a derecho, que permita garantizar la seguridad jurídica como dispone el artículo 82 de la Constitución de la República.

Carrara lo considera como la infracción a la ley de un Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso⁷, en este caso

es preciso aclarar que la protección legal por parte del Estado es aplicable a ciudadanas y ciudadanos y que el acto humano que constituye infracción puede ser realizado por mujeres y hombres, considerando y aplicando la igualdad de género que con mucha claridad regula la Constitución de la República y las leyes vigentes en el país.

Desde otro punto de vista, el doctrinario Florian nos comparte su definición de delito, como un hecho culpable del hombre, contrario a la ley, mismo que está amenazado con una pena⁸, en este caso, es necesario precisar que el Derecho Penal es de ultima ratio, es decir que se lo aplicará cuando ya no exista ningún otro mecanismo jurídico que solucione el conflicto existente entre miembros de la sociedad, en cuyo caso existe la necesidad de elevar un comportamiento humano a la categoría de delito como medio punitivo del Estado, para garantizar un bien jurídico protegido y fundamentalmente la paz social.

El Código Orgánico Integral Penal, sitúa al delito como una infracción penal, es decir como una conducta típica, antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra determinada en el la ley penal, esto es que

con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

Artículo 37.- Responsabilidad en embriaguez o intoxicación.- Salvo en los delitos de tránsito, la persona que al momento de cometer la infracción se encuentre bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada conforme con las siguientes reglas: 1. Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad. 2. Si deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, hay responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio. 3. Si no deriva de caso fortuito, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad. 4. Si es premeditada con el fin de cometer la infracción o de preparar una disculpa, siempre es agravante.

Artículo 38.- Personas menores de dieciocho años.- Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

⁶ Edmund Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Rev. de Der. Privado*, (Madrid 1935).

⁷ Francisco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Penal*, (Madrid: Reus, 1925).

⁸ Eugenio Florian, *Parte General del Derecho Penal*, (La Habana: La Propagandista, 1929).

deben existir implícitas la ilicitud y la responsabilidad por acción u omisión del autor o cómplice, conectadas al resultado, comprendiéndose que no puede existir culpabilidad sin antijuricidad, pero si puede existir antijuricidad sin culpabilidad, para ejemplificar este último caso, podemos mencionar la legítima defensa, en la que surge antijuricidad aunque el autor de la agresión no sea culpable. Un ejemplo práctico aplicable a esta última figura jurídica, es cuando un individuo que cruza por la calle es agredido sin motivo alguno con un arma blanca, ocasionándole lesiones en órganos vitales, y en ese momento encuentra en el piso un cuerpo contundente duro, que es lanzado en la humanidad del agresor, ocasionándole la muerte, en este caso concreto, esta última persona actuó en defensa del derecho a su integridad física e incluso su vida, por lo que es aplicable la legítima defensa, cuya consecuencia es que si bien se violó la ley penal y se vulneró un bien jurídico protegido, no tiene responsabilidad penal y así deberá declararlo en juzgador en el momento de dictar la sentencia correspondiente.

En lo referente a la tipicidad es preciso señalar que de los hechos antijurídicos, el legislador ha seleccionado los más graves para sancionarlos penalmente, mismos que se encuentran determinados en el Código Orgánico Integral Penal, con su sanción respectiva. En el campo del procedimiento penal, debe probarse la existencia del delito, esto es el acto típicamente antijurídico, y concomitantemente probarse la culpabilidad del procesado, es decir, someterlo al “juicio de reproche”, la antijuricidad que debe ser estrictamente penal y la culpabilidad que precisa ser analizada de acuerdo

a la realidad de la ley y a la sana crítica del juzgador, respecto de este último punto en el momento de valorar la prueba que puede ser pericial, testimonial y documental.

La culpabilidad es igual a juicio de reproche, que la reprochabilidad es comensurable y que el menor o mayor reproche determina la mayor o menor culpabilidad y consecuentemente la mayor o menor penalidad. No es cierto que se pueda actuar con más o menos dolo y con más o menos culpa. Es necesario señalar que se actúa con o sin dolo y con o sin culpa, pero no con menos o más dolo y con menos o más culpa, para graduar el reproche de culpabilidad.⁹

Diremos entonces que el delito, para ser considerado tal debe ser antijurídico y tipificado en la ley penal vigente, y la culpabilidad deberá ser determinada por las y los jueces, encasillándose en las normas, de acuerdo a cada caso concreto. El Derecho Penal vigente se basa en la culpabilidad, es por eso la importancia de las teorías penales existentes, a partir de las cuales, se diferencia a cada una de ellas, por lo que se hace necesario comprenderlas en su totalidad y luego aplicarlas en base a la capacidad intelectual de la o el juzgador. En la legislación penal vigente se establece claramente lo que es el dolo y la culpa y de igual forma se precisa sobre los tipos penales que son de carácter culposo, es decir que se incumple el deber objetivo de cuidado, en el momento de cometerlos; consecuentemente, los demás tipos penales tienen como elemento constitutivo de los mismos el dolo, razón por la cual, todos los operadores de justicia y en especial fiscales y jueces que tienen competencia en materia penal, deben tener

⁹ Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edición*. (Buenos Aires: Ediar, 1985).

una comprensión completa de lo que constituyen estas dos figuras jurídicas como son el dolo y la culpa.

2. Teorías penales

Desde el punto de vista de la dogmática penal, entre las principales corrientes de pensamiento que fundamentan la teoría del delito, se ha señalado que históricamente han existido dos corrientes: la “teoría causalista” y la “teoría finalista”; ahora bien, de manera reciente emerge una tercera teoría, denominada “teoría funcionalista”, la cual intenta constituir un enlace entre la finalista y la causalista.

La evolución de la teoría de la acción, del tipo y el injusto, es decir, la polémica en torno del concepto final y causal de acción, a la situación sistemática de los elementos subjetivos del delito, a la concepción diferenciadora del estado de necesidad y a las teorías del error, que, en buena parte, venían prejuzgadas por prejuicios sistemáticos, han influido en la categoría de la culpabilidad, y principalmente en las consideraciones sobre la legitimación de la pena adecuada a la culpabilidad.¹⁰ Por lo indicado anteriormente en toda legislación penal es necesario que se centre en una sola teoría aplicable al Derecho Penal, con la finalidad de que los operadores de justicia tengan una orientación sobre el mecanismo jurídico, los aspectos doctrinarios que le permitan sustentar la correspondiente defensa, ya sea del infractor o de la víctima; de existir varias teorías en una misma legislación penal, produce confusión en el momento del juzgamiento del infractor que concluye con la imposición de una pena; pues se considera que a pesar de que convergen algunas teorías, la más significativa es la relacionada con el

causalismo y que es la que predomina en el Derecho Penal ecuatoriano, por lo que debe seguirse afianzando esta teoría para llegar a una consolidación de la misma, en base a sus principios que deben ser plasmados en las normas jurídicas de carácter penal.

2.1 Causalismo

El causalismo, ha sido estudiado, por algunos doctrinarios, entre los cuales se destacan Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, la teoría causal se desarrolla en torno a la acción u omisión causal volitiva, siendo necesario el nexo causal entre la acción y el resultado producido, es decir, que se produzca la relación causa - efecto, independientemente de la finalidad de la conducta humana. El marco jurídico-penal de la acción en los delitos imprudentes, ha sido excesivamente influido por las consecuencias de un pensamiento causal del resultado. Esta teoría es la que relaciona la causa y el efecto, aclarando que la primera, es la acción u omisión y el efecto es la transgresión de un bien jurídico protegido, el cual se encuentra formando parte de la tipicidad de un tipo penal regulado por la ley.

2.2 Finalismo

Hans Welzel, está entre los principales doctrinarios que dedicaron su investigación al finalismo, misma que presupone la existencia de un nexo final, es decir que para que la conducta del ser humano constituya delito, necesariamente debe perseguir un determinado fin. Los finalistas son críticos de la teoría de la imputación objetiva, utilizan también esos criterios para excluir el castigo por un curso causal absolutamente exótico o determinados casos de producción del resultado mediando un tercero.¹¹ En esta

¹⁰ Claus Roxin, Günter Jackobs, *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, (Madrid: Civitas, 2000)

teoría podemos referirnos a dos figuras jurídicas importantes que son el error de tipo y el error de prohibición; el primero que se produce cuando el sujeto activo del delito desconoce alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, mientras que el error de prohibición se produce cuando el sujeto activo del delito desconoce en su totalidad que el acto humano realizado constituya delito, aclarando que en estas dos figuras jurídicas desde el punto de vista doctrinario pueden ser vencibles e invencibles, como se explicará posteriormente.

2.3 Funcionalismo

El funcionalismo, surge como parte de la política criminal, estudiado y desarrollado por Claus Roxin y Günther Jakobs, el funcionalismo reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho Penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político criminal. Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma. La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.

3. Error de prohibición

En la doctrina se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta. Cuando

es invencible, es decir, cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta la tipicidad dolosa o culposa que ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad, lo que se traduce en la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley lo autoriza.

En los artículos 34 y 36 del Código Orgánico Integral Penal, se puede constatar la permanencia del error de prohibición, en la normativa penal vigente; el artículo 34 del mencionado cuerpo legal establece: *“Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”*, este artículo incluye el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta como presupuesto del juicio de reproche de culpabilidad; mientras que el artículo 36 de dicho código, al referirse a la responsabilidad atenuada y a la no responsabilidad penal establece: *“La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.”*, el mencionado artículo se refiere a dos errores de comprensión; el uno es error

¹¹ Claus Roxin, Günther Jackobs, *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, (Madrid: Civitas, 2000)

de comprensión invencible, que deja exenta de responsabilidad a la persona que comete un delito; y el otro es un error de comprensión superable o vencible, que merece un menor reproche y como consecuencia se le impone pena atenuada o disminuida en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

4. Error de tipo

El error de tipo está directamente relacionado con la exclusión del dolo, el error recae sobre los elementos que son exigidos en el tipo objetivo, dicho de otra forma, el error de tipo se produce cuando falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo, cuando el error de tipo es invencible elimina cualquier tipicidad, en tanto que, cuando es vencible, puede dar lugar a tipicidad culposa, en caso de que esté prevista esa conducta como culposa, de lo contrario la conducta es atípica.

Los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad, de la capacidad o de la incapacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, los fija la sociedad de acuerdo a la evolución de la misma, siempre pensando en que las normas jurídicas que son dictadas por el legislador garanticen la vida de las ciudadanas y ciudadanos en armonía, en otras palabras las normas jurídicas, en especial las de carácter penal tiene como finalidad garantizar la paz social.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, como el que vivimos, el análisis de justicia se lo hace desde el derecho; para esto es necesario analizar también la validez de las normas jurídicas, una norma puede estar vigente después de haber cumplido los procedimientos para su promulgación, sin embargo ser inválida por incumplir el siste-

ma constitucional. Para determinar esto, es necesaria la argumentación jurídica, lo cual corresponde desarrollar a las y los jueces, quienes deben hacer constar en sus resoluciones, la motivación de su decisión, vigilando que las mismas, guarden armonía con el plano normativo, los principios y el plano axiológico, en pro de la justicia. De manera específica les corresponde a los jueces de la Corte Nacional de Justicia desarrollar la jurisprudencia con la finalidad de unificar los criterios de ciertas figuras jurídicas controvertidas y de esa forma garantizar la seguridad jurídica regulada en el artículo 82 de la Constitución de la República. Mientras que a la Corte Constitucional le corresponde dictar los precedentes constitucionales, siendo sus jueces los únicos que tienen facultad para hacerlo, por lo que sus resoluciones tienen el carácter de vinculante para todos los jueces del país.

La doctrina de los tratadistas más significativos del Derecho Penal, orientan el pensamiento de los juristas, en especial de los jueces que tienen la sagrada misión de administrar justicia

Bibliografía:

Arias Duque, Juan Carlos y otros, (2006). *“El proceso penal acusatorio colombiano”*, tomo III. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Bogotá-Colombia.

Ávila Santamaría, Ramiro, (2012). *“Los derechos y sus garantías”*. Editorial V&M Gráficas. Quito-Ecuador.

Baytelman, Andrés y Mauricio Duce, (2004). *“Litigación penal, juicio oral y prueba”*. Universidad Diego Portales. Santiago-Chile.

Beling, Ernst Von, 1944, *“Esquema de Derecho Penal, La doctrina del delito-tipo”*, Editorial Depalma. Buenos Aires-Argentina.

Benavides Ordóñez, Jorge, y, Escudero Solís Jhoel, (2013). *“Manual de justicia constitucional ecuatoriana”*. Editorial V&M Gráficas. Quito-Ecuador.

Bucheli Mera, Rodrigo, (2009). *“Derecho procesal penal en el sistema acusatorio, Justicia Crítica”* Editorial Universitaria. Quito-Ecuador.

Carrara, Francisco, (1925). *“Programa del Curso de Derecho Penal”*, Editorial Reus, Madrid-España.

Duarte Canaán, Pedro, (2010). *“El Arte de la Litigación Oral Penal”*. Editorial Amigo del Hogar. Santo Domingo- República Dominicana.

Ferrajoli, Luigi, (1995). *“Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”*. Editorial Trotta. Madrid-España.

Florian, Eugenio, (1929). *“Parte General del Derecho Penal”*. Editorial La Propagandista. La Habana-Cuba.

Gallardo, Maydeli, (2012). *“Derecho Procesal Penal”*. Editorial Porrúa, México-México.

García Ramírez, Sergio, (1981). *“Derecho Procesal Penal”*. Editorial Porrúa. México-México.

Gozainí, Oswaldo, (2004). *“El debido proceso”*. Editorial Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires-Argentina.

Heinz Gössel, Karl, (2007). *“El derecho procesal penal en el estado de derecho”* Editorial Rubinzal - Culzoni. Santa Fe-Argentina.

Mestre Ordóñez, José Fernando, (2011). *“La discrecionalidad para acusar”*, tercera edición. Editorial Ibáñez. Bogotá-Colombia.

Mezger, Edmund, (1935), *“Tratado de Derecho Penal, Rev. de Der. Privado”*, Madrid-España.

Muñoz Conde, Francisco, (2010), *“Teoría General del Delito”*, Editorial Temis. Madrid-España.

Muñoz Neira, Orlando, (2006). *“Sistema penal acusatorio de Estados Unidos”*. Editorial Legis. Bogotá-Colombia.

Roxin, Claus, (2008). *“Derecho Procesal Penal”*. Editorial Artes Gráficas Candil. Buenos Aires-Argentina.

Roxin, Claus, (2000) *“La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España.

Roxin, Claus, (2000) *“Política criminal y sistema del derecho penal”*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires-Argentina.

Roxin, Claus, Günter Jackobs, (2000) *“Sobre el Estado de la Teoría del Delito”*, Editorial Civitas. Madrid-España.

Silva Sanchez, Jesús María, (1997). *“Política criminal y nuevo derecho penal”*. Editor José María Bosch. Barcelona-España.

Zafaronni, Raúl, (1985). *“Manual de Derecho Penal”*, Parte General, 4ta. Edición. Buenos Aires-Argentina.

Zambrano Pasquel, Alfonso, (2011). *“Del Estado Constitucional al neo constitucionalismo”*. Editorial Edilex S.A. Guayaquil-Ecuador.

Zambrano Pasquel, Alfonso, (2009). *“Política criminal”*. Editorial Jurista editores E.I.R.L. Lima-Perú.



Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal

“La constitución (racional) es el instrumento que permite crear una comunidad donde el hombre asegure su libertad. Todos los poderes de un gobierno derivan de la ley fundamental: el pacto social celebrado por el pueblo soberano. La institución del gobierno no es más que una comisión, un empleo en el cual, como simples funcionarios del soberano [los gobernantes], ejercen en su nombre el poder del cual éste los ha hecho depositarios y que él puede limitar, modificar y retomar cuando le plazca.” Rolando Tamayo y Salmorán

Quizás por haberse intentado tratar el tema reiteradamente podría colegirse que es un asunto agotado en su análisis y discusión, pero, contrariamente, la escasa comprensión sobre su dimensionalidad motivan abordar el asunto de los Derechos Fundamentales desde la realidad del Derecho Penal, con la intención de contribuir a desentrañar los aparentes enigmas aun existentes en cuanto a su comprensión y aplicación dentro del proceso penal. Hay que reconocer que no todo se ha dicho ni hecho al respecto, pues, contrariamente, a veces hablar de este tópico es apelar a una muletilla degradada por la escasa profundidad.

Para no incurrir en los defectos señalados resulta conveniente hacer hincapié en una explicación de su apareamiento para evidenciar el carácter de ‘producto histórico’ que tienen los Derechos Fundamentales.

Por su extensión resulta necesario dividir en dos partes este tema: la primera analiza

el desarrollo del constitucionalismo en la historia, cuya importancia radica en constatar que aquello que conocemos como Derechos Fundamentales es la consecuencia de las constantes luchas sociales por alcanzar sus derechos y constituye un imperativo ético de las sociedades y no el regalo dadivoso de ningún personaje iluminado. La segunda parte pone énfasis en el contenido y significado de los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal y la intención es insistir en la necesidad de encarnarlos en la cotidianidad de la contienda judicial penal.

PRIMERA PARTE

I.- LA CONSTITUCIÓN, SU EVOLUCIÓN Y EL GARANTISMO

I.a) La Constitución en la Edad Media

La evolución histórica de las sociedades y sus instituciones ha impactado también en el contenido y significado de la *Constitución*, por ejemplo en el medioevo va a adquirir

progresivamente el significado de ‘legislación’; pero de una legislación que fundamenta y explica las relaciones de poder de los individuos en la comunidad política (ciudades y reinos)¹

Inclusive, la iglesia también fue imbuida por la influencia de las categorías jurídico políticas greco-romanas, como el término *constitutio*, que fue adaptado a su normativa eclesial, lo que revitalizó su utilización en la edad media.

El contenido de las constituciones medievales, especialmente las existentes en España, eran fueros, cartas, pactos, privilegios, —que configuraron ciertos principios generales como la igualdad ante la ley, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a ser juzgado por los jueces naturales— etc., conferidos por los reyes de la época, así como también un uso legislativo de la misma.

Entre las constituciones que más destacan en el medioevo se encuentra la de Cataluña por tratarse de una legislación del monarca. A estas disposiciones del monarca, en Cortes o fuera de estas, se les dio frecuentemente el nombre de ‘constitución.’ Posteriormente, se precisa como constitución a las disposiciones de carácter general para el principado de Cataluña, dictadas por el rey en Cortes. De esta manera, las constituciones emanaban del soberano, pero con la condición de que fueran consentidas, loadas y aprobadas por ciertas asambleas representativas: de otro modo *no serían constituciones*.²

En definitiva las constituciones medievales tienen por característica su convencio-

nalidad, es decir, no son más que pactos en forma de leyes, hechos públicos que tienen que cumplirse, cuyo objeto es establecer relaciones de obediencia y mando entre gobernantes y súbditos.

En Inglaterra tampoco existe una distinción marcada respecto a considerar la *constitutio* como franquicias y privilegios, especialmente la que regula las relaciones entre la iglesia y el Estado (en la época de Henry I), por medio de las cuales les era garantizados sus bienes y posesiones.

La organización política reposa, en un pacto celebrado entre los gobernados, quienes convienen en obedecer, y los gobernantes, los cuales se comprometen, además de asegurar el orden, a respetar las condiciones a su derecho de mandar, especialmente: respetar las leyes del reino y las libertades y las prerrogativas de los súbditos.³

El derecho constitucional debe al pueblo inglés el aporte de su lucha contra el abuso y el irrespeto a sus derechos y al autoritarismo monárquico. Manifestación evidente de aquello es el *pactum subjectionis*, que fija las bases y límites del *gubernaculum* (arbitrio del gobernante) y los derechos de los súbditos. A partir de ello ya no existe más sumisión sin condición de los gobernados (súbditos), sino un pacto, una constitución de la que nacen, para cada parte, derechos y obligaciones. En otras palabras, se estatuyen límites al ejercicio del poder del gobernante, que perdura hasta los actuales momentos de desarrollo del derecho político y del derecho constitucional. Con ello se

¹ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 52

² Cfr. José Pons Guri, *Constituciones de Cataluña*, (Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, 1953), 233, citado por Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 55

³ Cfr. Georges Burdeau, *Traité de Science politique, statut du pouvoir de l'Etat*, (Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1969), 47. citado por Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 55

proscribe el absolutismo y la arbitrariedad. Ejemplo más preclaro lo observamos con la Carta Magna de 1215, suscrita entre el rey Juan y los condes y barones ingleses.

Estas acciones constituyeron el soporte histórico de lo que posteriormente se conocería como derechos civiles y políticos, en plena vigencia en los tiempos modernos, para frenar el abuso del poder del gobernante contra los ciudadanos.

I.b) La Constitución en la Edad Moderna

El significado de Constitución, así como la aparición de nuevos conceptos e interpretaciones sobre antiguas categorías como comunidad y Estado, marcan la tónica de esta nueva época que vive la humanidad: la edad moderna.

El ejercicio del poder político no es, pues, el beneficio obtenido en una negociación: el poder político es un elemento necesario a la *universalispublica consociatio*, a ese ente abstracto que es la comunidad o el Estado. ... De esta manera, la constitución deja de ser un contrato de gobierno (*pactum subjectionis*) y se convierte en el instrumento de la comunidad que institucionaliza el ejercicio del poder. ... Se convierte en el resultado de un *consensus* por el cual *voluntades paralelas* establecen ciertas reglas para el ejercicio del poder y ciertos fines para la comunidad.⁴

Ahora, en la edad moderna, constitución significa algo inherente a todo Estado; es el elemento indispensable en que se funda la autoridad política. Desde entonces 'constitución' y 'Estado' serán términos estrechamente relacionados: los Estados (reinos, repúblicas o principados) tienen necesariamente una constitución —acto de establecimiento de la propia comunidad política.⁵

Hay circunstancias históricas que permiten entender de forma clara los procesos de construcción de los derechos, que luego han pasado a ser tutelados jurídicamente, por ejemplo, la comprensión indiscutible del pueblo inglés, respecto a que la constitución que garantiza sus derechos es obra del pueblo, es decir, obra de su propia actividad, de sus luchas, y no de un ser iluminado, preclaro y dadivoso, con ínfulas de mesías y redentor de las masas.

Si el pueblo inglés hubiera creído en personajes ungidos, llegados de otro mundo, y no en la fortaleza de su cultura, y que la constitución se encuentra por encima de los órganos del poder, no tendría las instituciones que hoy posee. Si bien no perfectas, como cualquier obra humana, por lo menos le permite un desenvolvimiento social racional y una convivencia de respeto a los derechos fundamentales del Estado inglés hacia sus ciudadanos.

Por lo tanto, constitución connotará, desde entonces, libertades o derechos del hombre; o también, pacto, legislación o costumbre que se asocia íntimamente con los derechos fundamentales de los ciudadanos, que fueron configurando los denominados *civil rights*.

Este proceso de racionalización del poder en Inglaterra, que se inició con la celebración de pactos y convenios, fue apuntalado, posteriormente, con la protección judicial de los mismos y por la interpretación que de estos derechos hacían los tribunales. Aquello evidencia las cimientos sobre las que se asentó la cultura jurídica inglesa, lo que le ha conferido consistencia a su institucionalidad y una convivencia social civilizada.

⁴ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 62

⁵ Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 63

Las colonias norteamericanas también contribuyeron a desarrollar el derecho constitucional moderno. Especial trascendencia tienen los *covenant* (pactos), que fueron considerados el origen de toda vida social organizada.

El *covenant* que los colonos de Connecticut votaron en 1639, contiene todos los elementos de una constitución en sentido institucional y legislativo: define la naturaleza del poder, establece la comunidad o el Estado, señala para qué propósito sirve—ideología normativa subyacente— establece los poderes públicos y su competencia, etcétera. Tomas Hooker (1586-1647) decía de los *Fundamental Orders of Connecticut* que era la primera constitución escrita de democracia moderna.⁶

La teoría política desarrolla nuevas categorías a partir de las experiencias de las colonias inglesas norteamericanas, constitución, por ejemplo, significa el instrumento (*carta o covenant*) por el cual se establece la comunidad política, que se encuentra por encima de la legislación.

Como característica de la constitución se puede señalar que esta Carta está estrechamente vinculada con el órgano legislativo, pues se considera a la constitución como la norma suprema del país, la cual determina la autoridad legítima y los procedimientos de su investidura.

La carta, en definitiva, significa un acto constitutivo. La constitución es un acto fundador, que fija límites al poder y que son el fundamento de la comunidad política.

Por último, constitución se refiere a un fenómeno complejo algo así como legislación o pacto solemne que, por ser el acto que da origen a la comunidad política, es la ley suprema de la propia comunidad.⁷

I.c) La influencia del derecho natural y la filosofía política de la ilustración en el constitucionalismo moderno

Son los filósofos y teólogos juristas españoles quienes desarrollaron la teoría del derecho natural, es decir, el reconocimiento de la existencia de un derecho propio a la naturaleza del hombre para obrar libremente, y, como parte de ello, la necesidad de un *consensus* para fundar una comunidad política, y separar la ‘filosofía política’ y al ‘derecho natural’ de los ‘asuntos’ de la religión, los temas que permitan explicar y resolver las complejidades de las comunidades políticas.

Fueron estos juristas quienes, además, intentaron sistematizar la idea de constitución, remarcando su distancia de las leyes ordinarias. Para establecer claramente esta distinción entre constitución y leyes, se le confiere el carácter de fundamental a las normas constitucionales. “En consecuencia el derecho natural es un derecho superior de donde el derecho positivo deriva su validez.”... “Todos los poderes y funciones del Estado derivan de estas leyes fundamentales de la comunidad política.”⁸

“Lo que interesa es el carácter condicional y necesario de las leyes fundamentales que constituyen la comunidad política y su estructura de poder. La constitución es,

⁶ Cfr. René A. Wormser, *The Story of the Law and Man Who Made it. From the Earliest Time to the Present*, (Nueva York: Simon and Schuster, 1962), 311. citado por Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 66

⁷ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 67

⁸ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 69

así, ese pacto, el instrumento por el cual se realiza ese *consensus*.”⁹ Asimismo, desde entonces, ‘constitución’ no solo significa ‘ley o pacto fundamental de la comunidad política estatal’, presupone o implica ciertos aspectos de la doctrina del derecho natural.¹⁰

Los teóricos del derecho natural consideran que toda comunidad es producto del *appetitus socialis*, elemento inherente a la naturaleza del hombre. Es por ello que los pactos (*covenants*) derivan del instinto de sociabilidad, fundamento de toda organización jurídica. De allí que la constitución es como una consecuencia natural del *appetitus socialis* y que el derecho positivo descansa esencialmente en la obligación de respetar las convenciones: *pacta sunt servanda*; especialmente, la que constituye la comunidad: la constitución.¹¹

Prácticamente, es una discusión superada la supremacía de las ‘cartas’ sobre cualquier autoridad de la colonia. Y, por otro lado, comienza a generalizarse el uso de constituciones escritas en las colonias, las que habían recibido el status de ley fundamental. La supremacía de la constitución era concepción y práctica cotidiana en las colonias inglesas en Norteamérica.

Hay que reconocer, también, la gran influencia que tuvo John Locke y todo su pensamiento, en la filosofía de la época. Asimismo, tuvieron mucho impacto filósofos como Harrington¹², Montesquieu, Voltaire, Bacon, Rousseau (a pesar de su

distancia con los enciclopedistas), etc. Afir-
maban ellos que ‘los derechos naturales son anteriores al Estado y el Estado tiene que ser juzgado con arreglo a su capacidad para asegurar los derechos del hombre.’

La Ilustración francesa señala que lo que debe determinar todas las instituciones políticas no es la tradición ni la historia sino la necesidad y la razón humana.¹³ La ley en general es la razón humana en tanto que ella gobierna todos los pueblos de la tierra.¹⁴

“Todas las leyes secundarias que sirvan para la administración del Estado son derivadas y condicionadas por la *volonté générale* del soberano. La constitución, acto unilateral del soberano se impone como la regla superior, tanto a los gobernantes, a quienes les fija el *estatuo* [del poder], como a los gobernados, en tanto que están sometidos a la *volonté générale*”¹⁵

Un ejemplo de la gran influencia de los filósofos de la Ilustración en las colonias inglesas Norteamericanas, se lo puede evidenciar, de forma inobjetable, en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, que recoge íntegramente la teoría de la división de poderes planteado por Montesquieu, en su obra: *El espíritu de las leyes*.

Los elementos históricos, filosóficos y jurídicos en los que se asienta la Constitución Federal de los Estados Unidos son los siguientes: “1) supremacía de la carta constitucional —estricto repertorio de

⁹ *Ibidem.*, Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, ...,68

¹⁰ *Ibidem.*, Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, ...,69

¹¹ Cfr. Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006),68

¹³ Ernst Kohn-Bramstedt, *La sociedad y el pensamiento político en Francia, en Trayectoria del pensamiento político*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1962), 151-155. Citado por Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 74

¹⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, I, 3

¹⁵ Georges Burdeau, *Traité de science politique*, 85. Citado por Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 75

competencia—; 2) la filosofía y la jurisprudencia inglesas: gobierno por consentimiento, competencia normal de los tribunales para conocer de todas las controversias de derecho; y 3) los ideales de la filosofía política de la ilustración: democracia republicana, igualdad y laicización de la Constitución.”¹⁶

La discusión sobre los significados y contenidos de las constituciones se centraba especialmente en que, por un lado, se interpreta a la constitución como un conjunto de reglas fundamentales, tradicionalmente respetadas; un acuerdo tácito entre el rey y el pueblo. Y, por otro, la idea de mandato unilateral del soberano; un ordenamiento jurídico del Estado al cual el rey y los ciudadanos se encuentran sometidos.

La idea que finalmente se impone es que la constitución es una norma, una ley; obra consciente de la comunidad política que, al adoptarla, funda, a la vez, el poder y las condiciones de su ejercicio.¹⁷ ... determina la forma o mecanismos del ejercicio del poder político del cual depende todo acto o autoridad. ... representa el fundamento de la totalidad del orden jurídico del estado puesto que es la forma que condiciona todo el ejercicio del poder de cualquier de cualquier autoridad en la comunidad política.¹⁸

En este contexto histórico afloran distintas nociones de constitución, la anglo-americana y continental europea (francesa), intentándose emular sus contenidos y transpolar las especiales particularidades de cada una de ellas, donde se evidencian sus diversos desarrollos políticos, jurídicos y culturales: en la americana predomina su

concepción jurídica de constitución. La europea tiene un carácter más ideológico.

En todo caso, cualesquiera que sean sus características, los documentos constitucionales (constituciones escritas), reivindican la idea de la soberanía del pueblo. Incluyen un catálogo de derechos fundamentales; garantizan elecciones, etc. Igualmente, se concibe que solo cuando el proceso político esté sometido a las normas de la constitución escrita, esto es, a disposiciones articuladas en un documento solemne, será considerado un ‘Estado de derecho’.¹⁹

Para desgracia de los ciudadanos, el desencanto de la constitución escrita, —que se creía que traería democracia, libertad, progreso y paz—, se evidenció en la segunda mitad del siglo XIX y todo el siglo XX, como consecuencia de la captación de ellas por el poder político y económico que impuso el modelo de Estado liberal - burgués. Hoy los Estados usan la constitución escrita para la organización, el ejercicio y manejo del poder político. Asimismo, crean, definen y limitan el ejercicio del poder gubernamental.

I.d) La Constitución en el Estado de Derecho.

El Estado de derecho surge como reacción y superación del Estado monárquico y absolutista, caracterizado por monopolización del poder y la restricción de las libertades ciudadanas y la ausencia de responsabilidad por sus acciones de gobierno.

Estado de derecho, desde la dogmática constitucional comprende tres aspectos esenciales que caracterizan el nivel de desarrollo democrático de los Estados: 1) La

¹⁶ Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 77

¹⁷ Georges Burdeau, *Traité de science politique*, 85. Citado por Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, (México: Fontamara, 2006), 79

¹⁸ *Ibidem.*, Georges Burdeau, *Traité de science politique*, 85. Citado por Rolando Tamayo, ..., 80

¹⁹ Cfr. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, (Barcelona: Ariel, 1970), 161

supremacía de la Constitución; 2) la separación de funciones en el ejercicio del poder, y, 3) garantía contra el totalitarismo.²⁰

Una de las virtudes de la convivencia dentro del Estado de derecho radica en que los derechos y postulados democráticos, se encuentran jurídicamente garantizados, evidencia clara de la presencia del constitucionalismo moderno.

Ahora bien, es importante señalar que, no debe llevarnos a equívocos que la existencia formal de una constitución de ninguna manera significa la existencia de un gobierno democrático, pues es la existencia material de ella, el ejercicio de los derechos fundamentales lo que determinará la existencia de un verdadero Estado de Derecho, es decir, el respeto a los límites constitucionales que fijan la órbita en que cada función ejerce su autoridad, ceñido a las potestades claramente definidas y emanadas del único poder: el poder soberano.

I.e) Antecedentes del Constitucionalismo

Antes de iniciar el análisis del proceso de constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano, es plenamente procedente puntualizar las distintas concepciones y definiciones respecto a lo que se considera como Derechos Fundamentales, pues estas, han pasado por distintas etapas evolutivas; surgieron de los diversos hechos históricos universales, entre los que contamos La Carta Magna de 1215, del Rey Juan Sin Tierra, bautizada también como Magna Carta *Libertatum*, documento político moderno que limitó el poder del monarca a través de instituciones como el Consejo, Senado, Parlamento o Asamblea, inaugurándose el

derecho al debido proceso. Este documento intentó separar el poder de la iglesia, de las instituciones del Estado.

En segundo momento histórico importante lo encontramos en Inglaterra, con la aprobación de la Petición de Derechos de 1628, también conocida en inglés como *The Petition of Rights*, en que los miembros del Parlamento en pleno (Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes) le impusieron al Rey un documento que contenía 11 artículos que garantizaban diversos principios de libertad política (respecto de los derechos del Parlamento) como de libertades individuales (seguridad del pueblo), entre los que se pueden mencionar: la imposibilidad de recaudar impuestos sin el acuerdo del Parlamento, de efectuar detenciones arbitrarias y de establecer tribunales de excepción, el derecho del acusado a un proceso legal y el respeto de las libertades y los derechos reconocidos por las leyes y los estatutos del reino. El rey aceptó la petición, que se aplicó durante dos años, pero nada más acabar la guerra, Carlos I ya no tuvo necesidad del Parlamento y reinó como soberano absoluto hasta su muerte, en 1649.

Un tercer momento importante lo encontramos igualmente en Inglaterra con la institución del Hábeas Corpus en el año 1679, que consistió en un procedimiento que garantizaba la libertad individual contra los riesgos de detenciones y represiones arbitrarias. Este instrumento fue redactado por los miembros del Parlamento, en el reinado de Carlos II, para protegerse de detenciones autoritarias y abusivas, estableciéndose procedimientos y normas precisas sobre los derechos de los acusados y de los prisioneros.

²⁰ La Constitución francesa de 1791 incluyó en su artículo 16 la expresión que luego se convertiría en el dogma del constitucionalismo liberal: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución”.

El *Hábeas Corpus* (literalmente: “que tengas el cuerpo”) permitía al juez ordenar que le fuera presentado el acusado en persona, en el plazo de tres días, a fin de determinar si su detención era legal o no. Disposiciones precisas determinaban la forma del ‘*writ*’ (mandato escrito). Todo este procedimiento tenía por objeto proteger al detenido, evitarle traslados arbitrarios, garantizarle el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de transgresiones y responsabilizar a los ejecutantes, estableciendo multas y sanciones a los funcionarios negligentes.

Por último, también es trascendente para el desarrollo de los derechos otro hecho histórico ocurrido en Inglaterra en el año 1689, surgiendo “La Carta de Derechos” o “Declaración de Derechos” conocida también como la *Bill of Rights*, en el que el nuevo Parlamento inglés redactó una declaración de derechos que recuerda las obligaciones y los deberes respectivos del Rey y el Parlamento, siendo estos, básicamente, los siguientes: 1) El Rey no podía unilateral y discrecionalmente crear o eliminar leyes o impuestos sin la aprobación del Parlamento. 2) El Rey no podía abusivamente cobrar dinero para su uso personal, sin la aprobación del Parlamento. 3) El ejército solo podía mantenerse en tiempos de guerra, consecuentemente era ilegal reclutar y mantener un ejército en tiempos de paz, sin aprobación del Parlamento. 4) Las elecciones de los miembros del Parlamento debían ser libres, sin la manipulación del rey, etc.

La Declaración de Derechos de Virginia de 11 de junio de 1776 y la Declaración de Independencia americana de 4 de julio de 1776.

En 1776, las antiguas colonias inglesas con apoyo de Francia se habían revelado, constituyendo los Estados Unidos de América, promulgando declaraciones reivindicatorias de sus derechos.

La Declaración de Derechos de Virginia fue la primera que se redactó y sirvió de fundamento de la Constitución del Estado de Virginia; fue aprobada el 11 de junio de 1776, Jefferson la tomó como fundamento para redactar la primera parte de la Declaración de Independencia de julio 4 de 1776 y sirvió de base de las diez primeras enmiendas de la Constitución, norteamericana.

En sus primeros artículos de la Declaración constan de manera embrionaria lo que se conocería posteriormente como los Derechos Humanos, entre los que se pueden identificar la igualdad de todos los hombres, la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, la primacía del poder del pueblo y de sus representantes, la libertad de prensa, la subordinación del poder militar al poder civil, el derecho a que se haga justicia y la libertad de culto. Los derechos de la persona humana son considerados como derechos naturales, que ningún régimen puede menoscabar.

Esta Declaración establece, adicionalmente, el principio del derecho de los pueblos oprimidos a su resistencia contra sus opresores.

Aunque no muy reconocida, la declaración de derechos tuvo una fuerte influencia en la misma Francia que había financiado la independencia de las colonias inglesas, de manera concreta en la Revolución Francesa de 1789.

El estallido de la Revolución Francesa con la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789, y la caída del rey Luis XVI, la Asamblea Constituyente, compuesta por distintos representantes del Estado llano, de diputados de la nobleza y del clero, aprobó el 4 de agosto de 1789 la abolición de todos los privilegios de la monarquía y liquidó el régimen feudal en Francia.

Este hecho estatuye, con la influencia de las declaraciones americanas, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente del 20 al 26 de agosto de 1789, integrada en principio por 17 artículos, tuvo gran impacto en el desarrollo de los derechos humanos, entre los que se puede mencionar el primero que señala: “Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos”, principio contenido posteriormente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Contiene también la Declaración de principios fundamentales de orden político: la soberanía nacional; el sistema de gobierno representativo; la primacía de la ley; la separación de poderes.

Atribuye, asimismo, a los pueblos y a los individuos unos derechos que siguen siendo actuales: el derecho a la resistencia contra la opresión; la presunción de inocencia; la libertad de opinión y de religión; la libertad de expresión; y el derecho a la propiedad.

I.f) La Constitución en el Estado Social

En el Estado social se establecen atenciones prioritarias e indelegables por parte del Estado hacia los sectores sociales menos favorecidos como consecuencia de la existencia de un modelo de Estado que puso el acento en una exagerada e inhumana explotación a la fuerza de trabajo y a la concentración de la riqueza en las elites económicas y políticas en los nacientes Estados europeos.

Esta circunstancia de explotación generalizada de la fuerza de trabajo pone en vigencia una categoría conceptual relativamente nueva: la justicia social.

Es justo reconocer la influencia de la Encíclica *Rerum Novarum* o ‘De las cosas nuevas’, del 15 de mayo 1891, dedicada a la cuestión social, pues es el germen de lo que se conoce como la doctrina social de la igle-

sia, con la que se intentó fijar una solución distinta a las planteadas hasta entonces por el pensamiento liberal que había llevado a la degradación del capitalismo, y como alternativa a la opción radical expuesta por el socialismo, a través de la revolución social que lograra la desaparición de la propiedad privada exacerbando la lucha de clases. Y, no sólo en el plano doctrinario, que la encíclica vino a reforzar, sino y sobre todo, en el plano de las realizaciones concretas.

La iglesia católica, imbuida por la filosofía de Santo Tomás de Aquino, tiene como punto de partida la realidad, pues, señala que cuando el hombre conoce su entorno, el ambiente que lo rodea, sus problemas y dificultades, las cosas de la naturaleza, por esas mismas cosas se siente motivado a buscar la felicidad. La ciencia entonces está al servicio de las personas; es la vida misma lo que conduce a la ciencia de la verdad.

Esta nueva concepción de Estado conlleva la obligación moral de conferirle a los seres humanos derechos mínimos que le permita incorporarse plenamente al desarrollo de la sociedad. Una de las consecuencias importantes del Estado social fue dotarle un carácter intervencionista del Estado, dejando de lado la indiferencia del Estado liberal, para procurar resolver los lacerantes problemas sociales.

La humanidad comienza a conocer, desarrollar y reivindicar una gama de derechos no conocidos hasta entonces: son los denominados derechos de tercera generación o derechos económicos, sociales y culturales, mismos que han venido siendo constitucionalizados por los Estados, a efectos de tornarlos de obligatorio cumplimiento.

En América, México es uno de los primeros Estados que constitucionalizan los derechos sociales, pues se encuentran

incorporados en la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917. Posteriormente, se incorporan en la Constitución alemana de Weimar de 1919. Ambos hechos configuran los antecedentes de los derechos sociales en proceso de constitucionalización y van configurando un nuevo Estado: el Estado social.

La necesidad de generar mejores condiciones de vida para los seres humanos fue configurando el contenido de los derechos sociales; su generalización e implementación por los Estados, motivados por las crisis de sus poblaciones, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, especialmente como consecuencia de la primera guerra mundial, hizo que este modelo de Estado sea denominado, también, como el Estado de bienestar.

La adopción por parte de los Estados del modelo social, tuvo significados y desarrollos distintos, pues su adaptación a las desigualdades culturales determinó también sus matices, lo que le adicionó otros elementos particularmente importantes: su carácter democrático.

El Estado social y democrático de derecho es el resultado de la necesidad de paliar su crisis que ponía en riesgo la continuidad del sistema capitalista, más aun con la influencia de las ideas marxistas anti sistema, por lo que constituye una escala superior del Estado liberal burgués y democrático. En conclusión, no existe un cuestionamiento profundo a las bases que generan la desigualdad: la propiedad privada, que provoca la existencia de clases sociales y desigualdades.

Este nuevo modelo implica un proceso más racional del tratamiento de la superación de la crisis. Significa redistribución equitativa de la riqueza social. No significa un cambio profundo a las relaciones sociales de producción ni propiedad colectiva de los medios de producción.

I.g) El Constitucionalismo Moderno

Las secuelas generadas por la primera guerra mundial (1914-1918), la crisis generalizada de Europa, que se expresa en el horror de la guerra, la muerte, la miseria, la explotación; y el advenimiento del primer Estado socialista en el mundo, nacido de la revolución Rusa (1917), establecen la necesidad de garantizar los derechos inherentes a la persona en su desenvolvimiento económico, para no sufrir abuso de los empleadores, lo que motiva la creación de la Organización Internacional del Trabajo (1919). Como si esto no hubiera sido suficiente, estalla también en Europa la segunda guerra mundial, agudizándose la crisis y el exterminio masivo, constituyen las condiciones materiales para que surja una nueva tendencia sobre el modelo constitucional denominado neo constitucionalismo, reflejado en la Ley Fundamental de Alemania Occidental adoptada el 23 de mayo de 1949, que garantiza los derechos fundamentales, las facultades y obligaciones de los tres poderes del Estado, y la distribución de competencias entre la Federación y los Estados.

Igualmente, el reconocimiento internacional de la vigencia de los Derechos Humanos y la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la ONU, en 1948, mismos que fueron ampliados mediante el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos en 1966 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, incluyendo además en este avance la Declaración de los Derechos de los Pueblos en 1976. Se sustenta en otros instrumentos internacionales de carácter vinculante y coercitivo en la medida que las Constituciones lo permitan, como la Convención Interamericana de los Derechos Humanos o Pacto de San José en 1969 y sus instituciones como la Corte Internacional de los Derechos Humanos en San José, Costa Rica.

El neo constitucionalismo eleva a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana.

Las Constituciones que han recibido la influencia de esta forma conceptual de entender su propio rol e importancia, tiene en los contenidos de sus artículos y en su estructura, una presencia importante de principios morales, así como ciertas características novedosas en el tema de la interpretación y aplicación de la norma constitucional.

En el Ecuador, el neo constitucionalismo es una de las importantes líneas de pensamiento que fue considerada en el proceso de elaboración de la Carta constitucional de 2008. La pertinencia de su enfoque y la sofisticación en la formulación teórica de determinadas técnicas de interpretación constitucional, la técnica jurídica adecuada que plantea el neo constitucionalismo, es necesaria.

Los Derechos Sociales (Económicos, Sociales y Culturales) se ubican como portaestandarte en la estructura del Estado Constitucional de derechos, teniendo en cuenta que según la Constitución de Montecristi, el más alto deber del Estado es garantizar la efectiva aplicación de éstos y otros derechos incluidos progresivamente en la Constitución, además de las políticas para la protección de los ciudadanos afectados en caso de vulneración de los derechos positivados.

