



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

Maestría en Derecho Procesal Segunda Promoción

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

TÍTULO DE LA TESIS:

“Derecho Consuetudinario Indígena: DICOTOMIA EN LO
PROCESAL Y EN LA PRÁCTICA”

Previa a la obtención del Grado Académico de Magíster en
Derecho Procesal

ELABORADO POR:

Abg. Raúl Olmedo Gavilanes

Abg. Nelson D. Vela Andrade

Guayaquil, a los 20 días del mes de Enero de 2015.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por los abogados Raúl Olmedo Gavilanes y Nelson D. Vela Andrade, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Procesal, Segunda Promoción.

Guayaquil, a los 20 días del mes de enero del año 2015

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Christian Viteri López

REVISORES

Dr. Nicolás Rivera Herrera

Dr. Santiago Velásquez Velásquez

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velásquez Velásquez



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotros, Abg. Raúl Olmedo Gavilanes y Abg. Nelson D. Vela Andrade,

DECLARAMOS QUE:

La Tesis “Derecho Consuetudinario Indígena: DICOTOMIA EN LO PROCESAL Y EN LA PRÁCTICA”, previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros, conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente, este trabajo es de nuestra total autoría.

En virtud de esta declaración, nos responsabilizamos del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 20 días del mes de enero del año 2015

LOS AUTORES

Abg. Raúl Olmedo Gavilanes,

Abg. Nelson Vela Andrade



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

AUTORIZACIÓN

Nosotros, Abg. Raúl Olmedo Gavilanes y Abg. Nelson D. Vela Andrade,

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: “Derecho Consuetudinario Indígena: Dicotomía en lo Procesal y en la Práctica”, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de enero del año 2015

LOS AUTORES

Abg. Raúl Olmedo Gavilanes

Abg. Nelson D. Vela Andrade

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y al Sistema de Posgrados, que nos ha brindado la oportunidad de continuar con nuestra formación profesional de cuarto nivel, permitiéndonos alcanzar conocimientos tan importantes, especializados y actualizados en el derecho procesal, a través de las cátedras impartidas en los diferentes módulos, las que han sido de gran éxito por la sabiduría y profundas reflexiones de parte de los catedráticos, que muy acertadamente han sido seleccionados dentro de un gran grupo de profesionales para formar parte del personal docente de este posgrado.

A nuestras familias, por su tolerancia en la dedicación de nuestras horas de estudio, por brindarnos su apoyo y confianza en todo lo necesario para poder cumplir nuestros objetivos que son un peldaño más, que nos permitirán avanzar al ritmo de la sociedad actual.

ÍNDICE

Página

CARÁTULA

CERTIFICACIÓN

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

AUTORIZACIÓN

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 Planteamiento del Problema 6

1.2 Formulación del Problema 8

1.3 Objetivos 9

1.3.1 Objetivos Generales..... 9

1.3.2 Objetivos Específicos..... 9

1.4 Justificación 9

1.4.1 Delimitación 10

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 El Derecho Indígena 12

2.1.1 Contextualización Histórica del Derecho Escrito y su Relación con los
Pueblos Indígenas 12

2.1.2 Concepto y Definición de Derecho Indígena..... 19

2.1.3 Fundamentos y Principios de la Existencia del Derecho Indígena..... 20

2.1.4 Características de la Administración Indígena en Relación al Derecho
Penal 24

2.1.5 Bases Constitucionales del Derecho Indígena y Derecho Penal..... 26

2.2 Jurisdicción y Autoridades 28

2.2.1 Principios y Autoridades 28

2.2.2 Jurisdicción Especial Indígena 30

2.2.3 Reconocimiento de Derechos Colectivos 32

2.2.4 Positivación de los Derechos Colectivos en la Constitución Ecuatoriana....	32
2.2.5 Derecho Indígena y el Pluralismo Jurídico	36
2.2.6 Justicia Indígena, Derechos Fundamentales, y Derechos Humanos.....	41
2.2.7 Percepción Indígena de la Justicia Civilizada.....	43
2.2.8 La Justicia Indígena y su Tratamiento en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.....	45
2.2.9 Las Autoridades Indígenas y su forma de Elección.....	47
2.3 Los Conflictos en la Aplicación de las Sanciones en Relación con la Justicia Ordinaria	48
2.3.1 Recomendaciones para que todos los Ecuatorianos sean Partícipes y se Involucren con la Justicia Indígena.....	49
2.3.2 Principales Autoridades	49
2.3.3 Atribuciones de las Autoridades y las Estructuras Colectivas de Aplicación de la Justicia Indígena	50
2.3.4 Principales Problemas que se Conocen en las Comunidades Indígenas.....	52
2.3.5 Formas de Resolución de Conflictos.	53
2.3.6 Aplicación de Sanciones.....	54
2.3.7 Hechos Violentos bajo la Modalidad de Justicia Indígena.....	59
2.3.8 Procedimientos en la Administración de Justicia Indígena.....	59
2.3.9 Mínimos Jurídicos que las Autoridades Indígenas deben de Observar en la Administración de Justicia.....	61
2.3.10 Acceso al Sistema de Administración de Justicia Oficial.....	62
2.3.11 La Justicia Indígena y su Diferencia con la Justicia Ordinaria.....	64
2.3.12 Análisis Comparativo en la Criminalización entre Sistema Penal Oficial y Sistema Penal.....	65
2.3.13 Fiscalía y las Unidades de Justicia Indígena.....	70
2.3.14 Proyecto de Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.....	71
2.4 Propuesta de Investigación, Conforme a la Aplicación de la Justicia Indígena en el Ecuador.....	73

2.4.1 Análisis Exhaustivo sobre la Aplicación de la Justicia Indígena y Posición de Gobernantes Nacionales.....	74
2.4.2 Limitaciones, Dificultades y Posibilidades de superación	77
2.4.3 Propuesta de Intervención: Exposición de Motivos.....	79
2.4.4 Considerando.....	79
2.4.5 Proyecto de Ley para la Administración de la Justicia Penal Indígena.....	80
2.4.6 Derecho Comparado.....	82
2.5 Hipótesis	86
2.5.1 Variable Independiente	86

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Modalidad de la Investigación	87
3.1.1 Tipos de Investigación	87
3.2 Descripción de la Investigación de Campo.....	88
3.2.1 Población y Muestra	88
3.3 Métodos, Técnicas e Instrumentos.....	90
3.3.1 Método Teórico	90
3.3.2 Método Sistémico.....	90
3.3.3 Método Estadístico	91
3.4 Métodos Empíricos Identificación de Fuentes.....	91
3.5 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	91
3.5.1 La Observación	91
3.5.2 La Encuesta	92
3.5.3 La Entrevista	92
3.5.4 El Fichaje	92
3.6 Procedimiento de la Investigación	92

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1 Bases de Datos.....	94
4.1.1 Interpretación de Cuadros y Gráficos – ENCUESTA.....	95

4.1.2 Análisis de resultados de la Ficha de Observación	103
4.1.3 Interpretación de Cuadros y Gráficos – ENTREVISTA.....	105
4.1.4 Análisis e Interpretación Comparativo.....	111

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones del Marco Teórico.....	112
5.2 Conclusiones del Trabajo Investigativo Realizado.....	113
5.3 Recomendaciones.....	117

Referencias Bibliográficas	124
---	-----

Apéndice	127
-----------------------	-----

Apéndice No. 1	127
----------------------	-----

Apéndice No. 2	128
----------------------	-----

Apéndice No. 3	130
----------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Anteriormente a la llegada de los españoles, el territorio ecuatoriano estaba conformado por distintos pueblos y nacionalidades indígenas originarios, los que nacieron y se desarrollaron en su propio territorio; tenían sus propias formas de organización social, actividad económica, ideología política, normas de conductas, de convivencia social, costumbres y culturas, con la finalidad de construir una gran nación, quienes tenían un acervo diverso de conocimientos en astronomía, técnicas agrícolas, medicina relacionada con las cualidades curativas de plantas y animales y un sistema de solución de conflictos. Muchas de estas características sociales han sobrevivido hasta nuestros días con las particularidades propias de cada comunidad con sus tradiciones ancestrales.

Los estados que surgieron en el siglo XIX se constituyeron en la existencia de diversos grupos étnicos y culturales a quienes se les implanto la idiosincrasia de los blancos y los criollos, quienes por las estructuras del poder, conformaban grupos hegemónicos. Dentro de este contexto reivindicativo de los pueblos indígenas, sus actores han iniciado una etapa de reconstitución e identificación plena como colectividades diferenciadas. Es así, que con la creación de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), en el año 1986, surge el concepto de nacionalidades y pueblos como una forma de sustituir términos peyorativos como “salvajes, tribus, nativos, aborígenes, étnicos, minorías, entre otros”, quienes a través de grandes movilizaciones irrumpieron en la vida política del país y a partir de entonces se convirtieron en el actor político más relevante del escenario social del Ecuador. En estos levantamientos sociales, los pueblos y nacionalidades indígenas que habitan en el territorio ecuatoriano, plantearon con el discurso “distintos pero no iguales” la exigencia de que se los considere iguales ante la ley y en lo referente al disfrute de los derechos económicos y sociales, y de forma subsidiaria afirmaban su diferencia étnica, cultural y nacional.

Una de las principales formas sociales que aun sobreviven dentro de las nacionalidades indígenas, es la aplicación del derecho consuetudinario, el mismo que está reconocido constitucionalmente en nuestra Carta Magna, así como en los

instrumentos internacionales de los derechos fundamentales del hombre, en las que se otorga el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, basados en sus costumbres y tradiciones. Garantizando el estado ecuatoriano, el respeto de las instituciones y autoridades a las decisiones de la jurisdicción indígena, siempre que las mismas se establezcan en armonía con los principios y normas constitucionales. En la práctica, esta realidad ha generado una serie de conflicto conceptuales y formales tanto de los diversos operadores judiciales como en la ciudadanía en general, pues por una parte, han aceptado dentro del derecho positivo el concepto, han sido muy escasos los pronunciamientos judiciales legales y constitucionales al respecto y en el otro ámbito, se evidencia un desconocimiento o descoordinación en la teoría y la práctica, entre algunos líderes indígenas y miembros de las comunidades.

Existe también, una disposición constitucional expresa, sobre la creación de mecanismos que coordinen entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, lo cual reviste de vital importancia, por cuanto la aplicación de ciertos procedimientos propios de la justicia indígena son rechazados por un sector importante de la sociedad ecuatoriana que no pertenecen a sus comunidades, pueblos y nacionalidades, Ante la falta de creación de los mecanismos de coordinación mencionados en el párrafo anterior, los que consisten en la creación de cuerpos legales que regulen de manera general, los procedimientos, principalmente sancionatorios, que se aplican en el derecho indígena, hemos escogido ese tema como propuesta de intervención con la finalidad de presentar un proyecto de ley que establezca normas procedimentales de carácter general que se aplicarán en la justicia indígena.

Entre los retos del Derecho en el siglo XXI, es precisamente la incorporación del denominado pluralismo jurídico o convergencia en un mismo espacio geográfico de dos o más sistemas jurídicos diversos o sencillamente la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos normativos. Las autoridades indígenas y funcionarios judiciales, policía, fiscales y autoridades de la función Ejecutiva, como los intendentes y los comisarios a nivel nacional, a más de los funcionarios de los gobiernos seccionales autónomos, han observado que los pueblos indígenas utilizan

la interlegalidad, puesto que consideran en su visión socio jurídica, el propio derecho consuetudinario revestido de sus características innatas, así como el derecho ordinario o estatal, por lo que algunas comunidades poseen reglamentos internos y se remiten al ordenamiento jurídico de las autoridades parroquiales, cantonales, provinciales o nacionales, dependiendo de la gravedad del caso.

La incorporación del manejo comunitario de conflictos trae figuras como la mediación comunitaria o la conciliación comunitaria, pues un aspecto del derecho indígena es el devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones y si es posible la reconciliación; por lo antes expuesto, podemos decir que no es una justicia eminentemente castigadora o exegética, pues se considera la situación tanto del agresor como de la víctima, así como la costumbre. En tal virtud, la ley orgánica considerara la realidad sociológica, pues no existe un sistema jurídico indígena único, sino que hay muchos subsistemas que se adaptan a los diferentes espacios y tiempos, de acuerdo a la realidad antropológica de cada pueblo o nacionalidad indígena, puesto que operan con dinamismo.