I.h) El Garantismo

Hablar de Garantismo es hacer referencia obligada al maestro Luigi Ferrajoli y al decir de los estudiosos del filósofo italiano,

su obra tiene un hilo conductor bastante claro: la limitación del poder. Para ello busca elaborar una teoría específica que aborde el tema desde el ámbito jurídico pero con una puerta a la integridad multidisciplinaria. Su obra, en constatación, ha decidido denominarla Teoría General del Garantismo. Esta teoría general, para el autor, abre la posibilidad de resolver los principales y complicados problemas de la legitimación, legalidad, existencia, vigencia, validez y efectividad del derecho. Para lograr su objetivo crea sus propias herramientas metodológicas y se fundamenta en principios filosóficos consistentes.²¹

Tan importante como analizar la obra del maestro Ferrajoli, lo es también, respecto a su metodología, pues la construcción de su obra jurídica ha sido sustentada con un trabajo investigativo riguroso, donde destacan dos ramificaciones, que en principio parecen contradictorias: una teoría de la justicia política (por utilizar la expresión de Höffe) y una teoría pura del derecho (en uso de la sentencia de Kelsen). En otras palabras, intenta —por un lado— conciliar dos formas de pensamiento distintos: el iusnaturalismo y el iuspositivismo; y, por el otro, superar las deficiencias en que aquellos reduccionismos han incurrido. En segundo término, sus presupuestos filosóficos son tan variados como su metodología. Punto de partida es la firme adhesión a la razón y su simpatía a la filosofía kantiana. Además de agregar a su escarcela consistentes dosis de filosofía analítica, socialismo y de realismo jurídico. Por otra parte, aunque sería difícil catalogarlo como hobbesiano, Ferrajoli acude reiteradamente a la obra del político inglés. Heredero de la

²¹ Cfr. Rodolfo Moreno Cruz, *Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli*, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 3, verano 2006. ISSN 1698-7950

tradición contractualista, deposita su armazón en el pensamiento político hobbesiano y considera que para minimizar la violencia interpersonal dentro de las sociedades es necesario un Estado de derecho, cuya herramienta principal Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli, es el derecho “el cual, por lo mismo, se configura, al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder.”²²

La creación y funcionamiento del modelo de Estado constitucional garantista, dice Ferrajoli, es la alternativa frente al fracaso del modelo de estado de derecho.

El Estado constitucional que se plantea debe estar caracterizado por una doble sujeción: formal y sustancial. Ferrajoli, siguiendo a Bobbio, dedica una parte para explicar sobre la diferencia entre gobierno *sub lege* o gobierno *per lege*. Es decir entre un gobierno bajo la tutela de leyes (*sub lege*) y un gobierno a través de leyes (*per leges*). A su vez, el primero se divide en un gobierno con poderes otorgados por leyes (sentido débil o formal) y en un gobierno de poder limitado por leyes (en un sentido fuerte o sustancial). Con estas observaciones, Ferrajoli afirma que “el término ‘Estado de derecho’ se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido es sinónimo de ‘Garantismo’. Por eso designa no sim-

plemente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’ sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones...”²³

Los cuestionamientos que Ferrajoli realiza al Estado de derecho estriba en que este fue entendido como un Estado que sólo demanda la legitimación formal; es decir, una legitimación que proviniera de un poder otorgado por leyes y que sólo conmina al cumplimiento de una forma legal. Ahí está el peligro pues hasta los gobiernos totalitarios pueden revestir una forma legal. Por el contrario, los estados constitucionales exigen una legitimación sustancial; legitimación que pende de un contenido estricto en la limitación de poderes.²⁴

Por otro lado, el Estado de derecho garantista se diferencia de cualquier otro Estado porque es un Estado social y no exclusivamente un estado liberal. Es decir, el Estado de derecho liberal se preocupaba por la limitación del poder pero no se interesó por satisfacer las desigualdades económicas, culturales y sociales de los individuos. Su propuesta viene a llenar ese vacío ofertado por el Estado liberal. Por ello no duda en calificar a su Estado de derecho como un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo.²⁵

La estructura conceptual del maestro Ferrajoli se sustenta, además, en el diseño de

²² Cfr. Rodolfo Moreno Cruz, Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli, Universitat. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 3, verano 2006. ISSN 1698-7950.

No obstante, y considerando que Hobbes es un representante de la idea de un gobierno de los hombres, se aleja de la fuente de su inspiración cuando enfatiza que busca un gobierno de las leyes y no un gobierno de los hombres.

²³ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, (Madrid: Trota, 1995), 856 en Rodolfo Moreno Cruz, Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli.

El moderno Estado debe contener como características principales: la legitimación formal y legitimación sustancial (que se materializa en la garantía de los derechos fundamentales).

²⁴ Cfr. Rodolfo Moreno Cruz, Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli.

²⁵ *Ibidem.*, Rodolfo Moreno Cruz, *Democracia y derechos...*

una teoría del derecho propia, que supere a la tradicional y sirva de fundamento al Estado constitucional garantista, es decir, una teoría del derecho garantista. La teoría del derecho garantista general es una estructura sostenida por tres pilares: La ciencia jurídica, la filosofía política y la teoría del derecho. Cabe destacar que la filosofía política la enmarca el autor como una de las terceras concepciones del Garantismo.

La definición propuesta por Ferrajoli para los Derechos Fundamentales ha sido la siguiente:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁶

II.- LA SUPREMACÍA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

II.a) Las dos Guerras Mundiales y la Declaración Universal de los Derechos Humanos

La primera guerra mundial trajo como consecuencia la necesidad de acabar con la barbarie de la muerte y la destrucción y para ello las naciones se proponen dos objetivos centrales: La paz universal y el desarrollo de los pueblos, y como instrumentos para alcanzarlos se plantea la justicia social y el bien común.

Estos objetivos planteados: la paz universal y el desarrollo de los pueblos plantean también la necesidad de efectuar una variación en el proceso de desarrollo de los Estados, su organización, participación democrática, acceso a los servicios públicos y la garantía de sus derechos.

Los Estados que venían desde el siglo XVIII y XIX, practicando la democracia liberal burguesa habían logrado agudizar las contradicciones sociales, se ven impelidos a darle mayor participación y protección a los sectores menos favorecidos de la sociedad por la propia presión que estos venían ejerciendo mediante intensas luchas sociales orientadas por las ideas marxistas.

Imbuidos por estas dos corrientes, algunos Estados europeos y americanos se ven precisados a realizar profundas transformaciones que evitaran la radicalización de las luchas sociales y cayeran bajo la influencia marxista, como había ocurrido con Rusia.

Es así que se inicia el período de constitucionalización de los derechos sociales, que diera lugar también a la aparición de una rama distinta del derecho, el derecho Social, dando lugar también a la aparición de nuevas Declaraciones en algunos países: la Constitución de los Estados Unidos de México (1917), en Rusia, con la Declaración Soviética de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (1918) y en Alemania, con la Constitución de Weimar (1919).

La II guerra mundial generó un compromiso mayor entre las naciones de consolidar los derechos humanos, es así que se aprueba la Carta de las Naciones Unidas, aprobada el 26 de junio de 1945, que da

paso a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la promulgación del Acta Constitutiva de la UNESCO (Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura), en 1945, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París.

II.b) Periodo del Constitucionalismo

Una vez realizada una breve panorámica histórica de la evolución de los derechos sociales, conocidos también como derechos fundamentales o constitucionales que ha permitido una comprensión más clara de estos derechos, como producto de un proceso histórico, más que elaboración abstracta del intelecto de seres iluminados, donde los grandes protagonistas resultan los pueblos, es conveniente desentrañar los distintos conceptos que giran alrededor de lo que se entiende como derechos fundamentales.

Hay quienes conciben los derechos fundamentales a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica. Además, identifican a estos derechos que están reconocidos y garantizados por la Constitución del Estado, que tienen un nivel normativo jerárquico superior.

Otros hacen semejanzas y diferencias entre los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos, al considerar estos últimos como un concepto evolucionado, de contenido más amplio, vinculado con los valores de dignidad, de libertad e igualdad del ser humano que no han logrado aún su reconocimiento positivo, a diferencia de los derechos fundamentales, que se encuentran normativizados.

Los derechos humanos, según los criterios de Papacchini y Nino, son, de acuerdo

con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos, de acuerdo a Héctor Morales Gil de la Torre, se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros.

Podría decirse que el concepto de Derechos Humanos deriva de la ciencia política, pues está ligado a los distintos procesos históricos sociales, a la lucha de los pueblos por alcanzar ese ideal llamado justicia.

En cambio, el concepto Derechos Fundamentales, tiene su origen en las ciencias jurídicas, pues, estos han sido incorporados a través de distintos procesos al Derecho Constitucional.

II.c) El Neo Constitucionalismo: sus peculiaridades.

Igualmente, resulta discutible ubicar con certeza si vivimos, actualmente, una etapa constitucional moderna, es decir, una adaptación del derecho constitucional a las actuales circunstancias y necesidades históricas, de profundización del Estado social de derecho, o, talvez, un constitucionalismo nuevo, distinto, con nuevas e innovadoras categorías jurídicas, llamado neo constitucionalismo.

Como afirma el conocido profesor español Luis Prieto Sanchís, el neo constitucionalismo o el constitucionalismo

contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica, los mismos que puede ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos legales y filósofos del derecho de la actualidad.²⁷

En una definición al parecer más política que jurídica, Carbonell señala que:

... [S]e entiende básicamente por neoconstitucionalismo a la teoría constitucional que surgió tras la segunda guerra mundial siendo los casos de la Constitución Italiana (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y de España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988 o la Colombiana de 1991 caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos...

La definición jurídica la hace Carla Faralli, al señalar que:

... [L]a constitución ya no es sólo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales. ...

También hay la tendencia a considerar que el neoconstitucionalismo surge de la integración de dos clásicos modelos constitucionales, el modelo norteamericano y el modelo europeo.

En el primer caso, nos encontramos con la idea de la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pactos de mínimos para que en un contexto de igualdad los individuos desarrollen sus planes de vida dentro del marco de un Estado neutral; en cambio, en el modelo Europeo la Constitución es nítidamente un proyecto político de transformación social y política que busca aproximarse a los ideales políticos de la revolución francesa, en el sentido de afirmar valores como el de la libertad y sobre todo el de la democracia.

II.d) La constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano a partir de los Derechos Fundamentales

Introduciéndonos en el análisis del proceso de constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano vale la pena mencionar que éste ha sido, históricamente, un proceso lento, casi inmóvil, desconocido, ajeno, manipulado y de mecanismo de protección de intereses particulares en que no ha existido participación de los demás, por el contrario, de espaldas a éste, como puede corroborarse con la llamada constitución del 98, que fue debatida en un cuartel militar.

No obstante estas situaciones que dieran lugar a un análisis más detenido, hubo algunos aportes interesantes en cuanto a ciertos derechos consagrados, pero que resultaron estériles al momento de ejercerlos pues, no

vivimos plenamente el Estado social de derecho que proclamaba aquella constitución.

Algunos autores plantean que para definir en términos generales el contenido esencial de los derechos fundamentales es una tarea imposible. No es fácil hacerlo respecto de ningún derecho en concreto, aunque no todos presentan el mismo grado de dificultad.

La doctrina ha establecido criterios de aproximación a la delimitación del contenido esencial de un derecho. Tales criterios son el de la reconocibilidad y el de los intereses jurídicamente protegidos.²⁸

II.f) La dualidad de los derechos constitucionales: como derechos subjetivos y como normas-principios jurídicos

Para abordar el tema de los principios es necesario referir lo manifestado por Zagrebelsky, pues, éste sostiene que:

“...Si el derecho actual está compuesto de normas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. ...Por eso, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”

También es necesario tener presente el nuevo carácter que tiene el Estado ecuatoriano a partir de la aprobación de la Constitución del 2008, llamada también Constitución de Montecristi, la misma que señala en su Título I, sobre los elementos constitutivos del Estado, en su capítulo primero que se refiere a los Principios fundamentales, en el artículo 1, dice:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. ...

De esta parte del artículo 1 la parte destacada es la relativa a que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, ...”

Es aquí donde suponemos un cambio fundamental en el Ecuador, en su sistema jurídico y normativo, pues, todas las estructuras se subordinan al nuevo marco constitucional.

Desde la filosofía política el Estado social de derecho, contenida en la anterior Constitución, es un sistema que se proponía fortalecer los servicios y garantizaba derechos considerados esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad.

Para el Ecuador, la expresión Estado social de derecho, fue una parte más del conjunto de los derechos que “Sólo tenían, la categoría de pautas para la acción legislativa, por lo tanto, no pasando de ser programáticos y de configuración o desarrollo legal.”

Desde lo jurídico-normativo, existe una superación del marco de la legalidad por el marco constitucional, pues toda la sociedad se encuentra irradiada por los principios constitucionales, así lo establece el artículo 426, que dice “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”.

²⁸ Emilio Castillo, *Debate sobre Derecho Constitucional*, (Cuba, Guantánamo: 2007)

La actual Constitución se constituye, según el artículo 424, en la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Además, señala que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

En materia de Derechos Humanos los tratados internacionales ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Sobre la jerarquía de las normas, se establecen con claridad en el artículo 425 el orden de aplicación de las normas, siendo el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

II.g) El efecto directo e inmediato de las normas-principios de los Derechos Fundamentales o Derechos Políticos.

El Garantismo es una de las particularidades del nuevo ordenamiento jurídico, pues incorpora normas-principios para la eficacia del cumplimiento de los derechos fundamentales.

El Garantismo constitucional se constituye en una nueva corriente del constitucionalismo y coloca en el centro de su atención a los mecanismos, identificados como garantías, para hacer eficaces los derechos fundamentales. Son los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los dere-

chos fundamentales y para protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos.

Las garantías se constituyen en los instrumentos o medios de tutela o protección que tornan realizables o justiciables los derechos fundamentales.

Gracias a esta distinción es posible evitar ‘el extremo de suponer que un derecho que no esté garantizado no es en realidad un derecho’ o ‘creer que basta la consagración de un derecho en una carta constitucional para tenerlo por garantizado y protegido; asimismo, dicha diferenciación ‘permite denunciar la inexistencia de los sistemas de tutela y protección necesarios para poder exigir una norma constitucional’.

La Constitución de Montecristi nos determina los nuevos sujetos de los derechos fundamentales y dice que son: Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Como un elemento inédito incorpora a la naturaleza como sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

También la Constitución nos establece los principios que han de regir para el ejercicio y aplicación de los derechos fundamentales:

Cuando la Constitución hace referencia a los instrumentos internacionales está señalando aquellos derechos nacidos del Bloque de Constitucionalidad, y que generalmente son normas de carácter supranacional.

Estos principios-normas, dejan de ser estériles enunciados para tornarse derechos plenamente justiciables dotados de garantías que, inclusive, los blindan de potenciales

eventualidades que el poder constituyente intentare reversarlos, pues, no es posible su reforma con contenidos regresivos que atenten contra los derechos que reconoce la constitución, y no solamente están comprendidos los derechos de libertad mencionados en el artículo 66, derechos conocidos como subjetivos, según consta en el capítulo de las garantías normativas, sino a todos los derechos, pues todos son justiciables.

Por otro lado, la constitución establece una relación horizontal de los derechos constitucionales, pues, todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

El jurista y filósofo Ernst-Wolfgang Böckenförde, expresa que la democracia ha de interpretarse desde su contenido como principio constitucional, así como desde el despliegue dogmático de todas sus consecuencias para la organización y funcionamiento del Estado, nos sitúa plenamente en la realidad de la convivencia del Ecuador en la corriente neo constitucional, pues, al parecer lo que expresa a continuación tranquilamente podría tratarse de una caracterización nuestra, señala también que:

Los derechos fundamentales rigen hoy en la práctica como principios supremos del Ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en la relación del individuo con el poder público actuante en forma imperativa, y afectan también por ello a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitan su autonomía privada; rigen también no sólo como normas de defensa de la libertad, sino, al mismo tiempo, como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.

II.h) El efecto irradiación de los Derechos Constitucionales

La evidencia más clara respecto al efecto irradiación de los principios constitucio-

nales en todo el ordenamiento jurídico-normativo del Estado la encontramos en el ejercicio de las garantías jurisdiccionales.

La Acción de Protección es la prueba contundente de aquello, teniendo como objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, interponiéndosela cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La acción extraordinaria de protección, contenida en esta constitución, procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional.

El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

II.i) El juez y la aplicación de los principios constitucionales.

Reconociendo que nos encontramos frente a un nuevo ordenamiento jurídico, entendiendo esto como aquello que hace referencia a ese derecho objetivo, es decir, al conjunto de normas por las que se rige una sociedad o aquello que se puede definir como

un conjunto sistemático de reglas, principios o mandatos a través de las cuales se regula la organización de la sociedad, mediante su efecto irradiador, ese nuevo ordenamiento es el del Estado constitucional, donde tienen supremacía los principios constitucionales o de los derechos fundamentales.

Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los principios de optimización y aplicación más favorable a los derechos. Si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se deben elegir la que más proteja los derechos de la persona.

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, consecuentemente a estos les corresponde no solo el ejercicio de su aplicación, si no, inclusive su interpretación, la que deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales.

El intérprete de la Constitución tiene la obligación de ceñirse a los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento, pues estos, los precedentes constitucionales tienen fuerza vinculante.

La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

Otro principio importante es la obligación de cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de admi-

nistrar justicia constitucional, no se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

La Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional reconoce varios métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, pudiendo hacer uso de uno o varios de ellos según la complejidad de cada caso.

En cuanto a los métodos y reglas de interpretación constitucional, según la Constitución actual, las normas constitucionales serán interpretadas por cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad; y en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Para los casos en que se presentaren contradicciones o colisión entre normas jurídicas, (antinomias) se aplicará como método o reglas de solución de las mismas, la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

En esta parte la Constitución se adscribe plenamente a los métodos concebidos para estos casos por Robert Alexy, elevados a la categoría de Principios, y en ellos se descubre la facultad legislativa, activa y creadora de derechos de los operadores de justicia constitucional, a través de sub-principios o sub-normas, e inclusive normas jurídicas para la solución de algún caso en concreto, me refiero a los métodos de proporcionalidad y ponderación y que establecen en el caso de la proporcionalidad, que cuando

existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

En el caso del método de ponderación, se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Luego encontramos los métodos más ortodoxos o conocidos como son el de interpretación evolutiva o dinámica, de las normas, afectadas por las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

Igualmente la interpretación sistemática de las normas jurídicas realizadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

También coexiste una regla que consiste en la interpretación de las normas jurídicas a partir de los fines que persigue el texto normativo (teleológica).

Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el

caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

Y, por último, se plantea la posibilidad de utilizar otros métodos de interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

Quizás un elemento adicional, digno de destacar es la obligación de cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

Igualmente, resulta interesante el principio procesal *lura novit curia*, que establece la posibilidad de la jueza o juez de poder aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional, además, para los efectos prácticos de ordenar los precedentes jurisprudenciales.

Las garantías jurisdiccionales tienen, adicionalmente, la finalidad de la reparación integral de los daños causados por la violación de los derechos fundamentales.

En cambio, las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.

II.j) La judicialización del sistema jurídico.

Los nuevos derroteros por los que debe transitar el constitucionalismo ecuatoriano implican una necesidad urgente de repensar el derecho clásico, desde sus pilares fundamentales, la Ley, confrontando los viejos conceptos con lo relativamente nuevo para nuestro país, el neo constitucionalismo.

El neo constitucionalismo es una herramienta necesaria, no sólo para modernizar el derecho y la administración de justicia, si no, además, y fundamentalmente, para demoler viejas y caducas instituciones que no han logrado, a partir del derecho, modificar y actualizar los conceptos de justicia, democracia, delimitación y abuso del poder, Estado de derecho, independencia judicial interna y externa, etc., para construir una sociedad equitativa, de realizaciones personales y colectivas, donde el Estado sea el primer protector y defensor de las Garantías Constitucionales y los Derechos Fundamentales.

Lo positivo, es que nos vuelca a los operadores de justicia al saludable hábito del estudio del Derecho, desde nuevas pers-

pectivas, nuevas visiones y nos inserta en la discusión universal del derecho.

El neo constitucionalismo debe establecer retos a los centros de estudios, a las universidades, a las academias, al foro en general y desarrollar una cultura constitucional que bastante falta nos hace.

... la principal función de un texto constitucional es “fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política... La Constitución fija en primer lugar el *pactum societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia, en ese recíproco respeto que protege del conflicto extremo, es decir, de la guerra civil. ...²⁹

Este ensayo solo constituye un breve esbozo dentro de la inmensidad del estudio del Derecho Constitucional, particularmente del contenido de los Derechos Fundamentales. Apenas es una invitación a la profundización de su estudio para que su contenido se exprese materialmente.

* CONTINÚA: La segunda parte: Contenido y Significado de los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal.

El Acceso a la Justicia de las Mujeres y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres



*Dra. Roxana Arroyo Vargas**

Investigadora, Instituto Altos Estudios Nacionales

La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implica depender de los hombres¹.

Introducción

Este artículo contiene los principales aspectos teóricos mencionados durante la conferencia impartida en el Seminario: “Interpretación jurídica en los casos de violencia sexual desde la perspectiva de género”, en el marco de la conmemoración del día Internacional de la mujer. Esta actividad fue realizada conjuntamente por la Corporación Humanas Ecuador² y la Corte Nacio-

nal de Justicia (CNJ), durante este evento se dieron a conocer las sentencias analizadas en el Observatorio de la Corporación emitidas por la Sala de lo Penal³.

El principio de igualdad y su profunda vinculación con la justicia

Empecemos por mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual establece en su artículo 1 el

* Investigadora Prometeo, Instituto Altos Estudios Nacionales, Escuela de Relaciones Internacionales José Peralta. Abogada, Forma parte de la Corporación Humanas Ecuador feminista, académica, en temas de derechos humanos de las mujeres e integrante activa del movimiento feminista en América Latina; presente en luchas a nivel internacional, regional y nacional en la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Doctorado en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid “Instituto Bartolomé de las Casas”. Es consultora permanente del Programa Mujer, Justicia y Género del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Presidenta de la Fundación Justicia y Género.

¹ Okin Moller, Susan, “Liberalismo, política, justicia y género”, en: Perspectivas feministas en teoría política. Editorial Paidós, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pág. 146.

² Corporación Humanas es un Centro de Estudios y Acción Política Feminista que promueve y defiende los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género, en Ecuador y Latinoamérica.

³ Observatorio de Sentencias Judiciales, Corporación Humanas. <http://www.humanas.org.ec/>

principio de igualdad y el principio de no discriminación. En el artículo 2, incisos 1 y 2, proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad.

Esta definición proporciona los elementos necesarios que permiten a todas y todos los/as sujetos identificarse y ser parte de la construcción y la comprensión del paradigma de ser humano, en este sentido, nos dice la Declaración, ser humano es coincidir en dignidad todas las personas en igualdad de condiciones y sin discriminaciones, y que no se permite, negar esos derechos por ser diferentes los unas/os con los/as otros/as. Es así que no se puede entender la igualdad si no va acompañada de la aceptación de la diversidad, lo que podríamos decir tal vez es que todos somos igualmente diversos y humanos/as.

Todas las personas deben tener igualdad de condiciones en el acceso, goce y ejercicio de los derechos tanto de jure (derecho) como de facto (hecho) sin discriminación alguna ya sea por sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otro índole o condición, reconociendo la diversidad de las condiciones como parte inherente de las y los sujetos en la sociedad para ser tomados en cuenta y no como un obstáculo para la inclusión.

Así, la igualdad se constituye como un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales subsiguientes sobre derechos humanos, entre los que destaca la CEDAW –aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979–, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Internacional sobre la Eliminación de to-

das las Formas de Discriminación Racial (1965), el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y la Convención de Belém do Pará (1994).

En nuestras sociedades y como principio civilizatorio la igualdad es un concepto normativo que debe transversalizar el quehacer del Estado y sus instituciones, y por supuesto las relaciones sociales, convirtiéndose en una exigencia, en la base de cómo deberían ser tratados los/as seres humanos en las sociedades y en las diferentes culturas.

Lo que entendemos por igualdad no ha sido siempre lo mismo, no es un principio congelado en el tiempo, la manera de comprenderla se ha resignificado y su contenido se amplía históricamente por los aportes de los diferentes movimientos sociales como el sufragismo, la lucha contra la esclavitud por ejemplo, o momentos que permitieron avances como fue la Constitución de Montecristi, fiel reflejo de la síntesis de un movimiento pro derechos humanos que quedó grabado en las páginas de la historia de Ecuador.

En este sentido existe una vinculación entre la realidad y las normas, en la medida que la sociedad ha modificado la manera de ver al otro/a fuera de prejuicios que afirman estereotipos discriminatorios, se ha logrado humanizar a la sociedad. La igualdad no puede entenderse sin el principio de no discriminación comprendido como aquellas prohibiciones que el Estado y la sociedad debe acatar, la Constitución es clara establece en su artículo 11 inciso 2 las razones (prohibiciones) a tomar en cuenta tales como: etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología,

filiación política, pasado judicial, condiciones socio-económicas condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal que provoque directa o indirectamente discriminaciones.

La igualdad sustantiva implica para la administración de justicia mirar siempre los resultados, pues si estos son discriminatorios debe analizar los factores que lo provocan y hacer los cambios necesarios incluyendo la aplicación de medidas de acción afirmativa, por ejemplo, hay que tener presente que un trato diferente no siempre es discriminatorio, más bien ese trato se hace necesario para lograr que todas las personas tengan acceso a los derechos y en particular acceso a la justicia. Aquí es donde se cumple la premisa de que “tratar igual a lo que es diferente resulta en discriminación”.

Tomar en cuenta estas diferencias por parte del Estado es necesario, tanto para facilitar el acceso a la justicia así como para responder al principio de igualdad, para modificar los patrones socio cultural que, por ejemplo, las sociedades han construido desfavorablemente en contra de las mujeres indígenas fundamentadas en prejuicios sexista y racistas.

La Constitución instituye el principio de igualdad claramente para todas las personas y establece la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, constituyéndose así la igualdad y no discriminación por razón de sexo en principios fundantes de la Constitución, lo que implicaría que el principio de igualdad y no discriminación por razón

de sexo debe incorporarse en las valoraciones, ponderaciones, interpretaciones y diferentes situaciones que se relaciones con niñas, y las mujeres en su ámbito familiar y personas sexo-genéricas.

La incorporación en el texto constitucional del derecho a vivir una vida libre de violencia en concordancia con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres, que establece que la violencia es una violación a los derechos humanos y es producto de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, permite armonizar y profundizar también el principio de igualdad sustantiva en tanto que la discriminación es una forma de violencia según lo establecido por la Recomendación General N° 19 del Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

El acceso a la justicia y la transversalidad del principio de igualdad como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia sexual

El derecho al acceso a la justicia⁴ implica que las mujeres tengan la posibilidad a una adecuada tutela de sus derechos. Pero además es un asunto de fortalecimiento y construcción de las democracias; por lo tanto, la justicia de género es un estándar de medición para el quehacer del Estado.

Entendemos por acceso a la justicia la existencia de facilidades para que todas las personas, sin discriminación⁵ alguna, puedan gozar de todos los recursos y servicios que garanticen su seguridad, movilidad,

⁴ Villarán, Susana, “El acceso a la justicia para las mujeres”, en: IIDH, *Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación...*

⁵ El acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos y todas los habitantes de su territorio “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

comunicación y comprensión de los servicios judiciales, que, a su vez, garanticen una justicia pronta y cumplida⁶.

Actualmente es considerado el derecho al acceso a la justicia como una norma *jus cogens*⁷ que genera la obligación en los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo⁸, en la misma condición se encuentra el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo⁹, constituyendo se ambos en estándares máximos de tutela pro persona¹⁰ (en este caso pro mujeres).

Es así como el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en consustancial al derecho al acceso a la justicia, y de ahí se deriva un marco jurídico que establece los derechos que deben garantizar la administración de justicia. Nos referimos, entre otros, al derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser arrestada conforme a los principios de ley, el derecho a la defensa, el derecho a ser juzgada por tribunales competentes, el derecho a un proceso justo, el derecho a ser protegida como víctima, el derecho a no ser revictimizada en el sistema de administración de justicia y el derecho a ser protegida cuando se es testigo.

Asimismo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de obligaciones para los Estados relacionadas con la función judicial y los derechos de las mujeres, como la de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todas las personas que se encuentren en su territorio, que incluye: a) garantizar un debido proceso —para lo cual el Estado debe tomar en cuenta las desigualdades que hay entre ellas debidas al género, la etnia, la edad, la discapacidad, etc.— y b) establecer garantías judiciales que tomen en cuenta las necesidades de todas las personas, que les permitan entre otros: i) ser parte del proceso judicial en condiciones de igualdad, ii) no ser revictimizadas en el proceso judicial, iii) ser aceptadas y protegidas como testigos, iv) participar y comprender el proceso, v) gozar de servicios de administración justos en igualdad, y vi) gozar de información judicial que oriente a la usuaria y facilite la toma de decisiones sin sesgos sexistas.

La necesidad de recursos efectivos como requisito para el acceso a la justicia lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹ del 10 de diciembre

⁶ OEA, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...*

⁷ Una norma de *jus cogens* se caracteriza por ser de obligado cumplimiento y no admitir acuerdo en contrario de los Estados. Esto, la diferencia de la costumbre internacional, que tradicionalmente ha requerido del consentimiento de los Estados y permite su alteración mediante tratados. Por el contrario, no cabe que una norma contradiga a otra de *jus cogens*, salvo que también tenga esta naturaleza: en tal caso, la nueva norma reemplazará a la antigua. El reconocimiento de las normas de *jus cogens* implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores. Las normas de *jus cogens* recogerían un consenso mínimo sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados.

⁸ Audiencia temática, *Barreras para el acceso a la justicia en América Latina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Washington DC, 27 de octubre 2008.

⁹ Opinión Consultiva OC-18/03. Solicita por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de setiembre de 2003.

¹⁰ CEBADA ROMERO. Alicia. Los conceptos de obligación Erga Omnes, *Ius Cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CID sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 2002.

¹¹ Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

1948 y posteriormente se desarrolla en los tratados. Es de suma relevancia comprender que el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en requisito para garantizar que los recursos en la realidad lleguen a ser efectivos, como bien lo evidencian sus textos, tales como el del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2, que establece que los Estados se comprometen

[...] a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto. Sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Reconoce además, el derecho de contar con recursos jurídicos y con una justicia pronta y cumplida en condiciones de igualdad.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala en su artículo segundo, inciso c), el compromiso de los Estados parte a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los hombres, y a garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas.

En el Sistema Interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo 13:

Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer señala en su artículo 7 f) la obligación de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, así como el establecimiento de los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La idea de recursos efectivos puede verse obstaculizada por prácticas o normas inadecuadas. En este sentido, la CIDH señala que la investigación es crucial en casos de violencia contra las mujeres y afirma que “no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables”¹².

Los derechos de las víctimas

a. Derechos de las víctimas

Es importante considerar en este tema el aporte de la justicia restaurativa¹³ en cuanto

¹² CIDH, Situación de los derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA / Ser.L/V/II.117, Doc 44, 7 de marzo de 2003.

¹³ Restorative Justice Organization, “¿Qué es la justicia restaurativa?”, en: *Módulo de las víctimas*. Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, San José, Costa Rica, 2009. La justicia restaurativa es un nuevo movimiento en el campo de la victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las

a los derechos de las víctimas, porque implica un cambio en el paradigma tradicional de sus derechos al devolver nuevamente la mirada a este sujeto ausente. Ciertamente, en la concepción tradicional de la justicia la víctima estaba ausente; no es sino hasta los años 70 que los estudios victimológicos retoman el interés por las víctimas relacionados con tres eventos:

La psicología social, que crea los marcos teóricos adecuados para el desarrollo de las ciencias victimológica. El interés por las víctimas que se despierta en EUA a partir del asesinato de Kitty Genovese, atacada en la puerta de su casa por un individuo que tardó treinta minutos en consumir el asesinato, sin que ningún vecino le ayudara o llamar a la policía.

Se inician, así mismo, las denominadas encuestas de victimización. El fuerte movimiento feminista de esos años, que exige una mayor atención contra la violencia dirigida específicamente contra la mujer y que envía fuertes críticas al enfoque etiológico de la victimología y contra el concepto de victim precipitation (víctima provocadora) utilizada por Marvin Wolfgang¹⁴.

La evolución posterior del derecho de las víctimas se ve reflejado a nivel de la comunidad internacional por el desarrollo de una serie de principios, reglas y derechos relacionados con el acceso a la justicia y al trato justo¹⁵, para evitar las revictimizaciones secundarias¹⁶ y el reconocimiento de las victimizaciones primarias y terceras¹⁷, que

personas y comunidades, se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permita participar en ese proceso. Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente, habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al crimen. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal, con profesionales legales adecuados de un sistema que apunta a la responsabilidad del infractor, la reparación a la víctima, y la total participación de esta, el infractor y la comunidad. El proceso restaurador debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el resultado restaurador de reparación y paz.

¹⁴ Lima Valvido, María de la Luz, “Las víctimas del delito: nuevo enfoque de sus derechos en la procuración de la justicia”, en: *Derechos humanos y víctimas del delito*, Tomo II. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.

¹⁵ **Derecho al acceso a la justicia y al trato justo.** Ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tener acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido. Obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Recibir información sobre sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. Tener acceso a mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, que faciliten la conciliación y la reparación a su favor. Tener acceso a procedimientos judiciales y administrativos adecuados a sus necesidades, que incluye, ser informadas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información. Presentar sus opiniones y preocupaciones para que sean examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente. Recibir asistencia apropiada durante todo el proceso judicial. Recibir protección de su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia. No ser revictimizadas por demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. **Resarcimiento.** Ser resarcidas equitativamente, cuando proceda, por parte de los delincuentes o terceros responsables. Obtener la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Obtener la rehabilitación del medio ambiente, la

colocan al acceso a la justicia en un claro laberinto androcéntrico¹⁸. Es indiscutible el aporte del marco de los derechos humanos de las mujeres para el cuestionamiento a estas fundamentaciones, cuando se hace una lectura feminista del mismo.

La Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder¹⁹ es un instrumento no convencional que formaliza y fomenta internacionalmente los derechos de las víctimas, convirtiéndose en estándar de medición para los Estados. Sus principios están vinculados con la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya que protegen derechos fundamentales, como la integridad y la dignidad de las personas, sin discriminación por ninguna condición.

Aporta a la definición de víctima rompiendo la tradición de la escuela clásica, ya que incluye a las víctimas del abuso de poder y reconoce que merecen protección todas las personas que sufran algún daño como resultado de la actividad criminal. Entre sus directrices está la de garantizar el acceso a la justicia y a un trato justo; el derecho a recibir asistencia material, médica, psicológica y social, y a estar informada sobre las instituciones a las que puede acudir para solicitar servicios. Asimismo, incluye el resarcimiento de derechos y la reparación para las víctimas, que comprende la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos²⁰.

reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación, cuando los daños causen la disgregación de una comunidad o en los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente. Ser resarcidas por el Estado cuyas personas funcionarias o agentes hayan sido responsables de los daños causados.

¹⁶ Aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quien se dirige a él pidiendo justicia, y porque afecta al prestigio del propio sistema. Son las llamadas “víctimas del proceso”, que son las personas ofendidas que sufren daño en sus derechos fundamentales, en su dignidad humana y en la consecución de la justicia, debido a la inoperancia del sistema penal.

¹⁷ **Primarias.** Son las derivadas de haber padecido un delito que, cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor, suele traer efectos que se mantienen en el tiempo que pueden ser físicos, psíquicos, económicos o de rechazo social. La víctima de un delito no sólo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito, sino que en muchos casos se producen otra serie de efectos que inciden en la gravedad material del daño o perjuicio producido. **Tercearias.** Aquellas que se derivan del estigma social de ser víctima de la violencia contra las mujeres, por ejemplo, la violencia doméstica y la violación donde la persona es señalada.

¹⁸ Se da cuando un estudio, análisis, investigación o interpretación jurídica se enfoca desde la perspectiva masculina únicamente, presentando la experiencia masculina como central a la experiencia humana y, por ende, como la única relevante. Consiste en ver el mundo desde lo masculino, tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano. Dos formas extremas de androcentrismo son la misoginia y la ginopia. La primera constituye el repudio u odio a lo femenino y la segunda la imposibilidad de ver lo femenino o la invisibilización de la experiencia femenina.

¹⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985. Fue emitida durante el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, en 1985. Se formalizó luego de la determinación de la relevancia del problema de la victimización, por la que ameritaba un espacio especial de atención. Es conocida como la Carta Magna de las víctimas.

²⁰ González A. Carrancá, Juan Luis, “La víctima del delito en la justicia penal del Distrito Federal”, en: *Derechos humanos y víctimas del delito*, Tomo I. Instituto de Ciencias Penales, México, 2004.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en Condiciones Vulnerables²¹ aportan una mirada sobre los sujetos concretos, profundizando la legislación antidiscriminatoria²². Se trata de principios y directrices para las personas operadoras de justicia a utilizarse cuando las personas usuarias pertenecen a algún grupo discriminado (vulnerable). Su objetivo es garantizar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, que se deben concretizar en políticas públicas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a estas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Podríamos decir que es una manera de que se aplique el *mainstreaming* de género, según lo menciona la Plataforma de Pekín²³, que requiere a los gobiernos y otros actores “promocionar una política activa y visible del *mainstreaming* de género, en todas las políticas y programas, para que antes de que se tomen las decisiones, se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, respectivamente”.

El *mainstreaming* de género es la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de manera que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas

las políticas, en todos los niveles y en todas las etapas, por parte de las personas actoras normalmente involucradas en la adopción de medidas. En realidad, se trata de un enfoque transformador con cuerpo teórico propio, que apunta a analizar los impactos diferentes del sistema de género en varones y mujeres, a tener en cuenta las especificidades de las personas como seres integrales y a implementar medidas para corregir las desigualdades²⁴.

Las Reglas establecen que la discriminación que sufren las mujeres supone un obstáculo contra el acceso a la justicia que se ve agravado por alguna causa de vulnerabilidad. Define lo que se entiende por discriminación y violencia asumiendo los estándares de las convenciones CEDAW y Belém do Pará. Enfatiza en la necesidad de la eliminación de la discriminación y en la especial atención a los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna, para garantizar la igualdad efectiva de condiciones. Se pretende asegurar dos garantías básicas: el acceso a la justicia y a la tutela efectiva; se considera el acceso a la justicia como un derecho humano en sí

²¹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, documento presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria, Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008.

²² La legislación antidiscriminatoria pretende erradicar las discriminaciones sufridas por los diferentes colectivos, personas y pueblos en sus vidas cotidianas. Es consecuencia del proceso expansivo del principio de no discriminación y de igualdad, que implica el reconocimiento de otros motivos de discriminación existentes, ampliando las ya aceptadas como raza y sexo a otros, tales como edad, minorías sexuales, personas con capacidades diferentes. Significa el reconocimiento de la igualdad a estas personas y la necesidad de que el Estado proteja sus derechos. Introduce nuevos valores éticos encaminados a la erradicación de las discriminaciones en nuestras sociedades, impulsando las transformaciones necesarias y favoreciendo la construcción de una cultura de paz.

²³ Declaración de Pekín y Plataforma de Acción, IV Conferencia Mundial de la Mujer: Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz, setiembre de 1995.

²⁴ Lombarardo, Emanuela, “El *mainstreaming* de género en la Unión Europea”, en: *Aequalitas*. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, vol. 10-15, mayo-diciembre de 2003.

mismo e instrumental, como medio para garantizar cualquier otro derecho.

Los derechos de la víctimas a un acceso a la justicia sin discriminación alguna se encuentran contemplados en el art. 7 de la Convención Belém do Pará²⁵, que hace referencia directa a una serie de derechos instrumentales al establecer la obligación del Estado a

[...] procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; y establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas [...] para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptando las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva la Convención.

En esta misma línea, el art. 8²⁶ hace referencia a garantizar el acceso de las mujeres que han sido objeto de violencia a programas eficaces de rehabilitación que les permitan participar en la vida pública, privada y social, entre otras medidas.

La Convención CEDAW establece como requisito para el logro de la igualdad sustantiva el cumplimiento del artículo 8²⁷ al acceso a la justicia por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas; la protección contra todo acto de discriminación; la obligación de que las autoridades se abstengan de incurrir en actos o prácticas discriminatorias; la adopción de todas las medidas que permitan modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación, haciendo especial énfasis en las leyes penales nacionales.

De los artículos de ambas convenciones se desprende la profunda preocupación por el tema del acceso a la justicia y su constante resignificación y expansión. Uno de estos hitos en el desarrollo de los derechos de las víctimas de violencia contra la mujer lo encontramos en la Corte Penal Internacional (CPI) y su Estatuto²⁸. El Estatuto de Roma define específicamente la violación y otros actos de violencia contra la mujer como actos que constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Con esto se da un giro al tratamiento tradicional que se le venía dando a los derechos de las víctimas de violencia sexual, específicamente a la violación, y se pasa a considerarlos como actos violatorios de los derechos fundamentales de las mujeres. En este nuevo abordaje, conceptualización e, inclusive, procedimientos que establece la Corte²⁹, se evidencia el análisis de estas situaciones

²⁵ Incisos c, d, e, f y g.

²⁶ Inciso g.

²⁷ Incisos c, d, f y g.

²⁸ El Estatuto de Roma, adoptado el 17 de julio de 1998, consta de trece partes y 128 artículos, en que se determina la competencia de la Corte, su estructura y sus funciones. Entró en vigor el 1 de julio de 2002, luego de haber sido ratificado por 60 Estados.

²⁹ El apartado g) del párrafo 1 del artículo 7, establece que se entenderá por crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable cuando concurren los elementos constituyentes del delito. En el

violatorias como formas de violencia y discriminación.

El Estatuto de Roma marca una ruptura en esta concepción clásica del bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho Penal Internacional, al tipificar los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y dentro de estos a la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada. Además establece normas específicas para la protección de víctimas y testigos, especialmente a víctimas de violencia sexual. Estos dos elementos tienen como efecto la protección de las víctimas de este tipo de delitos y por su-

puesto, sus derechos a la integridad personal y la libertad sexual³⁰.

Esto ha sido posible después de un largo proceso en que las mujeres —en diferentes momentos y asumiendo formas organizativas diversas tales como las “mujeres de solaz” y actualmente el Caucus por una justicia de género³¹— han logrado influenciar en la redefinición de las leyes relativas a la violación desde una mirada feminista, para cuestionar y eliminar los requisitos de fuerza física y penetración sexual de la vagina como una forma de constituirse la violación, así como el supuesto consentimiento de la víctima, que se alejaban de las experiencias y los cuerpos de las mujeres al estar definidos por parámetros androcéntricos plasmados en la letra de la ley³².

inciso xxii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo 8, se afirma lo mismo en relación con los crímenes de guerra durante conflictos internacionales. En el inciso vi) del apartado e) del párrafo 2) del artículo 8, se afirma lo mismo en relación a los crímenes de guerra durante conflictos internos. Además, en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 7, se reconoce que el crimen de esclavitud sexual incluye el tráfico de mujeres y niños/as. En el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7, se señala que el género es un motivo independiente de persecución cuando tiene que ver con crímenes de lesa humanidad. La definición de la tortura en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 7, es lo suficientemente amplia para incluir los actos particulares.

³⁰ Arroyo Vargas, Roxana, “Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres”, en: *Revista Pensamiento Jurídico Feminista. Deconstruir el derecho, repensar el mundo*, No. 1, Año 1. San José, Costa Rica, marzo de 2004.

³¹ La Morada, taller La Corte Penal Internacional y la justicia de género: Un desafío para la acción, 2003. “Es una red de más de 300 organizaciones de mujeres de todo el mundo, la que contribuyó decisivamente a la inclusión de las preocupaciones, que desde las distintas realidades que vivían las mujeres, habían surgido [...] desempeñaron un rol técnico político. Técnico en el sentido de aportar a las negociaciones entre los Estados con propuestas jurídicas concretas en torno a los distintos temas que aborda el Estatuto, y político en el sentido de cautelar y denunciar los intentos por abortar o comprometer los principios de la justicia internacional de género”.

³² En este largo proceso de reconceptualización, el desarrollo de la jurisprudencia internacional ha jugado un papel importante. Si miramos por ejemplo el tratamiento que se le dio al caso de las **mujeres de solaz** por los dos tribunales militares internacionales posteriores a la II Guerra Mundial —impunidad—, en contraste con el avance evidente en los casos ante los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda —*Caso Foca* (FWS75), *Caso Furundzija* (ex Yugoslavia) y *Caso de JJ*, testigo en el famoso juicio de Akeyesu ante el Tribunal Penal Internacional para Rwanda. Estos fueron casos de importancia histórica en los que se prestó la debida atención a la violencia contra la mujer en tiempos de guerra y se enjuicio a los perpetradores. Sus testimonios se van incorporando a la memoria internacional pública y los hechos expuestos están sirviendo de base para una importante evolución del Derecho Internacional. En el *Caso Foca* el Tribunal halló a los perpetradores culpables de crímenes de lesa humanidad por violación, tortura, ultraje a la dignidad personal y esclavitud (Comisión de Derechos Humanos, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género...*).