Los temas que se encuentran durante el desarrollo de este trabajo permitirán plantear la necesidad de desarrollar una cultura de respeto a las tradiciones, normas, principios que se establecen en el derecho consuetudinario indígena, como pueblos y nacionalidades ancestrales. La Justicia ordinaria deberá coordinar el apoyo que se brinde a las instituciones de la Justicia Indígena, partiendo de que el Ecuador es un país plurinacional e intercultural, que los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador sean respetados, tal como se encuentran garantizados en la misma y en los instrumentos internacionales del Derechos Humanos.

Partiendo de estas primicias, encontramos en el **Primer Capítulo, El Problema**, con aspectos generales como el análisis y la comprensión de las características propias del derecho indígena, puesto que ha sido objeto de lucha de sus pueblos y nacionalidades a lo largo de la historia republicana del Ecuador, y el compromiso de este trabajo investigativo, enmarcado en los principios constitucionales, que será la Creación de una Propuesta de intervención para

coordinar la Justicia Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, logrando con esto que posteriormente se permita un equilibrio entre sus prácticas consuetudinarias y la justicia común.

En el **Segundo Capítulo**, el **Marco Teórico**, en donde nos referimos a aspectos básicos del Derecho, estableciendo conceptos diferenciadores de derecho positivo, derecho consuetudinario y derecho, así como razones para su estudio y las relaciones entre el derecho estatal y el derecho indígena. Otro factor de importancia, en este capítulo, son las bases conductuales, los fundamentos y principios y las características de su administración.

El **Tercer Capítulo**, presentamos la **metodología de la investigación** utilizada, la misma que está fundamentada en los métodos empleados, tales como la observación y el analítico sintético, debidamente registrados, así como en la comparación de la información obtenida mediante la técnica de la encuesta aplicada a Jueces en el área Penal, abogados en el libre ejercicio de la profesión y miembros de las comunidades indígenas; incorporando adicionalmente información o datos estadísticos, con respecto a variables implícitas sobre la aplicación de las normas en los ámbitos familiares, comunales, organizativos, legales y políticos, mediante la técnica del muestreo aleatorio estratificados, para la posterior tabulación y procesamiento de la información obtenida.

En el **Cuarto Capítulo**, tendremos **el análisis e interpretación de resultados**, en donde hemos utilizado la base de datos, partiendo de la estadística descriptiva, es decir que se ha incorporado datos cuantificados que fueron analizados mediante el método estadístico de razones y proporciones, con la diagramación estadística en histogramas, que permiten profundizar la investigación del presente trabajo. En el desarrollo de esta etapa se utiliza una investigación interactiva, puesto que se procede a consultar a ciudadanos conocedores de la materia de derecho indígena, quienes convalidan el proyecto de ley reformativo que se plantea.

En el Capítulo Quinto, presentamos **las conclusiones y recomendaciones** a las que hemos llegado, destacando principalmente la necesidad y urgencia de incorporar las costumbres indígenas, para desarrollar la ciencia general del Derecho y reconocer con equidad reivindicaciones por demás justas de los pueblos indígenas, mediante un proceso de formación mancomunado que permite el intercambio de experiencias entre las diferentes autoridades indígenas y funcionarios judiciales, policía, fiscales y autoridades de la función Ejecutiva, a más de los funcionarios de los gobiernos seccionales autónomos.

Basándonos en estos principios y en el análisis de los resultados, proponemos las bases de una normativa de coordinación y procedimientos entre la justicia indígena y la justicia ordinaria para delimitar la competencia de las autoridades comunales en el manejo y administración de justicia, en especial al Adjetivo Penal y a la aplicación de penas y sanciones propias de la cultura y costumbre indígena.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

ANTECEDENTES

A partir de la aprobación y promulgación en el año 2008 de la vigésima Constitución de la República del Ecuador, en ciudad Alfaro, del cantón Montecristi, provincia de Manabí, el marco jurídico que garantiza la vigencia del derecho indígena en nuestro país se ha visto fortalecido, principalmente porque se lo ha contemplado como una forma de administración de justicia dentro del territorio nacional. Existiendo un gran impedimento cuando se pretende conciliar la convivencia de la justicia ordinaria con la justicia indígena, basándose esta última en el derecho consuetudinario, es decir, basado en sus costumbres y cultura tradicional y ancestral, la que contiene una serie de reglamentos propios de cada comunidad.

El Estado ecuatoriano, es un estado plurinacional, característica constitucional de la que deviene el pluralismo jurídico, que consiste en la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio. La Constitución de la República en su Art. 171, inciso segundo, establece entre otras cosas que : "...garantizará que todas las decisiones tomadas por la jurisdicción indígena deberán ser respetadas por todas las instituciones y por las autoridades del sector público. Las mismas que estarán sujetas al control constitucional. Así mismo, la norma legal establecerá elementos de cooperación y coordinación entre la jurisdicción o justicia indígena y la justicia o jurisdicción común u ordinaria"¹, con lo que podemos decir, que este es el principal artículo dentro de nuestra Carta Magna, relacionado con el Derecho Indígena, en él se otorga el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y

¹ MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS Y CULTOS, (2008), Constitución de la República del Ecuador, Art. 171, Quito – Ecuador.

nacionalidades indígenas, basados en sus costumbres y tradiciones, pudiendo los miembros de autoridad indígena, emplear o utilizar procedimientos y reglas propias, en la solución de los conflictos en el interior de las comunidades, siempre y cuando no contrapongan lo estatuido en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales del Derechos Humanos.

DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El reconocimiento del Derecho Indígena ha sido el objeto de lucha de sus pueblos y nacionalidades a lo largo de la historia Republicana del Ecuador, que empezó a ver resultados a partir de la Constitución promulgada en el año 1998. Siendo la fuente de la Justicia Indígena el Derecho Consuetudinario, el mismo que se conforma por un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas, distintas al derecho positivo. Este tipo de derecho se basa en la costumbre, en normas y reglas de comportamiento y de convivencia social, nace de las prácticas permanentes que han mantenido los pueblos indígenas durante el transcurso del tiempo. Se ha observado que los pueblos indígenas utilizan una suerte de interlegalidad, pues consideran en su visión socio-jurídica tanto su propio derecho consuetudinario revestido de sus características innatas, como el derecho estatal, ya que algunas comunidades presentan reglamentos internos y se remiten al ordenamiento jurídico así como a las autoridades parroquiales, cantonales, provinciales o nacionales, dependiendo del caso. Otro aspecto importante, es la incorporación de la mediación comunitaria o la conciliación comunitaria en el manejo comunitario de conflictos, puesto que uno de los aspectos trascendentales en el derecho indígena es el devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones y si es posible la reconciliación, por lo que podemos establecer que la justicia indígena no es eminentemente castigadora, puesto que considera las posiciones o situaciones del agresor, la víctima, así como la costumbre.

CONSECUENCIAS

Cuando un miembro de la comunidad social indígena, comete una infracción que desequilibra la armonía social, se hace necesaria la aplicación de medidas

correctivas al infractor. Estas medidas correctivas son principalmente: el agua, la ortiga y el látigo. El **agua** constituye un elemento purificador, la ortiga por su parte, es considerada una plata curativa de múltiple uso; y el **látigo** es considerado como método correctivo ancestral, que despierta las buenas energías que están adormecidas en el infractor, según la costumbre indígena. Por cuanto el Derecho Indígena se basa en la costumbre, la aplicación de la justicia indígena en nuestro país ha encontrado múltiples detractores, principalmente en quienes defienden el derecho positivo o derecho escrito; así como de aquellos que defienden los Derechos Humanos y quienes promulgan la integridad física de las personas sometidas a un proceso de juzgamiento, en relación a las medidas correctivas utilizadas. Por esta razón, es necesario e importante el desarrollo de un estudio del derecho indígena a la luz de los aspectos del desarrollo de una normativa en nuestra legislación con la finalidad de establecer mecanismos coordinadores entre la justicia indígena y ordinaria.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La interrogante a la que responde el problema en nuestra propuesta de investigación es la siguiente:

¿En qué medida se ha desarrollado una normativa en nuestra legislación, con la finalidad de que se establezca elementos de procedimientos y coordinación entre la justicia indígena y la justicia común u ordinaria?

Variable:

Normativa desarrollada en nuestra legislación para establecer mecanismos de coordinación entre el derecho consuetudinario y el derecho ordinario.

Indicador:

Garantías del Estado Ecuatoriano en la Jurisdicción Indígena.

Desarrollo de una normativa

Mecanismos de Coordinación y Procedimientos
Justicia Indígena y Justicia Ordinaria

De donde se puede obtener la siguiente interrogante:

¿Cuáles son los principales temas que deben ser normados a través de una ley con la finalidad de establecer mecanismos de coordinación y procedimientos entre la jurisdicción indígena y ordinaria?.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 OBJETIVOS GENERALES

1. Establecer en qué medida se ha desarrollado una normativa en la legislación ecuatoriana, para establecer mecanismos de coordinación y procedimientos entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria.
2. Proponer la intervención de un cuerpo normativo que coordine la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar el contexto jurídico del Derecho Consuetudinario Indígena en el Ecuador.
2. Determinar las disposiciones Constitucionales que regulan la jurisdicción indígena en el territorio ecuatoriano.
3. Crear un proyecto de ley reformativo, que contenga normas procesales básicas que se apliquen en el derecho indígena que garanticen el debido proceso.

4. Establecer parámetros que delimiten el ámbito de aplicación de la justicia indígena y de la justicia ordinaria según la territorialidad.

1.4 JUSTIFICACIÓN

Por todo lo expuesto en líneas anteriores, y en virtud de que por disposición constitucional, la ley debe establecer elementos de procedimientos y coordinación entre la justicia indígena y la justicia común u ordinaria, hemos considerado que se convierte en un tema trascendente, el análisis y comprensión del Derecho Indígena sumado a la creación de un proyecto de ley que tenga como finalidad regular vacíos legales que se suscitan debido a la falta de una normativa general aplicable en la justicia indígena.

Muchas veces la aplicación de las sanciones contempladas en el Derecho Indígena, ha causado rechazo en la sociedad ecuatoriana, por esta razón, es importante la comprensión de las bases ancestrales en las que se asienta la jurisdicción indígena, sus normas consuetudinarias, las mismas que pretendemos delimitar procesalmente, ya que ante la existencia de un procedimiento claramente establecido de acuerdo a los derechos fundamentales, se obtendrá una mayor aceptación de esta manifestación de plurinacionalidad.

1.4.1 DELIMITACIÓN

CAMPO:

Procesal

ÁREA:

Normativa, Código Procedimiento Penal

ASPECTO:

Constitucional y Derecho Consuetudinario

TEMA:

Derecho consuetudinario indígena – dicotomía en lo procesal y en lo práctico.

PROBLEMA:

¿En qué medida se ha desarrollado una normativa en nuestra legislación, con la finalidad de que se establezca elementos de procedimientos y coordinación entre la justicia indígena y la justicia común u ordinaria?

DELIMITACIÓN ESPACIAL:

Territorio Ecuatoriano

DELIMITACIÓN TEMPORAL:

Aporte y colaboración para la presentación de un proyecto de ley reformativo, en concordancia con los principios constitucionales, el mismo que se inició el 18 de mayo de 2013, y finalizó el 28 de agosto de 2013, en su elaboración y presentación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 EL DERECHO INDÍGENA

2.1.1 CONTEXTUALIZACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ESCRITO Y SU RELACIÓN CON LOS PUEBLOS INDIGENAS.

Antes de la conquista española, los pueblos indígenas que eran muy diversos, se encontraban en un proceso de construcción de un gran imperio o nación, por lo cual realizaban alianzas entre las diferentes comunidades y señoríos étnicos, que tenían como ejes principales la religión, el sistema decimal, la lengua, quechua principalmente, los sistemas agrícolas, los cultivos, las infraestructuras, entre otros², quienes tenían un cúmulo diverso de conocimientos en astronomía, técnicas agrícolas, medicina natural, es decir, la relacionada a las propiedades curativas o a las cualidades curativas de plantas y animales, y un sistemas de solución de conflictos; todas estas perspectivas fueron desvanecidas con la colonización europea, especialmente por parte de España. Este proceso significó para los pueblos indígenas, el sometimiento histórico a la violencia, el saqueo, la explotación y la exclusión; lo que conllevó al despojo de sus tierras, bajo la argumentación de la existencia de derechos de conquista.