Algunos de los derechos que se encuentran en el Estatuto de Roma se refieren a que las víctimas pueden participar en todas las etapas del juicio, reconociéndose su derecho a emitir opiniones y a reclamar reparación. Diferentes instancias de la CPI —incluida la Unidad de Víctimas y Testigos— deben tomar medidas amplias para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y testigos.

El Estatuto dispone que en los procesos de investigación el fiscal tiene que tomar en cuenta los intereses y circunstancias personales de las víctimas y testigos, entre otros, el género, edad y origen étnico, y la naturaleza de los crímenes, en particular los relacionados con violencia sexual por razones de género y violencia contra las y los niños. Con relación a las pruebas en los crímenes de violencia sexual, no se requiere la corroboración del testimonio de la víctima y se prohíbe la entrega de evidencia o pruebas sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima.

La Corte establece principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. La reparación se hace posible cuando se conjugan esfuerzos para esclarecer la verdad y habilitar la justicia con la intención de reparar el daño causado por el crimen. Las reparaciones deben ser integrales, es decir, suficientes, efectivas, rápidas y proporcionales.

b. La importancia de la prueba en los derechos de las víctimas, en el caso de la violencia sexual

Por ser esenciales, es central hacer una

especial referencia a las pruebas. A la recolección de las pruebas para el acceso a la justicia de las mujeres se refieren los informes de las relatoras en ambos sistemas (Interamericano y Universal). Según la información actualizada, los delitos de violencia sexual son perpetrados en su mayoría por personas conocidas y cercanas a las víctimas (familiares, parejas, ex-parejas, amigos, vecinos o novios) o por desconocidos, y son cometidos generalmente por hombres³³.

No se trata de impulsos incontrolables sino de ataques planeados; generalmente son cometidos sin la presencia de testigos. Es normal que el agente realice el ataque en lugares donde la víctima no puede solicitar ayuda, tanto en lugares públicos (calles, lugares de trabajo) como en lugares privados (casas de habitación). Es por esta razón que exigir prueba directa en todos los casos sería declararlos impunes en la práctica. En el caso de que exista únicamente prueba indiciaria, quienes juzgan pueden condenar si la prueba ofrece certeza de que los hechos ocurrieron, a pesar de no contar con prueba directa.

Estos delitos son expresiones de abuso de poder donde la sexualidad es utilizada para someter, controlar y utilizar a la víctima, y se configuran en flagrantes violaciones a los derechos humanos de las mujeres —de ahí que sea correcto denominarlos delitos de violencia sexual o agresión sexual, superando el concepto de delito sexual que omite en su denominación hacer visible el componente de violencia, que es consustancial.

Conforme se ha dimensionado la violencia sexual como un problema de violación de derechos humanos, y no como un delito

³³ La socialización de género contribuye a que esto sea así porque instaura en los hombres la creencia y la certeza del derecho sobre el cuerpo y la vida de las mujeres.

de naturaleza “sexual”, amerita una especial consideración.

La reconstrucción de los hechos en la declaración de una víctima de violencia sexual tiene características propias de quien enfrenta efectos postraumáticos de crímenes, que no pueden ser igualados a las consecuencias que generan otros delitos. Este principio se rige centralmente por la garantía constitucional de igualdad material, que en materia penal y procesal penal se traduce en darle un trato diferenciado a quien se coloca en una situación desigual o de desventaja social. Realiza a su vez el principio de justicia pronta y cumplida.

El informe sobre acceso de la justicia³⁴ es claro en que las deficiencias en las investigaciones –como la no realización de pruebas claves para lograr la identificación de los responsables o la gestión de las investigaciones por parte de las autoridades que no son competentes e imparciales– obstaculizan los procesos de juzgamiento. La CIDH identificó la ausencia de pruebas físicas, científicas y psicológicas para establecer los hechos, lo que ha significado el estancamiento por falta de prueba.

En los casos de violación existe una relación directa entre la prueba y las garantías

judiciales, según lo establece el *Caso González y otras (Campo Algodonero)*³⁵, que muestra la relación de los artículos 8 y 25 de la CADH con los artículos 1.1 de la misma y el artículo 7 de la Convención Belém do Pará. Esta relación determina la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, de donde se deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos. Asimismo, se debe observar lo dispuesto en el artículo 7, incisos b y c, de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia y a adoptar la normativa para investigar la violencia contra la mujer.

Los aportes en el tema de la Sala especializada de lo Penal

Como parte del trabajo realizado por la Corporación Humanas en el Observatorio de sentencias se realizó un análisis de jurisprudencia de la Sala de lo Penal relacionada principalmente con el tema de la violación y la valoración de las pruebas en esta materia, durante el evento se presentaron los resultados y las valoraciones jurídicas respectivas tomando como punto de referencia el marco doctrinal desarrollado en los apartados anteriores³⁶:

Es interesante resaltar que la Sala Especializada de lo Penal da un giro e integra

³⁴ OEA, CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas...*

³⁵ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

³⁶ Sentencias revisadas: Juicio No. 129-2013-LBP OSJ Fallo: 3698 Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 1103-2013-LBP OSJ Fallo: 3736 Corte Nacional de Justicia. Juicio No. 069-2013-LBP OSJ Fallo: 3697 Corte Nacional de Justicia. VIOLACION. Expediente 173, Registro Oficial Suplemento 5, 30 de Mayo del 2013. No. 173-2010 JUICIO PENAL No. 262-2007 OSJ Fallo: 3627 Corte Nacional de Justicia. Expediente de Casación 171 Registro Oficial Suplemento 5 de 30-may-2013 OSJ Fallo: 3628 Corte Nacional de Justicia. Expediente de Casación 146 Registro Oficial Suplemento 440 de 15-may-2013 OSJ Fallo: 3629 Corte Nacional de Justicia.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL No. 124-2010-C.T. AGRAVIADO: José Francisco Díaz Villafuerte. PROCESADO: Carlos Filiberto Quezada Naula OSJ Fallo: 3644 Corte Nacional de Justicia. VIOLACIÓN. Expediente 1083, Registro Oficial Suplemento 440, 15 de Mayo del 2013. OSJ Fallo: 3657 Corte Nacional de Justicia 25/04/2011.

legislación internacional relevante, podríamos decir que siguiendo la jurisprudencia y doctrina internacional realiza una interpretación conocida como autorizada que consiste en referirse al uso de un instrumento en la interpretación de otro.

Es claro que en las sentencia se logra un umbral más alto de protección, se analiza el caso aunque no lo menciona desde lo que la CEDAW en su Recomendación 28 establece como interseccionalidad de discriminaciones y que determina que para el cumplimiento del alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2.

Es interesante resaltar que la Sala Especializada de lo Penal integra en su interpretación las Convenciones internacionales para argumentar el tema de la no re-victimización, además establece en su lógica interpretativa el aspecto de proyecto de vida de la víctima.

En esta misma lógica de no causar re-victimización se considera como relevante y suficiente para establecer la relación entre los hechos y las normas aplicables que las pruebas relevantes para la decisión incorporan la versión de la víctima confrontados con peritajes técnicos especializados.

Es interesante resaltar que la Sala Especializada de lo Penal integra en su interpre-

tación la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, con una adecuada comprensión de los principios que plantea esta.

Partiendo de los fundamentos de la Convención se amplía los alcances del bien jurídico protegido al referirse a la violación y se destaca que van más allá de la libertad sexual, al ser el cuerpo objeto de estos actos la voluntad de las víctimas se ve quebrantada, es por esta razón que el bien jurídico protegido, tiene varias y amplias aristas. Se considera por lo tanto que va más allá del acto inmediato y que tiene consecuencias directas en relación a la protección y goce de los derechos sexuales y reproductivos.

Consecuencias como la imposibilidad de concebir o de llevar una vida sexual saludable y placentera, contagio de enfermedades de transmisión sexual curables o incurables, todo lo cual, está vinculado a su derecho a la vida y a la integridad.

Es importante resaltar que a pesar del enorme avance que se nota en el tratamiento jurisprudencia en el tema de la violación, por parte de la Sala Penal sin embargo no hay una sentencia que sistematice todas las aristas del problema, es recomendable que las Salas elaborarán un suerte de lo que en Colombia se denominan sentencias de unificación que tienen valor superior al caso concreto.

La justicia de género hace más habitable el mundo



Dra. Lucy Blacio Pereira
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

Comentarios al artículo “El acceso a la Justicia de las Mujeres y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres”

Nuestra Constitución contiene, garantiza y protege el derecho de todas las personas a la igualdad formal, material y no discriminación¹; principios que atraviesan a todo nuestro ordenamiento jurídico y, esencialmente, a toda nuestro sistema estatal y social. La igualdad y la no discriminación se las puede reflejar en un sinnúmero de situaciones tanto sociales como judiciales. Socialmente la igualdad ha sido un principio que ha motivado y continua motivando incansables batallas destinadas a la reivindicación de derechos y a la protección y garantía de derechos. Entre una de estas batallas, se puede apreciar con mucha fuerza los esfuerzos y la dedicación de las personas que abogan y defienden los derechos de las mujeres. Roxana Arroyo Vargas² es una de aquellas profesionales que ha dedicado su

trabajo a la protección, el estudio y análisis de los derechos de las mujeres; su investigación y su aporte académico son de suma importancia para el desarrollo y estudio de este importante y trascendental tema.

Roxana publicó el artículo denominado “El acceso a la Justicia de las Mujeres y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres”³, en el cual se realiza un completo análisis jurídico sobre la aplicación de los derechos de las mujeres en diferentes contextos; entre ellos ante un contexto de no discriminación en políticas estatales, y especialmente ante un contexto judicial, lo cual visibiliza y evidencia que para lograr la igualdad se deben considerar y tomar en cuenta muchas situaciones que no surgen de una simple

¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 66, núm. 4.

² Investigadora Prometeo, Instituto Altos Estudios Nacionales, Escuela de Relaciones Internacionales José Peralta. Abogada, Forma parte de la Corporación Humanas Ecuador, feminista, académica, en temas de derechos humanos de las mujeres e integrante activa del movimiento feminista en América Latina; presente en luchas a nivel internacional, regional y nacional en la defensa de los derechos humanos de las mujeres. Doctorado en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid “Instituto Bartolomé de las Casas”. Es consultora permanente del Programa Mujer, Justicia y Género del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Presidenta de la Fundación Justicia y Género.

³ Artículo que contiene los aspectos teóricos del seminario “Interpretación jurídica en los casos de violencia sexual desde la perspectiva de género”.

lectura de una norma o de una aplicación generalizada y desinteresada de las normas y principios. Por el contrario, para lograr la igualdad, el ordenamiento jurídico exige de sus operadores y operadoras, y de la sociedad en su conjunto, una aplicación racional, contextual y especializada, que considere a las diversas y diferentes situaciones que pueden presentarse desde una perspectiva amplia, que incluya no solamente temas formales o jurisdiccionales.

A partir del principio de igualdad, la autora establece la íntima y directa conexión existente con los derechos de protección establecidos en nuestra Constitución, específicamente, con el derecho al acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva, y al debido proceso. Efectivamente nos recuerda que el acceso a la justicia es considerado como un derecho de *ius cogens*, al igual que el principio de igualdad y no discriminación, lo cual sitúa a todos estos principios como ejes que interactúan unos con otros dentro de un mismo esquema y jamás se puede desvincular so pena de afectar y distorsionar irreparablemente la utilidad y el fin que persiguen.

El entender la aplicación adecuada de las normas y los principios necesarios para precautelar y garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, permite a las y a los servidores judiciales afrontar los casos en los cuales exista vulneración a los derechos de las mujeres desde diferentes perspectivas y ángulos que finalmente tienden a garantizar los derechos constitucionales y humanos de las víctimas. Bajo esta perspectiva, claramente el principio de igualdad no se cumple con un simple trato igualitario. De hecho, el trato igualitario, bajo ciertas circunstancias y dependiendo

del caso, no solo que no obtiene el cumplimiento del principio de igualdad, sino que en determinadas ocasiones lo vulnerará por completo. Estas situaciones se las puede evidenciar en diferentes contextos judiciales, especialmente, en las etapas de investigación preprocesal y procesal penal, en las que en muchas ocasiones la persecución judicial, lejos de restituir los derechos de las víctimas, termina revictimizándolas y agravando aún más su situación.

Arroyo Vargas, en el seminario en el cual se inspira el artículo, trabajó conjuntamente, tanto con la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y con la Corporación Humanas Ecuador; fundación sin fines de lucro que nace en el año 2005, y quienes se han dedicado a promover la vigencia de los derechos humanos de las mujeres. La autora y la corporación realizaron un análisis de las sentencias emitidas por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional relacionadas especialmente con el tema de la violencia sexual en contra de las mujeres, abordando con mucha rigurosidad el tratamiento de la valoración probatoria. Arroyo Vargas resalta de los resultados de su análisis una serie de puntos y observaciones positivas respecto a la labor de la Sala Especializada de lo Penal.

En primer lugar se destaca el uso de legislación internacional de derechos humanos, en armonía con el uso de nuestra legislación local. De igual manera se destaca que las sentencias de la Sala usan efectivamente doctrina internacional de derechos humanos. El uso de la normativa internacional plenamente legitimada y autorizada por nuestra Constitución en el conocido bloque de constitucionalidad⁴, permite también a la Sala el utilizar todas las herramientas jurídicas que las normas y tratados

⁴ Constitución de la República del Ecuador, Art. 425.

internacionales nos otorgan, al igual que permite evidenciar y tratar adecuadamente ciertos conceptos y realidades que surgen dentro de la contienda judicial penal, tales como la re-victimización y la consideración del proyecto de vida de la víctima. De igual manera, el estudio y aplicación de la normativa internacional permite entender al bien jurídico protegido dentro de su espectro amplio y complejo el cual definitivamente abarca más que la libertad sexual.

En segundo lugar, Arroyo Vargas evidencia un problema dentro del análisis de la jurisprudencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal. Se refiere a un problema de unificación y conciliación de los criterios jurisprudenciales y la línea que la Corte ha tomado para la resolución de diversos casos. Y es que al reconocer que ha existido un inmenso avance, también es necesario reconocer que la complejidad del tema ha implicado un moderno cambio de percepción para la resolución de este tipo de casos. La labor jurisdiccional de la Corte Nacional produce sentencias, criterios, principios y directrices de aplicación jurídica para todo el sistema judicial y profesional jurídico. La uniformidad y el tratamiento adecuado de la jurisprudencia es un tema de muy alto interés y prioridad para la Corte Nacional de Justicia y todos sus funcionarios y funcionarias.

Efectivamente, el intenso trabajo que la Corte Nacional realiza para la unificación y uniformidad de su jurisprudencia resulta un paso fundamental en la lucha contra la discriminación y todo tipo de violencia contra la mujer. De igual manera, es importante destacar la relevancia de fundaciones tales como Humanas Ecuador, quienes dedican su trabajo a la protección y vigencia de los derechos humanos de las mujeres, y quienes como todos los y las ecuatorianas, tienen el pleno y legítimo derecho de acceder, controlar, observar, analizar, y pronunciarse respecto a la labor del sistema de justicia de nuestro país.

El Observatorio de Sentencias Judiciales es un ejemplo de cómo constructivamente se puede transformar la justicia. Su mirada crítica nutre la función jurisdiccional, alimentando a la vez la vigencia y cumplimiento de todos los derechos y principios que nuestra Estado constitucional de derechos y justicia⁵ promulga, protege y garantiza.

Incorporar la perspectiva de género en la práctica judicial promete un cambio cultural y educacional por parte del poder judicial, para lograr que la igualdad formal sea finalmente igualdad real. Celebramos la alianza con Corporación Humanas.

Un antes y un después en el ejercicio del Sistema de Administración de Justicia Indígena



Dra. Mariana Yumbay Yallico
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

Con fecha 30 de julio de 2014, la Corte Constitucional emite la sentencia N° 113-14-SEP-CC, dentro del caso N° 0731-10-EP, o más conocido como el caso “La Cocha”, que llegó a conocimiento de este organismo, por la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del señor Marco Olivo Pallo, en contra de decisiones de la justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, pertenecientes al pueblo Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa, de la provincia de Cotopaxi, relacionado al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

Cabe señalar que, los más interesados en conocer la decisión adoptada por la Corte Constitucional del Ecuador, sobre el caso de “La Cocha”, eran los pueblos y nacionalidades, y en cierta medida también quienes hacen la administración de justicia ordinaria.

La expectativa radicaba en que al resolver ese caso en particular la Corte Constitucional iba a establecer ciertas líneas jurisprudenciales en cuanto al pleno ejercicio y aplicación del derecho prescrito en el artículo 171 de la Constitución de la República, dado que se habrían creado ciertas dudas a

lo largo del ejercicio del sistema de administración de justicia indígena, y en especial en cuanto a la coordinación y cooperación.

Recogiendo las propias palabras de los jueces de la Corte Constitucional, quienes al anunciar la decisión del Caso “La Cocha”, manifestaron que, “*estamos frente a un antes y un después*”, coincido con aquel enunciado, por lo que, considero pertinente establecer cuáles son los cambios que se producen a través de la decisión de la CC y por qué existe un antes y un después.

La Constitución de la República en su artículo 171 prescribe:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.”

El Estado garantizará que las decisiones

de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

La disposición constitucional transcrita, reconoce la potestad jurisdiccional de los pueblos y nacionalidades indígenas, esto es, la competencia y jurisdicción para conocer y resolver los conflictos internos.

Hasta antes de dictarse la sentencia del caso “La Cocha”, los pueblos indígenas venían resolviendo todo tipo de conflictos sin excepción alguna, esto es, desde los más graves hasta los más leves, como por ejemplo: asesinatos, violación, conflictos conyugales, conflictos territoriales, conflictos que tienen relación con el agua, robos, abigeatos, etc., es decir, bajo la visión de la justicia ordinaria, podríamos decir que los pueblos indígenas venían resolviendo en todas las materias, aunque en la justicia indígena no existe clasificación por materias.

Para los miembros de los pueblos indígenas, un conflicto interno¹ es amplio, de manera que, no son solo aquellos problemas que surjan entre las personas, sino también, de las personas y la naturaleza, por cuanto, para los pueblos indígenas la *naturaleza* o la *pachamama* es sujeta de derechos (ahora reconocida en la norma constitucional) y

por tanto, un daño a la naturaleza también constituye un conflicto que requiere de una solución y la imposición de la sanción correspondiente.

No obstante, ciertas comunidades indígenas, venían resolviendo únicamente ciertos casos, mientras en relación a otros casos, era su decisión enviar para que sea la justicia ordinaria la que resuelva, decisión que ha sido parte de su derecho de libre determinación o de autonomía previsto en los artículos 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas², instrumento internacional adoptado en el seno de la asamblea de la organización de las naciones unidas el 13 de septiembre del 2007.

De acuerdo a la disposición constitucional antes referida, el límite para el ejercicio de la justicia indígena, constituyen los derechos humanos, y lo que si prescribe la norma, es que, las autoridades indígenas deben garantizar la participación de las mujeres en la solución de los conflictos, de no hacerlo simplemente aquella solución de conflicto interno sería ineficaz, consecuentemente sería una causa para que las partes puedan plantear una acción extraordinaria de protección con la finalidad de que dicha decisión sea revisada por la Corte Constitucional.

Todo lo expuesto era antes, es decir, desde la vigencia de la Constitución Política

¹ Conflicto interno.- Son todos aquellos actos que de cualquier forma atenten o violen los derechos de la comunidad indígena y sus miembros, generando desequilibrio, desarmonía familiar, ambiental, comunal u organizativa.

² *Artículo 3.*- Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. *Artículo 4.*- Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

de 1998 y la posterior vigencia de la Constitución de la República del 2008, de manera que éramos testigos de la verdadera vigencia de un pluralismo jurídico, así como de algunas experiencias de coordinación y cooperación que se venían construyendo en el proceso, sin que se pueda negar la existencia de algunas dificultades, tanto en el ejercicio de la jurisdicción indígena, como en la coordinación y cooperación entre los dos sistemas.

A partir del 30 de julio del 2014, esta realidad cambia notablemente, dado que, la sentencia dictada por la Corte Constitucional limita la competencia de las autoridades indígenas, de manera que, estas autoridades ya no podrán resolver todos los conflictos internos, tal como venían haciendo, pues, en la sentencia en la parte resolutive se señala lo siguiente:

“La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.”

Lo que significa, que todos los delitos relacionados, contra la vida de toda persona, el único sistema de administración de justicia competente para conocer y resolver es la jurisdicción ordinaria, a través de sus jueces y juezas a nivel nacional.

De manera que, si el hecho violento se produce en el territorio de una comunidad, dentro de su jurisdicción, y que, como consecuencia de esos hechos se atenta contra

la vida de la persona, el caso será resuelto por la jurisdicción ordinaria; de la misma forma, los participantes en el hecho delictivo, esto es, tanto los victimarios como la víctima pueden ser pertenecientes a una comunidad, pueblo o nacionalidad, esta condición de pertenencia cultural no es justificativo para que sean las autoridades indígenas las que resuelvan este hecho, serán juzgados y sancionados de conformidad con lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal y las demás normas.

Por lo tanto, cualquier hecho que ocurra, donde se establezca que se ha atentado al derecho a la vida dentro del territorio indígena, cualesquiera sean las partes, las autoridades indígenas no podrán resolver dichos conflictos, sino que, declinarán su competencia y remitirán a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, a fin de que, la fiscalía u los órganos competentes realicen todas las diligencias para la correspondiente resolución. No obstante, considero pertinente señalar que, si el hecho ocurrió dentro de la Comunidad, las autoridades de la jurisdicción ordinaria podrían contar con la cooperación de las autoridades de la jurisdicción indígena, en virtud de que se trata de los miembros de aquel pueblo, nacionalidad o comunidad, así como, que el hecho se produjo en su territorio, lo que facilitaría enormemente a la justicia ordinaria, para su esclarecimiento y su posterior juzgamiento. Cooperación que debe darse por parte de los dos sistemas.

Ahora bien, de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, que entro en vigencia en su integralidad el 10 de agosto del 2014, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, los delitos que se encuentran en el capítulo segundo denominado Delitos contra

los derechos de libertad, sección primera Delitos contra la inviolabilidad de la vida, en sus artículos 140³, 141⁴, 143⁵, 144⁶, 145⁷, 146⁸, 147⁹, 148¹⁰ y 149¹¹, es decir los delitos de: Asesinato, Femicidio, Sicariato, Homicidio, Homicidio culposo, Homicidio culposo por mala práctica profesional, Aborto con muerte, Aborto no consentido, Aborto consentido, no serán juzgados por las autoridades de la jurisdicción indígena, sino que, constituye una competencia exclusiva de las autoridades de la jurisdicción ordinaria, por resolución de la Corte Constitucional.

A partir del reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico en el Ecuador, han existido detractores, así como, sectores que saludaban este reconocimiento y la capacidad de compartir el poder en cuanto se refiere a la administración de justicia,

sin embargo, cabe señalar que, han sido los medios de comunicación que más daño han realizado al ejercicio de la administración de justicia indígena, lamentablemente han sido los responsables de difundir a nivel nacional e internacional escenas del momento mismo de la imposición de la sanación y jamás se ha difundido todo el procedimiento de solución del conflicto, esto ha traído consigo que algunos cuestionen y se pronuncien señalando que aquellas acciones son violatorias a los derechos humanos, que son acciones inhumanas y hasta se han manifestado que es un retroceso.

A partir de entonces, se ha abierto un escenario de múltiples debates al respecto, donde se han puesto en discusión varios aspectos, por ejemplo, de si realmente existe la justicia indígena o el derecho indígena?

³ **Artículo 140.- Asesinato.-** La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.
2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación.
3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas
4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado.
5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos.
6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima.
7. Preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción.
8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción.
9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública.
10. Perpetrar el acto en contra de una o un dignatario o candidato a elección popular, elementos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido.

⁴ **Artículo 141.- Femicidio.-** La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

⁵ **Artículo 143.- Sicariato.-** La persona que mate a otra por precio, pago, recompensa, promesa remuneratoria u otra forma de beneficio, para sí o un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. La misma pena será aplicable a la persona, que en forma directa o por intermediación, encargue u ordene el cometimiento de este ilícito. Se entenderá que la infracción fue cometida en territorio y jurisdicción ecuatorianos cuando los actos de preparación, organización y planificación, sean realizados en el Ecuador, aun cuando su ejecución se consume en territorio de otro Estado. La sola publicidad u oferta de sicariato será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

⁶ **Artículo 144.- Homicidio.-** La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

De si en realidad están en capacidad de resolver los conflictos internos, si no son abogados?, Si deberían resolver todo los conflictos o solo aquellos de menor cuantía o lo que algunos han dicho, robo de gallinas, problemas conyugales y nada más?, Si efectivamente las sanciones impuestas por las autoridades indígenas son efectivas sirven o no sirven?, Si en una resolución del conflicto quien es la autoridad competente?, Si un asesinato puede ser considerado un conflicto interno o se trata de un delito? entre otras han sido las interrogantes y cuestionamientos, bajo los cuales se han venido desarrollando durante todos estos años.

Tal como se señaló en líneas anteriores, han existido sectores que han sostenido que los pueblos indígenas no deben resolver todos los casos, sino solo aquellos de menor

cuantía, sin embargo, en ningún momento se ha explicado el porqué de esa limitación o esa negación del reconocimiento de la competencia plasmada en la carta fundamental.

Por tanto, se han venido produciendo algunos inconvenientes en cuanto a la declinación de competencia prevista en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades indígenas siguiendo el procedimiento prescrito en la norma legal antes referida, al reclamar la competencia para conocer y resolver casos de muerte, violación o de lesiones, ocurridos dentro de su ámbito territorial, y que tanto los afectados y víctimas son miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los jueces de la jurisdicción ordinaria en algunos casos se han pronunciado negando dicha declinación, mientras en otros se

⁷ **Artículo 145.- Homicidio culposo.-** La persona que por culpa mate a otra, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Con la misma pena será sancionado el funcionario público que, inobservando el deber objetivo de cuidado, haya otorgado permisos, licencias o autorizaciones para la construcción de obras civiles que hubieren perecido, y que como consecuencia de ello se haya ocasionado la muerte de una o más personas.

⁸ **Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.-** La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.

⁹ **Artículo 147.- Aborto con muerte.-** Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años, si la mujer ha consentido en el aborto; y, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, si ella no lo ha consentido.

¹⁰ **Artículo 148.- Aborto no consentido.-** La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa.

¹¹ **Artículo 149.- Aborto consentido.-** La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

han aceptado las declinaciones y han sido remitidas a las autoridades de la jurisdicción indígena para su resolución.

Con la decisión adoptada por la Corte constitucional, se resuelve de alguna forma este problema, dejando en claro que, todos los casos relacionados al delito con la vida de las personas son de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

De manera que, aquellos casos que no tengan relación con los delitos contra la vida, las autoridades de la jurisdicción indígena, seguirán conociendo y resolviendo de acuerdo a sus normas, procedimientos e imponiendo las sanciones conforme a su derecho consuetudinario, asimismo, todos los jueces y juezas de la jurisdicción ordinaria que reciban peticiones de declinación de competencia de hechos que no se subsuman a los delitos tantas veces señalado, en forma inmediata deberán ceder aquella competencia en favor de las autoridades de la jurisdicción indígena, a fin de que sean ellos, los que resuelvan.

Por lo tanto, no pueden existir excusas de ninguna naturaleza para que los jueces ordinarios declinen la competencia en favor de las autoridades de la jurisdicción indígena.

Otro de los puntos que considero pertinente resaltar es que, la Corte Constitucional concluye en lo siguiente:

“En consecuencia, en el presente caso, queda materialmente demostrado que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no están registradas o escritas.[...]”

Es de dominio público, que la característica fundamental del derecho indígena radica en que no se trata de un derecho escrito,

de manera que no podemos encontrar recopilada en normativa alguna, pero si está en la memoria colectiva de los pueblos, y el hecho de no encontrarse por escrito no significa por ningún concepto que no existan normas previas, claras y públicas y que los pueblos indígenas conocen como bien concluye la Corte Constitucional.

De la misma forma la CC se pronuncia señalando lo siguiente:

“[...] Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la Comunidad; por tanto esta Corte declara que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflicto internos [...]”

En tal virtud, no existe duda alguna sobre el hecho de que, es la *“asamblea general”* la máxima autoridad legitimada para conocer y resolver un conflicto dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad, situación que ya habíamos señalado con antelación, esta circunstancia no es una realidad exclusiva de la comunidad de la Cocha o del pueblo Panzaleo, sino que, es un denominador común en los pueblos y nacionalidades, tanto en la sierra, costa y amazonia ecuatoriana, de manera que, no es que se reúnen dos o tres personas y resuelven un caso, sino que, es la asamblea general, compuesta por todos los hombres, mujeres, niños, niñas, adolescentes, jóvenes, ancianos y ancianas, es decir, todos los miembros de la comunidad, pueblo o nacionalidad, sin discriminación alguna.

A esto se agrega, que se reconoce que, en el juzgamiento de un conflicto interno, se sigue un procedimiento como bien recoge la Corte, que consiste en:

Willachina o willana,
Tapuykuna o tapuna,
Chimbapurana o Ñawinchina
Kishpichirina
Paktachina
Kunak
Ayllukuna Alli kausay

Esto despeja cualquier duda existente, sobre la errada concepción de que, en el sistema de administración de justicia indígena, no existe procedimiento, al contrario se deja en claro que si existen procedimientos claros que son aplicados en el proceso de solución de un conflicto, así también, existen normas, por lo tanto, no se actúa en forma arbitraria, o sin reglas claras, de ahí que, recogiendo uno de los elementos importantes de la justicia ordinaria diríamos que, en la justicia indígena también existe un debido proceso, de ahí que, en ningún momento se puede confundir a la justicia indígena con actos de linchamientos u otros, como se ha pretendido confundir a la población.

Otro de los elementos que considero pertinente mencionar es que, en la decisión del caso “La Cocha”, la Corte Constitucional hace su pronunciamiento en relación a la interpretación intercultural y dice:

“En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 de la OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrán en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.”

Si bien es cierto, la obligación de realizar la interpretación intercultural, se encuentra ya prescrita en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento internacional pionero en materia de derechos de los pueblos indígenas, mismo que fue ratificado por el Estado Ecuatoriano en el año 1998, por lo tanto es vinculante y de aplicación obligatoria, porque así prescribe nuestra carta magna en su artículo 425 prescribe:

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

Así mismo, uno de los principios constitucionales es el prescrito en el artículo 11, 3. que dice:

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

Por lo tanto, no existe justificación alguna para inobservar las disposiciones no solo del Convenio 169 de la OIT, sino de un sin número de instrumentos de derechos humanos del cual nuestro Estado es parte, a esto se agrega que, si revisamos el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, nos encontramos con varias disposiciones legales en relación a la interpretación intercultural, en este sentido, estas normas más el pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional, son de aplicación obligatoria, de tal suerte que, todos los jueces y juezas de la jurisdicción

ordinaria al tramitar un juicio de cualquier naturaleza, donde las partes procesales sean pertenecientes a un pueblo o nacionalidad indígena, no podrán resolver sin considerar estas particularidades, como es, su condición económica, social, cultural, sus usos y costumbres, sin que para el efecto requieran de una petición, y que por falta de esta concluir en una sentencia sin interpretación intercultural, lo que significaría la vulneración al debido proceso; para cumplir con este objetivo, se requiere de la suficiente voluntad y embarcarnos en este nuevo Estado Plurinacional, donde su población es tan heterogénea, por lo tanto, se requiere de una mirada distinta en todo ámbito.

En materia penal, nuestro Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 58 clasifica las penas en privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, así la pena privativa de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años, así se establece en el artículo 59 *ibíd.*

En el artículo 60¹² de la norma antes referida contempla las diversas penas no privativas de libertad, entre los cuales encontramos el tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo,

la obligación de prestar un servicio comunitario, la comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia, entre otros.

Por lo tanto, los jueces y juezas al imponer sanciones a personas que pertenezcan a los pueblos y nacionalidades indígenas, impondrán de preferencia las sanciones prescritas en el artículo 60, por así disponer las normas antes descritas u otras sanciones teniendo en cuenta sus costumbres y prácticas.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 9, prescribe que, los miembros de los pueblos indígenas al ser juzgados por la jurisdicción ordinaria estos impondrán sanciones teniendo en cuenta sus costumbres, sus tradiciones y sus usos, para el efecto, los jueces y juezas deberán contar con el apoyo sinecuanon de un perito antropólogo, caso contrario no tendrá elementos necesarios para poder entender dichas particularidades.

La Doctora Esther Sánchez, perita antropóloga, señala lo siguiente:

“Quienes son juzgados por un personal especializado, con competencia jurisdiccional, pero que no participa de los mismos valores culturales y sistemas simbólicos de los

¹² **Artículo 60.- Penas no privativas de libertad.-** Son penas no privativas de libertad:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación.

La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal.

implicados, requieren del peritaje antropológico como forma de influir en las decisiones de estos administradores y jueces. Un sujeto no necesariamente está en capacidad de descifrar la cultura que utiliza aunque ella esté bien configurada en sus referentes y actuaciones. Este hecho, similar al de hablar y comunicarse bien pero no conocer por ejemplo la gramática, permite concluir que portar una realidad cultural no implica poderla explicar. Así las cosas, el perito es un sujeto capaz de explicar lo que no es necesariamente obvio o simplemente sintomático; es decir, el perito dispone de criterios específicos para adentrarse en estructuras no manifiestas, para poderlas traducir y explicar.”¹³

Por lo tanto, los fiscales, jueces y juezas a lo largo del proceso deberán asegurar la intervención de peritos, a fin de que puedan hacer una administración de justicia con interpretación intercultural, de esta manera fortalecer a la verdadera construcción de un Estado Intercultural que se encuentra plasmado en su artículo primero de la norma constitucional, caso contrario, seguiremos viviendo en un Estado Uninacional, hegemónico, excluyente, y discriminatorio, y que ha sido el pueblo ecuatoriano el que participó activamente en el referéndum del año 2008, y se pronunciaron mayoritariamente por el objetivo de cambiar el Estado y construir un Estado de buen vivir o *sumak kausay*.

A esto se agrega que, actuar cumpliendo cada uno de estos principios y derechos implica que efectivamente se está garantizando una verdadera tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, conforme se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, teniendo en cuenta que es uno de los postulados fundamentales de todo el sistema de administración de justicia.

De la misma forma, la misma experta doctora Esther Sánchez, al actuar como perita dentro del “Caso de La Cocha-Guanto-pollo, Zumbahua, Pujili, Cotopaxi”, señala lo siguiente:

“[...] el desencuentro entre personas y sociedades cuyos marcos culturales son diferentes, y es justamente en estas circunstancias que el juzgador, previo a su decisión, para orientar la aplicación de penas, sanciones o medidas alternativas, deberá considerar lo siguiente: a) una valoración crítica de la cultura involucrada; b) el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mestiza mayoritaria, c) el grado de afectación que genere el hecho en la estructura social y comunitaria y en los miembros de la comunidad y, e) consideraciones sociales y culturales, así como el grado de impacto, conmoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto.”

Tres son los elementos que deben ser considerados para la aplicación de las penas, sanciones o medidas alternativas, y para su mejor comprensión y decisión requieren del apoyo de peritos antropólogos. El estricto respeto a estos parámetros en la administración de justicia al tratarse de personas pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas, será considerado como el máximo respeto a los principios del debido proceso y en especial el derecho a la defensa, caso contrario se vulneraría este principio y derecho constitucional.

Otra situación que ha sido resuelta por la Corte Constitucional, tiene relación al papel de los medios de comunicación, en reiteradas ocasiones se ha observado como los medios de comunicación han perjudicado enormemente a la justicia indígena

¹³ Sanchez, Esther, Entre el juez Salomón y el dios Sira., pag. 68.

al difundir únicamente las escenas del momento de la imposición de la sanción, y en el caso de la Cocha no fue una excepción, estas difusiones en lugar de constituirse en un aporte a su fortalecimiento, más bien han desnaturalizado y desprestigiado a este sistema de administración de justicia, creando falsas situaciones en la colectividad, lo que ha provocado que cierta parte de la sociedad se pronuncien en rechazo del sistema de administración de justicia indígena, y a su desvalorización, porque no decir que ha fomentado la discriminación hacia los pueblos indígenas, cuando desde la Constitución se busca erradicar todo tipo de discriminación por su condición cultural.

Esta situación ha hecho que la Corte Constitucional, en la sentencia de la Cocha, resuelva que, todos los medios de comunicación previo a difundir actos relacionados al juzgamiento dentro del sistema de administración de justicia indígena:

“deberán evitar toda desnaturalización del significado del proceso de justicia indígena, para lo cual están en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad, debiendo para el efecto, previa autorización de las autoridades indígenas concernidas, documentar y presentar los aspectos relevantes del procedimiento de administración de justicia indígena, de manera integral, y no solo difundir un aspecto aislado, como el ritual de sanción, evitando de esta manera atentar contra el derecho a una información constitucionalmente protegido”.

Por lo tanto, los medios de comunicación deberán tener mayor entereza de difundir una noticia relacionada a la administración de justicia indígena sujetándose a las condiciones establecidas en la Sentencia

referida, caso contrario, podrán ser objetos de denuncia por vulneración a los derechos que tienen los pueblos indígenas.

He intentado hacer una rápida referencia sobre el cambio que nos encontramos viviendo, efectivamente, existe un antes y un después en el ejercicio de la justicia indígena, que muchos podremos y podrán no estar de acuerdo, pero es necesario conocerla a fin de evitar cualquier inconveniente que se puedan generar, no queremos que existan jueces de la justicia ordinaria con sumarios administrativos o a su vez autoridades indígenas encarcelados por juzgar hechos que de acuerdo a la decisión de la Corte Constitucional ya no pueden ejercer competencia, aspiro profundizar aún más en una próxima oportunidad.

Deseo, que a partir de la sentencia dictada por la Corte Constitucional y con la competencia que ha sido asignada a los pueblos indígenas, desde el Estado y a través de los diversos órganos competentes, utilizando todos los medios necesarios y en completa coordinación con las autoridades indígenas, se garantice y se fortalezca el sistema de administración de la justicia indígena sin discriminación alguna, porque finalmente, el objetivo del sistema de administración de justicia indígena y del sistema de administración de justicia ordinaria, es garantizar el acceso a la justicia de toda la ciudadanía que ha sido víctima de la vulneración de uno de sus derechos, de esta forma, no dejar en la impunidad.

Este esfuerzo permitirá que la sociedad en general verifique, que efectivamente estamos en pos de construir un verdadero Estado plurinacional e intercultural donde exista espacio para todos, dejando atrás los rezagos coloniales.



La Justicia Indígena en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano



Dr. José García Falconí

Asesor Jurídico de la Fiscalía General del Estado

El Art. 1 de la Constitución de la República, señala en su parte pertinente: “*El Ecuador es un Estado (...) plurinacional, intercultural (...)*”.

Introducción

Para entender de mejor manera lo que es la plurinacionalidad en la justicia indígena, hay que señalar que existen catorce nacionalidades indígenas, cuya enumeración consta en páginas posteriores, por lo que es menester tener en cuenta varios temas, referentes a la nacionalidad, como: lo que es la ley de origen, lo que es la tradición indígena, lo que es el derecho consuetudinario, la obligación de respetar los derechos indígenas, y los mínimos jurídicos que debe observar dicha justicia.

Nociones preliminares

Debo hacer las siguientes anotaciones:

¿Qué es la nacionalidad?

Es un vínculo jurídico de derecho público, según el cual una persona es miembro de la comunidad política que un Estado constituye conforme el derecho vigente en el mismo; pero la nacionalidad como institución jurídica, debe ser estudiada desde dos enfoques; esto es desde el derecho constitucional y desde el derecho internacional

privado, pues si ambas reconocen que la nacionalidad es una institución jurídica de derecho público, sin embargo el derecho internacional privado agrega que también es de derecho privado, por lo que es objeto de estudio de dicho derecho, pues con la creación del Estado por parte de una nación, la nacionalidad adquiere un carácter legal.

El Art. 6 de la Constitución de la República, señala: “*Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.*”

La nacionalidad ecuatoriana (las ne-grillas son mías) es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

La nacionalidad ecuatoriana (las ne-grillas son mías) se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad”; de tal manera, que la nacionalidad es un concepto de derecho constitucional, es un estatus personal cuya adquisición y pérdida están regladas esencialmente por el derecho público estatal; esto es tiene un carácter político y constitucional antes que privado.

¿Cuál es la población indígena mundial?

Se señala que en el mundo existen 370 millones de indígenas, recordando que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, emitió un documento sobre la Declaración de los Pueblos Indígenas, texto que se suscribió tras décadas de negociaciones y fue ratificado por 143 países, se produjeron 11 abstenciones y 4 votos en contra, que corresponden a los Estados Unidos de América, Canadá, Nueva Zelanda y Australia.

¿Cuál es el objetivo de la justicia indígena?

Es el reconocimiento de los pueblos indígenas, lo cual es fundamental para la construcción de la unidad nacional, basada en el respeto y ejercicio de derechos políticos, culturales, económicos y espirituales, de todas las ecuatorianas y ecuatorianos.

¿Qué es la ley de origen?

En la República de Colombia, se reconoce dentro de la justicia indígena a la **ley de origen**, que es la ciencia tradicional de la sabiduría y el conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y espiritual, cuyo cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y permanencia de la vida, el universo y de ellos mismos como pueblos indígenas, guardianes de la naturaleza, regula las relaciones entre los seres vivientes desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad y la convivencia en los territorios ancestrales legados desde la materialización del mundo.

¿Qué es la tradición indígena?

En la tradición indígena todo lo que existe tiene origen, madres y padres, dueños, espíritu, vida propia, función, utilidad y deberes de reciprocidad, derechos y deberes; finalmente, derecho de ser, derecho

de existir, no en función del ser humano individual y como centro del universo, sino con entidad propia dotada de cualidades particulares; todo posee igualmente un lugar en la creación y en el mundo indígena.

Sus sistemas normativos o leyes propias están implícitos en la historia cultural, mitológica, cosmovisión, sistemas de parentesco, formas de propiedad, uso y aprovechamiento y conservación de la naturaleza, sistemas de parentesco y métodos de control social particulares, los mitos e historias de creación, sobre los seres espirituales, sobre el origen de los animales, de los cultivos, la concepción propia del tiempo y espacio, los consejos, las creencias, saberes y sueños, las sanciones, las nuevas normas de arreglar problemas, etc.

¿Quiénes son las autoridades de los pueblos indígenas?

Sin duda alguna la República de Colombia, cuenta con una de las legislaciones y jurisprudencia indígena más avanzadas, pues en dicho país las autoridades de los pueblos indígenas son las instituciones que han hecho justicia al interior de los pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con las leyes de origen, derecho mayor o derecho propio, y están conformadas por las autoridades tradicionales, los Cabildos, Asambleas y sus Asociaciones, así como por organizaciones indígenas de las zonas, regiones y nacional, que se han constituido en verdaderas instancias para el fortalecimiento de la justicia de los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional del país, en la sentencia conocida como La Cocha y que consta su texto en el presente texto de la Revista Ensayos Penales, señala de manera concreta quienes son las autoridades indígenas en dicha justicia.

La Ab. Margarita Aranda en su tesis de abogacía en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, recalca que las autoridades tradicionales indígenas, manejan todo lo material y espiritual, interpretan y hacen cumplir la ley de origen mediante procesos ancestrales, orientan y velan por el bienestar de los pueblos indígenas y de los hermanos menores para garantizar el equilibrio, el orden de la vida, del universo y de los pueblos negros; apropia el saber colectivo, guardan las creencias, y son la fuente de conocimiento del saber indígena.

¿Qué es la causal de inimputabilidad en razón de la raza indígena?

En la República de Colombia, en la década de los 80s se incluyó en el Código Penal, como causa de inimputabilidad la inmadurez psicológica por falta de comprobación de la ilicitud del acto por parte de los indígenas, y es así como señala la Ab. Margarita Aranda: “En aplicación de la inimputabilidad, el comportamiento del sistema judicial fue el de devolver a su **ambiente natural** a la gran mayoría de los indígenas procesados para que las autoridades tradicionales administren justicia en esos casos”, hay que agregar que la Constitución Política de Colombia de 1991, en el Art. 246, reconoce la justicia indígena, y de esta manera se ha logrado la inclusión social, la igualdad real, y el fortalecimiento de ésta, en beneficio de la convivencia pacífica nacional.

¿Cuál es la concepción del universo en el derecho indígena?