Un pensamiento importante, en relación a este ámbito es el de Bartolomé Clavero, quien manifiesta que la empresa de conquista y colonización se revistió de una aparente legalidad, pues partió de una serie de principios y reglas surgidas dentro de este derecho. Estas reglas y principios fueron cristalizadas en un documento que expidió la Corona, que a través de la historia, ha sido como un Requerimiento. Este escrito realizado por Palacios Rubios en 1512, el mismo que se baso en la doctrina de Petrino sobre el papado y el derecho del Papa para

² MOREANO, Alejandro, (1993), Movimiento Indígena y Estado Multinacional en la Obra Los Indios y el Estado - País, Quito, Ediciones Abya-Yala, Quito, p. 217.

entregar territorios del Nuevo Mundo a los reyes o monarcas de España. El incumplimiento de lo establecido en este documento, autorizaba a los conquistadores a esclavizar a hombres, mujeres, niñas y niños, apoderarse de sus bienes y ocasionar todo el daño y perjuicio que se necesiten bajo estas circunstancias³.

Independientemente de la aceptación de los contenidos de este documento, los pueblos originarios indígenas, fueron sometidos a procesos de esclavización y despojo, para lo cual, los conquistadores tuvieron que retomar la forma tradicional de organización social de los pueblos indígenas, puesto que necesitaban la comunidad para reorganizar las estructuras sociales y económicas, puesto que las perspectivas de explotación de riquezas y trabajo indígena, requerían el trabajo colectivo, desde una visión comunitaria⁴. Esto implicó que de alguna manera se conservaran las formas de organización política de los pueblos con cierta autonomía social, económica, política e incluso territorial.

En estas circunstancias, los Estados que emergieron en el siglo XIX se erigieron sobre la existencia de diversos grupos étnicos y culturales, a los que se les impuso la ideología de los blancos y los criollos, quienes a pesar de ser minoría, por las estructuras del poder, se constituyeron en grupos hegemónicos, a pesar de ser clasificados como racialmente inferiores, pero enmarcados dentro de las fronteras de los Estados⁵. Este proceso de construcción nacional históricamente excluyente, no fue reconocido en la formulación de las constituciones, por esta razón, no fue posible la materialización de derechos indígenas, ni políticos, ni personales, ni territoriales, lo cual se tradujo en la expropiación masiva de sus tierras y recursos.

³ HARRISON, Regina, (1994), Signos y Memoria de los Andes. Traduciendo la lengua y la cultura quechua. Quito, Ediciones "Colección Biblioteca Abya- Yala", No. 14, p. 45 y 46.

⁴ Idem. Pag. 129

⁵ Idem, Aníbal, (2008), El Movimiento Indígena y las Cuestiones Pendientes en América Latina en Estado Plurinacional y Estado Social de Derecho, Quito, Revista Yachaykuna, No. 8, Instituto Científico de Culturas Indígenas.

En la Constitución del Ecuador de 1830 se puede evidenciar que en su Art. 12 se establecía que “para entrar en el goce de los derechos de ciudadanía se requiere: **1)** ser casado, mayor de veintidós años; **2)** tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos y ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente domestico o jornalero; **3)** Saber leer y escribir”. Así como en su Art. 68 establecía lo siguiente:”nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”⁶. Esto implicó que las poblaciones indígenas, por su condición de esclavos o siervos, no cumplieran con los requisitos establecidos, por lo que estos artículos constitucionales les prohibían de forma legal y social para participar del proceso del Estado, enraizando la idea de inferioridad étnica y técnica colonial que seguía imperando en esta famosa época nueva de independencia.

Con este proceso de homogenización, bajo un matiz de discurso civilizatorio, atacó las diferencias étnicas y culturales de las distintas poblaciones que habitaban en el territorio de los Estados, es decir, se generaron políticas públicas de asimilación e integración a un patrón sociocultural dominante proveniente de occidente. En el Ecuador, específicamente, tuvieron sus matices determinados por las características pre capitalistas de organización social comunitaria y economía moral, determinando el surgimiento de nuevas organizaciones económicas y sociales. Durante los siglos XIX y XX, se consolidó e integró a los indios a su estructura provocando en muchas ocasiones fracturas en los lazos con las comunidades a las que pertenecían, lo que generó un proceso de abandono de identidades específicas para ser incluidos en el genérico de campesinados, a partir de lo cual su vida comunitaria dependía de la lógica y la dinámica de la nueva organización económica y social existente.

La organización de los pueblos indígenas tiene sus orígenes desde los años sesenta aproximadamente, en donde comienzan a fortalecerse y buscan la formulación de posturas alternativas para que el Estado Ecuatoriano, adopte otra estructura, logrando así reconocer la diversidad de la población ecuatoriana. El

⁶ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, (1830), Art. 12 y 68.

Estado ecuatoriano según lo establece constitucionalmente en su artículo 1, es plurinacional y multicultural, es decir que existe una variedad de pueblos y nacionalidades como la indígena, afroecuatorianos, mestizos, blancos y montubios, en donde cada uno de los prenombrados pueblos poseen características socioculturales propias e innatas, muy específicas, a pesar de ello, desde hace muchas décadas el Estado no los ha valorado e inclusive ha tratado de ignorar el potencial étnico y cultural de estos pueblos y nacionalidades, discriminándolos en algunas circunstancias, como si los miembros de los mismos fueran inferiores o diferentes violando otro principio constitucional que es la igualdad.

Con los antecedentes expuestos, en la década de los noventa (1986), los indígenas se organizaron y crearon la Confederación de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CONAIE), surgiendo este concepto de nacionalidades y pueblos como una forma de sustituir términos peyorativos como “salvajes, tribus, nativos, minorías, étnicos, entre otros”, quienes a través de grandes movilizaciones irrumpieron en la vida política del país y a partir de entonces se convirtieron a partir de 1990 en el actor político más relevante del escenario social del Ecuador. En estas irrupciones sociales, los pueblos y nacionalidades indígenas que habitaban en nuestro territorio, plantearon el discurso “distintos pero iguales”, la exigencia de que la sociedad ecuatoriana los considere como iguales ante la ley en lo referente al disfrute de los derechos económicos y sociales; pero al mismo tiempo, afirmando su diferencia étnica, cultural y nacional. Lo que significa que el movimiento indígena ecuatoriano plantee ciertos cambios a nivel constitucional y legal, como la necesidad de que se considere al estado ecuatoriano como plurinacional y multiétnico, así como, que se establezcan una serie de derechos colectivos que permitan recrear estas diferencias.

Es importante identificar también, que las nacionalidades indígenas son colectividades milenarias anteriores a la existencia del Estado, que viven en un territorio determinado, porque tienen identidad histórica y cultural, teniendo instituciones propias como es la organización social, económica, política, jurídica y el ejercicio de autoridad propia. Es decir, que la nacionalidad es un vínculo jurídico de derecho público, según el cual una persona es miembro de una comunidad

política, que un estado constituye conforme el derecho vigente en el mismo; sin embargo la nacionalidad como institución jurídica debe ser estudiada desde los enfoques de Derecho Constitucional y desde el Derecho Internacional privado, en donde la nacionalidad es una institución jurídica de derecho publico, en el Derecho Internacional privado se agrega que también es de derecho privado, y mas aun que es el objeto de estudio de este derecho, con la creación del Estado por parte de la nación, la nacionalidad adquiere un carácter Legal.

En cuanto al Estado ecuatoriano, la Constitución del 2008, establece que la nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. Además indica que la nacionalidad se la 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 forma que esta figura es un concepto de derecho constitucional, es un estatus persona cuya adquisición y pérdida están regladas esencialmente por el derecho público estatal; esto es tiene un carácter político y constitucional antes que privado.

La tradición indígena establece que 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,

Se diferencia de los pueblos indígenas, puesto que estos, son colectividades originarias conformadas por comunidades con identidades culturales e historia propia, que les hacen diferentes a los otros sectores de la sociedad, porque tienen sus sistemas propios de organización social, económica, política y sistemas jurídicos particulares. La historia ecuatoriana de manera particular en el derecho escrito, en el consuetudinario y su relación especialmente con los pueblos indígenas se observa y nos damos cuenta que el Estado ecuatoriano ha impuesto un sistema jurídico único, rígido, coercitivo, sin considerar la heterogeneidad de culturas que tienen los diversos pueblos que conforman el territorio nacional. De

esta manera, se ha perpetuado la discriminación, la dominación, la exclusión y el aislamiento de los indígenas en el quehacer social, cultural, económico, político y jurídico en la sociedad nacional.

En la legislación nacional ecuatoriana el Art. 13 del Código Civil, establece que “la ley obliga a todos los habitantes del Republica, con inclusión de los extranjeros y su ignorancia no excusa a persona alguna”, dando un carácter de universalidad a la norma legal escrita. En el ordenamiento civil, esto es, en los diferentes espacios que compone al derecho estatal, las disposiciones son iguales o idénticas para todos los ciudadanos que habitan en territorio Ecuatoriano. En virtud de esto la ley sustantiva y adjetiva civil atribuye a los pueblos y nacionalidades indígenas, una serie de normas y procedimientos relacionadas hacia los bienes, servicios, personas naturales y jurídicas, temas relacionados a contratación, sucesión, entre otros que son materia civil, desconociendo costumbres y tradiciones propias de estos territorios ancestrales.

Mientras que en las leyes penales están claramente definidos y codificados o tipificados los delitos, en la práctica de las mismas consideran que los miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas son inimputables, o busca alguna atenuante que permitirá disminuir la pena e inclusive absolverlo de la responsabilidad delictual, como si fueran personas con alguna imposibilidad física. En Art. 3 del Código Sustantivo Penal tiene estatuido “se presume de derecho que las leyes penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes impera. Por consiguiente nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa. Nuestra legislación ecuatoriana, antes de la Constitución de la República del 2008, aprobada en la Asamblea Constituyente de Montecristi, no se reconocía la existencia jurídica de los pueblos indígenas, y solo se consideraba a la Administración de Justicia Ordinaria como único derecho o Sistema Jurídico, sin tomar en cuenta que el Ecuador, es un país plurinacional e intercultural. Es decir, que los gobernantes del país, durante décadas desconocían el sistema de Administración de los Pueblos y Nacionalidades, siendo motivo de críticas, dándoles el nombre de folklor e irracional, sin embargo, se puede apreciar que se aplica la Justicia Indígena con normas, principios y procedimientos propios, manteniendo una armonía y orden social al interior de los pueblos.

El Derecho Consuetudinario se basa en la Costumbre, en el consentimiento tácito del pueblo, para que exista el derecho consuetudinario como tal, surge de la esencia del pueblo, el mismo que lo trasmite de generación en generación como un precioso patrimonio cultural humano. El Dr. Santiago Ubidia señala que existe la necesidad de un sistema nacional de registro del derecho consuetudinario, que posibilite determinar la existencia y alcance de este derecho, pues la memoria oral no es suficiente para establecer la costumbre jurídica; pero hay que tener en cuenta lo que dice la Abg. 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 respecto de los valores de sus integrantes".

Al respecto, el Dr. Julio Cesar Trujillo⁷ da a conocer 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; agregando que es un derecho dinámico, en permanente actualización, no es una pieza de museo, 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 un derecho que se nutre de sus propias raíces, pero también de los aportes que recibe de fuerza. Es importante mencionar que en la legislación colombiana, 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.

El derecho a la igualdad está garantizado por la Constitución en varios artículos como en el Art. 11, numeral segundo, en concordancia con el Art. 66 numeral cuarto, entre otros, en donde se puede plantear la inquietud de que una justicia especial para los pueblos indígenas es discriminatoria, porque crea

⁷ Ídem,

situaciones distintas frente a la justicia que es un valor universal; y además la aplicación del sistema debe ser igualitario; pero así como lo señala la Abg. Margarita Aranda en su tesis sobre Justicia Indígena: “Sin embargo, conviene recordar que las diferencias deben ser tratadas como tales, pues hacerlo con igualdad a desigualdades, 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”.

2.1.2 CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE DERECHO INDÍGENA

Al referirnos a la Justicia Indígena, conocida también como Derecho Consuetudinario Indígena, hablamos de las prácticas resultantes de las tradiciones de forma específica en cada uno de los pueblos y comunidades indígenas, mediante las cuales las personas que ejercen autoridad elegidas dentro de los términos que facultad la legislación, son los actores o responsables de la regulación de las múltiples actividades y de las relaciones mutuas o sociales, así como deben velar por la solución de todo tipo de conflicto que se lleve a cabo dentro de la comunidad donde ejerce jurisdicción. Los países andinos en su integración lo que buscan es que exista una interrelación con la naturaleza y con cada integrante de las comunidades y pueblos, circunstancias que son el eje o pilar fundamental la convivencia pacífica de los mismos. Las divergencias que se generan en el interior de las mismas en muchas ocasiones quebrantan el equilibrio, por lo que se busca una retribución al daño causado y a su vez un precedente para los demás integrantes de los pueblos y comunidades.