La concepción del universo es integral, la integralidad territorial y política es la máxima connotación ancestral de sus pueblos, que se sustenta en la misión de protección y conservación, acciones que las autoridades deben ejercer y cumplir. El significado profundo y la explicación de la integralidad, se resume en un eje básico para el hombre: **la vida**. Todos los elementos del territorio

son portadores de vida y se constituyen en principio de vida entre todo lo existente, esto visto desde el orden social y político, como también desde la visualización profunda del pensamiento y del espíritu.

Poseen concepciones y normas particulares sobre derecho, justicia, gobierno propio, autoridad y poder, así como instituciones, procedimientos e instancias particulares relativas al ejercicio de autoridad, representación, decisión, control y regulación social.

¿Qué es el derecho consuetudinario en la justicia indígena?

Debo comenzar señalando, que el Dr. Santiago Andrade Ubidia, manifiesta que existe la necesidad de un sistema nacional de registro del derecho consuetudinario, que posibilite determinar la existencia y alcance de ese derecho, pues la memoria oral no es suficiente para establecer la costumbre jurídica; pero hay que recordar como dice la Ab. Margarita Aranda “(...) el derecho indígena, no es el que ha dictado el Estado para regular las relaciones de los indígenas, cuyo fin en un concepto primario sería el conjunto de normas creadas por los propios indígenas que rigen para los miembros de la comunidad indígena para lograr la convivencia pacífica y respeto de los valores de sus integrantes”.

Al respecto el Dr. Julio César Trujillo, señala que este derecho es creado y recreado por la comunidad indígena de acuerdo con las nuevas condiciones de la convivencia interna o de las nuevas circunstancias externas en que la comunidad se desenvuelve; agrega que es un derecho dinámico, en permanente actualización, no es una pieza de museo, o sea que las normas son perpetuadas, reformadas o sustituidas por otras normas acorde con la experiencia y para mantener la paz entre sus miembros

o para la supervivencia de la colectividad; es por tal, un derecho que se nutre de sus propias raíces, pero también de los aportes que recibe del exterior.

Hay que destacar, como dice la legislación colombiana, que el **derecho mayor o derecho propio** y los usos y costumbres, están en permanente evolución de conformidad con la realidad cultural, política, económica, social y espiritual de cada pueblo.

¿Qué es el derecho a la igualdad y la justicia indígena?

El derecho a la igualdad, está garantizado por la Constitución en varios artículos, como en el 11 número 2, y en el 66 número 4 etc.; de tal manera que podría plantearse la inquietud de que una justicia especial para los pueblos indígenas es discriminatoria, porque crea situaciones distintas frente a la justicia que es un valor universal; y que además la aplicación del sistema debe ser igualitario; pero bien lo señala la Ab. Margarita Aranda, en su tesis; “Sin embargo, conviene recordar que las diferencias deben ser tratadas como tales, pues hacerlo con igualdad a desiguales es crear desigualdad e inequidad, por lo que la existencia de una justicia especial para dichos pueblos permitirá superar la falta de acceso a la justicia generada por causas económicas, raciales, culturales y de infraestructura, por consiguiente no rompe el principio de igualdad”, termina señalando la autora de la tesis sobre la justicia indígena.

¿Cuáles son los mínimos jurídicos que debe respetar la justicia indígena?

La Ab. Margarita Zoila Aranda en su tesis de abogacía señala, que **los mínimos jurídicos**, son algunas garantías que son iguales para todos los seres humanos, que las autoridades indígenas no las pueden omitir al administrar justicia indígena, y señala que son las siguientes:

1. **Derecho a la vida:** la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. El derecho indígena no reconoce la pena de muerte, por lo tanto la sanción no puede ser la muerte (Art. 66.1 CRE).
2. **Derecho al debido proceso:** como en todo proceso, las partes tienen el derecho a defenderse ya sea personalmente o través de terceros. Además el debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad e imparcialidad (Art. 76 y 77 CRE).
3. **Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles:** esto es un derecho de todas las personas, por ende las leyes prohíben este tipo de trato. En este sentido, toda sanción será vigilada para que no caiga dentro de esta prohibición (Art. 66.3 CRE).
4. **Derecho a la no agresión física, ni psicológica:** este derecho ha sido el más cuestionado por la sociedad y por las instituciones de defensa de los derechos humanos, porque se ha realizado un análisis de los hechos fuera del contexto de la cosmovisión cultural y social de las comunidades de los pueblos indígenas (Art. 66.3 CRE).

La misma autora señala, que de todas maneras, es importante resaltar, que estas prácticas no deben ser consideradas torturas ni agresiones físicas, ni psicológicas, siempre y cuando esté demostrado que en esa comunidad es una forma tradicional de sanción social y que además permita la reivindicación de las partes, asegurando la estabilidad y armonía comunitaria

El compañero Víctor Antonio Rivadeneira Cortez, en su tesis de abogacía que tuvo la oportunidad de dirigir en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Central del Ecuador en el mes de junio de 2014, cuyo

tema fue: “LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR Y SUS BASES JURÍDICAS CONSTITUCIONALES”, señala al respecto lo siguiente:

“El derecho indígena: reconocimiento al pluralismo jurídico

La larga historia de discriminación, hizo que los pueblos se vayan organizando no sólo en el Ecuador sino a nivel Latinoamericano, logrando el reconocimiento del pluralismo jurídico no de hecho como lo tenían, sino de manera legal, y en muchos casos a nivel constitucional. El maestro Stavenhagen, nos manifiesta que los teóricos tienden a dividir las opciones del Estado ante el derecho consuetudinario en medidas negativas y positivas. **Las medidas negativas**, pueden entrañar la prohibición simple y llanamente del derecho consuetudinario, particularmente de sus normas imperativas. Una forma menos drástica de sanción negativa es la que prohíbe la conducta derivada de la aplicación del derecho consuetudinario, aunque no prohíba la norma como tal. En cambio, entre las **medidas positivas**, se señala el reconocimiento tácito de los efectos de la norma consuetudinaria, aunque no la norma como tal. Finalmente, existen casos en que el derecho consuetudinario es reconocido e incorporado de manera diversa en la ley positiva estatal (Stavenhagen, 1990)¹

Es así que una de las bases pioneras para el reconocimiento de los pueblos indígenas a nivel internacional, fue el Convenio 169 de la OIT², ratificado por el Congreso Nacional el 14 de Abril de 1998, y la Declaración de

las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³. Sin duda se han dado grandes pasos en el reconocimiento de la diversidad cultural y ejercicio de derechos de los pueblos indígenas, es así que entre los países latinoamericanos que han dado avance en la democracia intercultural, tenemos a Colombia (1991); Perú (1993); Bolivia (1994) y Ecuador en 1998, con la Constitución Política del país, donde se reconocen derechos colectivos (83, 84, 85 CPRE).

Pero sin duda entre todos los derechos, el más conflictivo de garantizar es el derecho jurisdiccional consagrado en la Constitución de 1998 en el artículo 191 inciso 4, el cual dice: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Esta fue la base constitucional del Ecuador, donde por primera vez se reconoce la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas, sin embargo no ponían las reglas o bases claras para poder interpretar y aplicar este derecho. Con la Asamblea Constituyente reunida en ciudad Alfaro, cantón Montecristi, provincia de Manabí, se aprueba la Constitución del Ecuador del 2008⁴, la misma que en su Art. 171, menciona que:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

¹ Stavenhagen, Rodolfo, Derecho consuetudinario en América Latina en: “Entre la ley y la costumbre” El derecho consuetudinario indígena en América Latina, Instituto Indigenista Interamericano-México; Instituto Interamericano de Derechos Humanos-San José de Costa Rica, 1990, p.17-18.

² Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión y puesto en vigor el 5 de septiembre de 1991

³ Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007

ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria⁴; en páginas posteriores se comenta este artículo constitucional.

Así mismo los artículos 343 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial, garantizan la aplicación de la justicia indígena; los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional regula la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, pues la misma tiene control constitucional.

A la luz de lo manifestado, nos damos cuenta que si tenemos normas que contemplan este derecho, no obstante es necesario conocer cuál es el alcance jurídico constitucional de la justicia indígena, cuáles son los límites, los derechos y principios mínimos de la administración de justicia indígena, ya que este derecho ha ocasionado una constante violación a los derechos humanos, debido a la ausencia de normas que regulen

el sistema de administración de justicia, por la inseguridad jurídica, por no contar con organismos públicos que controlen de manera eficaz y eficiente el sistema de justicia indígena, por falta de una política de justicia estatutaria, todo esto desencadenando en formas discriminatorias y desproporcionales de aplicación de justicia, aplicación ambigua de la jurisdicción y competencia, inestabilidad civil y gubernamental, descoordinación entre la justicia ordinaria y la indígena, mala aplicación de las normas jurídicas ecuatorianas, por lo tanto es necesario subsanar estos errores a fin de conseguir el buen vivir⁵.

Añade el autor de la presente tesis, compañero y amigo Víctor Rivadeneira Cortez:

“Justicia indígena en el Ecuador

Hemos tratado temas de relevancia para el desarrollo de esta tesis, ponernos en la discusión de si es o no legal la administración de justicia indígena, ya no viene al caso, el reconocimiento del pluralismo está en varias normas como lo relatamos en el capítulo anterior, ahora lo que debemos es coordinar e interpretar de mejor manera los principios y derechos en esta nueva etapa del pluralismo constitucional. Es un reto ya que el Ecuador cuenta con 14 nacionalidades: Awá, Chachi, Épera, Tsáchila, Siona, Secoya, Sapara, Shiwiar, Andoa, Waorani, Shuar, Achuar, Quijos y Kichwa. Dentro de la Nacionalidad Kichwa se cuenta con los representantes de los pueblos: Pasto, Natabuela, Karanki, Otavalo, Kayambi, Kitu Kara, Panzaleo, Salasaka, Tomabela, Chibuleo, Kisapincha, Puruwá, Kañari,

⁴ Registro oficial N. 449, del 20 de Octubre del 2008

⁵ Para mayor información Vid. Fajardo Irigoyen, Pluralismo Jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos en Libro variaciones sobre la justicia comunitaria, ILSA ed., Colombia- Bogotá, 2003, p. 172 ss. También Vid. Sánchez Botero, Esther, Justicia y Pueblos indígenas de Colombia, 1ra. ed., UNC ed., Bogotá, 1998, p. 1022 ss.

Saraguro, Paltas, kichwas de la Amazonía (norte y sur) y los pueblos originarios Mantá y Huancavilca⁶.

Definición de justicia indígena

Cuando tratamos de encontrar el contenido de la justicia indígena, el derecho actual nos “remite a un concepto con contenido polisémico, histórico, como referente de sentidos e historias particulares, y cristizador de poderes y jerarquías” (Vallejo, García, 2004)⁷. Antes de hacer una definición de justicia indígena, es necesario conocer quiénes son indígenas; en relación a esto la Organización de las Naciones Unidas, nos dice que: “Las poblaciones indígenas están compuestas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaron el territorio actual de un país total o parcialmente en la época en que personas de cultura u origen étnico diferentes llegaron desde otras partes del mundo, los sometieron y, mediante la conquista, el poblamiento u otros medios, los redujeron a una situación no dominante o colonial; los que hoy día viven más en conformidad con sus costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales “particulares” que con las instituciones del país del que ahora forman parte, bajo una estructura del Estado que incorpora principalmente las características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos de la población que son predominantes”(Burguer, 1972)⁸.

El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en su artículo número 1 letra b), manifiesta que “a los pueblos en países independientes, considerados indíge-

nas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”

El maestro Stavenhagen (1988) manifiesta, que “una de las mayores dificultades a las que se enfrentan los autores de éstos y otros estudios, es definir las poblaciones indígenas (...) se advierte que no existe una definición que englobe a todas las poblaciones que pudieran responder a este concepto, cada país ha planteado el problema de la definición a su manera, habiéndole llegado así a soluciones que abarcan una amplia gama de criterios de diferenciación (...)”

Si bien es cierto que, muchos de estos conceptos son a nivel internacional, lo que debe quedar bien en claro es que todos estos conceptos se van analizando de acuerdo a las necesidades de los pueblos de cada país, intentándolos acomodar a la realidad sociopolítica y jurídica de cada Estado. En cuanto a la definición de la justicia indígena, sin bien existen diversos criterios, traigo a la luz algunas definiciones de varios autores que han estudiado el tema desde diferentes perspectivas.

El maestro Stavenhagen, nos manifiesta que es “un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado”, agrega también que “es un

⁶ Página oficial del CODENPE.

⁷ Vallejo, Chávez Gina; García Fernando, El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio: etnografía jurídica indígena y afro-ecuatoriana, Flacso ed., 1ra ed., Quito-Ecuador, 2004, p.211.

⁸ Burguer, Julian “Pueblos indígenas: sus derechos y la acción internacional” en Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global, Patricia Morales coord. Siglo XXI ed., Madrid, 1972, p.4

conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos que (...) no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía”(citado por Ilaquiche, 2006)⁹

El derecho indígena, es el conjunto de preceptos y normas milenarias afloradas en las comunidades originarias, guiadas por una concepción cosmogónica presentes en la memoria colectiva que han sido generacionalmente transmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos de hoy, reconocidos y aceptados por adhesión, como garantía de un equilibrio social (Pérez, 2006)¹⁰

El maestro Yrigoyen Fajardo (1998)¹¹, nos manifiesta que “el derecho indígena comprende los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses”

Otro concepto nos manifiesta, que “*El derecho indígena es de naturaleza comunitaria y se define como un sistema, jurídico-normativo, de procedimientos y autoridades que regulan la vida social, productiva y política de los pueblos originarios, tiene como característica básica, ser un derecho histórico propio y de ejercicio comunitario, basado en tres principios: respeto, verdad e igualdad.* (ICCI-ARY Rimay 2009)¹²”.

A la luz de lo señalado nos damos cuenta que existen varios conceptos y definiciones, sin embargo podemos manifestar que como un derecho que tienen los indígenas reconocido en la Constitución, la justicia indígena es la facultad jurisdiccional que tienen los indígenas para juzgar y hacer ejecutar sus decisiones, dadas estas por su derecho de autodeterminación y el reconocimiento al pluralismo jurídico.

Características del derecho indígena

Muchos autores han hablado de las características del derecho indígena, de esas cualidades que permiten identificarlo y diferenciarlo de otro, no obstante hay que tener en cuenta que “no existe una sola justicia indígena, sino que existen tantos sistemas de justicia indígenas como pueblos y comunidades indígenas hay, más allá de ciertas prácticas similares en la administración de justicia. Estos sistemas pueden variar también de acuerdo a la mayor o menor influencia de la cultura occidental que tengan estos grupos. En general, los pueblos amazónicos han tenido históricamente menores influencias externas, a diferencia de los pueblos andinos, y eso se refleja en sus sistemas de justicia. La mayor o menor cohesión social que tenga el grupo influye también en la eficacia de sus mecanismos de justicia. Así, por lo general, los pueblos y comunidades indígenas que presentan mayores niveles de organización, presentan también mayores niveles de cumplimiento de sus normas y sanciones. Por el contrario, en grupos indígenas desorganizados y desunidos, su sistema de

⁹ Cit por Ilaquiche, Raúl, Pluralismo Y administración de Justicia Indígena en el Ecuador: Estudio de Caso, 2da ed., Quito, 2006, p. 41.

¹⁰ Pérez Guartambel, Carlos, Justicia indígena, Universidad de Cuenca ed., Cuenca, 2006. P.179.

¹¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala, México, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, vol. LVIII, N. 1-2, 1998, p. 1.

¹² Boletín ICCI-ARY Rimay, Año 11, editorial Justicia Indígena, No.121, Abril del 2009, recuperado el 25/01/2014 <http://www.icci.org.ec>

justicia sólo funciona para determinados casos y con un nivel de cumplimiento parcial, y muchos pobladores prefieren acudir a las instancias estatales de administración de justicia.” (Chuquina, Aranda, Wiener, 2009)¹³ Esto sucede por ejemplo en nacionalidades como los Huaorani, Secoya, Andoa, Awá, donde las restricciones a derechos y principios son menores y mayores restricciones en pueblos como los Otavaleños, Panzaleo, Salasaka, cada uno de los pueblos tienen características distintas empero, tienen rasgos homogéneos que los caracterizan.

El derecho indígena por lo complejo y falta de investigación extensiva, no tiene suficientes estudios sistematizados, no obstante a la luz daré ciertas características o principios básicos del derecho indígena:

- » **Integralidad:** al analizar el conflicto, no se revisa sólo los hechos, sino también el entorno, la familia y los antecedentes personales.
- » **Armonía y equilibrio:** el restablecimiento de la armonía —no el castigo— son el fin último de la justicia.
- » **Oralidad y celeridad:** el proceso de administración de justicia, generalmente, es oral y no escrito, aunque al firmarse un acuerdo, puede haber un acuerdo escrito y un acto público. El procedimiento resulta muy rápido en comparación con cualquier juicio ordinario.
- » **Reconciliación:** la justicia comunitaria pone énfasis en la reconciliación, el restablecimiento de las relaciones entre las partes (si es posible).

- » **Restitución:** el delincuente tiene que recuperar el daño causado, por ejemplo, devolviendo el ganado que ha robado.
- » **Dinamismo:** por el hecho de que el derecho indígena no está escrito y por su característica oral, es dinámico y se adapta a muchas situaciones posibles. No hay “asuntos pendientes por falta de legislación”. (Fernández, Vincent, Elba, 2007, cit. por Cletus, 2007)¹⁴

La tratadista y especialista Rosa Baltazar, nos manifiesta que la justicia indígena tiene ciertos elementos esenciales propios del sistema, entre los que nos detalla los siguientes:

Milenario: Las nacionalidades y pueblos indígenas desde antes de la llegada de los españoles se regían por el sistema tradicional, pues hay que recordar que los incas y los ingas contaban con normas de convivencia que les permitía interrelacionarse (...).

Colectiva: La justicia indígena es un sistema colectivo, pues en su aplicación y ejercicio se cuenta con la participación de las familias y en si de todos los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas, por lo cual el sistema no pertenece a ciertos dirigentes o a ciertos líderes sino a toda la colectividad indígena.

Sistema en permanente evolución: La justicia indígena —sin dejar de lado la filosofía de su existencia— se encuentra en constante proceso de avance y desarrollo, pues su ejercicio y aplicación debe ser de acuerdo con la realidad de las nacionalidades y pueblos indígenas.

¹³ Chuquina Córdor, Eddie coord., Manual informativo para pueblos Indígenas: La justicia en los países andinos, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2009, p. 30. El subrayado es mío.

¹⁴ Fernández, Marcelo, Nicolás, Vincent; y Flores, Elba, Modos originarios de resolución de conflictos en pueblos indígenas de Bolivia. La Paz-Bolivia, PIEB - Fundación, UNIR, Bolivia, 2007 Citado por Cletus, Gregor Barié, Derecho Indígena y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana. N. 3, Quito, Enero 2008, p.113.

Es ágil, oportuna y dinámica: La aplicación de la justicia indígena es ágil, oportuna y dinámica porque es inmediata y beneficiosa aun en los conflictos graves o complicados, pues se busca solucionar el problema para la armonía de las nacionalidades y pueblos.

Justo: Aunque lo justo para unos puede ser injusto para otros, con el objetivo de lograr la armonía de las nacionalidades y pueblos indígenas, la colectividad de manera participativa e imparcial busca emitir la resolución adecuada para que su ejecución sea posible por el sancionado, sin que se tengan resentimientos posteriores que puedan generar problemas colaterales.

Oral: Las nacionalidades y pueblos indígenas no cuentan con códigos ni textos escritos en la aplicación de la justicia indígena, la oralidad ha sido el medio de comunicación durante generaciones para instruir y educar a los descendientes para un nuevo reto.

Gratuita: En la aplicación de la justicia indígena participan los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas, que buscan imponer las sanciones adecuadas y restablecer la armonía, por lo que no existe un interés económico, sino el interés por el bien común. (Baltazar, 2009)¹⁵

Análisis del artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales

Nuestra Constitución del 2008, manifiesta que existen autoridades de las comu-

nidades, pueblos y nacionalidades indígenas las cuales tienen funciones jurisdiccionales, sin embargo esto plantea algunas interrogantes, ¿Quiénes son autoridades? ¿Qué se entiende por comunidades, pueblos y nacionalidades? ¿Qué son funciones jurisdiccionales? etc. Como lo hemos mencionado tenemos varias nacionalidades y pueblos, por lo tanto la manera de elegir y ser autoridades, varía dependiendo de cada pueblo y nacionalidad, no obstante haciendo una premisa general, los miembros del Consejo de Gobierno de las nacionalidades y pueblos indígenas son las autoridades, elegidas por la Asamblea General, el Consejo de Gobierno es el órgano responsable del fortalecimiento. Debemos mencionar que dentro de cada pueblo existe un Cabildo y su Asamblea General que son los encargados de juzgar, empero a esto la organización cambia dependiendo muchas veces de las nacionalidades, es así que en nacionalidades aisladas, la persona que administra justicia es la de mayor edad, o la más sabia, donde el acercamiento con los “no indígenas es más limitada” como en nacionalidades como los Secoya o los Huaorani, en conclusión podemos decir que la autoridad es la persona legitimada por cada pueblo de acuerdo a sus costumbres y tradiciones”.¹⁶ Hoy la sentencia de la Corte Constitucional aclara sobre la jurisdicción indígena.

Siguiendo la línea es necesario señalar que entendemos por comunidades, pueblos y nacionalidades; al respecto de las **nacionalidades** podemos manifestar que son un conjunto de personas con rasgos homogéneos y organizaciones sociales, con un fin determinado.

¹⁵ Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia, “La justicia indígena en el Ecuador” en: Derechos Ancestrales, et al, 1ra. Ed., Quito- Ecuador, 2009, p. 454.

¹⁶ Cfr. Montes del Castillo, Ángel, Ecuador contemporáneo: análisis y alternativas actuales, vol., 8, Editum, Universidad de Murcia, Impreso en España, 2009, p. 126ss.

Los pueblos “son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización, social, política, económica y jurídica” (Llasag, 2008).

Las comunidades “son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización, social, política, económica y jurídica” (Ibídem, 2008).

Cuando se manifiesta que las autoridades “ejercerán funciones jurisdiccionales”, significa la potestad formal que se le otorga a los pueblos, comunidades y nacionalidades, aquel derecho colectivo que tienen las nacionalidades, pueblos y comunidades con respeto del pluralismo jurídico y la autonomía conseguida por la lucha en el tiempo, lo cual trae connotaciones jurídicas importantes ya que “cuando se atribuye un derecho, se abre al titular la posibilidad tanto de hacer aquello a que se le autoriza (aspecto positivo del derecho), como de negarse o abstenerse a realizarlo (aspecto negativo del derecho). (Sánchez y Jaramillo, 2009)¹⁷”

Esta es una garantía que el estado da a los pueblos indígenas para que puedan gobernarse y auto determinarse, fortaleciendo el principio de diversidad cultural, es así que el Estado ecuatoriano garantiza el derecho jurisdiccional de los indígenas en varias de sus normas. De tal modo que la Constitución del Ecuador del 2008 nos manifiesta en su artículo 167, 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 Constitución”.

El mismo cuerpo legal en su artículo 178, nos manifiesta que: “(...) los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: (...)” en este artículo al referirse al texto sin perjuicio de otros órganos, con iguales potestades reconocidos en la Constitución, se está refiriendo al derecho jurisdiccional de las nacionalidades, pueblos y comunas indígenas.

Siguiendo en la línea tenemos normas infra legales, como el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual en su artículo 7 inciso segundo, nos manifiesta que “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución, y la ley.”

Así nos damos cuenta que la aplicación de la jurisdicción indígena está supeditada a la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos y la ley, sin embargo debido a la falta de una ley clara, no se conoce cuales con las bases, ni el alcance interpretativo de este derecho indígena.

Tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial

Cuando nos referimos a las tradiciones ancestrales estamos frente a la costumbre, a la cultura que de generación en generación se va transmitiendo de cada pueblo o nacionalidad indígena, la cual varía de acuerdo al lugar de cada pueblo y nacionalidad, por ejemplo en la nacionalidad Kichwa están los pueblos Saraguros, Manta, Salasaka, Otavalo, Puruwa etc., sin embargo a pesar de tener similitudes y de ser de la misma nacionalidad tienen diferentes costumbres,

¹⁷ Sánchez Botero Esther; Jaramillo Isabel Cristina “La jurisdicción Especial indígena” en: Derechos Ancestrales, et al, 1ra. Ed., Quito- Ecuador, 2009, p. 454.

que quede claro que no es todo, sin embargo cambia de acuerdo a la realidad social, política, al lugar donde viven, a varios factores tanto internos como externos, no tienen la misma cultura los indígenas del oriente o los indígenas de la sierra, por distintos factores, como el climático, o la cercanía con los “no indígenas”, cuestiones que han sido examinados por los sociólogos y antropólogos de mejor manera, al hablar de estos aspectos estamos frente a otros principios, como el de “maximización de la autonomía indígena” (Gaviria, T-349/96) y “a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía” (Cifuentes, T-254/94).

Hay que tener en cuenta lo que señala el Art. 66.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto al ámbito territorial de la justicia indígena.

Como ya lo hemos mencionado cuando hablamos del derecho propio estamos frente a las normas consuetudinarias, frente a ese derecho no escrito que cada uno de los pueblos indígenas tiene y mantiene, en relación a la aplicación de su derecho propio dentro de su ámbito territorial la Constitución pone como límite a la notio el territorio, lugar donde se puede aplicar justicia, sin embargo nos vamos a dar cuenta que sólo es de manera material, porque la competencia va más allá del espacio físico o de resguardo.

El artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, nos manifiesta, que el concepto de territorio cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, en relación a esto la Corte Constitucional de Colombia, en “la sentencia T-384 de

1994 (...) define como territorio indígena: aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”. (Sánchez y Jaramillo, 2009).

Se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos. (44. 2 RSPCCC)¹⁸

Siguiendo la línea Baltazar (2008)¹⁹ manifiesta que “conforme a lo consagrado por la Constitución y los instrumentos internacionales, las autoridades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional pueden aplicar la justicia indígena dentro del ámbito territorial que no puede entenderse únicamente como la comunidad perteneciente a una nacionalidad pueblo de la selva o páramo, sino también a la de los sectores en donde habitan los indígenas en las ciudades, pues todos son sujetos de los derechos colectivos.”

Al respecto del territorio indígena, Arcos lo define como “el horizonte espacial en que colectividades étnicas se despliegan y plasman su historia, sus anhelos de futuro, representaciones y sus relaciones de poder” (Cruz, 2008).

A su turno Giménez, lo define “como el espacio propio y valorado por un grupo social para asegurar su reproducción y satisfacción de sus necesidades vitales, ya sean materiales o simbólicas; como lugar

¹⁸ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Registro Oficial N° 127 - miércoles 10 de febrero del 2010.

¹⁹ Baltazar Yucaila, Cecilia, Óp. Cit, p.461.

de inscripción de una historia, una traición colectiva, la tierra de los antepasados, el recinto sagrado, repertorio de geo símbolos, bien ambiental, patrimonio valorizado, solar nativo, paisaje natural y símbolo metonímico de la comunidad.” (Cruz, 2008)²⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, en sentencia del mes de noviembre de 2007, manifiesta que la “estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (SCIDH-2007)²¹

De lo antes mencionado colegimos, que el factor territorial no es suficiente como factor limitante de competencia de la justicia indígena, es necesario tomar casos concretos para poder establecer los casos en que puede intervenir la justicia indígena, así también como otros factores que se pueden establecer en cada caso concreto.

Garantía de participación y decisión de las mujeres

La Constitución de la República del 2008, manifiesta la garantía de participación y decisión de las mujeres indígenas en las decisiones jurisdiccionales indígenas, como puede notarse más que jurídica esta es una decisión política, para tratar de contentar a los indígenas, si lo analizamos de manera jurídica tal vez para asegurar la equidad de género y la igualdad²², sin embargo, esta participación es limitada ya que al contar cada pueblo y nacionalidad con diferentes costumbres y tradiciones no se puede imponer ni garantizar a raja tabla ya que se estaría violentando el principio de autonomía y diversidad cultural de los pueblos indígenas, pues la participación depende de cada pueblo con base en sus tradiciones y costumbres, analizando casos concretos de cada pueblo indígena. Es así que en la nacionalidad Quichua, la participación de las mujeres en las decisiones jurisdiccionales es muy importante. Ya que está contemplada dentro de debido proceso, en la cual ellas actúan aplicando la sanción en ciertos casos al transgresor, empero a esto hay nacionalidades donde el patriarcado existe en cierta manera, como es el caso de la nacionalidad de los Secoya.

²⁰ Cruz Rueda, Elisa, “Principios generales del derecho indígena” en Hacia sistemas jurídicos plurales, et al., Fundación KONRAD DENAUER, Antropos Ltda. ed., Bogotá-Colombia, 2008, p.45

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 recuperado el 8/02/2014 en http://www.bjdh.org.mx/BJDH/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloSaramakaVsSurinam_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm, También cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa, supra nota 75, párr. 131, Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85, cfr también Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85, también cfr. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, Párrafo 185

²² Vid. Tourine, Alain; Igualdad y Diversidad, Las Nuevas tareas de la Democracia, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Uno de los avances importantes que ha tenido el Ecuador, es la inserción de la mujer a la sociedad, sobre todo de los pueblos indígenas, a través de políticas de “acción afirmativa”²³ por parte del estado, a la luz de estas políticas tenemos entre otras, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención de Belém Do Para)²⁴ el cual en su artículo 2, manifiesta que se entenderá por violencias contra la mujer, incluye, la física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra, también en su artículo 4 nos manifiesta que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:
 - a. el derecho a que se respete su vida;

- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Si bien estos derechos ya están garantizados en otros instrumentos internacionales, esto es un avance ya que pone a la palestra el irrestricto respeto a los derechos humanos, se afirma que la violencia constituye una violación de los derechos humanos la cual es indispensable para su desarrollo en todo ámbito, ya que causa un detrimento de la mujer en todo ámbito; de tal manera que la inserción y participación de la mujer en la decisiones indígenas depende de muchos factores, sin embargo lo que se pretende también es evitar las restricciones internas y garantizar las protecciones externas

²³ Art. 11.2 inc. 3 CRE. Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

²⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1) en Párrafo Luis, Uso de instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia, 1ra ed., Ministerio de Justicia y DD-HH, Quito, 2008, p.217

(Kymlicka, 2009)²⁵, a fin de evitar abusos por parte de los pueblos indígenas y el Estado. Ya que con la reivindicación de los “derechos poliétnicos”, estos pueden influir en la disminución de los derechos de los pueblos indígenas, en especial de las mujeres.

Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos

Al momento de que nuestra Constitución manifiesta que las autoridades indígenas aplicarán sus normas (consuetudinarias) y procedimientos propios, esto es base sine qua non del principio de autonomía y diversidad cultural, los cuales serán estudiados más adelante en base a casos concretos.

Las normas indígenas como ya las hemos mencionado, al ser un derecho consuetudinario, no escrito, responde a la costumbre y tradición de cada pueblo y nacionalidad indígena, en consecuencia de ese derecho consuetudinario los procedimientos cambian de acuerdo a cada pueblo indígena, este artículo está intrínseco en el debido proceso, sin embargo la Constitución del Ecuador es tan ambigua ya que no se conoce cuáles son los límites procedimentales de la justicia indígena en base a que reglas y principios responden, ya que no es el mismo procedimiento cuando se juzga a un indígena dentro de una comunidad o cuando se juzga a un indígena en la justicia ordinaria.

²⁵ Kymlicka, Will, “Derechos individuales y colectivos” en: Los Derechos Colectivos, et al, 1ra. Ed. Quito- Ecuador, 2009, p. 5 ss. Al respecto el maestro menciona que “debemos distinguir entre dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado. Se puede considerar que ambos tipos de reivindicaciones protegen la estabilidad de comunidades nacionales o étnicas, pero que responden a diferentes fuentes de inestabilidad. El primer tipo tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del *disenso interno* (por ejemplo, la decisión de los miembros individuales de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales), mientras que el objetivo del segundo es proteger al grupo del impacto de las decisiones externas (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor). Para distinguir estos dos tipos de reivindicaciones, denominaré a las primeras «restricciones internas» y, a las segundas, «protecciones externas, (...)». Las restricciones internas implican relaciones intragrupales: el grupo étnico o nacional puede pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo. Esto plantea el peligro de la opresión individual. Los críticos de los «derechos colectivos» en este sentido muchas veces invocan la imagen de culturas teocráticas y patriarcales, donde las mujeres están oprimidas, y la ortodoxia religiosa impuesta legalmente como ejemplos de lo que puede suceder cuando los presuntos derechos de la colectividad prevalecen sobre los derechos de los individuos. Cabe señalar que las restricciones internas pueden existir y, de hecho, existen, en países culturalmente homogéneos. El deseo de proteger las prácticas culturales ante el disenso interno existe en cierta medida en todas las culturas, e incluso en los Estados-nación homogéneos. Sin embargo, las protecciones externas únicamente pueden surgir en Estados multinacionales o poliétnicos, puesto que protegen un grupo étnico o nacional determinado del impacto desestabilizador de las decisiones de la sociedad de la que forman parte (...). También es posible que los derechos poliétnicos se empleen para imponer restricciones internas. Los grupos inmigrantes y las minorías religiosas podrían, en principio, anhelar el poder legal para imponer a sus miembros las prácticas culturales tradicionales. Los grupos étnicos podrían exigir el derecho a que sus hijos abandonasen la escuela antes de la edad prescrita legalmente para ello, con lo que se reducirían las probabilidades de que estos niños abandonasen la comunidad al llegar a la edad adulta; o el derecho a perpetuar costumbres tradicionales como la clitoridectomía, o los matrimonios concertados y forzosos que infringen las leyes existentes relativas al consentimiento informado. Se han dado casos de maridos que han pegado a sus esposas porque han encontrado un trabajo fuera del hogar y que, como defensa legal, han argumentado que agredir a la esposa es una práctica aceptable en su país de origen”

En cuanto a la aplicación de normas y procedimientos propios para solucionar sus conflictos internos²⁶, esta es una limitación a la jurisdicción, en esencia a la notio, ya que el conflicto interno tiene que ver con la materia, es decir se tiene que constatar que las autoridades indígenas hayan conocido asuntos de cualquier naturaleza respetando los derechos humanos y la Constitución, por lo tanto esto tiene que ver con el pueblo o nacionalidad en que se suscite el conflicto.

No sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Como nos damos cuenta, la Constitución pone como límite, de aplicación de las normas y procedimientos de la justicia indígena, la Constitución de la República del 2008, y los derechos humanos establecidos en instrumentos internacionales reconocidos por el Ecuador, si bien es cierto que la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales garantizan una variedad de derechos colectivos, esto conlleva a tener obligaciones frente a estas garantías, es inconcuso que se debe respetar la Constitución, empero a esto el límite no puede ser tajante para todos los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que ese obedecer a ciertos principios y reglas como el grado de conservación de los pueblos indígenas, la cultura que se encuentra inmersa, el grado de afectación, elementos fácticos, todo esto con las nuevas reglas de interpretación constitucional, teniendo como base la ponderación en casos concretos. Sin embargo nuestra Constitución manifiesta una protección particular a las mujeres, niñas,

niños y adolescentes, cuando en la misma en su artículo 57.10 menciona que: Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Conclusión

Como vemos el art 171 de la CRE, muestra seis elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional, que son:

1. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;
2. La potestad de los pueblos indígenas de establecer normas y procedimientos propios;
3. La sujeción de dicha jurisdicción y normas y procedimientos a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales;
4. La garantía estatal a las decisiones jurisdiccionales indígenas;
5. El control constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas; y,
6. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación y cooperación de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria.

²⁶ RSPCCC-44. 6).- Conflicto interno.- Se constatará que las autoridades indígenas hayan conocido asuntos de cualquier naturaleza respetando los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y particularmente la no discriminación a la mujer, por el solo hecho de serlo. La vinculación de la decisión indígena a los derechos humanos, de la que trata el artículo 171 de la Constitución, lo será siempre y cuando se efectúe una lectura integral e intercultural del catálogo de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente.

Los puntos 1, 2, 3 y 4 conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, mientras que los puntos 3, 5 y 6, constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. Como observamos en la misma estructura del artículo 171 de la CRE, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad. (Gaviria, 139/96)²⁷, así termina señalando el compañero y amigo Víctor Rivadeneira Cortez.

EPÍLOGO

Con fecha 30 de julio de 2014, la Corte Constitucional del Ecuador, dicta la sentencia N° 113-14-SEP-CC; en el caso N° 0731-10-EP, cuyo texto consta en esta Revista Ensayos Penales N° 10.

En dicha sentencia al respecto del presente artículo, se debe destacar lo siguiente:

- a) Se señala en el escrito de acción extraordinaria de protección respecto a la justicia indígena presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano de Marco Olivo Pallo, que en casos anteriores, los jueces y fiscales han actuado dentro del marco de respeto, coordinación, cooperación y apego a las normas constitucionales y legales, aceptando lo resuelto por la jurisdicción indígena;
- b) Cita en la demanda antes mencionada, el Art. 10 N° 2 del Convenio 169 de la OIT; además manifiesta que en nuestro ordenamiento jurídico no es posible un proceso de doble juzgamiento;
- c) La Corte Constitucional considera, que la Constitución de la República del Ecuador, reconoce la capacidad jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas dentro del pluralismo jurídico vigente, pero con control cons-

titucional regulado en los Arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional;

Sobre estas bases resuelve los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias arbitrarias, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?; y,
 2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento un examen, en especial las decisiones de la justicia indígena?;
- d) La Corte Constitucional en la sentencia de mayoría, señala de manera expresa que la justicia indígena no tiene competencia para conocer los delitos contra la vida, pues este bien jurídico es el principal dentro de nuestro ordenamiento, por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra la vida y esto es de competencia de la justicia ordinaria; mientras que el voto salvado del señor Dr. Fabián Marcelo Jaramillo Villa, señala lo contrario.
- e) Igualmente la sentencia señala, que no se puede informar sobre la justicia indígena sin previa autorización de las autoridades competentes de la misma, para que de este modo la información se encuentre contextualizada, sea plural y verificada, pues de lo contrario se estaría estigmatizando, desnaturalizando y desvalorizando del sistema constitucional de justicia indígena;

²⁷ Analizado y adaptado al artículo 171 de la CRE, en base a la sentencia C-139/96.

Como es de conocimiento general, la justicia indígena dentro del pluralismo jurídico que está vigente en el país, es uno de los siete sistemas de administrar justicia, que tiene su base en el Art. 171 de la Constitución de la República, Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, éstas entre otras fuentes del derecho indígena.

Pero en la práctica podemos constatar que también existen controversias entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, toda vez que aún no tenemos una ley que establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre dichas jurisdicciones.

Para terminar este importante tema que sin duda alguna va a servir para actualizar los conocimientos del amable lector de esta Revista Ensayos Penales No. 10, me permito señalar que con la Constitución de la República del Ecuador vigente, tenemos retos y cambios significativos que debemos afrontar, pues pasamos de un Estado absoluto, a un Estado constitucional de derechos y justicia social, que señala el Art. 1 de

la Constitución, pero también a un Estado “(...) unitario, intercultural, plurinacional (...)”, lo cual implica la lucha para entender el presente tema del monismo y del pluralismo, del individualismo y del colectivismo, porque son dos sistemas diferentes, y por tal tenemos que abrir la mente y los ojos a este proceso de cambio que vive el Ecuador, por lo que recomiendo dar lectura especialmente a los Arts. 8, 9, 10 del Convenio 169 de la OIT, sobre el sistema penal indígena, toda vez que ya entró en vigencia el 10 de agosto del presente año el Código Orgánico Integral Penal, que en la disposición general segunda señala: “En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas, se deberá proceder conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.

También hay que tener en cuenta, los Arts. 156 y 157 de la Constitución de la República, que tratan sobre los Consejos Nacionales de Igualdad, y, los Arts. 1 y 16 del Tratado Internacional sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Debido Proceso como Institución



Dr. Héctor Arcelio Mosquera
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

El debido proceso se ha consolidado como un derecho fundamental, tanto es así, que esta institución se la ha incorporado en los ordenamientos constitucionales democráticos, así como en los tratados y convenios internacionales relativos a los derechos humanos, propiciando importantes interpretaciones jurisprudenciales de las Salas, Tribunales o Cortes Constitucionales, y en distintos tribunales internacionales como el Tribunal Internacional de Justicia (La Haya, Holanda) o las Cortes Interamericana (San José, Costa Rica) y Europa (Estrasburgo, Francia) de Derechos Humanos.

Y, si bien la expresión la expresión debido proceso es la más extendida, también se utilizan las denominaciones: derecho a la defensa, derecho de vitalidad del proceso, principio de contradicción, garantía de justicia, proceso justo, proceso equitativo, principio de audiencia, ect. toda ella conlleva a la seguridad jurídica.

Para eso debemos remitirnos previamente a los antecedentes históricos remotos, lo encontramos desde el derecho hebreo antiguo en donde se previó la existencia del SANEDRIN, junta de ancianos doctos en la ley que otorgaban audiencia antes de cualquier acción en contra de una

persona, procedimiento que se conoce por lo evangelios en el histórico proceso de Jesús de Nazareth.

En el derecho español existen algunos antecedentes, como los previstos en Las Siete Partidas (partida VII, título X, Ley X) de Alfonso X, en la que se prevé que nadie puede privar a otro de sus bienes si no existe una sentencia que así lo avale y fundada en derecho; así como en la NOVISIMA RECOPIACION de 1448 que prohibía cumplir cartas reales si éstas privaban a alguien de sus bienes sin haber sido oído previamente.

Sin embargo, la doctrina y casi todos los autores, coinciden que el antecedente directo de esta institución se encuentra en la Carta Magna inglesa del 15 de Julio de 1215, que dio origen a la defensa de los derechos de la persona humana, especialmente el de la libertad, y que se inició con el movimiento revolucionario en Inglaterra motivada por las demandas formuladas por los barones de Runnymede obligando al Rey Juan Sin Tierra a dictar dicha Constitución con el fin de reconocer a los nobles ciertos derechos feudales, entre ellos el establecido en la cláusula 39: "Ningún hombre libre será arrestado, aprisionado, desposeído de

su dependencia, libertad o libres usanzas, puesto fuera de la ley, exiliado, molestado en alguna manera, y nosotros no meteremos, ni haremos meter mano sobre él, sino en virtud de un juicio legal de sus iguales según la ley de la tierra. Así nace históricamente este derecho, como un reclamo de los súbditos para combatir las arbitrariedades de los poderosos.

Posteriormente la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 previó esta garantía, cuestión que también refrendaron las Cartas Constitucionales de 1795 (art. 11) y de 1814, derivadas de la Declaración y que en el artículo 4to establece: Es igualmente garantizada la libertad individual, no pudiendo alguno ser puesto bajo acusación, ni arresto sino en los casos previstos por la ley y en la forma por ella designada”.

La constitución original estadounidense de 1787 no previó el derecho en estudio, siendo la V enmienda constitucional de 1791, donde se contempló el debido proceso (a nivel federal) previo a la privación de la vida, libertad o propiedad. En los Textos internacionales o regionales sobre derechos humanos se ha reconocido este derecho al debido proceso.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (aprobada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III)) que prevé en su Art. 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

También la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, artículo 18 (que habla sobre el derecho a la justicia), estipuló que “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”.-

Otro documento ejemplar se tiene en el convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950, artículo 6to, relativo al derecho a un “proceso equitativo”, resultando interesante la interpretación progresiva que la corte de Estrasburgo ha realizado de dicho precepto, especialmente de lo que debe entenderse por PLAZO RAZONABLE, aceptando la responsabilidad de los Estados por demoras injustificadas.

En esta misma línea de evolución se tiene la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (firmada y proclamada por los presidentes del parlamento europeo, del consejo y de la comisión, en nombre de las instituciones, el 7 de diciembre del 2000 en Niza, Francia).

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se destaca la Convención Americana suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la cual en su artículo 8.1, relativo a las “Garantías Judiciales”, establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Por último, en la Constitución de la República del Ecuador consagra como

garantía constitucional el debido proceso y a una justicia sin dilaciones en los artículos 11 numeral 3, 75, 76, 77, 169 y 172.

Sin embargo, mucho se discute sobre la identificación respecto a la naturaleza de debido proceso, ya que si bien existe consenso que se trata de un derecho humano (como género). El debido proceso en sus inicios tuvo marcada condición de principio, pero hoy, no hay unanimidad respecto cuál es su carácter, esto es, que sea en si mismo un derecho, una garantía (judicial) o derecho y garantía al mismo tiempo. Por ello, se prefiere denominar “INSTITUCIÓN” para incluir allí todo cuanto sea posible y no tomar posición alguna hacia ningún sector.

Los doctrinarios, en este tema, indican que es tan complicado pero tan complicado, que el debido proceso se trata en un concepto jurídico indeterminado y conlleva a contestar que estamos en un terreno nada fácil.

Por ello, el debido proceso no es tipificar conductas (materia penal), fijar competencias o instrumentar religiosamente, las etapas del proceso, es algo más profundo que llega más allá de la médula de la sociedad o del pueblo soberano para hacer cumplir la ley sustancial como un todo a un individuo particular en su esencia íntima que le permita a éste, visualizar, sin asomo de duda el orden justo que todos, en diferentes discursos, pregonamos, la justicia y la libertad.

Ora, esa complejidad del debido proceso, no solo es dada desde su sistema de fuentes (tratados - constituciones - normas ordinarias), sino —principalmente— porque está construido a su vez de otra serie de derechos y otras garantía que le son útiles, necesarios. Sin ese conjunto de derechos y garantías, no podríamos hablar de debido proceso, sino, simplemente de “proceso”. Porque somos partidarios, que en estos temas, hay o no

debido proceso, nunca un proceso debido podrá ser semi-pleno o cuasi proceso; de allí la razón de que sea absoluto, según se deduce del texto constitucional.

Por eso es importante conocer con mayor exactitud o aproximación posible qué es el Debido Proceso y el Derecho de defensa no sólo en el proceso penal sino en cualquier proceso donde se discuta un derecho, un deber o una obligación, para ser conscientes que en todos ellos debe no solamente garantizarse sino respetarse el debido proceso y los demás contenidos que lo acompañan para hacer prevalecer la dignidad humana que es el baluarte verdadero de la libertad del hombre y mujeres y confrontar, sin dudas y radicalmente, las violaciones que se hagan por sutiles o mínimas que se nos presente.

De forma tal, que el proceso dejó de ser una garantía o mero instrumento para hacer valer otros derechos y demás garantías constitucionales, para convertirse en un verdadero derecho fundamental que se vale de ciertas garantía y otros derechos, encaminados a hacer cumplir la tutela judicial. Entonces, el debido proceso deja de ser una garantía siendo fundamento para si y para otros derechos que le son transversales, porque a su vez se vale de otro conjunto de garantías y derechos que en suma, permitan su finalidad: la tutela efectiva de los derechos, que se traduce en la resolución de conflictos.

Es decir, el debido proceso sirve en lo interno como garantía por conducto del procedimiento (formas y mecanismos de acción), y en lo externo como derecho para hacer valer otros derechos fundamentales (libertad, propiedad, etc), pero también, otros derechos que les son propios como instituto (derecho de ser presumido inocente, derecho a ser oído, etc.).



Dr. Edgar Flores Mier

Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

El ejercicio ilegal de la Profesión

A manera de introducción, podemos decir que por disposición constitucional todos los ciudadanos y ciudadanas que habitamos en el territorio nacional, gozamos de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, en los instrumentos de internacionales de derechos humanos, siendo de directa e inmediata aplicación por cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; uno de esos derechos es la educación, que el Estado está en el deber ineludible e inexcusable de proporcionarlo a todas las personas. En virtud de este derecho los ciudadanos y ciudadanas, podemos elegir libremente una profesión y el ejercicio posterior de la misma, acorde con nuestros principios, creencias y opciones pedagógicas, procurando desarrollar nuestras competencias y capacidades para crear y trabajar.

Gracias al derecho constitucional al libre ejercicio profesional, las personas ejercemos los conocimientos adquiridos y procuramos alcanzar bienestar y existencia digna para nosotros mismos y nuestras familias, y con ese ejercicio profesional aportar a la comunidad. El ejercicio de ambos derechos

fundamentales satisface otro de igual rango: el derecho al desarrollo de la personalidad.

Empero, como se sabe todo derecho trae consigo una obligación, en el caso del ejercicio de una profesión y en aras de proteger los derechos de los usuarios de los servicios que ofrecen los profesionales, el ordenamiento jurídico establece una serie de límites y obligaciones técnicas, jurídicas y éticas que el profesional debe observar y cumplir, así lo señala el artículo 83.12 de la Constitución de la República que dice: “Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética”, disposición legal que guarda relación con lo dispuesto en el artículo 8, literal d, de la Ley Orgánica de Educación Superior, donde se lee: “Serán fines de la educación superior.- La educación superior tendrá los siguientes fines: d) Formar académicos y profesionales responsables, con conciencia ética y solidaria, capaces de contribuir al desarrollo de las instituciones de la República, a la vigencia del orden democrático, y a estimular la participación social”. Cuando esos límites y deberes son infringidos y con ello se lesiona la integridad física o moral y, en general, los derechos de terceras personas, la autoridad competente podrá imputarle al profesional,

según el caso, responsabilidad penal, civil, administrativa o ética disciplinaria, previa observancia del derecho de defensa y los principios del debido proceso determinados en la misma Constitución. La responsabilidad es una garantía a favor de los derechos de posibles afectados por la conducta del profesional. Los principios del debido proceso son la garantía del profesional frente a la denuncia e investigación de que es objeto.

Como lo mencionamos todo derecho implica una obligación, dentro de un proceso penal, para proteger la inocencia y el derecho de defensa de las personas, está la garantía del debido proceso. De igual manera para proteger a los usuarios que requieren de los servicios de un profesional, está la garantía de la titulación previa al cumplimiento de los requisitos legales pertinentes y el registro en la SENESCYT, conforme la Ley Orgánica de Educación Superior y su respectivo Reglamento, y hasta hace poco tiempo era necesaria la incorporación al colegio profesional respectivo, actualmente para el caso de los abogados aparte del título profesional se requiere registrarse en el Consejo de la Judicatura, conforme lo prevé el artículo 324 del Código Orgánico de la Función Judicial. Cuando estas garantías son violadas y se lesionan los derechos, entonces, entra en operación la garantía de la justicia (tribunales de justicia) que sienta las responsabilidades, establece las sanciones y pone a las personas nuevamente en el goce pleno de sus derechos. Por eso se dice que la justicia o control jurisdiccional es una garantía de garantías.

Es importante recordar que el Derecho en términos generales regula las relaciones jurídicas en sociedad, que obviamente surgen con ocasión del ejercicio de esos de-

rechos, y que dependiendo de la posición jurídica que ocupe la persona en la relación, tiene un derecho o por el contrario una obligación. En el primer caso, puede exigir el cumplimiento de la garantía; en el segundo, está obligado a respetarla. Por ejemplo, si un abogado en algún momento es el sujeto activo dentro de un proceso penal, le asiste la garantía de la defensa. Por el contrario, si es quien acusa a una persona, tiene la obligación de respetarla.

Como se mencionó, la exigencia de título universitario y de licencia profesional para el ejercicio profesional, es una garantía para los derechos de los usuarios de que ese profesional tiene los conocimientos para atender sus necesidades. Por el contrario, para quienes en ejercicio de su libertad de elección hayan cumplido con los requisitos exigidos para su formación, el título y la licencia son derechos, elementos del contenido del derecho, que les permitirá ejercer esos conocimientos (profesión).

La Constitución de la República reconoce el derecho al trabajo: *“como fuente de realización personal y base de la economía...”* (Art. 33). Dentro de éste, como parte de su contenido esencial, está el derecho de toda persona a elegir libremente su trabajo u ocupación, sin injerencias estatales: *“El derecho a la libertad de trabajo”* (art. 66.17). El derecho constitucional a la libre elección de trabajo supone la libertad de toda persona a escoger el oficio u ocupación y a profesionalizarse libremente en ella. El oficio u ocupación puede ser cualquiera de las actividades humanas. El derecho tutela, eso sí, solo los oficios u ocupaciones lícitos (están prohibidas aquellas actividades cuyo propósito manifiesto es perjudicar a otros, delinquir por ejemplo). La profesionalización

viene dada por el ejercicio habitual de esa actividad humana, oficio u ocupación, o bien, por el aprendizaje teórico práctico de la misma, cuando ella es muy compleja. La profesión equivale a que una persona es poseedora de una serie de conocimientos y habilidades adquiridas y necesarias para la ejecución de aquellas tareas que el oficio supone. En virtud de lo anterior, es un profesional tanto el albañil o el carpintero que tiene los conocimientos y destrezas específicos de su oficio, como el médico, la enfermera o el abogado, que tiene que demostrar también que los tiene en su respectivo campo. En este sentido, el término derecho constitucional a la libre elección de trabajo es equivalente al derecho constitucional a la libre elección de profesión y oficio.

Sin embargo, cuando aquí se menciona el derecho a la libre elección profesional y al libre ejercicio profesional, no se refiere al concepto de profesión u oficio en sentido amplio, sino a aquellas profesiones que requieren para su ejercicio de una titulación universitaria, es decir, de aquellas para las cuales no basta la experiencia o ejercicio habitual de las tareas propias del oficio, sino que además requieren previamente de la adquisición de unos conocimientos teórico prácticos, complejos, dado el avance del conocimiento científico; y cuyo ejercicio requiere de una especial atención del Estado, por los posibles daños a terceros que su práctica implica. En consecuencia, los derechos fundamentales a la libre elección y ejercicio profesional, aunque con identidad propia y con un régimen jurídico específico, sin perjuicio del tronco común que los une, se encuentran incluidos en el derecho constitucional al trabajo y a la libre elección de trabajo reconocidos en el artículo 66.17 de nuestra Constitución.

Como consta, hay profesiones tituladas y no tituladas; sin embargo, las profesiones que el legislador está sometiendo a regulación y control, son las profesiones tituladas, es decir, aquellas que requieren para su ejercicio, en primer lugar, un título universitario (grado o postgrado); y en segundo lugar, la inscripción o registro en la SENESCYT. Una vez que hemos revisado lo que debe entenderse como ejercicio legal de una profesión, cabe referirnos al tema específico materia de este ensayo, que es el ejercicio ilegal de la profesión, que viene a ser el ejercicio de una profesión sin cumplir con los requisitos legales para desempeñarla como: el título académico y su correspondiente inscripción.

Norma legal que sanciona el ejercicio ilegal de la profesión

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 330, dispone:

“Ejercicio ilegal de profesión.- La persona que ejerza la profesión sin título, en aquellas actividades en las que la Ley exija título profesional, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Las o los profesionales que favorezcan la actuación de otra persona en el ejercicio ilegal de la profesión, serán sancionadas o sancionados con pena privativa de libertad de tres meses a un año e inhabilitación del ejercicio de la profesión por seis meses”.

1.- Estructura

a.- *Desde el punto de vista formal*, la disposición legal del artículo 330 del COIP, como toda norma penal consta de:

Un supuesto de hecho, donde se definen las conductas delictivas: ejercer la profesión

sin título y favorecer su ejercicio ilegal de parte de un profesional.

Una consecuencia jurídica, consistente en la aplicación de: una pena, una medida de seguridad, una pena y una medida de seguridad. Para el primer supuesto, pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Para el segundo supuesto, pena privativa de libertad de tres meses a un año; e, inhabilidad del ejercicio de la profesión por seis meses.

b.- **Desde un punto de vista material**, las normas penales contienen *expectativas de conducta* dirigidas a los ciudadanos para que se comporten conforme a sus imperativos. Para el caso de que aparten su conducta de esas expectativas, la norma penal prevé la imposición de una consecuencia jurídica. En el caso de nuestro análisis: está dirigida a todas las personas que ejerzan una profesión sin estar legamente facultados para ello y, también para aquellas personas que tengan una profesión y coadyuven a su desempeño a personas que no la tengan.

2.- Bien jurídico protegido

Si partimos del hecho de que la infracción de ejercer una profesión sin estar legamente facultado para ello, se encuentra prevista dentro de los “delitos contra fe pública”, el bien jurídico protegido es la confianza que las personas depositan sobre una cosa o una persona, o como lo afirma el doctor Jorge Zavala Baquerizo, “...la fe surge en función de la confianza que los hombres tienen en alguien, o en algo. Se puede tener fe en una cosa porque se confía en su estructura, en sus elementos, etc.,... Así mismo, se puede tener fe en un principio, en una colectivi-

dad, en un ente abstracto, etc., porque se confía en la bondad de esos principios, o en la potencialidad psíquica de una sociedad, o en las virtualidades de un ser abstracto... La fe ha sido y es la energía que ha impulsado e impulsa el progreso de la humanidad”. El mismo maestro agrega: “...pensamos que es imposible que pueda surgir la fe si es que, previamente, no ha existido la confianza en la persona o cosa que creemos, o debemos creer. La fe, pues, es la elaborada consecuencia subjetiva de la confianza, la cual nos hace actuar creyendo en la persona o en la cosa, en las cuales confiamos”¹.

Siguiendo a nuestro ilustre maestro, diremos que el bien jurídico descrito en la norma del artículo 330 del COIP, es la fe y confianza que existiría en la persona que sin ser profesional se hace pasar como tal, ejemplo con los llamados “tinterillos”, personas que sin ser abogados ejercen la profesión como si lo fueran.

3.- Requisitos para que se configure el delito

a.- **Sujeto activo.**- Puede ser cualquier persona, puesto que no se requiere ser calificado para la comisión del delito, esto, para el supuesto del primer inciso. En cambio para cometer la infracción en los términos del segundo inciso, el sujeto activo necesariamente tiene que ser una persona que tenga un título profesional legamente adquirido.

Puede decirse que es aquel sujeto que *realiza la acción típica*, el comportamiento humano que da lugar al hecho típico.

¹ Delitos contra la fe pública. Editorial Edino. Guayaquil. 1993. Tomo I. Pág. 45.

b.- **Sujeto pasivo.**- Es el titular del bien jurídico protegido, puede ser una persona física, como un grupo de ellas, una persona jurídica, en tanto el derecho les reconoce la titularidad de determinados bienes dignos de protección penal. Puede ser cualquier persona sin necesidad de ostentar alguna calidad o condición.

c.- **Elementos objetivos.**- En el caso del delito que estamos estudiando, la acción penada por la ley, exige el cumplimiento copulativo de dos elementos objetivos: El fingimiento y el ejercicio de actos propios de la profesión. En tal sentido, para que este delito se lleve a efecto no se requiere un resultado determinado o que las conductas lesionen un bien jurídico específico, sino basta la mera actividad.

c.1. El fingimiento

La conducta consiste en fingir ser titular de una profesión, por ejemplo para el caso de los “tinterillos”, requiere que el autor aparente o haga creer que es un Abogado. Requiere más de una simple afirmación, de una mentira, porque fingir involucra una actividad o aprovechamiento de una situación que haga verosímil o respalde la afirmación mendaz, como por ejemplo mostrar una credencial falsa, un certificado, que lo presenten terceros como tal, etc.

Para el caso de nuestra profesión de Abogado, ésta sólo puede ser otorgada por aquellas instituciones universitarias superiores que se encuentren reconocidas por el Estado. Y ni siquiera ahí puede ejercerse la profesión, sino que previamente debe inscribirse en el Foro de Abogados a cargo del Consejo de la Judicatura, estando obli-

gado el profesional a denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía, según lo dispone expresamente el artículo 330.8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

c.2. Ejercicio de actos propios de la profesión.

Aquí es necesario tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. *Los actos que se realicen deben ser actos propios de la profesión.*

Es del caso también agregar que muchas conductas y acciones no quedan circunscritas a una norma legal determinada, sino que son obtenidas de la práctica, es decir, de los procedimientos y acciones que el profesional va realizando en el progreso sostenido del ámbito profesional. Así, en la profesión del Abogado, aparecen cada día nuevas normas, leyes y actos que van evolucionando y que deben considerarse para ver si se ha cometido el delito respectivo de ejercicio ilegal de la profesión.

2. *Basta un solo acto que caiga en la órbita de la competencia profesional.* La descripción del delito no exige varios actos.

3. No por el hecho que el infractor de la norma del artículo 330 COIP, reciba dinero por concepto de honorarios el delito se transforma en estafa, si no que sigue siendo ejercicio ilegal de la profesión.

Una puntualización importante, resulta ser que se trata de un delito de acción penal pública, lo que significa que cualquier persona puede ponerlo en conocimiento de la autoridad.

Alegato de Clausura



Dr. Alejandro Arteaga García
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

Manejo del tiempo y expresión oral

¡Oh, señores! ¿Quién vio cosa semejante? ¿Quién diría que habíamos de recibir nobleza de parte de Mío Cid el de Vivar? ¿Que se vaya al río Ubierna a picar sus molinos y a cobrar maquilas como suele hacer! ¿Quién puede pretender que case a los suyos con los de Carrión? (alegato de Asur González).

Entonces Muño Gustioz se puso en pie: “¡Calla alevoso, malo, traidor! Bien almuerzas antes de ir a orar, y a los que besas les molestas con tus regüeldos. Ni al amigo ni al señor dices la verdad, eres falso con todos y con el Criador aún más. No quiero tener parte en tu amistad. Ya te obligaré a decir que eres cual yo digo”.

Dijo el Rey Alfonso: “Termine ya este debate. Los que han retado tendrán que lidiar ¡Así Dios nos salve!”.

En este fragmento del Cantar de Mío Cid, encontramos la referencia a la alegación dentro de un debate, en el que tenemos al rey como el director del proceso, con la capacidad suficiente para interrumpir

y dirigir la confrontación verbal; y, finalmente decidir y resolver sobre el punto en contienda.

El alegato siempre ha sido tomado como lo que se vierte en defensa de una causa; el alegato no es la simple y mera alocución que se le ocurre a tal o cual persona; para que exista el alegato, debe haber una corte (tribunal), en este caso la del Rey Alfonso de Navarra y Aragón; debe existir una causa, en este que corresponde al fragmento, se trata de la acusación que va a sostenerse en favor del Cid, ante el Rey, por el agravio que sufrieron doña Elvira y doña Sol, hijas del Cid, por parte de los infantes de Carrión, y, la defensa que harán en favor de estos últimos; finalmente, le corresponderá al Rey decidir, de acuerdo con las alegaciones y el sustento presentado, en favor de lo que está debidamente justificado.

Breve introducción en torno al alegato de apertura.-

El Código Orgánico Integral Penal, en su sección tercera “etapa de juicio”, incorpora el término alegato (ver artículos 614, 615, 618 COIP); sustituyendo de esta

¹ Cantar de Mío Cid, editorial La Oveja Negra 1983, Cantar Tercero “La afrenta de Corpes”, pag. 98

forma la denominada “exposición de los sujetos procesales”.

A primera vista, parecería que este cambio de nomenclatura o denominación es intrascendente; sin embargo tomando en cuenta el significado del vocablo incorporado, tenemos que Alegato es: “...el discurso pronunciado ante un tribunal para defender una causa”²; esta defensa se entiende adecuada de acuerdo a la óptica y estrategia de cada uno de los sujetos procesales.

En el caso del fiscal, el discurso sustentará su pretensión de acusar ofreciendo la demostración de dicha acusación a través de la evacuación de prueba obtenida durante la investigación previa y la etapa de instrucción.

En cuanto a la víctima (acusación particular), la defensa técnica, sustentará su discurso, posiblemente de forma similar que fiscalía; agregando a esto el ofrecimiento de demostrar su derecho a la reparación integral por los daños que le causó la infracción y el infractor.

En el caso de la defensa del procesado, sea esta pública o privada; el objetivo del discurso de apertura está en ofrecer desvirtuar o debilitar la prueba que presentará fiscalía, la acusación particular y la víctima; sobre este sujeto procesal, el alegato de apertura puede tener varios caminos uno de ellos es sostener el estado de inocencia; otro es el de aceptar la responsabilidad pero ofrecer causa de excusa o justificación.

En todo caso, cada uno de los litigantes deberá elaborar o preparar una estrategia de defensa, que será cumplida puntualmente, de manera ordenada y congruente.

En el caso del alegato de apertura, los tiempos de intervención de los sujetos procesales no deben ser extensos, no es recomendable alargar la intervención bajo la creencia de quien más habla es mejor e impresionará al juzgador por sus dotes de oratoria.

No cabe una larga intervención al inicio, puesto que no se ha conocido ni debatido nada; en tal virtud la alegación será sencilla en cuanto manifestar que es lo que demostrará y como lo hará, todo esto durante la audiencia de juicio.

Era necesario abordar brevemente el alegato de apertura, para compaginar las ideas que a continuación se desarrollarán sobre el Alegato de Clausura.

Alegato de clausura.-

En la expedición a Bretaña, Julio César requería más fondos de los previstos; acudiendo al senado, presentó su alegación; y,

“...Opúsosele el tribuno de la plebe Metelo a que tomara caudales del repuesto de la república, y como alegase a este propósito ciertas leyes, le respondió (César): “Que uno era el tiempo de las armas, y otro el de las leyes; y si estás mal —añadió— con lo que yo ejecuto, por ahora quítate de delante, porque la guerra no sufre demasías. Cuando yo haya depuesto las armas en virtud de un convenio, entonces podrás venir a hacer declamaciones (...) Hicieron estas palabras que Metelo se retirara temeroso, y que ya le fuese fácil (a César) el alegar y disponer todo lo demás necesario para la guerra (...)”³.

Un alegato convincente y oportuno, como el de César, no deja dudas; aun cuando

² Diccionario Enciclopédico Larousse 2010, XVI edición, abril 2009, pág. 61

³ Plutarco, Vidas Paralelas, Alejandro y César, Biblioteca Básica SALVAT 1970, (vida de César), pag. 147

el contrario, Metelo, disponía de elementos claros (ley expresa); porque no supo ubicarlos como infranqueables, frente a la alegación del contrario. En síntesis, los dos tenían teorías verdaderas, pero solo uno logró el efecto de demostración de la necesidad.

A diferencia del alegato de apertura, el COIP, no identifica de forma expresa un alegato de cierre o clausura, conforme lo podemos apreciar del precepto contenido en su artículo 618; lo que hace es una referencia de fase concluida; siendo el momento de la alegación un espacio previo a la decisión.

Durante el desarrollo del juicio, en especial cuando se presenta cada una de las pruebas anunciadas; los jueces empezarán a formarse el criterio sobre los postulados expuestos por cada uno de los sujetos procesales.

Si tomamos en cuenta lo anterior, es importante entonces que el abogado expositor (sea fiscal, acusador o defensor) mantenga la congruencia entre la alegación inicial y su prueba; este particular generará solvencia y la confianza en el juzgador de que se ha realizado una propuesta adecuada, que merece ser considerada como posible.

El artículo 560 del COIP nos dice que el sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad que se desarrolla en las Audiencias previstas en este Código. Una de esas audiencias es precisamente la de Juzgamiento.

El artículo 5 *ibídem*, también nos señala

como principios procesales, entre otros, el de concentración, contradicción y dirección judicial del proceso.

Durante la audiencia oral de juzgamiento, se practicará la concentración de la actividad necesaria para decidir sobre la responsabilidad del procesado;

La contradicción del acervo probatorio es fundamental para la justificación de las alegaciones, pues solo de esa forma el fiscal logrará que su prueba de materialidad y de responsabilidad sea aceptada por los Jueces como legítimas, en primer lugar y que finalmente logren sustentar la acusación.

En el caso de la defensa del procesado, gracias a la contradicción puede debilitar la prueba preparada por fiscalía y generar duda (razonable)⁴ en los Jueces o cimentar de mejor manera el estatus de inocente para su defendido.

Es importante recordar que la dirección judicial del proceso, es una limitante para aquellos que pretendan extenderse sin causa justa en la alegación; en tal virtud atento a la facultad que tiene el juez, sobre los sujetos procesales, durante la intervención de estos, para interrumpirlos⁵ o para advertirles que deben concretar la exposición; es menester entonces aprovechar en estricto el tiempo concedido y en tal virtud debe utilizarlo adecuadamente.

Sobre lo analizado, debemos recordar especialmente, que las partes deben exhibir congruencia en el alegato de clausura. En

⁴ COIP, art. 5.3.- **Duda a favor del reo:** la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

⁵ **Dirección judicial del proceso:** la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

efecto, nunca pida a los jueces que supongan nada, ni cavile sobre aspectos subjetivos; sea directo y demuestre el valor de su prueba y destaque que aquella no ha podido ser desvirtuada por la contraparte.

Si durante la evacuación de la prueba, alguna de las presentadas fue, virtud de la contradicción, debilitada, no se le ocurra dar explicaciones en el alegato de clausura, si acaso no puede evadir referirse a ella, fortalezca y utilice solo la parte que no fue cuestionada.

- El alegato de clausura debe ser congruente con el de apertura y con la prueba presentada.
- La prueba debe ser detallada y expuesta en lo que beneficia.
- Debe exponerse en primer término, el valor de la prueba sobre la materialidad de la infracción para luego destacar el peso que, de ella, sirve para justificar la acusación (fiscalía, acusación particular).
- Debe exponerse la debilidad de la prueba que sostiene la materialidad de la infracción, y esgrimir porque esta no sirve para estructurar la responsabilidad; es menester desarrollar el valor de la prueba elaborada para socavar la plataforma de acusación (defensa del procesado); no confíe su defensa en los errores de la contraparte, pues es un supuesto que no está asegurado.
- Debe exponerse las razones por las cuales la prueba contraria es débil o ineficaz; haciendo un ejercicio de confrontación entre aquella y la propia, siendo claro en justificar la falta de calidad de esa prueba, presentada por la contraparte.
- No sea emotivo; ese tipo de discursos no son apropiados para cerrar el juicio; lo que se requiere es técnica y demostración de la teoría propuesta.

Dicción y lenguaje.-

El expositor debe practicar la pronunciación, pues es importante hacerse entender bien y saber vocalizar; esto es, realizar una articulación correcta y clara de los sonidos de nuestro idioma.

¿De qué sirve el conocimiento si no podemos darlo a conocer por nuestra mala vocalización?; es probable que cuando se nos entienda mal, no es precisamente por estar equivocados; sino porque nuestra dicción y articulación de ideas no es clara y ordenada, respectivamente.

Por el ámbito profesional, y por el tipo de público (jueces), el lenguaje a utilizarse tendrá incidencia técnica, sin embargo es menester utilizar un lenguaje sencillo, claro; las ideas no deben expresarse en enmarañados coloquios; deben ser expuestas de manera directa con la menor cantidad de palabras posibles.

La contundencia obra en beneficio de obtener la atención del juzgador.

Si nos excedemos con léxico rebuscado y sometemos a la audiencia a largas y doctas intervenciones; probablemente cansaremos a los jueces; circunstancia que redundará en la poca atención que puedan prestar al discurso.

Manejo escénico.-

El miedo escénico es una respuesta psicósomática que se manifiesta con temblor general, sudor, taquicardia, bloqueo mental, y otros signos y síntomas.

Esa respuesta es producida por el organismo frente a una situación de peligro inminente, que en el caso que nos ocupa es infundada y estimulada por el temor de equivocarnos, de bloquearnos o de ambas cosas; lo que, seguramente no ocurrirá si usted se prepara conscientemente.

El Dominio escénico opera cuando el discursante se siente bien, y relajado, frente

al público que lo observa atentamente; y, no tiene miedo de hablar y ser escuchado por todos los presentes en la audiencia, empezando por los jueces, personal judicial, las partes y finalmente el público.

Para lograrlo debemos iniciar con una buena preparación del contenido del discurso que se ofrecerá en el juicio, que a su vez estará perfectamente ligado al detalle probatorio que se ofrecerá; y, estudiar las posibles estrategias que utilizarán los sujetos procesales contrarios; en consecuencia la articulada preparación de cada defensa, independiente del resultado final (sentencia); justificará la calidad de la defensa técnica. Esta es la clave para lograr el **dominio escénico**.

La gesticulación en el discurso no debe ser exagerada y debe tener total correspondencia con lo que se dice.

La preparación previa.-

El mejor expositor siempre será el que se prepara con antelación, no deja casi nada a la improvisación; el conocimiento del caso en todos sus detalles, el estudio de las actuaciones de las partes, el ejercicio de hacer de abogado del diablo, como en la obra de West⁶; así como investigué todos los detalles para acusar, también debo estar claro en los detalles para absolver; el resultado de esta gimnasia, será fortalecer el discurso, eliminando aspectos que pudieren debilitarlo.

Conocer la conformación del tribunal de jueces.-

Ellos serán el público al que presentan, cada una de las partes, el alegato; a quienes

tienen la obligación de convencer. Es por ello que no está fuera de contexto tener conocimiento de la trayectoria de los jueces que dirigirán la Audiencia de juicio.

Conocer las sentencias emitidas por ellos, revisar el estilo de motivación y como gustan de realizar la fundamentación, esos detalles nos darán luces de cómo preparar un discurso convincente.

La imagen durante el juicio.-

Sobriedad ante todo, el profesional del derecho tiene el deber de defender, sea a la sociedad o a un particular; esta responsabilidad es alta, en tal virtud el abogado debe inspirar respeto y confianza; su indumentaria será apropiada para la ocasión. Se requiere presentar una imagen impecable.

Finalmente, es importante la sencillez y el respeto, que los profesionales del derecho, deben expresar durante el debate y todo el juicio.

El conocimiento, la técnica y la capacidad para sacar a flote la estrategia emprendida; no debe en ningún caso, envanecer al litigante; así como tampoco, en el caso contrario, sentirse derrotado.

Es por ello que siempre es grato recordar al maestro Eduardo J. COUTURE, “Mandamientos del Abogado”, nos dice: **9. OLVIDA.-** La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

⁶ Morris West, El Abogado del Diablo, 1959



Quito, D.M., 30 de julio de 2014

SENTENCIA N° 113-14-SEP-CC

CASO N° 0731-10-EP

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El señor Víctor Manuel Olivo Pallo, hermano del señor Marco Olivo Pallo, presentó acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad kichwa, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

El 8 de junio de 2010 la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, certificó que respecto de la causa N° 0731-10-EP no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

El 7 de julio de 2010 la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los doctores Edgar Zárate Zárate, Hernando Morales Vinuesa y Patricio Pazmiño Freire, ordenó que se aclare la petición, determinando la decisión de autoridad indígena contra la cual están en desacuerdo.

El 20 de julio de 2010, el legitimado activo, Víctor Manuel Olivo Pallo, presentó escrito de aclaración de su demanda, solicitado por la Sala de Admisión.

El 12 de agosto de 2010 a las 16:58, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, admitió a trámite la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo. El escrito de aclaración presentado por los señores Flavio Candejejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga y Manuel Orlando Quishpe Ante, fue rechazado por haberse presentado fuera del término dispuesto por la Sala de Admisión.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en sesión del 19 de agosto de 2010, le correspondió al juez Manuel Viteri Olvera actuar como ponente en la causa N° 0731-10-EP, quien avocó conocimiento mediante auto del 30 de septiembre de 2010 a las 09:00, y dispuso que las autoridades indígenas demandadas emitan un informe para una mejor ilustración de los hechos ocurridos y la convocatoria a audiencia pública.

De conformidad con lo establecido en los artículos 25 y 27 del Régimen de Transición de la Constitución de la República, el 06 de noviembre de 2012, ante la Asamblea Nacional, fueron posesionados los jueces de la Primera Corte Constitucional del Ecuador.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 3 de enero de 2013, le correspondió al juez Fabian Marcelo Jaramillo Villa actuar como juez ponente de la causa. El 4 de febrero de 2014, el juez ponente avocó conocimiento de la misma.

En sesiones extraordinarias del Pleno del Organismo, realizadas el 29 de mayo, 11 de junio y 02 de julio del 2014, se debatió la causa. Durante el debate del 02 de julio del 2014, el juez constitucional Patricio Pazmiño Freire, en ejercicio de sus facultades, presentó sus observaciones por escrito al proyecto presentado por el entonces juez ponente, Marcelo Jaramillo Villa. Dichas observaciones fueron incorporadas al expediente constitucional. Posteriormente, luego del debate correspondiente, se sometió a votación el proyecto de sentencia del caso N° 0731-10-EP, del juez sustanciador Marcelo Jaramillo Villa, en el cual se obtuvo 1 voto a favor del juez constitucional Marcelo Jaramillo Villa y 8 votos salvados de los jueces constitucionales Antonio Gagliardo Loor, María del Carmen Maldonado, Wendy Molina Andrade, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo

Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire. En consecuencia, el Pleno no aprobó el proyecto de sentencia, por lo que el presidente de la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, dispuso el sorteo de la causa N° 0731-10-EP, recayendo su conocimiento en la jueza constitucional Ruth Seni Pinoargote.

De la solicitud y sus argumentos

El legitimado activo manifiesta que conforme el acta de resolución realizada por las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha, el domingo 9 de mayo de 2010 a las 19:00 más o menos, en el centro urbano de la parroquia Zumbahua, de población indígena kichwa hablante, cantón Pujili, provincia de Cotopaxi, se produjo el asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Pallo.

En base a los artículos 171 de la Constitución de la República y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo conocieron el caso. El domingo 16 de mayo de 2010 y el domingo 23 de mayo de 2010 establecieron la culpabilidad de los cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Guantopolo e impusieron las sanciones conforme a la justicia indígena.

Que esta decisión ha generado diversas reacciones en los medios de comunicación y en la sociedad ecuatoriana, y la interferencia en la justicia indígena por parte del fiscal general del Estado, quien el 19 de mayo del 2010 pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha, con el fin de rescatar a uno de los principales involucrados en la muerte de su hermano. El ministro de Gobierno y Policía, igualmente, ha intentado usar la fuerza pública para rescatar a los involucrados y el ministro de Justicia solicitó que se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas, quienes fueron apresados el 4 de junio de 2010 y posteriormente liberados por la Corte de Justicia de Latacunga, por el “amparo de libertad” interpuesto.

Señala que en casos anteriores los jueces y fiscales han actuado dentro del marco de respeto, coordinación, cooperación, y en apego a las normas constitucionales y legales han aceptado lo resuelto por la jurisdicción indígena.

Cita en su demanda el artículo 10 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, referente a la aplicación de las sanciones propias de la cosmovisión indígena, la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc., que representan la filosofía y la cosmovisión de la

justicia indígena, lo que según “La Corte Constitucional de Colombia, no constituyen un atentado a los derechos humanos fundamentales”.

Manifiesta que los cinco responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron que se les aplique el sistema jurídico indígena, y que ahora pretenden acogerse a la jurisdicción ordinaria, por lo que están siendo procesados y se encuentran en la cárcel número 4 de la ciudad de Quito, lo que evidencia “un proceso de doble juzgamiento”.

Que en su calidad de hermano del occiso, de manera voluntaria solicitó la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha, junto con las de la comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, las mismas que en aplicación a lo dispuesto en los artículos 171 de la Constitución de la República, 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, solucionaron el caso, resolución con la que están de acuerdo los familiares del occiso.

Identificación de los derechos presuntamente vulnerados por la decisión judicial

Considera el legitimado activo que los derechos constitucionales vulnerados son los artículos 10, 11 numerales 3, 4 y 5; 57 numerales 1, 9 y 10; 76 numeral 7 literal i y 171 de la Constitución de la República; artículos 343, 344 literales a, b, c, d y e; 345 y 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, y la disposición general de las reformas de marzo de 2010, al Código de Procedimiento Penal.

Pretensión concreta

En atención a lo solicitado, el legitimado activo solicita que se determine:

- a. Si las autoridades indígenas de La Cocha, al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrido en el territorio indígena de la parroquia de Zumbahua.
- b. Si la resolución de las autoridades de la comunidad de La Cocha se apega o no al mandato constitucional del artículo 171 y artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.
- c. Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estos son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido.
- d. Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y

- en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio.
- e. Los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes.
 - f. Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferido por las autoridades de la justicia ordinaria. Que se disponga cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las autoridades de los dos sistemas jurídicos, para lograr la eficacia y armonía entre sí.
 - g. Si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo, que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento, bajo órdenes de la justicia ordinaria.
 - h. En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena, cuáles son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar, y
 - i. Sírvase resolver si las autoridades de la Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución.

Solicita que de acuerdo a lo que disponen los artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con lo que dispone al artículo 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, se ordene las siguientes medidas cautelares:

- a. Se disponga la suspensión inmediata de todos los procesos judiciales iniciados en contra de los dirigentes indígenas de La Cocha por parte de la Fiscalía y juzgados de Garantías Penales de Cotopaxi.
- b. Se ordene la inmediata libertad de los cinco jóvenes indígenas “que están siendo procesados dos veces”, conforme al artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República.
- c. Se disponga la suspensión en la adopción de cualquier resolución interpretativa sobre jurisdicción indígena por parte de la Corte Nacional de Justicia.

Decisiones de justicia indígena que se impugnan

Impugnan las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi.

De la contestación y sus argumentos

De la revisión de los expedientes del caso no se advierte escrito alguno presentado por la parte accionada, conforme lo establecido en providencia del 30 de septiembre de 2010.

Terceros interesados

Manuel Orlando Quishpe Ante y otros señalan que si bien el Estado ecuatoriano, en reconocimiento de la pluralidad existente en el Ecuador, ha reconocido a la justicia indígena, establece que sus procedimientos jurisdiccionales no deben ser contrarios a la Constitución ni podrán violar los derechos inherentes a las personas.

Que en su caso, se han cometido una serie de delitos conexos en su contra, “de un linchamiento realizado por el populacho que fue enardecido por unos pocos sujetos que fungen de dirigentes de la comunidad de La Cocha...”.

Manifiestan que se han violado los artículos 66 numeral 3 literales a y c, 76 numeral 7, literales a, b, c y g, 77, 83 numeral 2, y 426 de la Constitución, 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón a que el derecho a la legítima defensa ha sido reprimido en todo el proceso de ajusticiamiento indígena en su contra. Que nunca contaron con un abogado o un tercero imparcial que defienda sus derechos, ya que fueron sometidos a tortura permanente por varios días. No existió plazo razonable ni los medios adecuados para preparar la legítima defensa, no hubo un juez imparcial ni la presunción de inocencia. Que a Orlando Quishpe se le obligó a declararse culpable.

Por lo expuesto, solicitan que se deseche, de manera inmediata, la acción extraordinaria de protección presentada.

Amicus curiae

Los doctores Ernesto Pazmiño Granizo, defensor público general del Ecuador, Jorge Paladines Rodríguez y abogado Luis Ávila Linzán, funcionarios de la Defensoría Pública, presentan el siguiente *amicus curiae*:

Manifiestan que la pregunta central que se le plantea a la Corte Constitucional es si el ejercicio de la justicia indígena, de acuerdo a lo que establece el artículo 171 de la Constitución, vulnera “en sí mismo” los derechos constitucionales, los derechos a la vida, la integridad personal y el debido proceso, razón por la que se plantea dos interrogantes a la Corte: “a) ¿Es competente la Corte Constitucional para limitar la aplicación del artículo 171 de la

Constitución vigente?; y, b) ¿Limita específicamente el artículo 171 de la Constitución vigente las materias de conocimiento de los sistemas de justicia indígena?

Que el artículo 171 impone límites constitucionales al ejercicio de los sistemas de justicia indígena, por lo que cualquier regulación, aun jurisprudencial, sería una limitación regresiva, y por tanto inconstitucional, sin que esto signifique que los sistemas de justicia indígena deban funcionar sin ningún control.

Señalan que el texto constitucional es un límite material al ejercicio del poder, pues impide que este se desborde mediante el sistema de garantías, y cierra la posibilidad de que las reformas civilizatorias y decididas por el legislador constituyente sean burladas, lo que significa que lo que el texto constitucional no ha diferenciado explícitamente, no puede hacerlo la Corte Constitucional en su papel de máximo intérprete, y que los derechos constitucionales obligan al Estado a materializarlos a través de las leyes, políticas públicas y sentencias.

Consideran que la Corte Constitucional no es *a priori*, competente formalmente para limitar lo ya establecido en el artículo 171 de la Constitución. Que este Organismo debe determinar, en cada caso y a partir de una interpretación intercultural, los límites adecuados al ejercicio de la justicia indígena.

Las formas de hacer justicia para las autoridades indígenas tienen particularidades propias, una de ellas, la más importante, es su naturaleza comunitaria. A más del ejercicio colectivo de la autoridad, tampoco existen en los sistemas de justicia indígena partes procesales, por tanto no existe jurisdicción ni funciones jurisdiccionales de ningún tipo. Es por ello que la frase “dentro de su ámbito territorial” del artículo 171 de la Constitución, es inaplicable a los sistemas de justicia indígena, ya que opera a través de lazos comunitarios.

El derecho propio de los colectivos indígenas no está en códigos ni cuerpos legales, a pesar de que en algunas comunidades existan normas escritas por decisión propia. Cada colectivo indígena tiene su propio orden político y por tanto de derecho, que no está centralizado ni generalmente explícito.

Audiencia pública

Se realiza la audiencia pública el 14 de octubre de 2010, en la que los abogados defensores del legitimado activo se afirman y ratifican en la acción extraordinaria de protección, especialmente en el hecho de que la justicia indígena actuó respetando la

Constitución al conocer y sancionar el hecho. Que la intromisión de la justicia occidental ha evitado la debida ejecución de la sanción impuesta.

Las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, legitimados pasivos, por intermedio de su abogado defensor, señalan, en lo principal, que su actuación ha sido apegada a la Constitución y que no se ha atentado contra los derechos de los implicados. Que la justicia indígena ha sido reconocida por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el Código Orgánico de Justicia.

Los terceros con interés, Manuel Orlando Quishpe Ante, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Romero Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umanjinga, a pesar de haber presentado el escrito del 16 de junio de 2010, (el que consta a fojas 61 a 63 del expediente) en el que manifiestan que la sanción impuesta en su contra ha violado sus derechos al debido proceso, a la defensa, a su libertad e integridad personal, en esta audiencia, por medio de su abogado defensor, afirman estar de acuerdo con la justicia indígena impuesta en su contra, por lo que ya han sido juzgados y sancionados y, por tanto, la justicia ordinaria no puede volver a conocer la causa, ya que contradice lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal **i** de la Constitución.

Peritajes

Por la complejidad del tema y para una mayor comprensión objetiva respecto al derecho propio del pueblo Kichwa Panzaleo, el juez Patricio Pazmiño Freire requirió la colaboración de los expertos Esther Sánchez y Pedro Torres, quienes realizaron los peritajes correspondientes que fueron presentados a la Corte Constitucional de Ecuador para la resolución de la presente causa, y cuyo contenido se desarrolla en esta sentencia.

Diligencias incorporadas al proceso

Obra del expediente de fojas 179 a 186 el auto de llamamiento a juicio:

“El juez primero de garantías penales de Coto-paxi, Latacunga, el viernes 24 de septiembre del 2010 a las 18h08, resolvió: SÉPTIMO.- Con los antecedentes expuestos al considerar que de los resultados de la instrucción fiscal aparecen graves y fundadas presunciones sobre la existencia de la infracción y que los imputados: Iván Blamido Candelejo Quishpe; Flavio Hernán Candelejo Quishpe; Manuel Orlando Quishpe Ante, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga; y, Kléver Fernando Chaluisa Umajinga tienen presunta

participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial, conocido como ASESINATO, que se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 450 del Código Penal, números 1, 4, 5, 6, 7; al amparo de lo contemplado en el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal dictó AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO en contra de los procesados: 1. IVÁN BLAMIDO CANDELEJO QUISHPE, con cédula No. XXXXXXXXXXX-X, de 19 años de edad, nacido el 24 de junio de 1991 en la parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi, instrucción secundaria, soltero, domiciliado en la comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. 2. FLABIO HERNAN CANDELEJO QUISHPE, con cédula No. XXXXXXXXXXX-X, de 19 años de edad, soltero, ocupación estudiante, instrucción secundaria, domiciliado en la calle Fernando Daquilema y Quintana, cantón Quevedo, provincia de los Ríos; 3. MANUEL ORLANDO QUISHPE ANTE, con cédula No. XXXXXXXXXXX-X, de 23 años de edad, soltero, ocupación estudiante, domiciliado en la comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, reside desde hace cinco años en la ciudad de Quito; 4. WILSON RAMIRO CHALUISA UMAJINGA, con cédula No. XXXXXXXXXXX-X, nacido el 10 de Abril de 1991 en Zumbahua, soltero, de 19 años de edad, instrucción secundaria, ocupación estudiante, domiciliado en la comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi; y, 5. KLÉVER FERNANDO CHALUISA UMAJINGA, con cédula No. XXXXXXXXXXX-X, de 21 años de edad, soltero, instrucción superior, ocupación estudiante domiciliado en comuna Guantopolo, parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Se ratifica y se confirma la medida cautelar de prisión preventiva que se encuentra dictada en contra de los antes nombrados procesados; una vez ejecutoriado el presente auto resolutivo, dentro de los tres días posteriores; los sujetos procesales enuncien por escrito las pruebas con las que sustanciarán sus posiciones en el juicio. Hecho que sea remítase el proceso al Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, conforme el último inciso de la disposición del Art. 232 del Código de Procedimiento Penal; procédase a dar lectura del presente auto a las partes procesales conforme se encontraba ordenado.- Notifíquese y cúmplase. F) Dr. IVÁN FABARA GALLARDO, JUEZ TEMPORAL". Sic.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional evidencia que no existe inconformidad por parte del accionante respecto a la resolución de justicia indígena, ya que principalmente manifiestan su preocupación por los procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria y una alegada falta de diligencia por parte de las autoridades indígenas para hacer eficaz su decisión y competencia. Es decir, nos encontramos frente a una acción extraordinaria de protección relacionada directamente con la ejecución de las decisiones dictadas por la comunidad indígena en el presente caso. Siendo así, la decisión que dictará esta Corte, en ejercicio de esta acción extraordinaria de protección, deberá tomar en consideración criterios y parámetros propios del pluralismo jurídico, autonomía, interculturalidad.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce la capacidad jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. En esta misma línea, es imperativo recordar el marco normativo del derecho internacional, específicamente el artículo 8 numeral 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, que al referirse a la obligación que tienen los Estados de garantizar la conservación de costumbres e instituciones, entre ellas el derecho propio de los pueblos y comunidades determina que dicha garantía va de la mano de un juicio de compatibilidad entre los derechos reconocidos o positivizados en la Constitución y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por estas particularidades, y considerando que se trata de la primera decisión en materia de acción extraordinaria que se relacionaría con decisiones jurisdiccionales de justicia indígena, por no existir precedentes en la materia dentro del constitucionalismo ecuatoriano, esta Corte, conforme lo previsto en los artículos 11 numeral 8, 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, y 62 numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, asumirá también la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección y establecerá un precedente en la materia.