En el idioma Kichwa, el derecho se conoce como kamachik, que significa un derecho en pleno movimiento, en permanente cambio y que se acopla a la realidad del momento. Nuestros antepasados denominaron a la ley y a la norma, con el término kamachi que significa Ley, y esta constituido de una palabra y un morfema. Kamac, significa poder de todos los poderes y el morfema chi, que equivale a realizar o ejecutar una acción, en decir, kamachi, significa el poder o la voluntad de hacer algo. Los que hacia la ley, (kamachi) equivale decir hoy legisladores o

asambleístas. Por tanto, los especialistas en el estudio de la ley se denominaban kamachi y el juez, era el taripayuj. El gran consejo de Ayllu Kamachi kamayuj. Ellos estudiaban tal o cual caso e imponían la sanción correspondiente, de esta manera se ha conceptualizado el derecho de nuestros antepasados, hasta la actualidad, un derecho que continua en el diario vivir de los pueblos indígenas. Su definición, por lo tanto, es basada en un derecho activo, emprendedor, consuetudinario, sin documentación escrita, mediante un universo de normas que regularizan todos los aspectos y conductas del convivir comunitario.

Dentro de los principios en la definición del derecho indígena tenemos: a) **La Fuente**, la misma que se enmarca en ser original, y por su trascendencia histórica provoca muchos efectos particularmente cuando se presentan situaciones contradictorias de orden jurídica y política, relacionadas por lo general con problemas de tierras ancestrales, tal es el caso de los pueblos comunales en el oriente y en la serranía, así como en sus tradiciones, límites territoriales, entre otros aspectos de relevancia jurídica para estas comunidades; b) **La naturaleza**, la Constitución garantiza y protege los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades en territorio ecuatoriano, por lo que para el cumplimiento de estos derechos, no se puede dejar aislado los derechos individuales de cada uno de sus miembros o integrantes; c) **El status**, Es un derecho libre, integro, soberano, emancipado de cualquier sistema de orden jurídico, por lo que no es un derecho dependiente, esclavo o servil del liberal, y d) **Sus límites**, están orientados a autonomía propia de cada pueblo y por tal razón poseen su propia jurisdicción y competencia, y se debe respetar su campo de acción y sus derechos fundamentales individuales y colectivos⁸.

2.1.3 FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO INDÍGENA

Los sistemas de justicia de los pueblos y comunidades indígenas no representan solamente un conjunto de mecanismos y sanciones, sino que tienen

⁸ ÍDEM, Justicia Indígena, Cuenca – Ecuador, Editorial Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, pág. 180 – 187.

sus propios principios reguladores que provienen de la cosmovisión y particulares formas de vida de estos grupos humanos. Su percepción sobre los elementos de la naturaleza, materiales o inmateriales, por ejemplo, los antepasados fallecidos que descansan en las montañas, como en el caso de muchas comunidades en los andes, también contribuyen a configurar los principios de sus sistemas de justicia. Estos principios son diferentes a los existentes en la justicia estatal, perteneciente a la tradición cultural occidental en el caso de los países andino. La justicia común, ordinaria o estatal, está regulada en base a principios como el “non bis in ídem”, el debido proceso, la dualidad de instancias, la posibilidad de apelación, entre otros, que además de principios son garantías para la persona procesada.

Se establece entonces, que al inicio la justicia indígena tenía otros principios, entre ellos los mas característicos estaban orientados a la función resocializadora de la pena (la sanción impuesta sirve para hacer recapacitar al infractor para que cambie su conducta) y la búsqueda de la restauración del equilibrio en la comunidad (afectada por la mala acción de uno de sus integrantes). Estos principios se basaban en una serie de valores fundamentales como la solidaridad y la reciprocidad que regulan la vida de los pueblos y nacionalidades indígenas. En la justicia indígena se hace una análisis muy particular de cada caso, tratando de encontrar la “mejor solución”, la más “justa”, y adecuada para el caso concreto, ponderando y sopesando los valores que están siendo vulnerados, en la justicia indígena pesan mucho las circunstancias, en el contexto del caso que se este juzgando. Mientras que la justicia ordinaria, lo que busca es comprobar que el hecho haya sucedido, determinar quien lo cometió y luego se aplica una sanción establecida en una respectiva norma.

Para la justicia indígena es importante la noción de armonía comunal. Se busca siempre mantener esta armonía y, si es necesario, se toman acciones para restaurarla. Esto no solo implica la realización del proceso y la aplicación de sanciones, sino que también puede ser necesario efectuar “pagos de tierra” y otras ceremonias, que permitan recuperar el equilibrio colectivo que había sido quebrado. Para estos grupos es muy importante vivir en colectividad, lo que influye para que,

cuando hay un problema entre los pobladores indígenas de una misma zona, sea toda la comunidad la que trate de encontrar una solución.

El derecho indígena se sustenta en algunos principios fundamentales que se dan en base a dos instituciones tanto en el tiempo como en el espacio, pero con el pasar del tiempo se han transformado en la razón dentro de lo que hoy política y jurídicamente constituyen los pueblos y nacionalidades indígenas. A pesar de los grandes cambios sociales y jurídicos preexisten y están vigentes con fuerzas cada día, unos más desarrollados que otro en función de la lógica indígena, del pensamiento y su concepción del mundo. Sus principios de solidaridad, reciprocidad y colectividad se encuentran en la práctica y control de Ama Killa (no ser ocioso, perezoso, holgazán), ama llulla (no mentir) y ama shuwa (no robar). Se puede apreciar históricamente que dentro del Estado Inca, se debían observar estos preceptos legales, sin duda, es una trilogía normativa porque esta íntimamente vinculada a las demás legislaciones como la penal, civil y la agraria.

En las comunidades indígenas se aprecia tanto a hombres como mujeres, es muy importante decir la verdad, y es lo que le va a dar la integridad personal a cada individuo. Por ejemplo, un perezoso es considerado como un antisocial como una lacra dentro de la sociedad y aun dentro de la familia porque no cabe la inactividad, y está vinculado con el trabajo, no levantarse temprano es sinónimo de enfermedad. El hecho que un miembro de la comunidad sea ladrón, no solo altera la convivencia pacífica, sin que altere la estructura orgánica de la misma. Transgredir el Ama Shuwa, es severamente sancionado porque es el hecho de robar y más aun en caso de reincidencia. El manejo de la palabra considerada como verdad, su opuesto es la mentira, la cual es considerada como un delito grave y para que los subordinados no mientan, los dignatarios deben dar claros ejemplos de la veracidad de sus actuaciones. Este proceder es castigado con azotes y se posee una energía negativa que en el mundo indígena se lo conoce como el “chiqui”, es el médico indígena “shaman”, el que expulsa esa energía negativa y, si no se curaba y seguía mintiendo es condenado al castigo público.

Las comunidades en sí, están normadas por estos tres principios fundamentales y no es concebible la trasgresión de las normas que regulan la vida comunitaria. Los pueblos indígenas a través del tiempo, han ido mucho más sin ese reconocimiento constitucional porque han obedecido y honrado sus prácticas ancestrales desde tiempos inmemoriales, de esta manera la trilogía establecida, constituye el fundamento, la base, la razón de ser del sistema indígena o sistema jurídico propio. La lucha constante de los pueblos indígenas por alcanzar un puesto en la Administración de Justicia, y ser partícipe del desarrollo social y económico del país tuvo su éxito con la actual Constitución, donde de conformidad con lo establecido en el art. 171 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, se establece que: “..... se garantizará que todas las decisiones tomadas por la jurisdicción indígena deberán ser respetadas por todas las instituciones...” (CONSTITUYENTE, 2008).

Dentro de las primicias de la justicia indígena o intercultural de los pueblos ancestrales indígenas, esta estatuido que las actuaciones y disposiciones de los administradores de justicia, así como de otros colaboradores a la función judicial como lo es la Policía Nacional y demás servidores y servidoras públicos, deben de tener en consideración los siguientes aspectos:

Diversidad.- Se tendrá en consideración el derecho consuetudinario, que lleva inmerso sus propias costumbres y tradiciones, es decir el derecho propio o innato, garantizándoles a las personas de estos pueblos y nacionalidades su total reconocimiento y su desenvolvimiento y autorrealización dentro de la diversidad cultural del país;

Igualdad.- Dando cumplimiento a la normativa constitucional, las autoridades, adoptaran los mecanismos necesarios para que se garantice el conocimiento de las disposiciones legales, sus procedimientos y efectos jurídicos de los mismos, mas aun cuando existe una resolución dentro de un determinado proceso en donde sean partícipes o actores integrantes de la comunidad indígena, teniendo siempre presente el cumplimiento del debido proceso y las garantías constitucionales de las personas antes mencionadas;

Non bis in idem.- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho o por la misma causa, es lo que da a conocer este principio, por lo que todo lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no debe ser juzgado nuevamente por la justicia ordinaria, en ninguna de sus etapas, pero esto no significa que no debe de existir un control o vigilancia Constitucional.

Pro jurisdicción indígena.- Establecida en la misma Constitución, por ser la Ley de Justicia Indígena una ley orgánica, prevalece sobre las leyes comunes y si se establece duda entre la ley indígena, se optará por esta la ley indígena, de tal forma que haya seguridad de autonomía y se evite la menor intervención permitida; y

Interpretación cultural.- Cuando comparecen integrantes de los pueblos o nacionalidades indígenas al instante en que se desarrolla o realiza un proceso, se deberá hacer una interpretación de forma intercultural de los derechos que han estado en controversia dentro de la presente litis. Por lo que se recomienda tener en cuenta los componentes relacionados con las tradiciones, costumbres, actuación ancestral, normatividad y todo lo que encierra el procedimiento propio del derecho consuetudinario de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, con la finalidad de que se apliquen los derechos que se encuentran consagrados en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales.

Se considera de los procesos o causas que se ponen en conocimiento de las autoridades de la justicia indígena, no deben ser dadas a conocer a la justicia ordinaria, puesto que se establece que si los operadores de justicia que tengan en conocimiento la existencia de una causa que ya este en el conocimiento de las autoridades indígenas, deben de abstenerse de continuar la tramitación de la misma, es decir deben de inhibirse del proceso, en virtud de la competencia, a petición de la misma autoridad de justicia indígena, ordenando el archivo de la causa y remitir el proceso a la autoridad competente de la jurisdicción de los pueblos y nacionalidades indígenas. Sin embargo, la ley ecuatoriana y los convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador,

reconocen la existencia de los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, con el objetivo de conservar y continuar con el desarrollo de su cultura ancestral, sin embargo se han presentado situaciones en los cuales el estado ecuatoriano ha vulnerado estos derechos, desconociéndolos por completo.

2.1.4 CARACTERÍSTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN INDÍGENA EN RELACIÓN AL DERECHO PENAL

En la justicia indígena las características más sobresalientes que se desprenden en sus enunciados son las siguientes: Se aplica una justicia imparcial, rápida y gratuita, e independiente y autónoma, las veinticuatro horas del día; se considera que es colectiva porque es aplicado por el grupo humano en función de lograr una real armonía dentro de un determinado territorio o jurisdicción indígena; su armonía está dada en que el derecho indígena dentro de su propio procedimiento integra al sujeto, infractor de las normas internas, con la sociedad, mediante la aplicación de una sanción de carácter social y curativa, permitiendo la reintegración instantánea del infractor; la oralidad consiste en que sus normas son transmitidas a través de la sabiduría popular, la memoria, mitos, tradiciones o refranes, de generación en generación, como una auténtica herencia social. Es importante resaltar que la oralidad se vuelve imprescindible, porque es una de las bases para un entendimiento intercultural en el proceso de resolución de conflictos, pero en su propia lengua.

Al referirse a la acción ejemplificadora, es porque sus normas tienen el carácter de observancia general y debe ser respetado por todas las personas que forman la comunidad, con esta característica no permite la reincidencia del hecho en las colectividades; la solidaridad comprende en que la sociedad se involucra de manera general para la resolución de los conflictos, pero siempre buscando equidad bilateral, y que no exista desventajas tanto para la comunidad como para los implicados; de carácter evolutivo, será siempre que se ajuste a las nuevas realidades del momento, considerando que no es estática y está en permanente cambio.