El artículo 171 segundo inciso de la Constitución de la República determina:

El Estado garantizará que las decisiones de la

jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Conforme la norma constitucional citada, es obligación de la Corte Constitucional velar por el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena y que en estas se asegure la vigencia de los derechos constitucionales; en este marco se fundamenta el control de constitucionalidad de competencia de esta Corte.

En consecuencia, una vez delimitado el campo de análisis que deberá ejercer la Corte en esta acción extraordinaria de protección, afianza su jurisdicción y ratifica su competencia para tramitar y resolver esta acción extraordinaria de protección, con el fin de resguardar los derechos de las partes involucradas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República.

Determinación de los problemas jurídicos

La Corte resuelve agrupar las pretensiones del accionante, de conformidad con las técnicas de economía procesal, precisión y celeridad; para ello, analizará el caso a través de la resolución de cuestiones esenciales que responden a la totalidad de las alegaciones de los recurrentes; indagará acerca de la habilitación constitucional y convencional de la autoridad indígena para conocer y resolver el caso; examinará la constitucionalidad y convencionalidad del proceso y las decisiones adoptadas, dilucidando los elementos que configuran la naturaleza obligatoria de la justicia indígena para los miembros de la comunidad, para concluir examinando la legitimidad de las actuaciones de las instituciones y autoridades públicas, en el presente caso.

Sobre esta base resolverá los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?
2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?

Resolución de los problemas jurídicos

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

Previo a responder a estos interrogantes, la Corte estima indispensable realizar algunas puntualizaciones sobre los efectos del reconocimiento del Estado ecuatoriano como intercultural, plurinacional y unitario, y el nexo o grado de interdependencia entre estos conceptos que, lejos de considerarse como antagonicos, son plenamente compatibles. Estas características delinean al Ecuador como una nación que reconoce, respeta y garantiza la riqueza de diversidad cultural que convive dentro de su territorio. Como corolario de lo señalado, el preámbulo de la Constitución de la República consagra el reconocimiento de nuestras raíces milenarias y apela a la sabiduría de las culturas que nos enriquecen como sociedad.

Dentro de este escenario, conviene determinar cuál es el significado y alcance de cada una de estas características. Así, la plurinacionalidad comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia, no solo con cierto ámbito geográfico, sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica.

Por otro lado, la interculturalidad, más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica. De esta forma, para que la plurinacionalidad se desarrolle positivamente necesita de la interculturalidad; así, estos conceptos guardan entre sí una relación de complementariedad en el sentido que uno completa o perfecciona al otro; mientras que, por otro lado, el principio de unidad del Estado o Estado unitario refiere a una nación dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con una democracia sustentada en la ciudadanía única, sin que aquello implique restricciones a los derechos colectivos de cada grupo étnico y al sentimiento de pertenencia de las personas a una comunidad étnico-cultural determinada. En tal virtud, las características de plurinacionalidad e interculturalidad no constituyen una antinomia al estado unitario ni a la democracia.

Finalmente, vale anotar que las características de plurinacionalidad e interculturalidad no contradicen el concepto de Estado unitario, sino el concepto de Estado homogéneo; esto es, comportan el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la aceptación de minorías históricamente discriminadas.

Una vez clarificados los efectos del artículo 1 de la Constitución al reconocer al Ecuador como un Estado plurinacional, intercultural y unitario, esta Corte considera preciso proferir una mirada de reflexión integral y articulada que armonice y compatibilice los dispositivos normativos del sistema jurídico constitucional local con el orden jurídico convencional e internacional de los derechos humanos. En esa línea de pensamiento, es menester remitirnos al artículo 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en la parte relativa a los derechos que asisten a los pueblos para la conservación de sus formas de organización y ejercicio de su autoridad. El numeral 2 del indicado artículo establece que: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. Por su parte, el numeral 1 del artículo 9 del mencionado Convenio establece que: “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 57 numeral 9, reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre otros derechos: “Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”; y en el siguiente numeral, el 10, se señala como derecho: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

Del análisis de los textos referidos se colige que a partir del marco normativo constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos ha de presumirse la existencia de una estructura propia de las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como de una autoridad que representa dicha estructura, crea derecho de orden interno y sanciona y resuelve los conflictos internos. En otras palabras, se debe verificar, conforme la normativa referenciada, la existencia de una autoridad habilitada para sancionar de conformidad con sus tradiciones ancestrales, su derecho propio y dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, tal como lo establece el artículo 171 de la Constitución.

Cuando hablamos de habilitación de la autoridad indígena para resolver conflictos internos, hablamos de aquello que Kelsen, en *La Teoría Pura del Derecho*, plantea respecto de que una autoridad es simplemente un órgano jurídico, esto es, un órgano habilitado para emitir tal o cual especie de norma jurídica o adoptar tal o cual decisión jurídica; un órgano habilitado para crear derecho, habilitado en el sentido etimológico de la palabra, esto es, “hacer a alguien o algo, hábil, apto o capaz para una cosa determinada”¹. Esto porque para el jurista austriaco, la norma solo se dirige de manera indirecta al sujeto de derecho, no en virtud de la imposición de una obligación, sino únicamente en virtud de la representación del sujeto de derecho como susceptible, bajo ciertas condiciones, a la imposición de una sanción, lo que quiere decir que un sujeto, bajo determinadas condiciones, está habilitado para imponer una sanción.

Bajo esta perspectiva cabe preguntarse ¿quién es autoridad entre los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador? La respuesta a este interrogante sería relativamente sencilla si se tratase de una autoridad común del Estado, sin embargo, esto no es así debido a las particularidades que tiene la organización interna de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, lo que obliga a esta Corte, para el análisis del presente caso, a ubicarse en el campo del pluralismo jurídico constitucionalmente determinado.

Desde una perspectiva histórica y a manera de referencia, de acuerdo con la certificación conferida

¹ PAULSON, Stanley L., “La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen” en Revista Derecho de Estado N° 29 julio/diciembre del 2012, pp. 5/49. Pág. 8. Versión electrónica, consultado el 02.01.2013 <http://www.revistaas-constitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art6.pdf>

por la Directora Ejecutiva del Archivo Nacional, que consta a foja 288 del expediente, el entonces Rey de España comunicó al presidente y oidores de la Real Audiencia de Quito que:

“Presidente y Oidores de la nuestra Audiencia Real que reside en la ciudad de San Francisco de la provincia del Quito nos somos informados que los indios naturales de esa provincia del Quito no son gobernados por las leyes y provisiones nuestras sobre ellos dadas sino por las de estos Reinos siendo diversa la república y el gobierno de donde se sigue los enseñan a pleitear en los negocios y de usurpar las haciendas ajenas con autoridad y justicia y se les pervierte su gobierno quitándoles de la sujeción de sus caciques y señores naturales y porque como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no se hagan procesos ordinarios y que sumariamente guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustas de no hacerse así demás de seguirse tanto daño de los indios no somos deservido y nuestra voluntad es para que mejor se acierte se os declare y abierta más en particular la orden que en ello haréis detener y para hacerlo es necesario saber los usos y costumbres que los dichos indios tenían en el tiempo de su gentilidad en todo el término de vuestro gobierno os mandamos que luego que recibáis esta nuestra cédula ayáis información de ello muy en particular lo cual enviareis al nuestro Consejo de las Indias para que en él vista se provea lo que convenga fecha en Badajoz a 23 de septiembre de mil quinientos y ochenta años Yo el Rey

Esta disposición monárquica es un hito histórico que establece el reconocimiento de un nivel de autoridad indígena al disponer que se respeten las facultades y competencias de los pueblos indígenas, en los albores de la conquista. Esto nos dice que su existencia, rol y facultades precede a la estructura del propio estado republicano, sin que por ello se pueda afirmar que no han ocurrido cambios y transformaciones en las estructuras de la autoridad y justicia de los pueblos indígenas de estas tierras.

Un dato contemporáneo que permite a esta Corte identificar quién es autoridad entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, lo encontramos en el artículo 8 de la Codificación de la Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificada al 2004, del que se deriva que la autoridad indígena es aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar el órgano oficial representativo, que es el Cabildo. Desde un enfoque o análisis formalista del Derecho Posi-

tivo, es decir, desde una lectura literal del texto sin articulaciones con el conjunto de la ley, peor de la Constitución, sería suficiente identificar la ley que contiene la norma habilitante para dilucidar quién es la autoridad indígena. No obstante, esta Corte advierte, por los estudios especializados practicados dentro de la presente causa, que el concepto de autoridad indígena dentro del proceso de la justicia indígena es más amplio que el determinado en el referido artículo 8 de la ley. Así se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, en materia de justicia indígena, es la Asamblea Comunal; que el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados que lo realizan a las personas de la comunidad con mayor nivel de autoridad, respeto o edad, y que luego todas las partes que intervienen en el proceso se someten a los principios, procedimientos y resoluciones que se adopten en la Asamblea Comunal.

Queda claro para esta Corte que las tradicionales formas de representación comunitaria: el presidente del Cabildo, dirigentes comunitarios, exdirigentes del Cabildo y los ancianos o mayores, en el proceso de administración de la justicia indígena actúan solo como facilitadores del proceso y no tienen niveles de decisión individual en razón de su cargo o estatus comunitario. La decisión del caso, conforme se documenta en los estudios, y consta en el expediente debidamente demostrado, fue el resultado de la deliberación colectiva, luego de largos debates en los que participaron sin ninguna restricción los miembros de la comunidad, por lo que las decisiones no pueden ser atribuidas a persona o autoridad en particular, o a la convicción de una autoridad específica, de un juez o de una persona en concreto.

Esta naturaleza colectiva del ente juzgador en el proceso de justicia indígena, en primer lugar, nos permite responder afirmativamente la primera parte del interrogante jurídico, esto es, quién es la autoridad que administra la justicia indígena. En segundo lugar, nos facilita comprobar la materialización de la coexistencia de distintas esferas de lo jurídico, como es en este caso el sistema ordinario y el indígena. En tercer lugar, permite realizar el control constitucional respecto de la responsabilidad y obligación que tiene esta sui generis forma de autoridad de asegurar que sus actuaciones se sujeten a sus normas, procedimientos y derecho propio, a la Constitución y a los convenios internacionales de derechos humanos, que es lo que esta Corte procede a realizar de manera inmediata.

La descripción pormenorizada que hacen los estudios especializados incorporados al proceso

sobre el procedimiento que reiterada y tradicionalmente aplica el pueblo Kichwa Panzaleo para resolver casos de conflictos internos brindan una explicación razonable para identificar la estructura de autoridad, las normas y procedimientos de la justicia propia de un pueblo indígena de la sierra ecuatoriana. Estos estudios nos describen, de manera minuciosa, que existen actuaciones específicas que deben cumplirse como parte del proceso de juzgamiento de una infracción. La justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria, teniendo en la noción del prestigio el principio ordenador de las conductas y de la convivencia comunitaria.

Respecto al procedimiento que siguen para la resolución de conflictos dentro de esta comunidad, de modo general, existen varios momentos que se cumplen, a saber:

El primero consiste en la demanda o denuncia (*Willachina o willana*) que se realiza, ya sea ante el presidente, el Cabildo o directamente ante a la Asamblea General (dependiendo de la gravedad del asunto). Esta solicitud consiste en el requerimiento de intervención en la solución del conflicto y constituye la única vía para la realización de un proceso, pues la justicia indígena no se activa de oficio. Con la denuncia se configura un presupuesto básico insustituible en la justicia indígena: la obligación de someterse y aceptar lo que se resuelva, así como respetar y cumplir las medidas que adopte la comunidad. Solo cuando se ha cumplido esta primera fase se puede iniciar el proceso de juzgamiento.

El proceso se inicia con la convocatoria a una Asamblea General en donde se da a conocer públicamente los hechos y detalles del caso. La Asamblea abre un periodo de averiguación o constatación de los hechos (*Tapuykuna o tapuna*), en el cual se designan comisiones o comisionados que serán los encargados de llevar adelante la investigación y el esclarecimiento de los hechos².

Cuando se tienen indicios, pruebas y testimonios que configuran los elementos materiales que confirman la denuncia, se reúne nuevamente la Asamblea General para tomar conocimiento de los resultados obtenidos y abrir un período de deliberación. En esta etapa pueden participar los implicados, las víctimas, sus familiares y personas de relevancia en la comunidad, así como también se pueden presentar testimonios y pruebas que se con-

sideren pertinentes o solicitar una confrontación (careo) para contrastar las versiones de las partes (*Chimbapurana o nawichina*). Además, para garantizar que la deliberación se base en datos ciertos, que sea pública, comunitaria y abierta, todos los argumentos, pruebas y testimonios pueden ser impugnados durante la Asamblea.

Una vez que hay suficiente claridad o certeza respecto de los hechos se procede en forma comunitaria a establecer la culpabilidad o inocencia, y de ser el caso, a adoptar las medidas de solución o conciliación entre las partes, así como también aquellas medidas destinadas a la sanación del infractor (*Kishpichirina*). Así, es la Asamblea General (como máxima autoridad) la que toma una resolución, califica el acto denunciado, señala los autores o cómplices, determina las medidas reparatorias y las ejecuta. En esta fase las mujeres tienen un papel muy activo, pues son ellas quienes ejecutan la resolución, incluyendo de ser el caso, el castigo determinado por la Asamblea (*Paktachina*). Posteriormente, vendrá el aconsejador (*kunak*), quien por sí solo o con la familia del infractor lo aconseja y reprende, haciéndole comprender el valor y el sentido de lo actuado, así como de lo que debe resguardar, que ante todo es el buen vivir de la comunidad (*ayllukuna alli kausay*).

Para las comunidades Kichwa Panzaleo, cuando se comete una infracción que afecte sus relaciones sociales, personales, familiares, económicas y de convivencia comunitaria, es necesario conseguir la restitución del orden para devolver el equilibrio a la comunidad. Para ello, consideran necesario efectuar la purificación del infractor y su reconexión con la naturaleza (Pachamama) aplicando sanciones, reprimendas o consejos con un alto contenido simbólico.

Para el pueblo Kichwa Panzaleo, las sanciones, y dentro de estas los castigos corporales, tienen como finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados³. En su razonamiento, la sanción es la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Al ser aplicada públicamente cumple una labor disuasiva y preventiva que busca influir en los demás miembros de la comunidad, disciplinándolos para evitar el cometimiento de este tipo de faltas en un futuro, así como también para evitar la reincidencia por parte del infractor.

² Según Pedro Torres, en caso de delitos graves o flagrantes, se puede apresar a los denunciados o los sospechosos y se procede a recoger todo posible indicio y se lleva a cabo una investigación que es algo distinta a la averiguación tradicional. Implica mayor trabajo investigativo y no se permite la intervención de nadie, y los comisionados tienen plena libertad para llevar a cabo toda actuación necesaria, incluso aplicación de la fuerza.

³ Sánchez, Esther. Peritaje antropológico presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Pp. 30 y 31.

Al respecto, Pedro Torres, en su informe, sostiene lo siguiente:

«...frente a un desfase en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos (...) así, la comunidad es el pilar esencial de toda estructura y organización de vida, que no se refiere simplemente a la cohesión social sino a una estructura y percepción de vida que va más allá de los seres humanos y que relaciona con toda forma de existencia en una común unidad de interrelación e interdependencia recíproca.

Por eso, lo que aparentemente aparece como una “pena” o un “castigo” es simplemente una sanción o reprimenda, amonestación, advertencia o llamado de atención para que se mantenga el AYLLUKUNA ALLI KAUSAY y se pueda llegar al *sumak kausay* o el buen vivir que está garantizado en la Constitución Política⁴».

De modo que la sanción, reprimenda o consejo aplicado dentro de la comunidad indígena de La Cocha, en el presente caso, constituye una práctica que toda la comunidad conoce y reconoce como mecanismo de amonestación, advertencia o llamado al orden.

Para la Corte Constitucional es de particular importancia destacar que los dos informes especializados evidencian que la asamblea general de la comunidad, que ejerce la administración de justicia, solamente en los casos relacionados con la afectación a la vida, esto es, la muerte de uno de sus miembros que afecta la integridad y cohesión comunitaria, impone sanciones más drásticas⁵. Es únicamente ante la muerte que se aplica, a la vez, el castigo del baño con agua fría, la ortiga, el fuste, el cargar tierra o piedras en la plaza pública y los trabajos comunales.

En las comunidades kichwa de Panzaleo, todo problema o conflicto concluye con el perdón de la comunidad a los afectados. Una vez obtenido el perdón se procede al agradecimiento o reconciliación, en el que quienes han sido juzgados proceden a agradecer o a rehacer sus vínculos y lazos con la familia y la comunidad. Esto verificamos en el Acta donde los representantes de las 24 comunidades dejaron constancia de lo siguiente: “...después de casi quince días de averiguaciones, de confrontaciones,

dentro del marco constitucional y respetando los derechos humanos siguiendo el procedimiento y las normas y tradiciones de la justicia indígena se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado [sic] y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha restablecido”.

Durante todo este proceso siempre hay personas encargadas de garantizar que se siga el procedimiento adecuadamente para que surta los efectos requeridos. Al igual que sucede en rituales religiosos, por ejemplo, hay personas que garantizan el cumplimiento de los usos, costumbres y tradiciones a observarse en cada momento.

En consecuencia, en el presente caso, queda materialmente demostrado que la comunidad donde se ejerció el proceso de juzgamiento cuenta con un procedimiento preestablecido, el cual tiene normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad, a pesar de que estas no estén registradas o escritas. Así también, queda evidenciado que la autoridad habilitada para tomar decisiones frente a un conflicto interno es la Asamblea General Comunitaria y no una persona o grupo de personas de la comunidad; por tanto, esta Corte declara que es la Asamblea General Comunitaria la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan bienes jurídicos comunitarios en el pueblos kichwa Panzaleo.

Continuando con el análisis constitucional, esta Corte tiene que dilucidar cuál es el contenido y alcance de las resoluciones adoptadas el 16 y 23 de mayo del 2010, con el propósito de establecer el bien jurídico que protege la justicia indígena y su relación, similitud o diferencia con el bien jurídico que protegen las decisiones de la justicia penal ordinaria.

Encontramos que las autoridades y demás comisionados que participaron en el proceso, lo que conocen y deciden en relación a la muerte de Marco Antonio Olivo, no es, en estricto sentido, el grado de participación de Silvio Candejejo Quishpe, y los cuatro involucrados en el hecho de la muerte; lo que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagan es el grado de afectación que la actuación de los involucrados provoca al colectivo comunitario. Esto se evidencia al evaluar el sentido y alcance de las sanciones adoptadas en la asamblea, a saber: la indemnización de cinco mil dólares que son donados a la organización UNOCIC para

⁴ Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 24.

⁵ Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 26 y 27.

que sean invertidos en obras comunitarias; la prohibición del ingreso de grupos de “pandilleros” a las fiestas de la comunidad; la expulsión de la comunidad por dos años a los jóvenes con la obligación de los familiares de rehabilitarlos; las sanciones físicas y la sanción agravada al autor material del hecho.

Ahora bien, si lo que resuelve la Asamblea Comunal es la reparación o “sanación” a la afectación que la actuación de los involucrados provoca a la comunidad, cabe preguntarse: ¿Qué ocurre con la reparación por el hecho de la muerte y la consecuente responsabilidad subjetiva de quien o quienes provocaron la muerte? La dimensión subjetiva de los derechos y de las responsabilidades, entendidas conforme al derecho ordinario, ¿es un bien jurídico que se encuentra protegido en las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, bajo sus particulares circunstancias?

Para encontrar respuesta a estos interrogantes, esta Corte hace suyo el análisis semántico y lingüístico de lo que vendría a ser el “bien protegido” dentro de este pueblo, contenido en el informe del presbítero Pedro Torres, que en lo principal manifiesta:

«EL BIEN PROTEGIDO:

Como objeto o interés principal para la runa justicia o justicia indígena, está lo que anteriormente señalaba como características o principios generales del AYLLUKUNA ALLI KUSAY o el “BIEN VIVIR” en comunidad (entre familias - ayllukuna pura), que conlleva los otros principios o enunciados anteriormente: APANAKUNA, el ser llevados a la convivencia amistosa y armónica (pacífica) con el entorno: Llakta (Pueblo= - Ayllu (familia) - Pachamama (Madre Naturaleza - Pacha (Divinidad) y el respetarse o KASUNAKUY (el comportarse bien con todos) y respetar a los demás.

Así, lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el ayllukuna allí kausay, el buen vivir entre familias y el estar “integrado” a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea ... AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA, por eso suelen decir: “tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie” y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esta manera.

Por supuesto que aunque son los bienes “particulares” o personales los que muchas veces

están en juego: robos, linderos, herencias, hijas, hijos, etc., lo que se busca es proteger o amparar es en cuanto son “bienes comunales” no de común propiedad pero sí de la comunidad o de alguien de la comunidad. **Lo mismo pasa con el valor de la vida, no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es participe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia en común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean.** Cuando alguien mata o asesina a alguien, se busca antes que nada, la solución del “problema” social o de la “problemática familiar” bien del fallecido así como del hechor, son dos familias que quedan “huérfanas”, desmembradas, “el uno en el cementerio y el otro en la cárcel” y aunque en la mayoría de las veces he visto que entregan la causa a la justicia ordinaria tratan de encontrar primero una solución a lo “social”, a lo “familiar” y luego sí entregan a la justicia ordinaria o en algunos casos como dicen ellos: “dejamos a Diosito él ha de ver”.

Gonzales Holguín presenta kausay, como “Caucani. Vivir, o sustentarse. Cauca, el sustento necesario a la vida. Allipi o allinpi caucani, vivir a gusto” (pág. 51), que podríamos decir se aplica para el mundo kechwa del Perú; y ya en el kichwa ecuatoriano, Grimm la traduce como “**causan**, vivir, existir, habitar..., **causai**, vida, edad, conducta, alimento, sustento; **allí causaita causana**, perseverar en el bien” pág. 8 **allicausai**, virtud...” (pág. 2) y no se encuentra ninguna otra expresión para persona o ser individual o ente a más de runa o runacuna.

Si el bien primigenio a ser protegido es la comunidad y la vida en comunidad (ayllukunapura) una de las principales sanciones o “penas” que se pueden tomar en contra de un comunero en forma particular o individual será la **“expulsión temporal o definitiva de la comunidad”** como consta en la mayoría de los Reglamentos internos de las comunidades y comunas, aprobado por el Ministerio o entidad respectiva del Estado, o la privación de sus “derechos como comunero” o la “suspensión temporal” de la vida comunitaria o el impedimento a **participar de la vida de la comunidad** o en actos o actividades de la comunidad y otras sanciones o penas en este mismo sentido como son “el goce o disfrute de los bienes comunales” o la participación en Asambleas o Actividades comunitarias etc., etc., a más de lo que significa

la **amonestación** o el llamado de **atención** en público, verbalmente o por escrito.

He conocido muy pocos casos de “expulsión” de comuneros o de “suspensión” de sus derechos y los que he conocido lo han realizado siguiendo todos los cánones que establece el Ministerio de Agricultura de acuerdo a la Ley de Comunas y el Estatuto Jurídico de las comunidades campesinas, que han llegado a las más altas instancias tanto del Ministerio de Agricultura y Ganadería como ante el Tribunal Contencioso Administrativo y hasta el mismo Tribunal de Garantías Constitucionales y en los que no solo se ha alegado la sanción, justa o injusta, según el caso sino y sobre todo la facultad que tienen la comuna o cabildo para seguir su expulsión o sanción».

Por su parte, el informe de la experta Esther Sánchez también sustenta la dimensión colectiva no solo del proceso de resolución de conflictos internos, sino también del bien jurídico que se protege y de la sanción que se resuelve.

Para la presente causa, es de trascendental importancia la constatación que se hace de que “no se encuentra ninguna otra persona o ser individual o ente a más de runa o runacuna”. Esto se pone en evidencia tanto en los conceptos Kausay, allipi, causana, causai, allí causaita causana, allicausai, que son centrales y tienen carácter de principios organizadores de la sociedad indígena del pueblo Kichwa Panzaleo. En palabras del experto Pedro Torres: “el bien primigenio a ser protegido es la comunidad y la vida en la comunidad (ayllukunapura)”.

Lo trascendente de lo comunitario para este pueblo es claramente verificable en la descripción de los elementos que componen el proceso jurisdiccional al interior de las comunidades indígenas Kichwas Panzaleo. Existe una clasificación de la naturaleza de las acciones que tiene que ver con lo que consideran valioso desde el punto de vista comunitario: la familia, lo colectivo, vivir en comunidad; el carácter público y comunitario del proceso en todas sus fases que hace que diversos miembros de la comunidad participen en su desarrollo, en sus distintas fases: averiguación, deliberación, aconsejamiento, sanción, ejecución de la sanción, rito de reconciliación o agradecimiento, así como la decisión final adoptada por la Asamblea Comunal y no por un juez o autoridad o persona en particular.

La noción de responsabilidad que en la justicia ordinaria es individual y subjetiva, en la justicia indígena adquiere una dimensión colectiva. En tal sentido, la responsabilidad de un acto no es adjudi-

cable, únicamente, a quien realiza directamente la acción, sino que se extiende a quienes le acompañan, ayudan, alientan, y se amplía incluso a la familia del autor o autores, por fallar en su tarea de socialización o cultivo de las virtudes comunitarias, sin que esto sea equivalente a las nociones de “delincuente”, “cómplice” o “encubridor” que tipifica la normativa penal y que están ausentes en la justicia indígena, conforme se constata de los datos incorporados en los informes técnicos especializados.

Esta Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.

A pesar de destacar estos importantísimos hallazgos en el proceso, y dada la trascendencia de este fallo, la Corte Constitucional se ve en la obligación de desarrollar algunos razonamientos adicionales, a partir de la formulación de las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la obligación del Estado frente a bienes jurídicos de especial relevancia para la Constitución ecuatoriana, para el Derecho Internacional y, particularmente, para el Derecho Penal Internacional?, y, consecuentemente, en tanto no existen derechos ilimitados, ¿bajo qué horizontes normativos debe examinarse la vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia, cuando son cometidos por ciudadanos indígenas, dentro o fuera de sus comunidades?

Para responder a las preguntas formuladas es necesario hacer referencia a la Constitución en el numeral 10 del artículo 57, que establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrán vulnerar derechos constitucionales, en particular de mujeres, niños, niñas y adolescentes”.

Por su parte, el artículo 171 de la Constitución de la República habilita a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades a ejercer “funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de

su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres...”.

Las disposiciones constitucionales referidas nos hablan de algunos aspectos importantes: acerca del derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; la facultad que tienen las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades de ejercer sus funciones jurisdiccionales, bajo las reglas constitucionales y del sometimiento de dichas actuaciones a los límites que establecen los derechos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, específicamente los derechos de mujeres, niños, niñas y adolescentes.

No obstante, argumentar de manera abstracta, sin aplicación material a caso concreto, que las facultades para el ejercicio del derecho a crear, desarrollar, aplicar, practicar, inclusive transformar el derecho propio de los pueblos indígenas, están definidas por constar en la Constitución y estar reconocidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, es claramente insuficiente e implicaría vaciar el ejercicio del derecho, por el simple hecho de que, por su estructura y composición, tanto sus tradiciones ancestrales, como sus normas y procedimientos propios no son equivalentes o equiparables ni por vía del silogismo ni por vía analógica, al derecho ordinario, ni adjetivo ni procesal; por lo que todo examen de constitucionalidad, desde esa perspectiva, arrojaría un resultado erróneo, tanto para la justicia indígena como para la justicia ordinaria.

Es justamente por esta particularidad que es menester reconocer que se trata de un derecho propio, distinto al derecho ordinario, pues opera y funciona con principios y reglas distintas a este; de ahí que es destacable la coherencia del Constituyente de Montecristi al distinguirlos y establecerlos como Justicia Ordinaria y Justicia Indígena.

2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial a las decisiones de la justicia indígena?

Avanzando en el análisis nos remitimos al artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, que reconoce y garantiza a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida. Constitucio-

nalmente la vida se encuentra protegida en un ámbito positivo como derecho inherente de toda persona y a su vez como una obligación de la sociedad y en particular del Estado, que es el encargado de garantizarla y protegerla frente a cualquier posible amenaza. Del mismo modo, el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos determina que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Por lo que, tal y como ha entendido la doctrina y la jurisprudencia internacional, la protección jurídica de la vida implica dos dimensiones: la primera, una dimensión negativa mediante la cual el Estado tiene la prohibición de atentar contra la vida de las personas; y la segunda, una dimensión positiva que obliga a los poderes públicos a establecer un sistema de protección que sancione cualquier agresión a la vida con independencia de su origen público o privado y sin distinción respecto de los involucrados. Esto último quiere decir que el Estado deberá sancionar toda agresión a la vida sin importar la raza, sexo, religión o pertenencia a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena del agresor y/o del agredido⁶.

Uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado, dentro del orden constitucional contemporáneo, es establecer amplias garantías que amparen el derecho a la vida y a la dignidad humana de las personas. En tal sentido, a diferencia del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en donde la vida de la persona es protegida en tanto aporta a la materialización del bien jurídico protegido que es la comunidad, en el derecho común, *ius commune*, el derecho a la vida es protegido en sí mismo, esto es, por el solo hecho de su existencia.

Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y por ende por el Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra la vida. En otras palabras, es en el Estado donde recae la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y tomar medidas para la erradicación de las conductas que atenten contra este derecho humano. Es responsabilidad del Estado garantizar, en todo momento, que cualquier atentado contra la vida sea conocido, juzgado y sancionado, no solo en tanto derecho objetivo, esto

⁶ Al respecto, ver Rey Martínez, Fernando. “La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: Un derecho en transformación y expansión”. Revista de Estudios Constitucionales, Año 7, N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. 2009, pp. 331-360.

es, que establece una obligación jurídica que busca subsanar el impacto social que una muerte provoca, sino también en tanto derecho subjetivo, esto es, inherente de cada persona. En definitiva, le corresponde al Estado y a sus instituciones, de manera prioritaria, evitar que los delitos que atenten contra la vida queden en la impunidad, garantizando que la respectiva sanción recaiga en la responsabilidad de quien causa la muerte.

Adicionalmente, el derecho a la vida forma parte de los *ius cogens*⁷, de modo que la inviolabilidad de la vida es una norma imperativa e inderogable del derecho internacional general, consagrada como un valor y un bien trascendental para la comunidad nacional e internacional. Frente a esta categorización de la vida como parte de los *ius cogens* se debe entender que se vuelve necesaria la activación de todos los medios y mecanismos nacionales e internacionales para su efectiva protección, incluyendo la obligación de todos los Estados de perseguir de modo efectivo toda conducta que atente contra este derecho y conseguir la sanción a sus autores, siempre con el fin de evitar la impunidad y prevenir y erradicar conductas contrarias al derecho a la vida. Por consiguiente, la vida, revestida de un alto valor para el Orden de los Estados, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección frente a toda situación, y en todo el territorio nacional.

La Corte Constitucional advierte que siendo la inviolabilidad de la vida un derecho protegido por la Constitución, por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por los principios contenidos en los *ius cogens*, le corresponde al Estado garantizar este derecho en todas sus dimensiones y velar porque, ante cualquier amenaza o agravio, se juzgue y se sancione la conducta como tal, tomando en cuenta además los efectos traumáticos que este acto dañoso produce en la comunidad y en la sociedad.

Como consecuencia de esto, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, esta se encuentra sometida a la Constitución y, por tanto, condicionadas a proteger los derechos en ella establecidos, en este caso, la inviolabilidad de la vida. Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al formar parte de la sociedad ecuatoriana, tienen también la responsabilidad de

precautelar el derecho consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución y el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en consecuencia, deben garantizar que todo atentado contra ella sea juzgado de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales y la ley.

De esta manera, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, respetando el ordenamiento jurídico del Estado constitucional de derechos y justicia, están en la obligación de precautelar la vida de las personas en su dimensión subjetiva y objetiva, garantizando la no impunidad de los delitos en los casos de muerte, para lo cual frente a actos que afectan la inviolabilidad de la vida, les corresponde a sus miembros, y en particular a sus autoridades, colaborar con el Estado y sus instituciones en el proceso judicial de determinación de responsabilidades y de sanción del delito, en el marco de los procesos objetivos de coordinación ordenados por la Constitución.

Por consiguiente, sin que pueda hablarse de interferencia ni de disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado, y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte, y juzgar y sancionar el hecho punible de conformidad con la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes de la materia, preocupándose de aplicar los debidos, oportunos y previos mecanismos de coordinación con las autoridades indígenas concernidas en el respectivo caso, a fin de determinar el o los responsables de los hechos atentatorios de la vida.

Como en efecto sucedió en el caso sub júdice, pues obra del expediente de fojas 179 a 186 el

⁷ La positivización del *ius cogens* se remonta a 1969, cuando se recoge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su artículo 53 establece que “Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.” Al respecto ver: Florabel Quispe Remón. “Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso”. Universidad del Norte. Revista de Derecho N° 34, Barranquilla, 2010.

auto de llamamiento a juicio de los implicados en la muerte de Marco Olivo Palio, en virtud de las competencias constitucionales y legales para juzgar y en caso de existir responsabilidad penal sancionar las agresiones ilegítimas contra el bien vida.

Esta medida en nada afecta la existencia de un derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, derecho que tiene una amplia aplicación para el conocimiento y solución de los conflictos internos producidos entre sus miembros dentro de su ámbito territorial. El ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas debe ser respetado, sin embargo, los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que los derechos que amparan a todas las personas, no son absolutos, lo que equivale a decir que no existen derechos ilimitados; esto es, el derecho de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, así como la facultad de ejercer administración de justicia en casos de conflictos internos de la comunidad, están garantizados en tanto y en cuanto no se coloquen al margen de los convenios internacionales de derechos humanos y de la Constitución de la República del Ecuador.

De igual forma, en nada afecta al orden jurídico legal penal y a los principios y reglas constitucionales, reconocer el derecho que tiene todo ciudadano indígena que se vea sometido a la justicia penal ordinaria, bajo los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho interno, de ser considerado y que se respete su condición económica, social y cultural.

En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.

Para abundar en lo señalado y por ser de capital importancia, reforzando el razonamiento precedente, es menester remitirse al informe pericial de Esther Sánchez, foja 322 del proceso, donde se identifica que el llamado “Caso de La Cocha-Guantopolo, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi” expresa el desencuentro entre personas y sociedades cuyos marcos culturales son diferentes, y es justamente

en estas circunstancias que el juzgador, previo a su decisión, para orientar la aplicación de penas, sanciones o medidas alternativas, deberá considerar lo siguiente: a) una valoración crítica de la cultura involucrada; b) el grado de aislamiento o integración de la comunidad indígena respecto de la cultura mestiza mayoritaria, c) el grado de afectación que genere el hecho en la estructura social y comunitaria y en los miembros de la comunidad y, e) consideraciones sociales y culturales, así como el grado de impacto, conmoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto.

Para concluir con el análisis constitucional, por constituir un factor de incidencia en la imagen que la sociedad alimenta respecto a la cultura y prácticas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, esta Corte procede a verificar si la actuación de los medios de comunicación que difundieron el caso enmarcaron su trabajo en la normativa vigente, y de ser constitucionalmente imperioso, dictará reglas de cumplimiento para la favorabilidad de la protección y garantía de derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Consideraciones adicionales de la Corte Constitucional

El accionante en su demanda señala:

«El ejercicio de las facultades jurisdiccionales y la competencia por parte de las autoridades indígenas de la Comunidad de La Cocha ha generado un arduo debate en los distintos medios televisivos, radios y medios escritos; así como ha generado reacciones de la sociedad nacional, propuestas y ataques de diversas autoridades, políticos y más personeros del país, quienes han manifestado “es hora de reflexionar y poner a discusión qué mismo significa la justicia indígena, en un país tan pequeño como el nuestro, dividido por las apetencias políticas e inclusive por el esquema regional, no es factible que este tipo de justicia paralela nos divida más a los ecuatorianos, porque la justicia indígena, a más de ser aberrante, acomodada y discriminatoria, es confusa para la misma sociedad.

Lo sucedido en La Cocha, comuna de la Parroquia Zumbahua, es un retroceso a la civilización, un acto letal y absurdo contra el ser humano, al presentar desnudos, amarrados, colgados, ortigados, bañados y cargando como acémilas bultos llenos de tierra y piedra; la ignominia, el desprecio y la crueldad se están practicando, haciendo caso omiso la presencia de autoridades, cuando ellas han alcahueteado la supuesta justicia indígena, les dieron

piola, hasta llegar a escuchar que existe en las comunidades “la pena de muerte” o mejor dicho, la “inyección letal de la ortiga”».

Esta Corte encuentra que debido a la forma, tiempo, contenido de las imágenes y comentarios con los que se expuso mediáticamente este caso, esto es, difundiendo como noticia solo el momento de la ejecución de las sanciones comunitarias y no todos los aspectos que involucran el proceso de administración de justicia indígena, se alimentó en la sociedad nacional sentimientos de alarma, burla, rechazo, desprestigio social y desnaturalización de los métodos y procedimientos que aplica la justicia indígena para resolver sus conflictos internos, contribuyendo a reforzar el imaginario social estigmatizante respecto de las prácticas ancestrales de estos pueblos indígenas, que fuera práctica común alimentada en el Estado mono cultural hasta antes de la Constitución del 2008, lo que a partir de esa fecha se encuentra constitucionalmente vetado.

Conforme dispone el artículo 18 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a “Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior”. Esto implica que la información que se difunda o produzca en torno a un hecho, ya sea a través de los medios de comunicación o de cualquier autoridad pública o particular –y muy particularmente en torno a hechos que ocurren al interior de los pueblos indígenas por su particular condición económica, social y cultural–, debe cumplir parámetros que garanticen la veracidad de la información, eviten la descontextualización o la tergiversación de su realidad, y que esa información que se difunda contribuya a la pedagogía social de respeto a la diferencia, como valor constitucional intrínseco atinente a una sociedad y estado plurinacional e intercultural, normativamente protegido.

De modo que en casos como el de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, la información emitida al respecto debía tomar en consideración cada uno de los requisitos marcados por la Constitución de la República. Al ser temas de alta complejidad y gran sensibilidad, al difundir lo sucedido en la comunidad de La Cocha se debió garantizar, especialmente, que la información se encuentre contextualizada, sea plural y verificada, puesto que al emitir exclusivamente imágenes y criterios respecto de hechos tan sensibles, sin presentar el contexto en el que se efectúan y sin una adecuada explicación res-

pecto de lo que es la justicia indígena y sus prácticas tradicionales, se ha favorecido a la estigmatización, desnaturalización, y desvalorización del sistema constitucional de justicia indígena.

Si la sociedad no cuenta con información completa, contextualizada, plural y verificada no puede conocer y entender la realidad específica y, por el contrario, puede ser inducida al equívoco y al prejuicio discriminatorio, por lo que en casos como este, sujetos a una particular protección constitucional, y dada su especial situación y características socio culturales, es indispensable que toda la información difundida en los medios de comunicación, así como por parte de las autoridades públicas, cuente con la participación de expertos, de miembros de la comunidad, y que su difusión se enmarque dentro del pluralismo y la interculturalidad que ordena y reconoce nuestra Constitución.

Esto tiene su razón de ser porque, además, existe una constante confusión entre ajusticiamiento o linchamiento y justicia indígena, que ya fue puesto en evidencia por parte del Relator Especial sobre Ejecuciones, Philip Alston, quien señaló que:

“los medios de comunicación y funcionarios confunden con demasiada frecuencia la cuestión de los linchamientos (denominada también justicia privada o popular) con la justicia indígena (...) La Justicia indígena es la justicia administrada con arreglo a las tradiciones indígenas. En marcado contraste con los casos de linchamiento, no implica la realización de actos de violencia arbitrarios o vengativos. La justicia indígena tiene por objetivo reintegrar a los delincuentes en la comunidad y es un proceso formal dirigido por líderes indígenas y miembros de la comunidad.

(...) Los medios de comunicación y los funcionarios deberían tener cuidado de distinguir claramente entre los linchamientos y la justicia indígena. La justicia indígena está reconocida en la Constitución y es una parte importante del sistema jurídico del país”⁸.

Por consiguiente, constituye una acción reprochable y vulneradora de derechos constitucionales, que reportajes periodísticos o autoridades públicas presenten imágenes y afirmaciones en las que se descontextualiza la justicia indígena y se la presenta como un acto de linchamiento, fomentando el desconocimiento y prejuicios de estigma en contra de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. En consecuencia, en

⁸ Torres Pedro. Peritaje presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Diciembre 2012. Pp. 26 y 27.

sometimiento a la Constitución, para garantizar el ejercicio de una práctica comunicacional de carácter intercultural que respete a la justicia indígena, a los miembros de la comunidad y a las víctimas de actos delictivos, los medios de comunicación deben emitir información contextualizada, verificada y veraz, que refleje una visión plural, enmarcada en el respeto y tolerancia a prácticas sociales y culturales diferentes, que no aliente o incentive reacciones discriminatorias contra las personas, pueblos y nacionalidades indígenas.

Por lo expuesto, esta Corte establece que a partir de la aprobación y publicación de esta sentencia, será obligación de todo medio de comunicación, público, privado o comunitario, así como por parte de cualquier autoridad pública o particular, siempre que difundan y analicen temas de justicia indígena, otorgar los espacios necesarios para que las autoridades de justicia indígena, las partes procesales, así como las autoridades de la justicia penal ordinaria y, de ser el caso, expertos concedores del tema, participen, expliquen y presenten argumentos y opiniones respecto al tema en cuestión.

Este resguardo debe adoptarse en vista de que en muchos casos las diversas costumbres, tradiciones y concepciones de los pueblos indígenas frente a aquellas de la sociedad blanco-mestiza pueden ser antagónicas o, eventualmente, parecer incompatibles con los valores más generalizados de la sociedad mayoritaria. Ante esto, para entender determinadas prácticas culturales ajenas a la cultura que representa la justicia ordinaria —como la imposición de sanciones corporales, por ejemplo—, es necesario hacer un ejercicio plural e intercultural de aproximación a los significados de aquello que de manera incoherente e inconexa se nos presenta como hechos que ocurren en un marco cultural distinto al de la cultura nacional mayoritaria.

Como consecuencia de lo analizado, la Corte Constitucional determina que cualquier medio de comunicación público, privado o comunitario, autoridades públicas o particulares, para ajustar su actuación a la normativa constitucional vigente, cuando se trate de emitir o difundir noticias, reportajes, documentales o mensajes relacionados con asuntos de justicia indígena, deberán evitar toda desnaturalización del significado del proceso de justicia indígena, para lo cual están en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad, debiendo para el efecto, previa autorización de las autoridades indígenas concernidas, documentar y presentar los aspectos relevantes del procedimiento de administración de justicia indígena, de manera integral, y no solo difundir un aspecto aislado, como el ritual de sanción,

evitando de esta manera atentar contra el derecho a una información constitucionalmente protegida.

Para concluir, esta Corte destaca que en materia de garantías jurisdiccionales resulta trascendental la generación de criterios jurisprudenciales vinculantes a partir del análisis de los hechos que dan origen a cada caso, circunstancia que diferencia al derecho jurisprudencial del derecho de origen legislativo. En consecuencia, los efectos del presente fallo serán para el caso concreto, pero los criterios interpretativos y reglas también se extienden a casos que presenten hechos similares. Finalmente, los criterios señalados cubren a las personas integrantes del pueblo Kichwa Panzaleo de la Provincia de Cotopaxi, individual o colectivamente considerados en sus territorios.

III. DECISIÓN

Siendo que el desarrollo del contenido constitucional responde a una de las obligaciones primordiales que tiene esta Corte y una de sus principales preocupaciones es garantizar la vigencia plena y eficaz del orden jurídico y político aprobado por el Constituyente en Montecristi, en mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente

SENTENCIA

1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria.
2. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios.
3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos

implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento.

4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos:
 - a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

- b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.
 - c) Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios.
5. Que el Consejo de la Judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia relacionados, debiendo diseñar una política institucional apropiada para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación in-

tercultural a nivel nacional, tanto en el ámbito del Ministerio Público como en las instancias judiciales pertinentes.

6. Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, organicen a la brevedad posible un proceso nacional de difusión de esta sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.
7. Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutive de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley, debiendo traducirse la parte resolutive al idioma Kichwa para ser divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi.
8. Publíquese una gaceta exclusiva en español y Kichwa, y, la parte resolutive publíquese en español y Kichwa en un diario de circulación nacional.

Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con seis votos a favor, de las juezas y jueces: Antonio Gagliardo Loor, Wendy Molina Andrade, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire; un voto salvado del juez Marcelo Jaramillo Villa, sin contar con la presencia de las juezas Tatiana Ordeñana Sierra y María del Carmen Maldonado Sánchez, en sesión extraordinaria del 30 de julio del 2014. Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

CASO Nro. 0731-10-EP

RAZÓN.- Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el juez Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional, el día jueves 31 de julio del dos mil catorce.- Lo certifico.

Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

CASO N° 0731-10-EP**VOTO SALVADO:
FABIÁN MARCELO JARAMILLO VILLA**

En vista de la decisión de mayoría adoptada por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión de 30 de julio de 2014, en relación con la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha; en ejercicio de la facultad que me confiere el Art. 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Art. 27 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional; y, con absoluto respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, dejo constancia de mi opinión discrepante respecto de la decisión adoptada.

Mi voto salvado se sustenta en los elementos de convicción planteados y argumentados en el proyecto de sentencia presentado al Pleno de la Corte Constitucional, en mi calidad de juez ponente original de la causa; elementos que además defendí durante todas las deliberaciones efectuadas en las correspondientes sesiones del Pleno del Organismo, dedicadas a tratar este caso, especialmente en la realizada el día 2 de julio de 2014, cuyos contenidos se encuentran en las correspondientes actas magnetofónicas.

I. ANTECEDENTES**1.1 Resumen de admisibilidad**

El 08 de junio del 2010, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, presenta acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo.

El 08 de junio del 2010, la Secretaría General de la Corte Constitucional para el período de transición certifica que respecto de la causa N° 0731-10-EP, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

Mediante auto de 07 de julio del 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, ordena se aclare y complete la demanda.

El 20 de julio del 2010, el legitimado activo, Víctor Manuel Olivo Pallo, presentó el escrito de aclaración de su demanda solicitado por la Sala de Admisión.

Mediante auto de 12 de agosto de 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición, admitió a trámite la demanda de Víctor Manuel Olivo Pallo. En relación al escrito de aclaración presentado por los señores Flavio Candejeo Quishpe, Iván Candejeo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluja Umajinga, Klever Fernando Chaluja Umajinga, y Manuel Orlando Quishpe Ante, éste fue rechazado debido a que fue presentado fuera del término dispuesto por la Sala de Admisión.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición, en sesión de 19 de agosto de 2010, le correspondió al juez Manuel Viteri Olvera, actuar como ponente en la causa N° 0731-10-EP, quien avocó conocimiento mediante auto de 30 de septiembre de 2010 y dispuso que las autoridades indígenas demandadas emitan un informe para una mejor ilustración de los hechos ocurridos y la convocatoria a audiencia pública.

Conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República, el 06 de noviembre de 2012, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional, los jueces de la Primera Corte Constitucional del Ecuador.

En virtud del sorteo de causas realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria de 03 de enero de 2013, le correspondió al juez Fabián Marcelo Jaramillo Villa, actuar como ponente de la causa.

El 04 de febrero de 2014, el juez ponente, avocó conocimiento de la causa.

1.2 Decisiones de justicia indígena que se impugnan

Las decisiones de justicia indígena que se impugnan son las adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010, por las autoridades de la Comunidad Indígena de La Cocha, pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad Kichwa de la provincia de Cotopaxi.

1.- Resolución adoptada el 16 de mayo de 2010:

“1.- Declaración pública del señor Silvio Candejea Quishpe junto con los cuatro involucrados sobre como ocurrió el asesinato de quienes y como participaron en la muerte del

joven Marco Olivo Pallo, lo cual se cumple los señores: 2.- Los señores Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candelejo Quishpe según las declaraciones de los jóvenes, se los declara como partícipes de la muerte del joven Marco Antonio Olivo, pues ellos llevaron, los golpearon y todos participaron hasta que se muera, por lo mismo serán castigados conforme la justicia indígena. 3.- Indemnización de 5000 dólares la misma que la disposición de la parte ofendida deciden donar a favor de la organización UNO-CIC, para la compra de equipos, materiales en beneficio de la comunidad y de la colectividad. 4.- La Asamblea General identifica que la zona de la parroquia Zumbahua existente de la presencia de grupos de pandilla y mismos que han participado en varios actos de vandalismo, pelea y más actos que han puesto a los habitantes en preocupación, los mismos que son rokeros, emos, Pata cuarenta, Latinkins, Batolocos, por lo que resuelven prohibir el ingreso de estos jóvenes e involucrados en el asesinato a las fiestas, sociales y culturales a la parroquia de Zumbahua por el tiempo de 2 años. 5.- Expulsión de estos jóvenes durante los dos años de la comunidad y la parroquia Zumbahua así como responsabilizarse de la rehabilitación por parte de los familiares involucrados. 6.- A los señores Iván Candeleja Quishpe Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candeleja Quishpe, Asamblea decide en poner como sanción por la participación en la muerte del joven indígena Marco Antonio Olivo Pallo, con el baño de agua con ortiga por el tiempo de 30 minutos, cargada de la tierra y que de manera desnuda de la vuelta a la plaza central de la comunidad, además recibirá un castigo por cada uno de los dirigentes de la comunidad y que esto sea visible ante la asamblea lo cual se cumple. 7.- Entregar estos “relaci”(sic) resoluciones a las autoridades que requieran y socializar a los dirigentes y base de la comunidad para el conocimiento respectivo. 8.- El perdón público ante la asamblea por parte de los involucrados lo cual se cumple. 9. Las partes involucradas y los familiares se comprometen ante la Asamblea a respetar y acatar fielmente lo resuelto por la comunidad como justicia indígena. 10.- La asamblea declara al señor Orlando Quishpe Ante, como responsable directo de la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo (...) En estas circunstancias la Asamblea dispone que el señor Orlando Quishpe Ante, se quede bajo responsabilidad y cuidado de la comunidad de la

Cocha, hasta que los dirigentes y más autoridades de la Cocha, Guantopolo y de la parroquia Zumbahua se reúnen y busquen una salida y las sanciones a aplicarse en la próxima asamblea y siendo a las 11:00 horas de la noche concluye y certifica el presidente y la secretaria.”

2.- Resolución adoptada el 23 de mayo de 2010:

“(…) Luego de las deliberaciones, debates de todo lo ocurrido la asamblea adopta las siguientes: 1.- Aplicar la justicia indígena al Sr. Orlando Quishpe Ante, como actor principal de la muerte de Marco Antonio Olivo de conformidad al Art. 171 de la Constitución y el Art. 343 del código orgánico de la función judicial; de acuerdo a las normas y procedimientos propios, consistentes en un fuetes dirigentes presentes y dar una vuelta a la plaza pública cargando un quilo de tierras desnudo, pedido de perdón a los familiares y a la Asamblea, baño con agua y ortiga a lapso de 40 minutos y toca también tenderse en la mitad de los palos y en la presencia de toda la asamblea, seguido de consejos por parte de los dirigentes. Lo cual se cumple a cabalidad. 2.- Sentenciar en trabajo comunitario por el tiempo de 5 años. 3.- Seguimiento y evaluación y de trabajo comunitario por parte de los dirigentes de las 24 comunidades y los dirigentes de Guantopolo. 4.- Indemnización a la madre la cantidad de 1.750 dólares, la misma que es entregado a la madre del difunto. 5.- Firma de respaldos de los dirigentes de las 24 comunidades como constancia de la participación en esta resolución sobre la muerte de esta forma; después de casi 15 días de averiguaciones, de confrontaciones, dentro del marco constitucional y respetando los derechos humanos siguiendo el procedimiento y las normas y tradiciones de la justicia indígena se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo tanto para los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado y la tranquilidad la paz y la armonía se ha establecido (...).”

1.3 Fundamentos y pretensión de la demanda

a. Antecedentes

La presente acción extraordinaria de protección tiene como antecedentes lo siguiente:

- El domingo 09 de mayo del 2010, en la Parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi, mientras se realizaba un baile en la comunidad, se produce la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, miembro de la comunidad indígena de La Cocha.

- El día 16 de mayo de 2010, las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha, por petición de los familiares de la víctima y de las autoridades de Guantopolo, asumen el juzgamiento del caso y se instalan en Asamblea General.
- Durante la etapa de investigaciones Iván Candeleja Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candeleja Quishpe son identificados como coautores de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, en tanto que Manuel Orlando Quishpe Ante, es identificado como autor material.
- El 16 de mayo de 2010, las autoridades indígenas en Asamblea General resolvieron sancionar a Iván Candeleja Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, Flavio Hernán Candeleja Quishpe, identificados como coautores de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, con baño de agua con ortiga durante 30 minutos; cargada de tierra y piedras alrededor de la plaza pública desnudos; expulsión de la comunidad durante dos años, con la consecuente prohibición de participar en las fiestas y actividades sociales y culturales de la parroquia de Zumbahua por el mismo tiempo. Así también, dispusieron el pago de una indemnización de cinco mil dólares de Estados Unidos de América (USD 5.000,00), dinero que sería entregado a la UNOCIC, organización indígena a la que pertenecen las autoridades de la comunidad para la compra de equipos y materiales en beneficio de la comunidad y de la colectividad.
- El 23 de mayo de 2010, las autoridades indígenas en Asamblea General resolvieron sancionar a Manuel Orlando Quishpe Ante, identificado como autor material de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, con: 1) un “fuate” de los dirigentes presentes; una vuelta a la plaza pública desnudo cargando un quintal de tierra; el pedido de perdón público a los familiares y a la Asamblea; baño con agua y ortiga por un periodo de 40 minutos, tenderse en la mitad de los palos y en la presencia de toda la asamblea, seguido de consejo por parte de los dirigentes; 2) trabajo comunitario por el tiempo de 5 años; 3) seguimiento y evaluación del trabajo comunitario por parte de los dirigentes de la comunidad de Guantopolo y las 24 comunidades que hacen parte del pueblo Panzaleo; 4) el pago de una indemnización de mil setecientos cincuenta dólares de Estados Unidos de América (USD 1.750,00) a favor de la madre del fallecido.
- En el acta N° 24, de fecha 23 de mayo de 2010, “Acta de Solución de Conflicto por Muerte suscitada en la Parroquia Zumbahua y Juzgado en la Comunidad La Cocha” se deja constancia que:
“El Ministro Fiscal General ha acusado que hemos secuestrado y plagiado a los acusados y responsables de la muerte del joven Marco Olivo Pallo (...) Además conocemos el día miércoles 19 de mayo el Fiscal General del Estado ha venido a la parroquia Zumbahua ha pretendido llegar a la Cocha y ha querido llevar a Orlando Quishpe a la justicia ordinaria, y ha tenido problemas con los compañeros de Guantopolo y ha regresado”.
- Según consta a fojas 130 del expediente, los dirigentes indígenas Ricardo Chaluisa Cuchiarte, Presidente de la Comunidad de la Cocha, Jaime Rodrigo Cuchiarte Toaquiza, Tesorero y Blanca Yolanda Mejía Umajinga, Secretaria de la Comunidad, fueron detenidos por la Policía de Cotopaxi el 4 de junio de 2010.
- Mediante providencia dictada el 24 de septiembre de 2010, el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi dicta auto de llamamiento a juicio respecto de los imputados Iván Blamido Candelejo Quishpe; Flavio Hernán Candelejo Quishpe; Manuel Orlando Quishpe Ante; Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga; y Klever Fernando Chaluisa Umajinga por presunta participación en calidad de autores del delito de acción pública de instancia oficial, conocido como asesinato, tipificado y sancionado en el Art. 450 numerales 1, 4, 5, 6 del Código Penal.

b. Detalle y fundamento de la demanda

El señor Víctor Manuel Olivo Pallo, en su calidad de hermano de Marco Antonio Olivo Pallo, entre otras cosas, manifiesta:

“las autoridades indígenas de las Comunidades de la Cocha y Guantopolo, a donde pertenecen los involucrados, en base al artículo Art. 171 de la Constitución de la República y el Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, ejerciendo las funciones jurisdiccionales conforme a las tradiciones ancestrales y el derecho propio; conocieron el caso y según los procedimientos propios de la jurisdicción indígena, enmarcados dentro del debido proceso, el día domingo 23 de mayo respectivamente, resolvieron este hecho estableciendo la culpabilidad de los jóvenes, a quienes se impuso sanciones conforme la justicia indígena, esto es se aplicó el baño de agua fría, látigo, ortiga y el resarcimiento material contra los jóvenes indígenas”.

Indica que a raíz del juzgamiento por parte de las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha se ha generado un arduo debate en los distintos medios televisivos, radios y medios escritos, así como también ha generado reacciones de la sociedad nacional, propuestas y ataques de diversas autoridades, políticos y más personajes del país.

Por otro lado, señala que el Fiscal General del Estado desconociendo la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha con el fin de rescatar a los involucrados en la muerte de su hermano, quienes presuntamente habrían sido secuestrados y retenidos ilegalmente. Asimismo, el Ministro de Gobierno y Policía intentó utilizar la fuerza pública para rescatarlos y solicitó se inicie las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas.

De otra parte, el accionante señala que:

“conforme el Convenio 169 de la OIT, Art. 10 numeral 2, la aplicación de sanciones distintas al encarcelamiento tiene que ver con la aplicación de sanciones propias de la cosmovisión indígena, la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc., que representan la filosofía y la cosmovisión totalmente opuesta a la visión de la mayoría de la sociedad nacional, que según varias jurisprudencias, como las de la Corte Constitucional de Colombia, no constituyen un atentado a los derechos humanos fundamentales”.

Por lo que sostiene que:

“los involucrados en este conflicto y los jóvenes indígenas que ya han sido sancionados por la justicia indígena, llevados por la politización del poder ejecutivo, hoy presuntamente no están de acuerdo con lo resuelto por las autoridades de la Comunidad de la Cocha, a pesar de que las autoridades de la Comunidad actuaron bajo una petición previa y voluntaria de la autoridades de la comunidad de Guantopolo, jurisdicción a la que pertenecen los sancionados”.

El accionante hace notar que, en el presente caso, los cinco responsables del hecho se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron voluntariamente que se les aplique la justicia indígena; sin embargo de ello, sostiene que ahora pretenden acogerse a la justicia ordinaria, por lo que están siendo procesados dentro de esta jurisdicción, evidenciando de esta manera un doble juzgamiento.

Afirma que, como hermano de la víctima, junto a sus demás familiares, de manera voluntaria, solicitaron la intervención y actuación de las autori-

dades indígenas de La Cocha y de la Comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los involucrados, los cuales en estricto apego a lo que dispone el artículo 171 de la Constitución de la República; el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, ejercieron funciones jurisdiccionales y solucionaron el caso, motivo por el cual para ellos, el tema es cosa juzgada.

Adicionalmente, el accionante solicita a la Corte Constitucional del Ecuador, ampare su condición de parte ofendida asegurando que las resoluciones adoptadas por las autoridades de la Comunidad “La Cocha”, sean materialmente eficaces y se amparen bajo el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Ley Fundamental.

Por otra parte, el accionante, al aclarar su demanda señala que se han vulnerado sus derechos constitucionales contenidos en los artículos: 57 numeral 10 (creación, desarrollo, aplicación y práctica del derecho propio); 66 numeral 18 (derecho al honor y buen nombre); 78 (derecho a la no revictimización); 82 (derecho a la seguridad jurídica); y 171 (justicia indígena).

Y manifiesta que:

“El razonamiento válido para impugnar las dos decisiones emitidas por las autoridades de la Comunidad de “La Cocha” se centraliza en la fase de ejecución de la decisión emitida, por cuanto el sometimiento voluntario de toda la familia Olivo Pallo fue en virtud de que las decisiones debían respetarse y cumplirse a cabalidad conforme se acordó inclusive con los asesinos de mi hermano y sus familiares.

Por lo tanto son las autoridades demandadas quienes debían prever con sus organizaciones y a través de su potestad conferida por la Constitución de la República del Ecuador y demás instrumentos internacionales de carácter específico, la seguridad de que se efectivicen todos los puntos acordados. Sin embargo se inician procesos judiciales y nos revictimizan y nos obligan a comparecer a indagaciones inclusive por la fuerza, cuando al parecer todo estaba en firme y se trataba de una cosa juzgada. (Negritas fuera del texto original)

A las autoridades referidas les correspondía imponer sus decisiones a través de la coordinación y cooperación con las otras instituciones del Estado, pero lastimosamente no se ha aplicado coercitivamente su mandato para que se cumplan los procedimientos del sistema jurídico interno”.

Afirma además que la honra y dignidad de su familia, se ha visto amenazada por la excesiva publicidad que se ha dado a este caso, la misma que no ha respetado la memoria de su hermano y el sufrimiento de su madre. Considera que las autoridades indígenas debían prohibir la publicidad de las imágenes de la aplicación de la justicia indígena ya que se los ha presentado ante la opinión pública como salvajes y bárbaros.

Finalmente, señala que a partir del ejercicio de la jurisdicción indígena, los sancionados y las autoridades indígenas están siendo procesados por la justicia ordinaria lo cual ha dejado en una situación de absoluta indefensión a los involucrados en la administración de justicia, caso La Cocha.

c. Pretensión

El accionante solicita que la Corte Constitucional ejerza control de constitucionalidad y revise las resoluciones de las autoridades indígenas de La Cocha. Además, pide que el fallo de la Corte Constitucional, al revisar y ejercer el control de constitucionalidad, determine lo siguiente:

1. *¿Si las autoridades indígenas de la Cocha al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, ocurrido en el territorio indígena de la Parroquia de Zumbahua?*
2. *¿Si la Resolución de las Autoridades de la Comunidad de la Cocha, se apega o no al mandato constitucional del Art. 171 y al Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial?*
3. *¿Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estas son actos de salvajismos, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido?*
4. *¿Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio?*
5. *¿Si los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes?*
6. *¿Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferida por las autoridades de la justicia ordinaria, y disponga cuales son las formas de coordinación y cooperación que deben tener las autoridades de los dos sistemas jurídicos, para lograr la eficacia y armonía entre sí?*

7. *¿Es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria?*
8. *¿En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena, cuales son los mínimos jurídicos, que las autoridades indígenas deben observar?; y,*
9. *¿si las autoridades de la Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución?"*

1.4 Contestación de la demanda

a. Argumentos de la parte accionada

De la revisión del expediente que reposa en la Corte Constitucional, se encuentra que, pese a haber sido debidamente notificados con el auto de avoco conocimiento, las autoridades indígenas de La Cocha no han remitido el informe solicitado por el juez ponente en la providencia de 30 de septiembre de 2010.

b. Argumentos de terceros interesados en la causa

Los señores Manuel Orlando Quishpe Ante y otros, encausados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo, en calidad de terceros interesados en la causa, manifiestan que se violó la Constitución, ya que les fue reprimido el derecho a la legítima defensa en todo el proceso de ajusticiamiento indígena realizado en su contra. Señalan que jamás contaron con un abogado o un tercero imparcial que defienda sus derechos y que fueron sometidos a tortura durante varios días para que declaren su culpa. Sostienen además que no se manejó un procedimiento público, ya que las supuestas audiencias fueron a puerta cerrada, en donde estaban solo las autoridades de la comunidad y ellos; por lo que se violentó la Constitución en el artículo 76 numeral 7 literal d.

Por otra parte, manifiestan:

“Se ha violado nuestro derecho a la integridad personal, pues hemos sido golpeados, se atentó contra nuestra integridad física, se atentó contra nuestra integridad moral y sexual al desnudarnos en medio de la plaza. El literal g) del artículo 66 manifestado expresamente prohíbe la tortura, tratos y penas crueles y degradantes, al hostigarnos, mojararnos con agua helada y ridiculizarnos en frente de la Comunidad. No

consideramos que los actos antes mencionados constituyan purificación de nuestros cuerpos y almas, como comúnmente expresan líderes de la comunidad, si una vil violación a nuestros derechos humanos y constitucionales o es que acaso alguien puede pretender que el cuerpo se purifica al estar colgado desnudo, flagelado y con los brazos en la espalda durante largas y dolorosas horas”

A foja 62 del expediente, los comparecientes señalan que el día 16 de mayo de 2010 fueron torturados puesto que debieron cargar saquillos llenos de piedras por más de 2 km., sin zapatos, solo con ropa interior, siendo insultados y pinchados con palos por la gente que estaba a su alrededor; así también, cuando llegaron al centro de la plaza de La Cocha les hicieron dar dos vueltas a la plaza, ridiculizándolos, insultándolos, y obligándolos a gritar “somos asesinos” a lo que por la presión y el terror que vivían lo hicieron. Según su opinión, se evidencia tratos crueles, torturas y la obligación de declararse culpables, lo cual se encuentra prohibido por la Constitución y los Convenios Internacionales sobre derechos humanos.

Agregan que a cuatro de los inculpados se les amarró las manos, se les colgó en palos y se los mantuvo en esa posición por más de 30 minutos, para luego ser despojados de sus prendas íntimas por un grupo de mujeres, avergonzándolos en frente de la comunidad. Además, dicen que les bañaron en agua helada y recibieron de los dirigentes dos latigazos por cada uno, en total 48 latigazos.

Finalmente, los comparecientes afirman que:

“Se ha violado el derecho a la integridad personal del Manuel Orlando Quishpe, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga y Klever Fernando Chaluisa Umajinga, al aplicar tratos inhumanos y crueles que violentaron el artículo 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (...)

Se ha violado todas las garantías judiciales constantes en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que no existió plazo razonable ni los medios adecuados para preparar la legítima defensa, tampoco existió un Juez Imparcial. Jamás existió la presunción de inocencia de la que nos reconoce la ley y en este caso la Convención, tampoco existieron pruebas o indicios necesarios para que se puedan establecer responsables de este hecho. No tuvimos un abogado defensor quien

nos patrocinara ni nos permita ejercer la legítima defensa, en ninguna etapa de este supuesto proceso de justicia indígena.”

Se debe también dejar constancia que mediante escrito presentado ante la Corte Constitucional el 08 de octubre de 2010 (fjs. 95), los señores Manuel Orlando Quishpe Ante, Flavio Candelejo Quishpe, Iván Candelejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga y Klever Fernando Chaluisa Umajinga, de manera voluntaria dejan sin efecto el escrito a través del cual se oponían a la acción extraordinaria de protección, pues según señalan:

*“fuimos erradamente asesorados por sus anteriores defensores, por lo tanto y por convenir a nuestros intereses así como por requerir del pronunciamiento de esta Corte sobre el alcance de la jurisdicción indígena consagrado en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, manifestamos que estamos en total acuerdo y nos **ADHERIMOS** a la demanda planteada por el señor Víctor Olivo Pallo donde consta la acción extraordinaria de protección”.*

c. *Amicus Curiae*

Mediante escrito presentado el 21 de abril de 2014, comparece el doctor Ernesto Pazmiño Granizo, Defensor Público General del Ecuador, y los señores Jorge Paladines Rodríguez y Luis Ávila Santamaría, funcionarios de la Defensoría Pública, y presentan un *amicus curiae* en el que manifiestan, en lo principal, que:

La Corte Constitucional no es *a priori* competente formalmente para limitar de ninguna manera lo establecido en el artículo 171 de la Constitución como un mínimo sustancial. Según señalan, el artículo 171 impone estrictos y suficientes límites al ejercicio de los sistemas de justicia indígena, de tal manera que estiman que cualquier regulación, aún jurisprudencial, significaría una limitación inconstitucional que además, haría imposible su funcionamiento y existencia como una de las manifestaciones más importantes del Estado plurinacional reconocido por la Constitución de 2008.

Además, sostienen que en virtud del artículo 10 numeral 7 de la Constitución el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Por lo que, afirman que la Corte tiene un mandato ineludible e impostergable de desarrollar en progresivo y no regresivo el artículo 171 de la Constitución, a través de su jurisprudencia.

Señalan que todo lo dicho no significa que los sistemas de justicia indígena deban funcionar sin ningún control o que se tolere cualquier vulneración de derechos a partir de un justificativo cultural, pero aquello no quiere decir que la Corte Constitucional pueda decidir en abstracto cuál es la competencia material que corresponde a los sistemas de justicia indígena. Más aún porque sí existe un sistema para establecer límites y el control constitucional mediante acción extraordinaria de protección respecto de las decisiones finales de la justicia indígena.

De modo que consideran que la Corte Constitucional, debe determinar en cada caso y a partir de una interpretación intercultural, los límites adecuados al ejercicio de la justicia indígena, pero sin destruir su autonomía funcional determinada en la Constitución. Especialmente porque consideran que el artículo 171 de la Constitución no tiene un límite formal respecto de la actuación de los sistemas de justicia indígena, puesto que todos los supuestos de dicha disposición deben ser entendidos interculturalmente, debido a la autonomía que el poder constituyente les dio.

Respecto a las funciones jurisdiccionales y el territorio en la solución de conflictos internos de las comunidades indígenas señalan que la naturaleza comunitaria de estos sistemas de justicia llevan a entender la frase “funciones jurisdiccionales” del artículo 171 de la Constitución de una manera distinta a lo que ocurre en el derecho occidental. Las formas de hacer justicia de las autoridades de justicia indígena tienen particularidades propias, especialmente en cuanto a su naturaleza comunitaria.

Generalmente, dicen, los fines que se buscan con la actuación de la autoridad indígena son la armonía y el equilibrio comunitario y no necesariamente la solución de un conflicto ínter partes.

Señalan que en justicia indígena no existen partes procesales ni jurisdicción ni funciones jurisdiccionales, por lo que consideran que la frase “dentro de su ámbito territorial” es totalmente inaplicable a los sistemas de justicia indígena. Según señalan, la justicia indígena opera a través de lazos comunitarios y no necesariamente está vinculada a un espacio físico inmaterial respecto de la autoridad. En tal sentido, manifiestan que la justicia indígena no actúa sobre el espacio físico determinado, sino que puede ir más allá. De manera que, según su opinión, los conflictos que afectan la relación holística de las comunidades indígenas pueden ser tratados por sus sistemas de justicia, aun cuando para la perspectiva blanco-mestiza o estatal estos están particionados por conceptos como jurisdicción, competencia, interés o partes procesales.

Respecto de los derechos humanos y su derecho propio, manifiestan que el desconocimiento de los valores y el entendimiento de las decisiones de los sistemas de justicia indígena producen una falsa apariencia de contradicción con los derechos humanos. Se vuelve indispensable, dicen, entender mediante peritajes antropológicos las normas del derecho propio de los colectivos indígenas, respecto de que no existan prácticas violatorias de los derechos humanos en el ejercicio de sus sistemas de justicia-tal como sucede, también, en la jurisdicción ordinaria. Por lo que, aseveran que no se puede afirmar sin más que la justicia indígena debe someterse a la visión occidental de los derechos humanos, pues aquello supone un prejuicio que la subordina y excluye de toda posibilidad de existencia.

1.5 Audiencia Pública

El 14 de octubre del 2010, a las 10h00, se llevó a efecto la audiencia pública convocada por el entonces juez ponente de la causa. A la referida diligencia concurren los doctores Raúl Ilaquiche y Carlos Poveda en representación del señor Víctor Manuel Olivo Pallo; el doctor Alex Alajo en representación del Presidente y las autoridades Indígenas de la Comunidad Indígena de la Cocha; y, el doctor Bolívar Beltrán en representación de los señores Manuel Orlando Quishpe Ante, Flavio Candejeo Quishpe y demás involucrados en el caso.

A continuación se resumen los principales argumentos esgrimidos por los distintos intervinientes:

El demandante, por medio de sus abogados, ratificó el contenido de la demanda. Hizo énfasis en el hecho de que, de acuerdo con la Constitución, eran las autoridades indígenas las competentes para juzgar la muerte de su hermano, por tratarse de un homicidio ocurrido dentro de una comunidad indígena, y donde tanto la víctima como los responsables eran indígenas miembros de la comunidad. Así mismo, reiteró que inicialmente las autoridades indígenas actuaron correctamente en el marco de la Constitución al conocer y sancionar el hecho; y que posteriormente abandonaron sus responsabilidades al no reclamar para sí la competencia de ejecución de la sanción impuesta por la justicia comunitaria.

Las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, manifestaron, por medio de su abogado, que tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT y el Código Orgánico de Justicia reconocen la existencia de la justicia indígena; que su actuación en el caso se enmarcó estrictamente a los mandatos constitucionales y que jamás atentaron contra los derechos humanos de los implicados.

Los afectados por la decisión de la justicia indígena, actuando como terceros interesados, por medio de su apoderado, manifestaron que pese a haber presentado un escrito de oposición a la actuación de las autoridades indígenas en el presente caso, están de acuerdo con la justicia indígena y con la sanción impuesta en su contra por las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha. Finalmente, rechazaron su detención y afirmaron que lo consideran un doble juzgamiento por parte de la justicia ordinaria, con lo que se configura una violación del principio non bis in ídem establecido en el Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República.

1.6 Peritajes

Por la complejidad del tema y para una mayor comprensión objetiva respecto del derecho propio del pueblo Kichwa Panzaleo, la Corte Constitucional requirió la colaboración de dos expertos quienes realizaron los peritajes correspondientes para la resolución de la presente causa y cuyo contenido ha sido tomado como insumo técnico jurisdiccional.

En tal sentido, tal como consta a fojas 301 del expediente constitucional, el 25 de enero de 2011, la antropóloga y doctora en derecho Esther Sánchez Botero entregó a la Corte Constitucional un peritaje antropológico del caso.

Posteriormente, a fojas 425 del expediente, consta que, el 2 de abril de 2013, el Presbítero Pedro Torres, experto en manejo y resolución de conflictos indígenas en Ecuador, presentó ante la Corte Constitucional su investigación especializada respecto de la causa.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1 Competencia

El artículo 171 de la Constitución del República, establece:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.”

*El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad...”*¹ (Negrillas fuera de texto original)

Este control de constitucionalidad sobre las decisiones de justicia indígena, al que se refiere este artículo de la Constitución se lo realiza vía acción extraordinaria de protección, por lo que le corresponde a la Corte Constitucional de conformidad a lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, conocer sustanciar y resolver el presente caso, para lo cual debe examinar que las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las autoridades indígenas la comunidad de La Cocha no vulneren derechos constitucionales, observando además los principios contenidos en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, referidos principalmente a: Interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, pro jurisdicción indígena.

2.2 Análisis constitucional

a. Consideraciones previas

El Ecuador como Estado intercultural y plurinacional

La plurinacionalidad comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia no solo con cierto ámbito geográfico territorial sino además con una cultura determinada. En este sentido, con el término plurinacionalidad se hace alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación.

Al asumir el Estado ecuatoriano el paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia se precautela el reconocimiento de los derechos de las personas individualmente, pero también el derecho de las colectividades que lo integran. Por ende, reconociendo la existencia de las colectividades pertenecientes a minorías étnicas, se protege integralmente sus derechos, respetando sus costumbres y tradiciones, evitando subordinarlos a una cultura nacional mayoritaria, distinta a su cosmovisión propia.

¹ Constitución de la República del Ecuador 2008, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Las sociedades modernas paulatinamente han ido reconociendo la diversidad cultural existente en sus territorios, y la han consagrado como un principio dentro de sus Constituciones. Este hecho no ha quedado únicamente expresado formalmente en los textos constitucionales de estas sociedades, sino que éstas además se han preocupado para que este principio se materialice. Los criterios jurisprudenciales adoptados por algunas Cortes Constitucionales han sido importantes para su materialización. Así tenemos que la Corte Constitucional de Colombia, con relación a este tema, ha manifestado:

“El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de ‘naturaleza humana’, ha dado lugar en occidente a la consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural. Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en el derecho.

*[...] La función de la ley se concentraba en la relación entre el Estado y la ciudadanía, sin necesidad de preocuparse por la separación de identidades entre los grupos. [...] En los últimos años, y en el afán de adaptar el derecho a la realidad social, los grupos y tradiciones particulares empezaron a ser considerados como parte primordial del Estado y del Derecho, adoptándose la existencia de un pluralismo normativo como nota esencial y fundamental para el sistema legal en sí mismo”.*²

Cabe anotar que las características de plurinacionalidad e interculturalidad no contradicen el concepto de Estado unitario sino el concepto de Estado homogéneo, esto es, comportan el reconocimiento de una heterogeneidad cultural dentro de un determinado territorio y la existencia de minorías históricamente invisibilizadas y como consecuencia de aquellas discriminadas. En tal virtud, la interculturalidad y la plurinacionalidad no constituyen

un riesgo al Estado unitario ni a la democracia. Al contrario, robustecen el principio de unidad, respetando la diversidad étnica y cultural y fortaleciendo una democracia sustentada en los derechos y el respeto a las minorías.

Para hacer frente a esta realidad, dentro de nuestra Constitución se consagra la interculturalidad tendiente a mantener una relación de diálogo permanente entre la cultura mayoritaria y las demás culturas existentes en el país, aquello con el objeto de fomentar una sociedad más igualitaria que permita el reconocimiento material de los derechos de grupos invisibilizados históricamente.

La Constitución de la República en los artículos 3 numeral 3; 10; 56; 57; 60; 171; 242; entre otros, determina los derechos que gozan los pueblos, comunidades, nacionalidades y demás colectividades ancestrales. Es más, el artículo 57 numeral 9, al establecer el derecho a conservar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de autoridad, reconoce los territorios indígenas así como las tierras comunitarias de posesión ancestral en los cuales se desenvuelven las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

El Pluralismo Jurídico en el Ecuador

El pluralismo jurídico representa de la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. La presencia de varios sistemas jurídicos plantea la existencia de normas sustantivas y adjetivas de diverso origen que demandan su obediencia y aplicación en un mismo territorio. En consecuencia, el pluralismo jurídico pone en cuestión el monopolio de las instituciones estatales como las únicas autorizadas a crear derecho y a juzgar en derecho, y reconoce taxativamente otras fuentes creadoras de derecho y otras autoridades jurisdiccionales encargadas de su aplicación.

“El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, concepción ésta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial (Fitzpatrick 1998). El cuestionamiento a la centralidad del derecho estatal ha sido uno

² Corte Constitucional colombiana, sentencia T-496/96, magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

*de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los Estados nacionales”.*³

El reconocimiento de la diversidad cultural en el país es una conquista de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, que a través de sus luchas históricas han exigido el respeto a su identidad cultural y han conseguido que la sociedad y el Estado les reconozca y valore sus diferencias culturales, su organización social y sus saberes ancestrales dentro del marco constitucional ecuatoriano. Esto alcanza además el reconocimiento de su derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario. Derecho que también está reconocido en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT, del cual el Ecuador es signatario, así como en el ordenamiento jurídico interno, en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial. Adicionalmente, el artículo 171 de la Constitución de la República, expresamente reconoce a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial; facultad que también se encuentra prevista en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el artículo 171 de la Constitución a más que reconoce a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sus funciones jurisdiccionales, establece también la obligación del Estado de garantizar el respeto de las decisiones de la jurisdicción indígena, en especial por parte de las instituciones y autoridades públicas.

Cabe destacar que adicional a estos derechos, para implementar el pluralismo jurídico, el ordenamiento legal interno establece que las actuaciones y decisiones de todos los operadores de justicia ordinaria deben estar enmarcadas en los principios de diversidad, igualdad, non bis in idem, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural. Por lo que, el pluralismo jurídico plantea el gran reto de que los sistemas de justicia ordinario y especial indígena mantengan una activa, constante, directa y estrecha coordinación, basada en el diálogo, la cooperación y el respeto mutuo y permanente.

b. Determinación de los problemas jurídicos a ser resueltos por la Corte Constitucional

Del análisis del expediente, la Corte Constitucional ha evidenciado que, desde un punto de vista formal, la demanda presentada por Víctor Manuel Olivo Pallo no cumplió adecuadamente con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para la presentación de una acción extraordinaria de protección en contra de decisiones de justicia indígena.

Del análisis de la demanda se desprende que no existe inconformidad por parte del accionante –y en última instancia, tampoco de los accionados, ni de los jóvenes sentenciados– respecto del contenido de las resoluciones adoptadas en la justicia indígena; sino más bien, existe preocupación frente al hecho de que se hayan iniciado procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria. Es decir, la acción en realidad se presentó frente a la inconformidad del accionante en relación a la falta de ejecución de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha y por tanto lo que se busca es que dichas decisiones sean respetadas por la justicia ordinaria y en general por las autoridades públicas. Concretamente, en la demanda el accionante manifiesta:

“Dejo constancia que en mi calidad de hermano y familiares del occiso también de manera voluntaria solicitamos la oportuna intervención y actuación de las autoridades indígenas de la Cocha junto con las autoridades de la Comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, quienes en estricto apego al Art. 171 de la Constitución; Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y los Arts. 8, 9 y 10 del Convenio 169 d la OIT ejerciendo funciones jurisdiccionales solucionaron el caso, en dicha resolución estamos de acuerdo, y para nosotros los familiares del occiso este tema es cosa juzgada, y no queremos acudir en un proceso de doble juzgamiento en la justicia ordinaria y nos negamos a poner una acusación particular de este hecho, porque nuestra jurisdicción es indígena”.

Así mismo, los imputados por la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, en el escrito de desistimiento presentado ante esta Corte (fjs. 95), señalan:

“(…) por convenir a nuestros intereses, así como por requerir del pronunciamiento de

³ Elisa Cruz Rueda, “Principios Generales del Derecho Indígena”; en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008, pp. 31.

esta Corte sobre el alcance de la jurisdicción indígena consagrada en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, manifestamos que estamos en total acuerdo y nos adherimos a la demanda planteada por el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, donde consta la acción extraordinaria de protección”.

Pese a que, desde un punto de vista formal, es evidente que la acción no confronta directamente la decisión de justicia indígena, es preciso tomar en consideración que la garantía jurisdiccional de la acción extraordinaria de protección frente a decisiones de justicia indígena ha sido vista por la Corte Constitucional para el periodo de transición desde una óptica intercultural e interdisciplinaria. Así, desde una perspectiva intercultural, tomando en consideración las diferencias existentes entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, ha considerado que no es posible homogeneizar y positivar de modo inflexible los requisitos para la presentación de una acción extraordinaria de protección frente a decisiones de justicia indígena, por lo que la ha admitido a trámite.

Es preciso destacar además que una vez admitida y sustanciada la causa dentro de la Corte Constitucional para el periodo de transición, y de acuerdo con el precedente constitucional emitido por la primera Corte Constitucional en la sentencia N° 031-14-SEP-CC, referido a la preclusión procesal, le corresponde a ésta Corte conocer el fondo del caso y efectuar un control de constitucionalidad de las decisiones indígenas para determinar si se vulneró o no derechos constitucionales.⁴

En tal sentido, en este caso concreto, siendo que el estado de la causa es el de resolver, tomando además en consideración el principio procesal pro justicia indígena, esta Corte estima necesario agrupar las pretensiones del accionante y desarrollar el análisis del caso a través de la solución de los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿El proceso de juzgamiento llevado a cabo por la comunidad indígena de La Cocha por la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo se efectuó respetando el derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución?

2. ¿Las autoridades indígenas de La Cocha eran competentes para conocer el juzgamiento de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en virtud de la autonomía jurisdiccional prevista en el artículo 171 de la Constitución?

3. ¿En el presente caso se ha vulnerado el derecho a la no re victimización del accionante y su familia, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República?

c. Resolución de problemas jurídicos

1. **¿El proceso de juzgamiento llevado a cabo por la comunidad indígena de La Cocha en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo se efectuó respetando el derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución?**

El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador determina el derecho a la seguridad jurídica el cual tiene relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales; estableciéndose mediante aquel postulado una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano. Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional.

Según el accionante, se irrespetó la Constitución y las normas jurídicas existentes en ella, pues como víctima y ofendido considera que no se ha amparado a su familia asegurando que las resoluciones adoptadas por las autoridades de la comunidad La Cocha, sean materialmente eficaces y firmes, y se consoliden bajo el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Ley Fundamental.

Como se ha mencionado en líneas anteriores el derecho a la seguridad jurídica está asociado con la observancia de la Constitución; a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas; y, aplicadas por autoridades competentes, por lo que cabe

⁴ Sentencia N° 031-14-SEP-CC: “La preclusión procesal tiene por finalidad posibilitar el progreso de los procesos judiciales mediante la prohibición de retrotraer el procedimiento y con ello consolidar los momentos cumplidos. De este modo, se garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales y el acceso a una tutela judicial efectiva, puesto que con ello las partes procesales tienen la certeza de que el proceso judicial avanzará de modo continuo y que no puede revisarse o retrotraerse tramos que ya han culminado y que se han consolidado”.

analizar si en las resoluciones de justicia indígena emitidas en el caso objeto del presente análisis se ha respetado dicho derecho de las partes procesales.

Debido a que en este caso se trata de decisiones de justicia indígena adoptadas en virtud de su derecho propio, para analizar si ha existido alguna vulneración al derecho a la seguridad jurídica se efectuará el análisis correspondiente a partir de una interpretación intercultural de sus prácticas, pues como bien ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay:

“(...) para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”.⁵

Del estudio del caso concreto y de los peritajes técnicos obtenidos,⁶ esta Corte encuentra que el sistema de justicia en el pueblo Kichwa Panzaleo, al cual pertenece la comunidad de La Cocha, cuenta con los siguientes elementos que deben ser resaltados:

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

En primer lugar, respecto de la autoridad indígena y su habilitación para resolver conflictos internos es preciso verificar que la autoridad sea competente para sancionar a los infractores de conformidad con sus tradiciones ancestrales, su derecho propio y dentro de su ámbito territorial, garantizando la participación de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos, tal como establece el artículo 171 de la Constitución.

De acuerdo con el artículo 8 de la Codificación de la Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificada en 2004, se deriva que la autoridad indígena es aquella que es nombrada por la comunidad indígena para conformar el órgano oficial representativo que es el Cabildo. No obstante, debido a las características propias de la justicia indígena este concepto no es suficiente ni permite evidenciar adecuadamente quien es la autoridad entre las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador. El concepto de autoridad indígena dentro del proceso de la justicia indígena es más amplio que el referido en el artículo 8 de la citada ley. Así, a partir de los estudios especializados que forman parte del expediente constitucional se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, es la Asamblea Comunal; instancia de representación comunitaria que actúa como facilitadora del proceso y que tiene un estatus comunitario, pues sus integrantes no tienen niveles de decisión individual en razón de que actúan únicamente de forma colectiva.

Por consiguiente, a partir de los estudios especializados y de una interpretación intercultural, esta Corte encuentra que en el caso concreto, la Asamblea General Comunitaria es la autoridad competente para conocer y resolver los casos de conflictos internos que afectan los bienes jurídicos comunitarios de los pueblos Kichwa Panzaleo.

Esta naturaleza colectiva del ente juzgador en el proceso de justicia indígena nos permite responder afirmativamente quién es la autoridad que administra la justicia indígena de forma legítima, pero también nos permite realizar el control constitucional respecto de la responsabilidad y obligación que tiene esta autoridad de asegurar que sus actuaciones se sujeten a sus normas, procedimientos y derecho propio, así como a la Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos.

En segundo lugar, respecto al procedimiento a seguir para la resolución de los conflictos dentro de esta comunidad, de acuerdo con el peritaje efectuado por el Presbítero Pedro Torres (a fojas 426 del expediente constitucional), de modo general, se señala que existen varios momentos a cumplirse como parte del proceso de juzgamiento de una infracción.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

⁶ Para un estudio a profundidad de este caso se requirió la colaboración de los expertos Esther Sánchez y Pedro Torres, quienes realizaron los peritajes técnicos que fueron presentados a la Corte Constitucional de Ecuador, para la resolución de la presente causa.

El primero consiste en la demanda o denuncia (Willachina o willana) que se realiza ya sea ante el Presidente, el Cabildo o directamente ante a la Asamblea General (dependiendo de la gravedad del asunto). Esta solicitud consiste en el requerimiento de intervención en la solución del conflicto y constituye la única vía para la realización de un proceso, pues la justicia indígena no se activa de oficio. Con la denuncia se configura un presupuesto básico en la justicia indígena: La obligación de acoger y aceptar lo que se resuelva, así como someterse y respetar las medidas que adopte la comunidad. Solo cuando esta primera fase se tiene cumplida se puede desarrollar el proceso de juzgamiento.