En la justicia indígena la acción no prescribe, tampoco hay prevaricato. La autoridad indígena tiene la jurisdicción y competencia para investigar y resolver todo tipo de problemas sin ninguna excepción; para la justicia indígena, se conoce como delito todos los problemas sin excepción alguna, y lo que se busca es la reparación del daño causado, en donde la intervención de la familia es de vital importancia. Adicionalmente otra estudiosa del derecho indígena, Boelens, a profundidad considera que una de las características fundamentales en el derecho indígena es el lema “entre nosotros arreglamos”. Existen otras características del derecho indígena, que mencionaremos a continuación:

Pensamiento Cosmogónico filosófico, es la que se refiere a que cada pueblo cuenta con su propia idiosincrasia filosófica, la misma que es la que conduce la convivencia en sociedad de los integrantes del pueblo o nacionalidad indígena, basada en la historia, para determinar el presente actual, en mismo que por lo general es imperceptible, con una proyección de lo que vendrá en el futuro. Los pueblos indígenas de la región andina consideran que el tiempo es de forma circular a lo que en quechua se denomina Pachakutick, y cada periodo viene para la eliminación de las cosas consideradas malas y a reparar o curar lo que se encontraba con alguna enfermedad; un ejemplo particular es la conceptualización espiritual del cosmos que cree en la renovación constante, asumiendo que su madre es la pacha mama o madre tierra, esta creencia al tornarse integradora, influencia en el derecho de los comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su estado armónico natural, reflejando un respeto de armonía para todos los miembros de la familia de la comunidad, liderada por los más adultos, o mayores, los mismos que son los encargados de la protección y mantener el equilibrio, el mismo que se torna conflictivo al momento que se altere alguna de sus normas, el mismo que deber de tomar las medidas correctivas del caso.

Trasmisión oral y fortalecimiento de los pueblos, manifiesta que en el derecho de las comunidades y pueblos indígenas, la oralidad es lo principal, ya que mediante la cual permite transmitir las vivencias de una generación a otra, lo que origina que estas normas actualmente sobrevivan, combinándose algunas normas con las del derecho ordinario o liberal que en algunas ocasiones es asimilado o a su

vez ocasiona reformas. Pero algunas normas se mantienen sin modificaciones a las innumerables negaciones, excepciones y seguimientos, un ejemplo muy común todavía es el uso de la ortiga en los niños y niñas, el uso del látigo y las rampas de jaco la humanidad de los adultos, y el famoso baño de agua helada, por dar a conocer algunos. La justicia indígena, en su carácter de histórica, es dinámica, y se ha viabilizado a un proceso de ajuste a los nuevos eventos y progresan según el contexto histórico social de las comunidades, además hay algunas normas inviolables, por ser primicias plenamente validas en el pasado, son reconocidas actualmente y serán de utilidad y aplicación futura.

2.1.5 BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO INDÍGENA Y DERECHO PENAL

Al revisar la Constitución Política del Ecuador vigente en el año de 1998, en su Art. 84, hacia el reconocimiento de una gama de derechos colectivos para las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afrodescendientes, entre los que tenemos: el derecho a conservar la posesión de sus tierras ancestrales, desarrollo y mantenimiento de su identidad y costumbres en cuanto a lo espiritual, cultural, filológico, social, gubernamental y financiero, el derecho a ser consultados en relación a los proyectos de prospección y explotación de los recursos no renovables que se encuentren o descubran en los territorios ancestrales, entre otros. El mismo cuerpo legal, en el Art. 191, inciso cuarto, establecía entre otras cosas que “Las personas que ejercen autoridad en los pueblos y nacionalidades indígenas cumplirán funciones de justicia, mediante la aplicación de procedimientos y normas propias que servirán para la solución de conflictos que se den en su interior, de acuerdo con las costumbres o su derecho tradicional, siempre que no se contrapongan con lo establecido en la Constitución y en las leyes”, es decir, que la Constitución de 1998 reconocía el pluralismo legal o jurídico dentro del Estado (CONGRESO NACIONAL, 1998).

La Constitución de Montecristi, vigente desde el año 2008, en el Art. 171 reconoce que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deberán aplicar normas y procedimientos propios de sus tradiciones para

la solución de los conflictos propios de su pueblo, y estos no deben ser contrarios a lo establecido en la Carta Magna y el los Derechos Fundamentales. También establece que las leyes determinaran los mecanismos de cooperación y coordinación, entre la jurisdicción o justicia indígena y la jurisdicción o justicia ordinaria o común, y señala que el Estado garantizará el respeto de las decisiones establecidas. El Art. 57, de la misma Constitución, explícitamente continua reconociendo un gran numero de derechos colectivos a las comunidades indígenas, en donde el en el numeral 10, también reconoce entre los derechos el de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario (CONSTITUYENTE, CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008), el mismo que no vulnerará los derechos constitucionales, establecidos en la Carta Magna, en particular de los grupos vulnerable que comprende mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con enfermedades catastróficas y el adulto mayor.

En este mismo sentido nuestra legislación determina el etnocidio como un delito. Partiendo de que Etnocidio es cualquier forma de aniquilar, impedir o exterminar a un determinado grupo étnico, así como las costumbres, sus miembros y su idiosincrasia, es decir, todas las características que permiten que se identifiquen como un grupo y se los diferencie de los demás grupos y personas. Por esta razón se instituyó y publicó la Ley Reformatoria al Código Penal, en donde se encuentra tipificado el delito de genocidio y etnocidio, en el R. O. No. 578 del 27 de abril del año 2009 (NACIONAL, 2009), el mismo que es sancionado en el artículo primero innumerado con la pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, según cada caso, puesto a que hay proporcionalidad de la pena, para autores, cómplices y encubridores.

Se establece que desde la Constitución de Montecristi del 2008, se ocasiona un giro trascendental e importante en cuanto al reconocimiento de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas y comunidades afroamericanos. Se reconoce a un sujeto diferente, que es a la colectividad, como una organización que tiene vida propia y ha venido reivindicado los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas en el transcurso de estas últimas décadas en la búsqueda de obtener un trato más justo, digno y distinto por parte del estado. Este nuevo reconocimiento de

los derechos colectivos, en la concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, y multiétnica, nos permiten asegurar la existencia de un sistema jurídico indígena.

Esta validación constitucional trae consigo el pluralismo jurídico en el Ecuador, como lo establece el art. 171, mencionado en párrafos anteriores, es decir, que el estado ecuatoriano, debe garantizar que todas las decisiones adoptadas por los miembros o autoridades de la justicia indígena, sean acogidas y respetadas por la justicia ordinaria, así como por los miembros de las instituciones públicas y a su vez sean cumplidas por las autoridades del sector públicas; aunque no debemos olvidar que las decisiones tomadas por la justicia indígena estarán vigiladas y sujetas a los organismos de Control Constitucional. En virtud, de lo manifestado en líneas anteriores, la ley implantará los elementos de cooperación y coordinación que debe de existir entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, se afirma la existencia del pluralismo jurídico, es decir, la coexistencia de dos o más sistemas normativos distintos, que permiten la aplicación del derecho consuetudinario dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

2.2 JURISDICCIÓN Y AUTORIDADES

2.2.1 PRINCIPIOS Y AUTORIDADES

Los principios generales que norman la vida de los pueblos y nacionalidades indígenas, los mismos que actualmente están inmersos en la Carta Magna vigente, y son los siguientes: **a) Ama Llulla** -No mentir-, queda totalmente y a su vez es mal visto mentir, en virtud que ocasiona un daño moral a las demás personas y se quebranta la armonía familiar, de la comunidad o pueblo; **b) Ama Shuwa** -No robar- la pacha mama nos brinda un espacio fértil, que genera productos diversos y necesarios para la subsistir, por lo que el hombre debe tomar solamente lo que necesita, evitando el perjuicio de los demás, buscando con este principio proteger la propiedad, es decir todos los bienes de los demás miembros o hermanos de la comuna o comunidad; **c) Ama Killa** -No ser ocioso-, Claramente establece la responsabilidad que todas las personas tienen de buscar trabajo, no se puede

disfrutar, a costas de otra personas, la pacha mama da a quien trabaja lo que necesita o merece.

El principio **NON BIS IN IDEM**, en la aplicación de la Justicia Indígena, sin duda es un corolario del principio de seguridad jurídica, que es la garantía que el Estado otorga a cualquier ciudadano de que sea perseguido procesalmente de manera indefinida más de una vez por el mismo hecho que ella fue juzgada en un proceso penal anterior. En definitiva, este principio prohíbe el doble juzgamiento a fin de que no existan causas penales contemporáneas o posteriores que se hicieren por el mismo hecho contra la misma persona. En los países de régimen político unitario como el nuestro, la aplicación de este principio, no conlleva problemas insolubles ni situaciones injustas.

La prohibición establecida en el principio Non Bis in Idem, es de aplicación directa e inmediata, de manera que no requiere de la normatividad jurídica secundaria para su procedibilidad, siendo su ámbito de acción ilimitada en razón de la materia, ya que es aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales o administrativas que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada. Tenemos por ejemplo si se ha juzgado a un individuo por un delito amparado en la justicia indígena, no se puede juzgar a ese individuo por el mismo delito en la justicia ordinaria, ya que estaría realizándose un doble juzgamiento, lo que está prohibido en la Constitución de la República, de conformidad con este principio.

La justicia como supremo ideal de los seres humanos, se condensa con este principio jurídico. La sociedad ha tenido que correr estadios prolongados en el tiempo para asimilar determinados derechos que ahora son considerados inalienables y consustanciales a todas las personas naturales. Pero llegar a este principio, sin lugar a dudas, ha sido fruto de un largo y tortuoso camino por el cual ha concurrido la humanidad; es el freno para toda tiranía o autocracia, a través de la historia, los grupos han ostentado el poder político y económico, han perseguido a sus adversarios, enemigos o detractores incoando en su contra sendos juicios penales disfrazando el mismo hecho por potras circunstancias que ha venido en un implacable hostigamiento judicial.

En la prohibición del doble juzgamiento, se puede observar que en un solo juicio penal y su presunta sanción, desequilibran en el plano emocional, familiar, social y financiero al imputado lo que se agravaría si tiene que afrontar otros juicios. Cabe recalcar que el Pacto de San José en su Art. 8, numeral cuatro, incorpora el principio Non Bis in Idem, es decir que prohíbe el doble juzgamiento al estatuir “el incumplimiento absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos. El Ecuador es uno de los estados suscriptores del Pacto de San José y se ha ratificado en el mismo, por lo que debe dar cumplimiento a este instrumento internacional de los Derechos Fundamentales del Hombre.

La competencia de los “jueces indígenas” para aplicar su normativa a personas que no son de su comunidad, a pesar de estar plenamente estatuido en el Art. 171 de la Constitución de la Republica, donde se establece claramente la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, y que en caso de existir desacuerdos por las sanciones aplicadas, estas deben ir directamente a Control Constitucional para su revisión. Adicionalmente se insiste en que se establecerán todos los procesos que permitan tener una cooperación y coordinación directa entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Sin embargo, existe contraposición con otros artículos constitucionales y leyes supletorias como lo es el Código Sustantivo Civil.

En la Justicia indígena los castigos aceptados son baños de agua fría, azotes con ortiga, trabajos comunitarios y resarcimiento económico. Siendo considerados excesos en este ámbito, la muerte del acusado, descuartización y quema del individuo. En el Ecuador el 28 de noviembre del 2007, se inauguraron nueve fiscalías de Asuntos Indígenas de las 12 previstas por el Ministerio Público, con el objetivo de servir a un 6% de la población ecuatoriana considerada indígena, siendo las beneficiadas las provincias de Cotopaxi, Chimborazo, Bolívar, Guayas, entre otras. Uno de los Fiscales de Asuntos Indígenas de Cotopaxi, indica que cuando el tema se resuelve en las comunidades, el no va para juzgar, sino para conversar con los dirigentes y orientar el proceso, a fin de que no se cometan excesos, que se lo haga dentro del respeto a los derechos humanos y que no se

caiga en la tortura, pues eso “no está dentro de los principios de administración de justicia indígena”. Adicionalmente, proceden los acuerdo en una audiencia preliminar, antes de que se inicie la etapa de indagación previa, si es que luego de la firma del Acta, la Fiscalía determina que los castigos fueron leves debido a la complejidad del delito, por ejemplo, de asesinato, se solicita un alcance de la sanción, para que sea alternativa de la justicia ordinaria, con trabajos comunitarios por similar tiempo del que estaría en prisión y con reconocimientos económicos si es que existe familia afectada. Puede darse también de que el Juzgado de lo Penal continúe con el caso, si es que se comprueba que se violento el debido proceso en la aplicación de la Justicia Indígena.

2.2.2 JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Otro elemento importante que se debemos tener en cuenta, es la jurisdicción, la misma que según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, establece que: “...es el conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial, poder para gobernar y para aplicar leyes..” (CABANELLAS, 2002), es decir que es la potestad otorgada a una autoridad en un espacio territorial determinado, siendo esto denominado por los pueblos y nacionalidades indígenas como una jurisdicción territorial, por esto, las autoridades de estos pueblos y nacionalidades que conservan sus tradiciones para poder ejercer y cumplir lo determinado en la Carta Magna, deben respetar la jurisdicción establecida constitucionalmente, participando solo en la solución de conflictos que se originen dentro del espacio territorial de la comuna y no podrán salir de este contorno. Los pueblos y nacionalidades indígenas consideran que la jurisdicción es el campo de acción de la autonomía y de la propia gobernabilidad, por lo que necesita un área territorial en donde sea permitida.

Actualmente existen los conflictos de competencia, en virtud de que los casos o hechos fácticos, conocidos por autoridades de nacionalidad indígena, paradójicamente también son de conocimiento de la justicia común u ordinaria, misma circunstancia que no debería suceder, puesto que las resoluciones adoptadas por la comunidad o por las autoridades del pueblo, equivale a una

sentencia, por lo que debe de ser respetada; con esto se evidencia que existe conflicto entre el sistema de administración de justicia ordinaria y el indígena en el Ecuador, puesto que ambos están legalmente reconocidos en la Constitución de la Republica. Podremos decir, que el derecho gubernamental padece de una pérdida de legalidad, porque no responde ni representa la verdadera realidad pluricultural del estado y además por marginar históricamente a las comunas y pueblos indígenas, así como su cultura, derechos y el régimen jurídico que practican.

El derecho consuetudinario indígena, es totalmente diferente del derecho ordinario o común, ya que derecho indígena tiene su fundamento en un espíritu de comunidad y el segundo es por lo general individual, por lo que lo ideal es buscar el equilibrio entre ambos. Por esta razón, el derecho consuetudinario indígena ni tiene como finalidad hacer daño a la persona que haya cometido un hecho delictivo, por el contrario, intenta buscar la solución del problema dado a conocer de forma comunitaria, lo que explica que el derecho consuetudinario indígena tiene un campo de acción muy amplio en todas las fases de la vida en comunidad e individual, sin realizar una segmentación como normalmente sucede actualmente en la legislación del país. La forma de solucionar los inconvenientes o dificultades presentadas en la administración de los pueblos y nacionalidades indígenas es de forma rápida, efectiva, eficiente, clara, comunitaria, participativa, busca la equidad y la justicia.

En el sistema gubernamental, la jurisdicción indígena no era considera un conocimiento y accionar valido, sino solo era algo fundamentado en la costumbre, por lo que algunas personas funcionarias del estado, han emitido un criterio de que los indígenas solo tienen potestad jurisdiccional de conocer y solucionar problemas leves, que serian contravencionales, se agrega a esto la discriminación para las autoridades que administran la justicia indígenas, objetando que son personas con limitaciones, que no existen leyes escritas, por lo que debería nombrarse jueces y otros funcionarios de estas comunidades, para que se establezca una presunta aplicación de la justicia indígena.

2.2.3 RECONOCIMIENTO DE DERECHOS COLECTIVOS

En el ámbito internacional, algunos analistas sostienen que el punto de partida de la internacionalización de los derechos indígenas, se da con la Conferencia Internacional de organizaciones no gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas de América, llevada a cabo en Ginebra en el año de 1977, ya que los representantes indígenas a diferencia de lo esperado, no se calificaron como minorías étnicas, ni plantearon sus problemas desde la óptica de la discriminación y del racismo, sino que se autodefinieron como pueblos y naciones invadidas y colonizadas⁹. Desde este punto de vista, las organizaciones indígenas, con el propósito de materializar sus derechos como pueblos, dirigieron su accionar en una doble dirección o sentido, por una parte planteando la revisión del Convenio 107 de la OIT de 1957, de lo que resultó la adopción del Convenio 169 de 1989, en el que se reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de Derecho y como tales, beneficiarios de una serie de derechos colectivos. Por otra parte, que los sistemas de protección a los Derechos Humanos tanto a nivel universal (Organización de las Naciones Unidas), como regional (Organización de los Estados Americanos), adopten Cartas de derechos de los pueblos indígenas, objetivo que se ha conseguido parcialmente con lo adoptado en la ONU, en la Declaración de Naciones Unidas respecto a los Derechos de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas del año 2007.

2.2.4 POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.

En el ámbito nacional la Constitución ecuatoriana de 1998, marca una ruptura en la historia constitucional del Ecuador, porque formalmente plasma en su contenido, algunas de las reivindicaciones planteadas durante décadas por los pueblos indígenas y que especialmente adquirieron relevancia a partir de los años noventa, con la configuración del movimiento indígena como actor político y social relevante. Por primera vez, esta Constitución reconoce al Estado ecuatoriano como

⁹ SANCHEZ BOTERO, Esther, (1998), Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, págs. 37 y 38

pluricultural y multiétnico, e incorpora dentro del catalogo de derechos humanos, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo cual conlleva adicionalmente a un reconocimiento expreso de sujetos colectivos de derechos, no imaginado en el modelo de democracia liberal¹⁰.

El reconocimiento de estos derechos colectivos en la Constitución de 1998, no estuvo libre de controversias, pues la matriz liberal que tradicionalmente ha sustentado la teoría de los derechos humanos, no contemplaba sujetos colectivos de derechos. Una de las preocupaciones que se planteaba era que la aceptación de estos derechos, conllevaría un tratamiento jurídico especial a los pueblos indígenas, lo cual sería contrario al principio de igualdad ante la ley. Así mismo, se opinaba que las demandas de autonomía política y administrativa, resquebrajaban la noción de unidad del Estado. No obstante, y a pesar de estos criterios, la constitucionalización de los derechos colectivos presentaba un desafío no solo jurídico, sino también político, en la medida que esos derechos se convertían en exigibles y justiciables, al mismo tiempo que dan lugar al reconocimiento político de nacionalidades y pueblos indígenas así como de sus territorios, dentro del Estado ecuatoriano.

Una década después sin que se hayan materializado en la realidad los derechos colectivos, la convocatoria a una Asamblea Constituyente en el año 2007 y la posterior promulgación de una nueva Constitución en el año 2008, generaron grandes expectativas respecto al ejercicio de estos derechos, pero también en relación a un nuevo modelo de Estado en el que haya cabida al respeto de los pueblos indígenas. La Constitución del 2008, elaborada por la Asamblea Constituyente de Montecristi ya probada vía referéndum pro el pueblo ecuatoriano, recupera los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política de 1998, reclasificando e incluyendo algunas innovaciones, como la titularidad y exigibilidad de los derechos, la jerarquía y la reclasificación de los mismos.

¹⁰ Ídem, Atilio, (2006), Crisis de las democracias y movimientos sociales en América Latina, Notas para una Discusión, Buenos Aires, CLACSO, pág. 293

Cuando nos referimos a la titularidad y exigibilidad de los derechos, en este campo se materializa la idea de que los derechos tienen manifestaciones individuales y colectivas, en consecuencia, su ejercicio y exigibilidad puede ser realizado de estas dos formas. La Jerarquía de los derechos esta materializada explícitamente, en la igualdad secuencial de los derechos humanos; y en cuanto a la reclasificación de los derechos, La constitución de 1998 establecían clasificación en cuatro grupos: derechos civiles, políticos, económicos sociales y culturales, y derechos colectivos. La actual Carta Magna, procede con una reclasificación de los derechos en siete categorías: los derechos del buen vivir, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación; derechos de libertad, derechos de protección, los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria y los derechos de la naturaleza.

Las dos últimas categorías, pueden ser consideradas como innovaciones de esta nueva Constitución, ya que por una parte establece como una categoría específica de la carta de derechos a los grupos de atención prioritaria, en los que se incluyen a las personas adultas mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras. Por otro lado, la inclusión de los derechos de la naturaleza rompe con la lógica antropocéntrica del derecho al ambiente, y ubica a la naturaleza como sujeto de derechos.

Así, mismo, en la categoría de derechos del buen vivir, se materializan como nuevos derechos de las personas, los derechos del agua y a la alimentación y como elemento esencial de este último, a la soberanía alimentaria. Esta constitución también positiviza el derecho a resistirse, en la forma en que las personas individuales y colectividades puedan practicarlo delante de la acción u omisión del Estado, así como de las personas no estatales que colaboran en el quebrantamiento de los derechos humanos fundamentales amparados en la Constitución. Finalmente la Constitución vigente caracteriza al Estado ecuatoriano como plurinacionalidad, con lo cual trasciende el carácter pluricultural y multiétnico que constaba en la Constitución anterior, De esta forma se plasma jurídicamente y

políticamente una reivindicación histórica del movimiento indígena ecuatoriano. Este nuevo carácter del Estado, conlleva la desconstrucción de estructuras inherentes al Estado, nación y de las relaciones sociales desde una perspectiva descolonizadora. Es este sentido, la plurinacionalidad ofrece elementos para replantear las contradicciones de las sociedades modernas, como la del capital, y para proponer formas de producción comunitarias, entre otros aspectos, se supone además, el reconocimiento del ejercicio de otras formas de ejercicios de poder y participación, trascendiendo las de la democracia liberal representativa.

Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades: el Art. 57 de la Constitución, establece los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en forma de derechos colectivos, entre los cuales tenemos los siguientes: El mantenimiento, desarrollo y fortalecimiento de su propia identidad, el sentido de pertenecer a la misma, las tradiciones de sus ancestros y la forma de estructura social; la conservación de la propiedad de las tierras comunitarias, las cuales serán imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles; la participación en la administración, uso, goce y preservación de los recursos naturales que están dentro del territorio ancestral indígena; la obligatoriedad de ser consultados cuando vayan a ser explotados recursos naturales no renovables, que se encuentren en sus territorios o antes de que se adoptara una medida de carácter legislativo que pueda alterar el cumplimiento de sus derechos, la conservación y el desarrollo de las diferentes maneras tradicionales del convivir entre los pueblos y su ordenamiento social, además de ejercer autoridad, se debe de crear, promover, aplicar, utilizar y practicar su propio derecho indígena o consuetudinario.

De todos estos derechos que materializan la diversidad étnica y cultural, nos interesa destacar, el que tiene que ver con el derecho a la conservación y desarrollo de sus formas o maneras habitual de convivencia, estructura social de generación y el desarrollo en la ejecución de la autoridad¹¹ (CONSTITUYENTE A. , 2008), pues este derecho colectivo se deriva de la potestad de las autoridades indígenas para

¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, (2008), Artículo No. 9, Quito.

administrar justicia¹², y está establecido en el Art. 171 de la Constitución de la República, el cual establece lo siguiente: “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 los 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.” (CONSTITUYENTE A. N., CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA, 2008)

Este artículo 171, de la Carta Magna, hace que se desprendan los siguientes elementos a saber: a) Se otorga a las autoridades indígenas la potestad jurisdiccional dentro de su ámbito territorial para administrar justicia en conflictos internos; b) Se reconoce la existencia de un derecho indígena denominado derecho consuetudinario; c) Establece como límites a esta potestad jurisdiccional su conformidad con la Constitución y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales; y, d) Determina que la ley debe establecer los mecanismos de coordinación y cooperación con la justicia ordinaria. De todos estos elementos, es muy importante para nuestro trabajo investigativo, el que menciona al reconocimiento de la existencia del derecho indígena o derecho consuetudinario, como base de pluralismo jurídico y de la administración de justicia indígena.

2.2.5 DERECHO INDÍGENA Y EL PLURALISMO JURÍDICO

En la actualidad, tanto en el Ecuador, como en otros países latinoamericanos, e incluso europeos, el tema del pluralismo jurídico se ha convertido en un tema de interés y de análisis, por cuanto pone en crisis la teoría

¹² Ídem, Agustín, (2001), Justicia Indígena en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, pág. 20

que afirmaba el monismo jurídico en los Estados nacionales y los conceptos del mismo y cuestionan de frente una visión centralista del derecho que tiende a identificar derecho con Estado, y sus instituciones de control: tribunales, jueces, códigos escritos, entre otros, y abogan por una definición no normativa, positivista del derecho, para dar cuenta de las múltiples formas de regulación existentes en la sociedades. En doctrina y antropología jurídica, existen algunas definiciones que se han desarrollado y brindan posibilidades de análisis y discusión, tales como:

1) “Que el Pluralismo legal es una situación en la cual dos o más sistemas legales coexisten en el mismo espacio social”, definido por Soria. **2)** “Es la coexistencia de dos o mas sistemas normativos que pretenden valides ene l mismo territorio, o lo que es lo mismo, el fenómeno de la existencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos”, (Correa, citado por Cabedo, 2002). **3)** “Es la existencia simultanea, de una variedad de sistemas de regulamiento social y resoluciones de conflictos, basados en diferentes costumbres, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales” (Irigoyen, citado por Cabedo, 2002). **4)** Se justifica mediante la existencia de diferentes culturas, en donde cada una tiene su identidad propia y coherencia para admitir disposiciones de orden, seguridad y de igualdad”.