Una vez desencadenado el proceso, éste se inicia con la convocatoria a una Asamblea General en donde se da a conocer públicamente los hechos y detalles del caso. En esta Asamblea se abre un período de averiguación o constatación de los hechos (Tapuykuna o tapuna), en el cual se designan comisiones o comisionados que serán los encargados de llevar adelante la investigación y el esclarecimiento de los hechos.⁷ En casos complejos, una vez obtenida la información se lleva a cabo el contraste de la información recibida para verificar su veracidad (Chimbapurana o nawichina).⁸

Cuando se tienen indicios claros que comprueban la acusación, se reúne nuevamente la Asamblea General para tomar conocimiento de los resultados obtenidos y abrir un periodo de deliberación. En esta etapa pueden participar los implicados, las víctimas, sus familiares y personas de relevancia en la comunidad, así como también se pueden presentar testimonios y pruebas que se consideren pertinentes. Además, para garantizar que la deliberación se realice sobre la base de datos ciertos y que la misma sea pública, comunitaria y abierta, todos los argumentos, pruebas y testimonios pueden ser impugnados durante la Asamblea.

Una vez que hay suficiente claridad o certeza respecto de los hechos se procede, en forma comunitaria, a establecer las medidas de solución del conflicto, así como también aquellas destinadas a la sanación del infractor. Esta es la fase de resolución o Kishpichirina, en la que la Asamblea General Co-

munitaria (como máxima autoridad) que toma una resolución, determina las medidas reparatorias y las ejecuta. En esta fase las mujeres tienen un papel muy activo pues son ellas quienes ejecutan la resolución, incluyendo, de ser el caso, el castigo determinado por la Asamblea (Paktachina). Posteriormente, vendrá el aconsejador (kunak), quien por sí solo o con la familia del infractor lo aconseja y reprende, haciéndole comprender el valor y el sentido de lo actuado.

Finalmente, según manifiesta el autor ecuatoriano Raúl Llasag, todo problema o conflicto concluye con el perdón a los afectados. Este proceso es sumamente importante pues permite mantener la armonía y la paz en la comunidad.⁹ Además, de acuerdo con su práctica tradicional, una vez obtenido el perdón se procede al agradecimiento o reconciliación, en la que quienes han sido juzgados proceden a agradecer y a rehacer sus vínculos y lazos con la familia y la comunidad.

Cabe destacar también que durante todo este proceso siempre hay personas encargadas de garantizar que se siga el procedimiento adecuadamente para que surta los efectos requeridos; es decir, garantizan el cumplimiento de los usos, costumbres y tradiciones que se deben observar en cada momento. Además, para garantizar la imparcialidad del proceso, la familia de los acusados puede presenciar las averiguaciones, la comunidad vigila y presiona a los dirigentes para evitar arreglos privados y al momento de la deliberación se puede impedir que intervengan personas que puedan tener intereses en el caso o sobre quienes haya duda de su imparcialidad.

Todo el proceso de juzgamiento descrito hasta aquí en efecto se realizó en la comunidad indígena de La Cocha para el caso de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo. Es así que el mismo fue registrado por el autor Raúl Llásag Fernández, quien en una entrevista realizada al Presidente de la comunidad de La Cocha, resume el procedimiento de la siguiente forma:

“El procedimiento de nosotros, es primero, las personas quienes vienen a poner una denuncia

⁷ Según el perito Pedro Torres, en caso de delitos graves o flagrantes, se puede apresar a los denunciados o los sospechosos y se procede a recoger todo posible indicio y se lleva a cabo una investigación que es algo distinta a la averiguación tradicional. Implica mayor trabajo investigativo y no se permite la intervención de nadie y los comisionados tienen plena libertad para llevar a cabo toda actuación necesaria, incluso aplicación de la fuerza.

⁸ Al respecto ver Llásag Fernández, Raúl. “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”. En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

⁹ Al respecto ver Llásag Fernández, Raúl. “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”. En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

verbal... de ahí viene la averiguación, averiguamos y luego de la averiguación es nawichina, y el último ya es el proceso de solución parte a parte Y de ahí ya lo sancionan entre ellos, si es de la misma Comuna, ellos tienen que llevar la paz, en armonía, por esa es nuestra justicia indígena. En la asamblea tienen que pedir perdón y la asamblea ya les perdona y les da algunas orientaciones y con eso ya tranquilamente entienden. Casi la mayor parte de los problemas que ha existido en esta Comuna, nosotros hemos hecho así".¹⁰

Por consiguiente, según se evidencia en el caso La Cocha, en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y de su derecho a la identidad cultural¹¹, la comunidad a través de sus autoridades, resolvió el conflicto interno sobre la base de su derecho propio. Derecho ancestral que cuenta con procedimientos previos establecidos en virtud de sus prácticas tradicionales. En otras palabras, es posible determinar que en la justicia indígena del pueblo Kichwa Panzaleo existe un derecho propio que tiene como fuente a la costumbre.

A este respecto cabe destacar que según la doctrina jurídica, la costumbre consiste en la observancia general, constante y uniforme de determinados comportamientos por parte de los miembros de una comunidad, con la convicción de que dicho comportamiento responde a una necesidad y a una obligación jurídica.¹² En el caso bajo estudio se observa que las prácticas ancestrales de juzgamiento responden a estos parámetros establecidos por la doctrina para considerar que tienen como fuente a la costumbre; y por tanto, dichas prácticas y usos constituyen normas previas, claras y públicas que son conocidas y respetadas por la comunidad.

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

la publicidad, la seguridad jurídica y la aceptación de las prácticas y procedimientos dentro la comunidad. De modo que, es en función del principio de predictibilidad, que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en ejercicio del artículo 171 de la Constitución, pues para garantizar el respeto a la Constitución y a los derechos humanos, las normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos internos deben ser predecibles y aplicadas únicamente a sus conflictos internos y dentro de su territorio. Esto debido a que, por sus características y naturaleza, su derecho propio es conocido, público y predecible solo para los miembros de la comunidad. Sólo ellos conocen el derecho que les va a ser aplicado y por tanto solo les es aplicable a ellos, por parte de sus autoridades, en atención a la predictibilidad y la seguridad jurídica.

Según consta en el expediente, durante todo el procedimiento de juzgamiento de los involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo se siguieron y aplicaron los procedimientos propios y las costumbres tradicionales; se contó con la participación de las mujeres de la comunidad; se observaron los principios constitucionales; e, incluso, se aplicó como fuente externa de su legitimidad el artículo 171 de la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT.

Además, como se desprende de las actas de 16 de mayo de 2010 y de 23 de mayo de 2010, durante ambas sesiones de la Asamblea General estuvieron presentes todas las partes involucradas en el caso, quienes intervinieron y presentaron sus argumentos, se contó con la intervención de todos los dirigentes de las 24 comunidades y estuvieron presentes también la prensa y algunos miembros de la sociedad mestiza como observadores. Además, para dar fe de lo actuado, los representantes de las 24 comunidades firmaron el acta, en la cual dejaron constancia de lo siguiente:

"...después de casi quince días de averiguaciones, de confrontaciones, dentro del marco constitucional y respetando los derechos humanos siguiendo el procedimiento y las normas y tradiciones de la justicia indígena se ha resuelto

¹⁰ Llásag Fernández, Raúl. "Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha". En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

¹¹ La identidad cultural es un conjunto de valores, tradiciones, prácticas, creencias y modos de comportamiento que constituyen elementos que distinguen, en este caso, a una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. Estos elementos generan en los miembros del grupo social un sentimiento de pertenencia y un modo de vida, por lo que su pleno ejercicio es requisito para su desarrollo y permanencia.

¹² Al respecto consultar: Monroy Cabra, Marco. Introducción al Derecho. Editorial Temis S.A. Duodécima Edición. Bogotá, 2001; o, Olano García, Hernán. Qué es la Costumbre. Monografías Jurídicas 8. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2008.

en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado [sic] y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha establecido”.

Por todo lo expuesto, a partir de una interpretación intercultural del caso, respetando la cosmovisión de la comunidad indígena, se puede concluir que durante el juzgamiento y aplicación de las sanciones, las autoridades indígenas de La Cocha, en aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución de la República, para la solución de este conflicto interno, producido dentro del ámbito territorial de su comunidad, aplicaron normas y procedimientos propios sin contrariar la Constitución ni los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos; por lo que, garantizaron el derecho a la seguridad jurídica, y como consecuencia de aquello, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

2. ¿Las autoridades indígenas de La Cocha eran competentes para conocer el juzgamiento de la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en virtud de la autonomía jurisdiccional prevista en el artículo 171 de la Constitución?

Entre los derechos colectivos reconocidos en la Constitución de la República, consta el derecho al ejercicio de la autoridad en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. Como resultado de ello, surge la autonomía jurisdiccional, como el reconocimiento que el Estado les concede por vía constitucional y legal a las autoridades de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas para que cumplan con funciones jurisdiccionales en la solución de conflictos internos y mediante la aplicación de su derecho propio, siempre que aquello no sea contrario a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

En el caso objeto del presente estudio encontramos que las autoridades indígenas de La Cocha, a partir de una interpretación directa y literal de la Constitución, procedieron a conocer y resolver

la muerte violenta de Marco Antonio Olivo Pallo por considerar que se encontraba en los presupuestos constitucionales previstos en el artículo 171,¹³ estos son:

1. El señor Marco Antonio Olivo Pallo, era miembro del pueblo Kichwa Panzaleo,
2. Los señores Flavio Candejejo Quishpe, Iván Candejejo Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umajinga, y Manuel Orlando Quishpe Ante, son miembros del pueblo Kichwa Panzaleo,
3. La muerte de la víctima ocurrió en territorio de la comunidad indígena; y,
4. Se trataba de un conflicto interno de la comunidad.

Juzgamiento que además contó con la aprobación y consentimiento tanto de los familiares de la víctima como de los imputados y sus familiares.

Como ya se ha dicho, las autoridades indígenas tomaron conocimiento de la causa por pedido de los familiares de Marco Antonio Olivo Pallo, pero también los imputados se sometieron de forma voluntaria. Es así que en el expediente constitucional, en varios documentos, se evidencia la voluntad de ambas partes de someterse a la justicia indígena, así como también su conformidad y satisfacción con la decisión adoptada. El accionante, en su demanda manifiesta:

“(…) de manera voluntaria solicitamos la oportuna intervención y actuación de las autoridades indígenas de la Cocha junto con las autoridades de la Comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, quienes, en estricto apego al Art. 171 de la Constitución de la República; Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y los Art. 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, ejerciendo las funciones jurisdiccionales solucionaron el caso, en dicha resolución estamos de acuerdo, y para nosotros los familiares del occiso este tema es cosa juzgada y no queremos acudir en un proceso de doble juzgamiento en la justicia ordinaria y nos negamos a poner una acusación particular de este hecho, porque nuestra jurisdicción es indígena”.

¹³ **Art. 426 de la Constitución.-** Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán 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 expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Por consiguiente, en atención a lo descrito es evidente que las autoridades indígenas, al momento de conocer la causa, haciendo una interpretación directa y literal del mandato constitucional y legal, actuaron como autoridades competentes y legítimas de su comunidad y juzgaron el caso.

Con el fin de tener una mejor comprensión respecto de las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades de la comunidad y principalmente de las decisiones adoptadas, es necesario que esta Corte Constitucional realice algunas precisiones de carácter intercultural respecto del bien jurídico que las autoridades de la comunidad de La Cocha del Pueblo Kichwa Panzaleo, quisieron proteger al momento de resolver el caso.

De acuerdo con el peritaje sociológico efectuado por el Pbro. Pedro Torres el objeto o interés principal de la justicia indígena es la protección de la comunidad o el buen vivir de la comunidad (ayllukuna allí kausay).

“(...) lo que busca la runa justicia es la protección de la comunidad o el ayllukuna allí kausay, el bien vivir entre familias y el estar ‘integrado’ a la comunidad, el proteger la convivencia armoniosa, pacífica, amistosa entre todos y con todo lo que nos rodea... AYLLU, LLAKTA, PACHAMA, PACHA por eso suelen decir: ‘tenemos que ser llevados entre todos, comportarse bien con todos y no tener problemas con nadie’ y si se presenta alguna ruptura de ese orden establecido hay que convocar a la comunidad porque, es la vida de la comunidad, la que está amenazada y buscar cómo solucionar el problema y reprender a quien obra de esa manera”.

Las conductas impropias o inadecuadas que son denunciadas rompen el orden establecido, por lo que la vida en la comunidad se ve amenazada y es ahí cuando se requiere la participación de las autoridades indígenas en la resolución del conflicto. Así, la intervención de la justicia indígena tiene como fin solucionar el problema y de ser necesario reprender a quien ha obrado mal para evitar que se repita y garantizar con ello la convivencia armoniosa, pacífica y amistosa en la comunidad.¹⁴

En lo que respecta a la vida, ésta se protege también en el mismo sentido. La vida del individuo vale en tanto aporta y vive en comunidad. Para el pueblo Kichwa Panzaleo la vida tiene valor en cuanto a una vida en comunidad; ellos no conciben

un derecho subjetivo a la vida ni se ven a sí mismos como un ente o una persona individualizada sino como parte de un todo. De modo que como dice el Pbro. Pedro Torres, en el peritaje sociológico realizado por pedido de la Corte Constitucional:

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

Por consiguiente, en los casos de muerte provocada, al igual que en el resto de casos, lo que se busca es la solución del problema social y de la problemática familiar, ya que en estos casos la familia y la comunidad se ven fuertemente afectadas. De modo que la justicia indígena es esencialmente conciliatoria y reparatoria; no tiene como fin juzgar el delito como tal, ni irse en contra de la persona que ha cometido una infracción; lo que busca es la solución del problema y la restauración del equilibrio en la comunidad para evitar que esta estructura se vea amenazada, por lo que las “sanciones” que se aplican al infractor forman parte de eso, de la reparación.

En este caso, en el acta de 23 de mayo de 2010, se deja plena constancia de este hecho cuando señala que:

“se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha establecido”.

De modo que, según se observa, la Asamblea General Comunitaria resolvió únicamente la afectación que tuvieron los hechos y las actuaciones de los involucrados para la comunidad. Por lo que, esto demuestra que en la justicia indígena del pueblo Kichwa Panzaleo, sus autoridades juzgan los atentados contra la vida desde su dimensión objetiva, buscando solucionar el conflicto generado en la familia y en la comunidad como resultado de la muerte provocada, garantizando con ello la convivencia en armonía de la comunidad.

Ahora bien, frente a la descripción de este importante elemento de la justicia indígena, es preciso mencionar que esta característica del derecho propio

¹⁴ Pese a que en muchos casos (robos, linderos, herencias) suelen estar involucrados bienes de índole particular la justicia indígena no los protege en cuanto a tales sino que los protege únicamente porque constituyen bienes que forman parte de la comunidad y de los cuales depende su convivencia pacífica.

del pueblo Kichwa Panzaleo debe ser interpretada a la luz de la Constitución y los convenios internacionales, tomando en consideración que las comunidades pueblos y nacionalidades gozan también del derecho a la identidad cultural. Este derecho de los pueblos indígenas ha sido reconocido en varias ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha determinado que su ejercicio constituye un componente básico para su autodeterminación y supervivencia. La práctica de sus costumbres ancestrales, sus tradiciones y valores, así como la aplicación de su derecho propio, constituyen elementos de su derecho a la identidad cultural que deben ser considerados y respetados al aplicar la normativa interna vigente en cada Estado.¹⁵

En el Estado constitucional de derechos y justicia la vida es un valor supremo y constituye el eje primordial y la razón de ser de la sociedad. Así, uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado, dentro del orden constitucional moderno, es establecer amplias garantías que amparen el derecho a la vida consagrado en el artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República. En tal sentido, en el derecho común, el derecho a la vida es protegido por el solo hecho de su existencia, pero también por su valor supremo como eje y centro de la convivencia de la sociedad.

Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y los tratados internacionales, es la base para la existencia y ejercicio de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos; por lo que, constituye la máxima obligación del Estado perseguir, juzgar y sancionar todo acto que atente contra la inviolabilidad de la vida. No solo en cuanto a derecho objetivo sino también en cuanto a derecho subjetivo inherente a cada persona. En definitiva, a todos los operadores jurídicos, de manera prioritaria, les corresponde proteger y garantizar el derecho a la vida en todas sus dimensiones. Especialmente, porque cualquier vulneración a este derecho genera una afectación de graves repercusiones para la armonía no solo de la comunidad inmediatamente afectada sino también para toda la sociedad en general.

De modo que, pese a que las autoridades indígenas gozan de autonomía jurisdiccional, éstas en cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos están obligadas a proteger la inviolabilidad de la vida. Por lo que, sin que exista interferencia

arbitraria ni disminución del derecho de autonomía jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la justicia ordinaria y la justicia indígena en garantía del derecho a la vida de las personas deben intervenir y actuar de modo coordinado y conjunto, investigando, juzgando y sancionando todo delito que lo ponga en riesgo.

En este sentido, se debe tomar en consideración que la justicia indígena únicamente se activa a través del ruego o solicitud que hacen las partes involucradas a las autoridades de la comunidad para que asuman el conocimiento y resolución de un caso. Esta condición esencial de la justicia indígena implica que su intervención no es siempre obligatoria; las autoridades indígenas no actúan de oficio ante cualquier infracción; al contrario, operan únicamente cuando las partes lo solicitan o cuando se trata de un delito flagrante que acarrea consecuencias para la comunidad que alteren su armonía y equilibrio. De modo que el agraviado o la víctima tienen la facultad de decidir si efectúa la denuncia (willachina) o no. Por consiguiente, ante estas circunstancias existe la posibilidad de que el agraviado no denuncie el hecho y que la justicia indígena no juzgue la infracción.

Frente a este elemento estructural de la justicia indígena, se debe considerar que de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano y los tratados internacionales de derechos humanos, todos los delitos contra la vida, por su importancia y por los efectos que estos generan para la sociedad, pueden ser conocidos por las autoridades judiciales ordinarias aun cuando las partes no presenten una denuncia. Es decir, a diferencia de lo establecido en la justicia indígena, la justicia ordinaria tiene la obligación de perseguir, conocer, investigar y sancionar cualquier atentado contra la vida, incluso de oficio.

Es así que el artículo 3 del texto constitucional establece que es un deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales; por lo que en concordancia con aquello, debe entenderse que cuando el artículo 66 numeral 1 de la Carta Fundamental dispone que se reconocerá y garantizará a las personas el derecho a la inviolabilidad de la vida, le corresponde al Estado, sea a través de la justicia ordinaria o de la justicia especial indígena, velar por ese derecho y garantizar que ante una vulneración del mismo se lo juzgue y se lo sancione.

Como ya se ha dicho, en los pueblos indígenas puede darse el caso que frente a un atentado contra la vida de una persona no opere el ruego o el requerimiento y en consecuencia la justicia indígena no actúe, por lo que el delito puede quedar en la impunidad. Frente a aquello, sin afectar la autonomía organizativa de los pueblos ancestrales, le corresponderá al Estado, a través de la justicia ordinaria, en cumplimiento de la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, sea petición de parte o de oficio, actuar con el fin de investigar, enjuiciar y sancionar los delitos contra la vida. De esta manera el Estado estará cumpliendo con su primordial deber y obligación constitucional, como garante de los derechos de las personas y de la seguridad del Estado.

En respeto de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos los atentados contra la vida no pueden ser juzgados únicamente cuando la justicia se activa a petición de parte, pues para garantizar la paz social, la armonía en la comunidad y defender la inviolabilidad de la vida, cualquier atentado contra la vida, como ya se ha dicho, debe ser perseguido, conocido, investigado, juzgado y sancionado conforme a derecho. De modo que el Estado no puede permanecer impávido o impasible ante la comisión de un atentado contra la vida y permitir que éste quede en la impunidad. En caso de no existir el ruego de parte (denuncia) en la justicia indígena; en el caso de que las autoridades indígenas declinen su conocimiento; o, en el caso de que el agraviado o su familia acudan directamente a la jurisdicción común, le corresponderá al Estado, a través de la justicia ordinaria, investigar, conocer, juzgar y sancionar estos delitos.

En el caso bajo análisis, conforme se evidencia en los peritajes antropológicos efectuados por los expertos, el pueblo Panzaleo de la nacionalidad Kichwa de Cotopaxi si juzga atentados contra la vida, es más, específicamente en la comunidad de La Cocha, por los antecedentes que han sido documentados y referidos por especialistas en la materia,¹⁶ ya se ha juzgado con anterioridad otros conflictos internos de la misma naturaleza, esto es derivados de atentados contra la vida. Por lo tanto, en el caso concreto, al momento de ocurridos los hechos, no ha existido riesgo de impunidad ya que la comunidad indígena de La Cocha, a través de sus autoridades

y respetando el debido proceso consagrado dentro de su derecho propio, se conoció, investigó, juzgó y sancionó oportunamente la muerte ocurrida dentro de su territorio, actividad jurisdiccional que se cumplió a partir del ruego de parte efectuado por los familiares de la víctima, Marco Antonio Olivo Pallo.

Por consiguiente, pese a los evidentes vacíos legales existentes respecto a los ámbitos competenciales y jurisdiccionales entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, así como ante la falta de mecanismos de coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurisdiccionales, esta Corte Constitucional concluye que las autoridades indígenas, en el caso concreto, ejercieron su competencia jurisdiccional, conociendo, investigando, juzgando y sancionando los hechos relacionados con la muerte de la víctima; ejercicio que se cumplió tomando en consideración el principio de aplicación directa de las normas constitucionales consagrado en el artículo 426 de la Constitución y lo dispuesto en el artículo 171 de la Carta Fundamental y el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Por los antecedentes expuestos, para la solución de este caso concreto, la Corte Constitucional estima necesario adoptar medidas de reparación integral frente a las intervenciones posteriores de la justicia ordinaria, a fin de garantizar la firmeza de las decisiones adoptadas en la justicia indígena, así como los derechos constitucionales de las autoridades indígenas que conocieron y juzgaron la causa y de quienes fueron encausados en el cometimiento del delito. Así, para garantizar el principio de *non bis in idem*, contenido en el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República y en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁷, que previene el doble juzgamiento, y proteger los derechos de todos los involucrados en la causa, esta Corte deja sin efecto y valor jurídico todas las actuaciones y providencias dictadas en justicia ordinaria a partir del inicio de las instrucciones fiscales, para lo cual les corresponde a las autoridades jurisdiccionales que avocaron conocimiento de esta causa en la justicia ordinaria archivar los expedientes. De esta manera, en cumplimiento al segundo inciso del artículo 171 de la Constitución, todas las instituciones y autoridades públicas deberán respetar las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, en el caso de la muerte violenta del señor Marco Antonio Olivo Pallo.

¹⁶ Al respecto ver Llásag Fernández, Raúl. “Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad?: La Cocha”. En Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Fundación Rosa Luxemburg. Quito, 2012.

¹⁷ Principio que también consta en el artículo 5 numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal, el cual entrará en vigencia a partir del mes de agosto de 2014.

3- ¿En el presente caso se ha vulnerado el derecho a la no re victimización del accionante y su familia, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República?

De acuerdo con el artículo 78 del texto constitucional las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial y se les garantizará su no re victimización, particularmente en lo referido a la obtención y valoración de pruebas. También dicha norma señala que deberá protegérselas de cualquier amenaza u otras formas de intimidación.

Al tenor de este artículo se debe entender que la no re victimización tiene como fin no alargar ni fomentar el sufrimiento de las víctimas de un delito (incluyendo sus familiares), para así permitirles superar el daño sufrido. Para ello, las víctimas requieren la efectiva reparación integral y la protección activa por parte del Estado para evitar amenazas o intimidaciones que impidan el normal desarrollo de su vida y por ende el ejercicio de otros derechos constitucionales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por consiguiente, este derecho constituye a su vez un deber inexcusable para el Estado pues es éste el encargado de brindar a las víctimas toda la protección especial necesaria para evitar su re victimización.

Uno de los conceptos de víctima más adecuado es el contenido en la Declaración de Naciones Unidas de 1985, sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Así según este instrumento:

“1. Se entenderá por víctimas, tal como se han definido en el presente documento, las personas naturales o Jurídicas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal nacional o internacional o que de otra manera constituyan una violación grave de normas internacionalmente reconocidas relacionadas con los derechos humanos, la conducta de las empresas o abusos ilícitos de poder

2. Podrá considerarse víctima a una persona con arreglo a la Declaración independiente-

mente de que el perpetrador del acto victimizante sea una persona natural o Jurídica, incluido/ un funcionario o agente del Estado, o una colectividad, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a familiares o los dependientes inmediatos de la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

De modo que la re victimización consiste en los sufrimientos inferidos a las víctimas y a los sujetos pasivos de un delito por parte de los operadores jurídicos, instituciones del Estado u otros entes que tomen parte directa o indirectamente durante el desarrollo de un proceso judicial hasta su resolución y sanción.

Respecto a la re victimización debemos tener claro que existen dos fases bien identificadas en las cuales la víctima de un delito sufre las consecuencias del mismo: La primera se da precisamente cuando es sometida por el victimario a padecer la comisión de un delito en su contra, sea directa o indirectamente; y, la segunda se da a partir del momento que la víctima pone en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo. Esta segunda fase ocurre cuando las víctimas sufren las consecuencias tanto de la demora de la justicia, así como, de la mediatización y la constante exposición a los hechos. Estas situaciones generan estados psicológicos que deben ser adecuadamente tratados y que el Estado y sus instituciones deben trabajar por minimizar.¹⁸

En el caso objeto del presente análisis, esta Corte encuentra que la familia de la víctima no ha recibido esta protección por parte del Estado y de los operadores jurídicos puesto que a partir de la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo sus familiares han estado expuestos constantemente a una serie de situaciones que les han causado mayor sufrimiento, exposición e incluso sentimientos de intimidación.

Las particulares circunstancias que han rodeado este caso han provocado que el mismo siga abierto y que las víctimas se hayan visto re victimizadas por los distintos operadores jurídicos y los medios de comunicación. Como señala el accionante en su

¹⁸ Este estado postraumático de la víctima es lo que se puede definir como la dimensión psicológica de la victimización; y sobre este terreno ha de actuar, tanto en la primera victimización como la segunda, la ayuda de un profesional para rebajar el nerviosismo, ansiedad, angustia y depresión y demás consecuencias que se presenten. Tomando en consideración que las mismas varían según el sexo, edad, condición social o estado civil de la víctima.

demanda, al no haberse adoptado medidas para que se cumpla la decisión de las autoridades indígenas y al haberse sometido el caso también a conocimiento de la justicia ordinaria, éste permanece abierto y no se ha podido cumplir con la reparación integral que forma parte del derecho a la no victimización de la familia Olivo Pallo.

Por una parte, esta Corte encuentra que debido a la amplia difusión pública de este caso, la familia de Marco Antonio Olivo Pallo ha tenido que observar una y otra vez reportajes, comentarios y diversas versiones sobre la muerte de su familiar. Asimismo, los reportajes de algunos medios de comunicación social han provocado diversas reacciones en la sociedad que les ha ocasionado sentimientos de miedo, amenaza e intimidación. Así también, a partir de debate en torno a este caso, la familia, la comunidad y las autoridades indígenas han tenido que soportar las críticas y cuestionamientos a las sanciones impuestas, y a la inferiorización que se ha dado respecto de la justicia indígena y su derecho propio.

Conforme ha dispuesto el artículo 18 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a “*Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior*”. Esto quiere decir que la información que se difunda o se produzca en torno a un hecho, debe cumplir con ciertos requisitos que garanticen la veracidad de la información y que eviten su descontextualización o la tergiversación de la realidad.

En el presente caso, a fojas 73 vuelta del expediente, el accionante manifiesta:

“inclusive la honra y dignidad de mi familia se ha visto amenazada por la excesiva publicidad que se ha dado a este caso, la misma que no ha respetado la memoria de mi hermano marco olivo y tampoco el sufrimiento de mi querida madre, quien ha sido visibilizada en medios de comunicación social sin importar su terrible sufrimiento (...) las autoridades indígenas debían prohibir la publicidad de las imágenes de la aplicación de la justicia indígena, ya que nos han presentado ante la opinión pública como salvajes y bárbaros; y consecuentemente, ha puesto en una situación de incertidumbre la plena vigencia y aplicación del artículo 171 de la Constitución sobre la jurisdicción indígena”.

Al respecto, es necesario reconocer la importancia que los medios de comunicación tienen en el imaginario social, en consecuencia la información que divulgan a la ciudadanía puede contribuir a valorar o desvalorar una actuación, por lo que siempre deben observar los elementos establecidos en el artículo 16 y siguientes de la Constitución de la República.

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

En casos de justicia indígena como este, es necesario que toda la información difundida se enmarque dentro del pluralismo y la interculturalidad que caracteriza a nuestro país y que define a nuestro Estado, para lo cual los medios de comunicación deben contar en sus equipos con analistas y reporteros que tengan conocimiento de la realidad social, organizativa y cultural indígena; de lo contrario, siempre existe el riesgo que la información difundida solo sea sensacionalista y no cumpla con el objetivo que la información debe cumplir para estos casos, este es el valorar adecuadamente las costumbres y cosmovisión de los pueblos indígenas y acercar su cultura a la sociedad blanco mestiza. Riesgo que lamentablemente se evidencia cuando la información referida a las sanciones de justicia indígena se las hace aparecer como “linchamientos” o “ajusticiamientos”.

A este respecto la Corte Constitucional estima necesario explicar que para la comunidad indígena de La Cocha, las sanciones corporales no constituyen una tortura o un acto cruel o degradante sino que las mismas tienen como única finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados.¹⁹ En su contexto, este tipo de “sanciones” constituye la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado.

¹⁹ Sánchez, Esther. Peritaje antropológico presentado a la Corte Constitucional del Ecuador. Pp. 30 y 31.

Además, al ser aplicadas públicamente cumplen una labor ejemplificadora y preventiva que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer ese tipo de faltas en un futuro; así como también evitar la reincidencia del infractor.

Al respecto, Esther Botero Sánchez, en su peritaje entregado a la Corte Constitucional señala que:

“(…) las sanciones que la asamblea o las autoridades indígenas imponen a sus pobladores buscan sanar al individuo, que retome a una forma de vida apropiada y fortalezca el espíritu individual, familiar y colectivo que fue debilitado por su actitudes de conductas (…)”

Así mismo, Pedro Torres, en su peritaje, sostiene que:

“(…) frente a un desfase en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos (…)

Por eso, lo que aparentemente aparece como una ‘pena’ o un ‘castigo’ es simplemente una sanción o reprimenda, amonestación, advertencia o llamado de atención para que se mantenga el AYLLUKUNA ALLI KAUSAY y se pueda llegar al sumak kausay o el buen vivir que está garantizado en la Constitución Política. Es por eso que en muchos casos al querer equiparar el ‘aconsejamiento’ o la sanción y advertencias a aquellos que se llaman ‘penas’ o ‘castigos’ en el Derecho positivo, se descontextualiza y se interpreta como algo contrario a los derechos humanos o atentatorio de la integridad física de las personas”.²⁰

Por tanto, a la luz de una interpretación intercultural, este tipo de sanciones no constituyen prácticas que tengan como fin la tortura o la degradación de la dignidad de las personas; por el contrario, son medios tradicionales propios de sus costumbres con un alto significado simbólico que tienen por objeto devolver a los infractores su función dentro de la comunidad y su dignidad como miembro de la misma; así como también buscan restaurar el equilibrio y la armonía con la naturaleza y sus valores.

En tal sentido, en el caso objeto de análisis, las sanciones corporales impuestas a los involucrados

en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, forman parte de su derecho propio y de su identidad cultural y autodeterminación, por lo que deben ser interpretadas bajo la atenta mirada de la Constitución, los Convenios Internacionales de derechos humanos, así como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Por lo expuesto, dentro de una lectura intercultural de los hechos, se colige que las sanciones impuestas por las autoridades indígenas, no pusieron en riesgo la vida de los imputados en el delito, ni vulneraron sus derechos humanos. En consecuencia, la Corte Constitucional determina que la emisión de imágenes, reportajes periodísticos y opiniones en las que se tergiversa el real significado de estas prácticas sancionatorias de la justicia indígena, calificándolas las como actos “linchamiento” y “trato inhumano”, genera vulneración al derecho constitucional ciudadano a contar con una información veraz, plural y contextualizada, y a su vez, en el caso de la familia Olivo Pallo los re victimiza.

Por otra parte, el señor Víctor Manuel Olivo Pallo, en su calidad de accionante dentro de su demanda, constante a fojas 73 y vuelta, señala que:

“El razonamiento válido para impugnar las dos decisiones emitidas por la comunidad de ‘La Cocha’ se centraliza en la fase de ejecución de la decisión emitida por cuanto el sometimiento voluntario de toda la familia Olivo Pallo fue en virtud de que las decisiones debían respetarse y cumplirse a cabalidad conforme se acordó inclusive con los asesinos de mi hermano y sus familiares. Por lo tanto son las autoridades demandadas quienes debían prever con sus organizaciones y a través de su potestad conferida por la constitución de la República del Ecuador y demás instrumentos internacionales de carácter específico, la seguridad de que se efectivicen todos los puntos acordados. Sin embargo se inician otros procesos judiciales y nos revictimizan y nos obligan a comparecer a indagaciones inclusive por la fuerza; cuando al parecer todo estaba firme y se trataba de una cosa juzgada. (...) Inclusive en la actualidad mi progenitora sufrió un ataque alevoso por parte del abogado de los asesinos de mi hermano de apellido Quishpe, quien sin que mediara motivo le agredió físicamente en la comunidad”.

Con relación a lo expresado por el accionante, esta Corte Constitucional reitera que las autoridades indígenas de La Cocha, atendiendo el ruego de los familiares de la víctima y con la aceptación de los imputados del cometimiento del atentado contra la vida, en razón de haber sido un conflicto interno ocasionado entre miembros de la comunidad indígena, dentro de su territorio, y en aplicación del artículo 171 de la Constitución de la República y la facultad prevista en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, administraron justicia indígena basados en su derecho propio (situación que es acreditada en los peritajes realizados por los expertos Esther Sánchez Botero y Pedro Torres). En consecuencia, lo que cabe a fin de prevenir la re victimización del accionante y su familia es que las autoridades de justicia ordinaria y los demás operadores de esta justicia, vinculados con este caso, observen y cumplan con lo previsto en el segundo inciso del artículo 171 de la Constitución de la República, esto es que las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena La Cocha sean respetadas.

Por lo explicado, es criterio de esta Corte que, a fin de garantizar el derecho a la no revictimización de la familia Olivo Pallo, así como el derecho al debido proceso en la garantía de no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, se deben dar por terminados y archivar todos los procesos judiciales abiertos en justicia ordinaria en contra de los de los imputados y de las autoridades indígenas vinculadas con el caso de la muerte del ciudadano Marco Antonio Olivo Pallo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar que no ha habido vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica en las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010 por la Asamblea General Comunitaria de La Cocha.
2. Declarar que las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha, en el caso concreto, actuaron en aplicación directa del artículo 171 de la Constitución de la República, así como del artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.
3. Declarar la vulneración del derecho constitucional de no re victimización (Art. 78 de la Constitución) del señor Víctor Manuel Olivo Pallo y su familia.
4. Como medidas de reparación integral se dispone lo siguiente:
 - a. Las autoridades judiciales ordinarias en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 171 de la Constitución deberán respetar las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, quienes conocieron investigaron, juzgaron y sancionaron la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo en aplicación del derecho propio, por lo que les corresponde archivar los procesos correspondientes a fin de evitar un doble juzgamiento.
 - b. Los medios de comunicación social públicos, privados o comunitarios, al emitir o difundir noticias, reportajes, documentales o mensajes relacionados con asuntos de justicia indígena deberán evitar toda desnaturalización o estigmatización del significado del proceso de justicia indígena y estarán en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad de la información.
 - c. Poner en conocimiento del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación el contenido de esta sentencia a fin de que, en el marco de sus competencias, la difunda entre los medios de comunicación a nivel nacional; y, con el apoyo de universidades y centros educativos que cuenten con conocimientos de justicia indígena, generen espacios de capacitación para periodistas y medios de comunicación, respecto a plurinacionalidad e interculturalidad; los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; del contenido y alcance del pluralismo jurídico y la justicia indígena existente en el Ecuador.
 - d. Poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura la presente sentencia, a fin de que en el marco de sus competencias y atribuciones, realice una debida, oportuna y generalizada difusión de esta sentencia en las instancias pertinentes de la función judicial; así como también, lleve a cabo talleres de capacitación a fiscales y jueces a

nivel nacional respecto a plurinacionalidad e interculturalidad; los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; del contenido y alcance del pluralismo jurídico y la justicia indígena existente en el Ecuador.

- e. Poner en conocimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo, para que conjuntamente difundan esta sentencia a nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua.
5. Notificar la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutive de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley.
6. Traducir íntegramente esta sentencia al idioma quichua para que sea divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi.
7. Publicar el contenido íntegro de esta sentencia en una gaceta exclusiva en español y quichua; y, publicar la parte resolutive de la sentencia, en español y quichua, en un diario de amplia circulación nacional.
8. Transmitir la presente sentencia de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado, en cumplimiento del artículo 66 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Fabián Marcelo Jaramillo Villa
JUEZ CONSTITUCIONAL

CASO N° 0731-10-EP

RAZÓN.- Siento por tal que el voto salvado que antecede fue emitido y aprobado por el doctor Fabián Marcelo Jaramillo Villa, juez de la Corte Constitucional, quien suscribe, en Quito, Distrito Metropolitano, a los treinta y un días del mes de julio del año dos mil catorce.- Lo Certifico.-

Rodrigo Ugsha Cuyo
ACTUARIO

CASO N° 0731-10-EP

RAZÓN.- Siento por tal que, en la ciudad de Quito, a los treinta y un días del mes de julio y primer día del mes de agosto del dos mil catorce, se notificó en copias certificadas de la sentencia N° 113-14-S EP-CC de 30 de julio de 2014 más el voto salvado, a los señores: Víctor Manuel Olivo Pallo en la casilla constitucional 304 y judicial 3953; Manuel Orlando Quishpe y otros en la casilla constitucional 304, judicial 763 y en el correo electrónico: raulilaquiche@hotmail.com; Rafael Amador Herrera Bastidas, Ex Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi en la casilla judicial 1988; Fiscal Provincial de Cotopaxi en la casilla constitucional 044; Ángel Tamami Chimbolema, Defensor Público en la casilla constitucional 1000, judicial 5387 y en el correo electrónico: semanatea@fiscalia.gob.ec; Ernesto Pazmiño Granizo, Defensor Público General del Ecuador en la casilla constitucional 061; Jueces de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia mediante oficio 3727-CC-SG-2014: José Luis Segovia Dueñas, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi a través de los correos electrónicos: jose.segovia@funcionjudicial.gob.ec; y jlsdue@yahoo.com; Iván Fabara, Juez de la Unidad Judicial de lo Penal de Cotopaxi y Ex Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi a través del correo electrónico: ivan.fabara@funcionjudicial.gob.ec; Fabián Fabara, Director del Consejo de la Judicatura en Cotopaxi a través del correo electrónico: fabian.fabara@funcionjudicial.gob.ec; al Presidente de la Comunidad Indígena de La Cocha, Zumbahua, Pujilí, Cotopaxi y al Presidente del Movimiento Indígena de Cotopaxi "MIC" a través del correo electrónico: miccotopaxi@yahoo.com; Gustavo Jalkh Röben, Presidente del Consejo de la Judicatura mediante oficio 3728-CC-SG-2014; Ledy Andrea Zúñiga Rocha, Ministra de Justicia, Derechos Humanos y Cultos mediante oficio 3729-CC-SG-2014; Ramiro Rivadeneira Silva, Defensor del Pueblo del Ecuador mediante oficio 3730-CC-SG-2014; Ernesto Pazmiño Granizo, Defensor Público del Ecuador mediante oficio 3731-CC-SG-2014; y, a Viviana Bonilla Salcedo, Secretaria Nacional de Gestión de la Política mediante oficio 3732-CC-SG-2014; conforme constan de los documentos adjuntos.- Lo certifico.-

Jaime Pozo Chamorro
Secretario General

Vigoriza tu matrimonio



Al pensar en nuestra relación en pareja y nuestra familia todos anhelamos que sean saludables y que estén llenas de amor y de respeto, pero cuando abrimos la puerta de nuestro hogar comprobamos que muchas veces esto no es una realidad. Es allí cuando pensamos: ¿se puede alcanzar o son simples cuentos de hadas? ¿podré lograrlo? ¿cómo lo hago?

Hoy quiero animarte porque sí es posible gozar de familias y relaciones saludables, pero es preciso entender que ésta requiere esfuerzo, constancia y sobre todo compromiso.

Para lograrlo debemos mantenernos actualizados, es decir que no damos por sentado que conocemos a nuestra pareja y que somos la misma persona que éramos cuando nos casamos. ¡No lo somos! La vida pasa. No te quedes atascado creyendo que no hay nada nuevo que aprender sobre tu pareja. No asumas que lo sabes todo. Provoca tiempo para conversar sobre sus intereses, sus sueños y sus preocupaciones.

Haz de tu matrimonio tu Prioridad, con frecuencia nos enredamos en nuestras actividades y no nos damos cuenta de que la única persona que estamos descuidando es nuestra pareja. Establezcan sus propias tradiciones como una conversación diaria con una taza de café. Piensa cada día en diferentes maneras de hacerles sentir que tu pareja y tus hijos son lo primero para ti.

Muestra respeto porque éste crea matrimonios fuertes. El respeto se traduce en considerar la opinión de tu pareja, en no hablar mal de tu cónyuge a tus hijos, amigos o parientes, no reaccionar con sarcasmo, o ridiculizarlo cuando tu pareja expresa sus sentimientos. Evita los ataques personales cuando no estés de acuerdo y crea un ambiente seguro. Recuerda que la intimidad florece cuando ambos se sienten libres de compartir ideas y saben que el otro está ahí sin importar lo que pase.

Proponte hacer pequeños actos de bondad diaria, una gran forma de demostrar el amor es DANDO, y nada más valioso que darte tu mismo a otra persona. El tener pequeños gestos le muestran a nuestra pareja que es importante para ti. No dejes que pase un día sin hacer algo agradable, sorprende a tu cónyuge haciendo algo que necesite, sin que te lo pida como preparar su plato favorito, calentar el auto, ayudarlo con los platos. Pregúntate cómo puedes crear una atmósfera agradable y amorosa en tu hogar.

Busca siempre ser positivo, escuchar constantemente calificativos negativos es desagradable. Reconoce tus bendiciones y exprésalas. Cuando los tiempos son tensos, no caigas en un patrón de culpar a los demás y quejarte. Deja el ojo crítico y enfócate en lo positivo. Busca lo bueno en las personas y en las situaciones. Una relación que es positiva se enfoca en la fe, la esperanza y en la creencia de que compartiremos el futuro juntos con alegría.

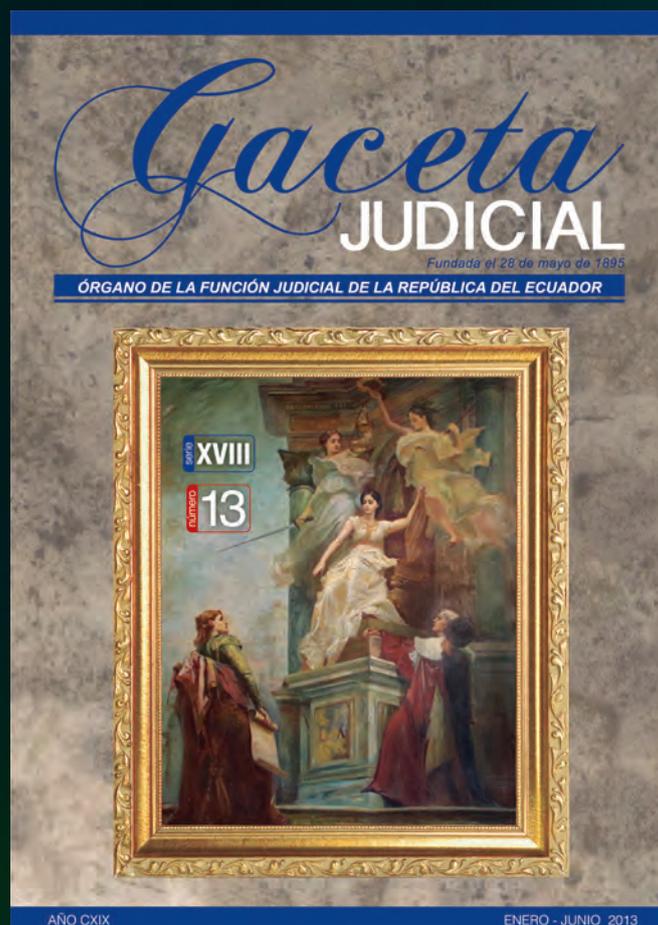
Recuérdalo para crear una relación sana y firme debemos: Mantenernos actualizados, hacer de nuestro matrimonio una prioridad, respetarnos, hacer pequeños actos de bondad diarios, y ser positivos. Sobre todas las cosas cree que siempre puedes estar mejor.

¡Juntos estamos, levantando generaciones!

Ing. Solange de Vizhñay
Directora Ejecutiva
Fundación Herencia Familiar



**HERENCIA
FAMILIAR**
Levantando Generaciones



Próximamente en circulación la edición número 13
de la serie XVIII de la *Gaceta* JUDICIAL