Podemos observar, que los autores, de manera uniforme sostienen que el pluralismo legal o jurídico involucra que en el mismo espacio territorial convivan diferentes medios de derecho, los que pueden cambiar históricamente y con el paso del tiempo, están presentes en los diferentes hábitos y en las políticas sociales en los diferentes pueblos que forma parte del territorio ecuatoriano. De ahí que, el pluralismo jurídico en el caos ecuatoriano, se evidencia por la existencia y vigencia de un sistema jurídico nacional, la presencia y vigencia de varios sistemas normativos son los que la Constitución reconoce, garantiza y posibilita su ejercicio y desarrollo¹³. De esta forma, tanto en la teoría como en práctica, se evidencia que

¹³ ILAQUICHE, LICTA, Raúl, (2006), Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, Estudio de caso, Quito, Segunda Edición, pág. 39

desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas regulaban su existencia, y los estudiosos de la materia con los conceptos citados muestran que los sistemas sociales general su propia regulación a través de reglas, costumbres y símbolos, y defienden un concepto amplio de derecho y el interés de enfocarse particularmente en las prácticas jurídicas no estatales, lo que significa cuestionar el axioma occidental de identificar lo jurídico con el derecho del estado.

La Constitución establece en su Art. 171, la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas, para administrar justicia de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario, se está reconociendo expresamente la existencia de otro derecho a parte del oficial, que en este caso sería el Derecho Indígena, lo que implica la existencia en el Ecuador, del denominado pluralismo jurídico. Desde la doctrina, el pluralismo jurídico es considerado como la existencia o coexistencia de diversos órdenes jurídicos, dentro de un mismo espacio, así sean subordinados a un orden mayor, y que están en permanente disputa sobre su legitimidad y extensión. Esto nos indica que hay que tener presente, que por las características propias del derecho indígena, existe diferencia del derecho penal ordinario u oficial, por varias razones:

a) El derecho ordinario ecuatoriano al responder a la tradición jurídica europea continental, es un derecho positivo, es decir, la creación del derecho se lo realiza a través del órgano encargado de producir normas (Asamblea nacional) y estas normas para ser obligatorias necesitan ser conocidas por las personas que no participaron en su proceso de formación, por lo que se las reduce a escrito y se las publica en un medio de comunicación (Registro Oficial) que posibilita su difusión y conocimiento por parte de los miembros de la sociedad. Por su parte el derecho indígena es un derecho consuetudinario, lo que significa que la creación del derecho no está en manos de la Asamblea Nacional, sino en manos de las comunidades indígenas (Asambleas, Cabildos) y se las produce al momento de resolver conflictos, de acuerdo a su ethos cultural; no necesita reducirse a escrito y publicarse, porque al participar en su formación directamente los miembros de las comunidades indígenas, estos instrumentos carecen de sentido.

b) El derecho ordinario por su forma de creación es estativo y por sus características de ser escrito, genera cierta certidumbre sobre su vigencia, en cambio el derecho consuetudinario por sus características es mucho más dinámico y evolutivo, es decir, se adapta más rápidamente a las necesidades y exigencias de resolución de conflictos de la comunidad, pero no goza de esa certidumbre planteada para el derecho positivo, puesto que se va amoldando o adaptando a la sociedad, fundamentado en sus costumbres y tradiciones propias, de cada comunidad indígena.

c) También el derecho ordinario, pertenece a la familia Germánica, dividiéndolo en público y privado, y estos a su vez en diferentes ramas. Por su parte, el derecho indígena desconoce esta distinción del derecho, tanto desde la perspectiva de lo público como privado, así como de sus divisiones o ramas¹⁴, al parecer, esto responde a su cosmovisión, que plantea que tanto la recreación de la vida individual, como colectiva debe realizarse desde la perspectiva de valores comunitarios, por lo que lo público y lo privado se confunden y entre mezclan y en definitiva, se subsumen bajo la categoría de lo comunitario. En lo que se refiere a que el Derecho Indígena no plantea la división del derecho en ramas, desde el enfoque de ciertos sectores, esta no división, que representa la no especialización de las personas en administración de justicia, determina que potencialmente al momento en que se administre justicia se pueda vulnerar una serie de derechos de las personas que son juzgadas e incluso de las víctimas.

Es importante destacar, que las diferencias no solo se refieren a aspectos de forma, sino hacen relación con aspectos de fondo, como por ejemplo, entender que el derecho indígena es parte de la identidad cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas y como tal, determina que la comunidad participe y este muy cercana tanto de la creación como aplicación de su derecho, como lo establece Ernesto Alban: “ Las diferencias se refieren a aspectos mucho más profundos que tienen que ver con la concepción misma del papel de las normas de derecho dentro de una sociedad, con su rigen y elaboración (no son normas impuestas y exigidas por un

¹⁴ Ídem, Julio Cesar, (2001), Justicia Indígena en el Ecuador, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, pág. 14

poder distante y muchas veces extraño, sino compartido por todos en sus diversas fases), con los mecanismos a través de los cuales se exige su cumplimiento obligatorio. En este mismo sentido Stavenhagen, refiriéndose en general al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas de América Latina, manifiesta que “este es parte integral de su estructura social y de su cultura, es elemento básico de su identidad étnica. Y es evidente que no se puede afirmar lo mismo del derecho oficial en el conjunto de la sociedad nacional”¹⁵.

El pluralismo jurídico se justifica en que existen diferentes culturas, donde cada una tiene su identidad propia y a su vez son coherentes en la concepción del orden, seguridad, justicia e igualdad. Los estados deben de posibilitar ciertas condiciones necesarias para la existencia y desarrollo del Pluralismo Jurídico, entre las que tenemos las siguientes: **1)** El deber es respetar el orden jurídico establecidos por los pueblos y nacionalidades indígena para que sea admitido a la existencia del pluralismo jurídico, sin privilegios o ventajas sin justificación alguna por parte del sistema jurisdiccional ordinario. **2)** También se reconocen otros puntos de vista de jurisdicción personal y argumentos geodemográficos en la aplicación de los procedimientos jurídicos que actualmente existen, dependiendo de cada suceso. **3)** Precisar las vías que sigue el pluralismo jurídico y delimitar el espacio cultural en donde no debe de inmiscuirse el ordenamiento jurídico gubernamental, y se determine los aspectos que deben de quedar regulados por el ordenamiento jurídico a nivel nacional, y, **4)** Se facilite la utilización por las poblaciones indígenas del orden jurídico nacional y de una pronta administración de justicia indígena en condiciones de igualdad para la protección de sus derechos y libertades¹⁶.

La diversidad demanda que desde las bases antropológicas, se establezca el estudio del derecho como elemento cultural de los grupos étnicos que represente liberación y no represión. Cuando hablamos de justicia indígena, nos referimos al derecho consuetudinario como sustento, es decir, “como un derecho no escrito que

¹⁵ Ídem, Ernesto, (1993), La Propuesta Indígena y sus Derivaciones Legales en la Obra Los Indios y el estado- País, Quito, Editorial Abya – Yala, pag. 196

¹⁶ Ídem, Raúl, (2004), Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, Estudio de caso, Primera edición, pág. 38.

está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes, esto es por la práctica que adquiere la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso”. Y claramente esta, que no hablamos de un derecho prehispánico como podría considerarse o lo sugerido por la teoría etnocéntrica, se trata de un derecho vivo producto del desarrollo de los pueblos¹⁷.

En el derecho indígena no existe un cuerpo legislativo escrito, en el que se encuentre tipificado los delitos penales, graves, menores y contravenciones. Por lo contrario, en el mundo indígena, el derecho se encuentra fusionado a la armonía natural integradora y manifestada en la actividad política, religiosa, cultural, espiritual, económica, social entre otros, pero cuando una de estas normas es alterada o violada, surge el problema y conflicto, visibilizando la justicia que persigue una finalidad correctiva, más que represora. Para tener claro este concepto de derecho indígena, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), establece la siguiente definición: “para nosotros los indios, el derecho indígena es un derecho viviente, activo, no plasmado en papel, mediante el cual un conjunto de disposiciones regula los diversos aspectos y conductas del convivir comunitario, a diferencia de lo que sucede en la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garanticen el convivir armónico (GUARTAMBEL, 2006)”¹⁸.

2.2.6 JUSTICIA INDÍGENA, DERECHOS FUNDAMENTALES, Y DERECHOS HUMANOS

En las nacionalidades y pueblos indígenas, la justicia o derecho consuetudinario indígena, no es considerado una vulneración a los derechos humanos fundamentales del hombre, puesto que vincula a estos procedimientos

¹⁷ Ídem, GUARTAMBEL, Carlos, (2006), Justicia Indígena, Cuenca – Ecuador, Editorial Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, pág. 179.

¹⁸ Ídem, Raúl, (2004), Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, Estudio de caso, Primera edición, pág. 24

judiciales con los instrumentos del derecho internacional actual, además se busca siempre respetar el debido proceso, en lo que podríamos decir que se cumplen ciertos requisitos básicos previo a la determinación de la responsabilidad del hecho a una persona. Los integrantes de las comunidades actualmente reconocen que la justicia consuetudinaria indígena presenta algunos errores, pero así mismo consideran que es mejor que la justicia común, puesto que para ellos los castigos impartidos son un medio correctivo y no una forma castigadora, además, es de forma rápida en el proceso y especialmente busca la conciliación. Podemos entender, que estos castigos no quebrantan los derechos humanos, pero sin embargo, si se les viola sus derechos a este grupo que tanto se recrimina, los pueblos y nacionalidades indígenas. La OIT en el convenio 169, suscrito y ratificado por el estado Ecuatoriano, plenamente reconoce el accionar de los derechos fundamentales del hombre, es decir, que se declara el cumplimiento máximo de las libertades y derechos fundamentales del hombre, sin la existencia de ninguna clase de obstáculo, sin embargo, hay que tener en cuenta que hay que aplicar, entender e interpretar los derechos fundamentales del hombre en relación de la interculturalidad existente.

Es de conocimiento general, que en Ecuador, el conjunto mayoritario de la población es en mestizo, con presencia de minorías indígenas, afrodescendientes y blancas, de los cuales el sector indígena y afrodescendientes es en más afectado por las desigualdades y la discriminación. Esto trae al memorial, una serie de levantamientos que protagonizo el movimiento indígena para oponerse a la firma del Tratado de Libre Comercio y a la culminación del contrato con la petrolera Oxidental (OXY), y en estos levantamientos, hubo actos de discriminación contra los indígenas que se dirigían a Quito ya otras partes, la fuerza pública detuvo los grupos, los bajaban de los buses por el uso de su vestimenta, el sector mestizo los acusaban de que por sus protestas impedían el orden público, el libre tránsito, las actividades y el flujo de provisiones, e incluso los discursos de los noticieros por parte de algunos comentaristas tenían un tinte racista.

Otra forma de discriminación es que en los pueblos y nacionalidades indígenas, hay carencia o no existe acceso a los servicios básicos o de primera

necesidad, como lo es la salud y educación; es así que no han dado resultado los programas de educación orientados a la interculturalidad bilingüe, por la falta de recursos financieros y técnicos. Lo mismo ocurre en la otra área de vital importancia que es la salud de los indígenas. Existe gran índice de mortalidad infantil y la carencia también a los servicios de salud pública en las diferentes zonas rurales, lo que es verdaderamente preocupante. En el campo jurídico, aunque existe un reconocimiento a nivel constitucional de las garantías y derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, hay que cumplir grandes retos para que estos derechos sean protegidos y promovidos efectivamente, ya que se han visto limitados por la carencia de desarrollo legislativo y la endeble aplicación de las normas.

Es importante manifestar que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, los pueblos, comunidades y nacionalidades tienen territorios que el Estado ecuatoriano ha reconocido, garantizando la protección, conservación y preservación de su medio ambiente sano y sustentable, por esta razón, los miembros de estos pueblos, comunidades y nacionalidades, tienen el derecho de ser consultados en materia de los procedimientos y programas que conlleven cualquier trabajo que se desee realizar con los recursos no renovables que se encuentren ubicados en sus tierras y que posiblemente puedan afectarlos, así mismo tienen derecho de participar de todos los beneficios de esos proyectos y recibir las indemnizaciones establecidas en el contexto legal en el caso de existir perjuicios de cualquier índole. En conclusión podemos establecer que los pueblos y nacionalidades originarios, tienen derecho a: Respeto, Participación en cargos públicos y privados, Educación, Salud, Vivir en comunidad y ser parte de un pueblo o nación, Consulta previa ante proyectos dentro de su territorio, Conservar y respetar su medio ambiente, Preservar su lengua nativa y la Cultura. Es decir, que tienen derecho a todos los derechos reconocidos para toda la población, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y los establecidos en los Convenios Internacionales y en la Constitución. El reconocimiento de los derechos humanos es una aspiración importante para construir un mundo en el que los seres humanos

disfrutemos del derecho de realizarnos con dignidad, aunque se reconozca diferentes unos de otros¹⁹.

2.2.7 PERCEPCIÓN INDÍGENA DE LA JUSTICIA CIVILIZADA

Para los pueblos y comunidades originarios, la ley del estado como tal no es mala, el problema y el fallo esta en los funcionarios que en vez de administrar justicia aplican injusticias, pues no cumplen las leyes y, en muchos casos solo benefician a la parte que goza de recursos económicos mientras que castigan a los demás, a los que no tienen. El deterioro y la falta de confianza en el sistema judicial ordinario se debe principalmente a la corrupción de los funcionarios judicial y abogados, en el gasto exagerado de dinero, la falta de una justicia imparcial, la lentitud y cantidad de los tramites, la modalidad por escrito y en castellano todos los procedimientos, la gran distancia de los tribunales, el trato discriminatorio y racista, y sobre todo, el desconocimiento de la vida y la realidad de los pueblos originarios.

Por otra parte, la percepción de la imposición y el rechazo se basan en el hecho de que los comuneros indígenas nunca fueron consultados por los autores de las leyes para formularlas y aprobarlas, tampoco se realizaron tomando en cuenta la realidad de las comunidades y la existencia y practica ancestral del derecho indígena. Por ello, el sector indígena se niega ser parte de la Justicia Ordinaria, además defiende su manera de hacer justicia, ya que consideran que el castigo que recibe un indígena cuando comete una falta, se lo hace corporal y mentalmente, sin llegar al aislamiento ni la violación de los derechos humanos. Al igual que el Estado a través de sus leyes trata de regular la convivencia social, en las comunidades indígenas los dirigentes también reglamenta la armonía social con la finalidad que haya convivencia y desechar la violencia. Es preciso entender que la justicia indígena se niega a ser partícipe de la justicia ordinaria, no solo por la corrupción, la lentitud, el costo y lo difícil del proceso, sino porque desde sus orígenes han aplicado y han venido ejerciendo estos derechos hasta nuestros días.

¹⁹ Ídem, (2005), Cuaderno de Derecho Indígena, El Sistema de Derecho de los Pueblos Kichwas de la sierra del Ecuador, Quito – Ecuador, Edición No. 1

La Justicia indígena es efectiva y tiene elementos importantes para aportar al pluralismo jurídicos del país, por ejemplo, el carácter oral, directo y publico de los juicios, la agilidad y eficiencia en la resolución de los conflictos, su naturaleza principalmente preventiva, el conocimiento por parte de los jueces, de la realidad en la que viven las partes en pleito, el efecto de reconciliación o de restablecimiento del convivir social que reducen las penas y sanciones eliminando rezagos de enemistad y venganza posteriores. Sin sostener que los linchamiento públicos sean una práctica legitima o represente una manifestación d el injusticia indígena; sabemos que estos ocurren también el centros urbanos y de las comunidades, más que ser resultado de la decisión de autoridad indígena en aplicación del derecho consuetudinario, son acciones de masas enfurecidas, dicho de otro modo, la justicia indígena está lejos de los linchamientos, pues todas sus normas se rigen bajo su tan conocido ama killa (no mataras), ama llulla (no mentiras), y ama shua (no robaras). Sin embargo de esto, los linchamientos populares, por una equivocada percepción social, son las detonantes más visibles en la relación de conflictos entre los dos sistemas de administración de justicia. Además no dejan de faltar las malas críticas sociales que tienen que enfrentar los indígenas, calificándolos de “salvajes”, si bien es cierto, existen indígenas que violan a su lema, no se puede generalizar a todo su grupo. Actualmente se está corrigiendo y sancionando a muchas dirigentes, que han abusado de su poder, para evitar el maltrato de las personas²⁰

2.2.8 LA JUSTICIA INDÍGENA Y SU TRATAMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

El Art. 171 de la Carta Magna del Ecuador, consagra la práctica y aceptación de la justicia indígena. En tal sentido, el texto constitucional establece que “... las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de un perímetro territorial... El estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción o justicia indígena sean respetadas por todas las entidades y

²⁰ Ídem, (2005), Cuaderno de Derecho Indígena, El Sistema de Derecho de los Pueblos Kichwas de la sierra del Ecuador, Quito – Ecuador, Edición No. 1

autoridades públicas” (CONSTITUYENTE A. N., CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008). El fenómeno de la Justicia Indígena, se ha puesto, lamentablemente, muy de moda, debido a la cantidad de ajusticiamiento que se han venido dando en el Ecuador en los últimos meses, las estadísticas indican que al menos ocho personas han muerto en linchamientos y quema en el transcurso de procesos y ajusticiamiento popular. Este texto constitucional, permite analizar algunas interrogantes, ya que la misma indica que las autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional, en base a su derecho propio y a su ámbito territorial. Esto significa que corroborando con lo establecido en el artículo 1 del texto constitucional, el Ecuador es un estado plurinacional, pero que brinda extrema libertades a su demás nacionalidades, lo que hace que en ocasiones se violente el principio de unidad consagrado en la misma Constitución, esto se debe en razón que la misma Carta Magna, de forma tacita da a sus nacionalidades una de las funciones elementales del Estado, como es la de administrar justicia con absoluta autonomía e intangibilidad.

También surge un cuestionamiento en base a que consiste el derecho propio de los indígenas, cuáles son sus fuentes, existencia o no de normas escritas, quienes y por qué son autoridades que puedan ejercer jurisdicción, y que es lo que se entiende por territorio indígena. En muchas ocasiones, nos encontramos con letreros que tienen rótulos o leyendas que dicen “a delincuente atrapado, delincuente ajusticiado”, lo que en la práctica se traduce en la quema de personas, por lo que genera la interrogante, si los linchamientos, son parte de la justicia indígena, como una tradición ancestral. Al mismo tiempo en concordancia con la Constitución esta lo dispuesto en el Art. 344 del Código Orgánico de Justicia, mismo que consagra los principios que rigen a la justicia indígena, los cuales deben ser respetados por las autoridades del derecho no indígena. El mencionado artículo señala los principios de diversidad, es decir, tener en cuenta al derecho indígena y sus prácticas ancestrales, así como la igualdad debe de garantizar la comprensión de los principios indígenas, esto incluye nombramiento de peritos y traductores, de ser el caso, también el principio non bis in idem (lo actuado por la justicia indígena es inimputable por la justicia ordinaria, salvo control constitucional), pro jurisdicción indígena (en caso de duda prevalecerá la justicia indígena) e interpretación

intercultural (interpretación de los derechos de las comunidades en caso de conflicto).

Es preocupante que un “fallo” que provenga de la justicia indígena no sea susceptible de recurso alguno, hay una clara violación al derecho a la legítima defensa en los procesos de juzgamiento a los que les podemos llamar como indígenas, esto se ha venido traduciendo en la captura y juzgamiento de presuntos delincuentes en un estado de absoluta indefensión; mas aun, es fuente de temor el principio “ pro jurisdicción indígena”, que indica que la justicia indígena prevalecerá sobre lo ordinario. Todo esto genera que el Ministro Fiscal General de la Nación, investigue actos que están más cerca de la barbarie que de la justicia indígena, por lo que se puede establecer que el Art. 171 del texto constitucional tiene enunciaciones poco claras, generando la duda en la aplicación de la misma. Todas estas interrogantes, permiten determinar que la falta de la experticia y conocimiento jurídico del asambleísta o legislador a la hora de elaborar normas no toma en cuenta los efectos que puede causar un vacío legal en determinadas disposiciones²¹.

2.2.9 LAS AUTORIDADES INDÍGENAS Y SU FORMA DE ELECCIÓN

En cada una de las comunidades, pueblos y nacionalidades se han estructurado de manera distinta para la administración de Justicia y las autoridades, tienen sus propias denominaciones de acuerdo a su cultura, en la sierra ecuatoriana donde habitan pueblos kichwa, podemos encontrar a los Kurakakuna, Apukkuna, YTaitakuna, entre otros. Sin embargo, estas autoridades solo facilitan el proceso de administración de justicia, quienes realmente tienen la autoridad y el poder son todas las personas que participan en la Asamblea, conformada para la solución de conflictos. Además las estructuras colectivas de autoridad están conformadas por la Comunidad, el Consejo de ancianos, el Consejo de Gobierno Comunitario, Asamblea General.

²¹ Ídem, Andrés, (2010), Visión Constitucional de la Justicia Indígena, www.andradeveloz.com.

Solamente las personas del acápite anterior, no participan en la solución de los problemas o conflictos, sino que dependiendo de los mismos intervienen otros, por ejemplo los padres, tíos, abuelos y padrinos. Los padres intervienen en la solución de conflictos siempre y cuando hubieren llevado una vida intachable a lo largo de su vida, caso contrario no tienen la capacidad moral para hacerlo, en caso de que interviniera sin las cualidades intachables, es objeto de crítica y descredito, que finalmente no se aplica la sanción impuesta. Frente a esta situación se solicita la participación de otros familiares. Los miembros de los Consejos de Gobierno Comunitarios, son elegidos en una gran asamblea, cada dos años o depende de la realidad de las comunidades, pueblos o nacionalidades, los aspirantes deben poseer las siguientes características: responsabilidad, liderazgo, solidaridad, trabajador, buenas relaciones con la comunidad, padre ejemplar, demostrar convicción de líder y voluntad de trabajo, respetado, reconocido por todos los miembros de la comunidad; las mismas que son observadas de manera particular para la designación como miembro del Consejo de Gobierno.

También intervienen otros miembros de la comunidad, quienes son elegidos considerando, la trayectoria, edad, que haya participado en la solución de otros problemas similares, que sea respetado y reconocido por toda la comunidad, líder, solidario, capacidad de convocatoria, llevar una vida intachable y que demuestre interés por conservar la armonía dentro de la comunidad, quienes actúan únicamente cuando la dirigencia o la asamblea lo solicite por cuanto son muy respetuosos de la estructura organizativa y las decisiones colectivas. Adicionalmente, existe la Asamblea General, que es el máximo organismo, donde de igual forma se resuelven los conflictos o problemas existentes a nivel de la comunidad, la Asamblea General lo constituyen todos los miembros de las comunidades, hombres, mujeres, niños de toda edad. Los dirigentes de la organización sectorial y provincial son elegidos en grandes asambleas generales, los requisitos son los mismos que son exigidos a los demás dirigentes. Este es un hecho muy importante en el accionar de las autoridades indígenas que intervienen en la administración de justicia, ellos no perciben ninguna remuneración o pago por resolver los problemas o conflictos comunitarios, por lo que la solución de los problemas es totalmente gratuita.

2.3 LOS CONFLICTOS EN LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN CON LA JUSTICIA ORDINARIA

La práctica en la aplicación de sanciones por medio de la Justicia Indígena, ha generado y sigue generando una serie de conflictos conceptuales y formales a nivel de los administradores de justicia, como de la ciudadanía en general, por lo que es importante que se establezca una ley que haga compatibles las funciones de la justicia indígena con las del sistema penal nacional u ordinario. Lo que resultaría muy importante y trascendental para proteger aspectos como la seguridad jurídica y la certeza, así como la presencia de unos mínimos éticos y jurídicos básicos que garantizaran una justicia basada en las normas internacionales, constitucionales y en el respeto de los derechos humanos, mejorándose el acceso a la justicia y garantizando el debido proceso.

2.3.1 RECOMENDACIONES PARA QUE TODOS LOS ECUATORIANOS SEAN PARTÍCIPES Y SE INVOLUCREN CON LA JUSTICIA INDÍGENA

Dentro de las recomendaciones para que los ecuatorianos participemos y nos involucremos en la justicia indígena tenemos, las acciones políticas, educativas y jurídicas, las mismas que deberán desarrollarse para que se comprenda el pluralismo jurídico y la interculturalidad, pues desde el derecho Indiano han convivido, aunque sean en colisión, los sistemas normativos indígenas con los oficiales, relación que nos ha permitido advertir las distintas orientaciones, tanto para manejar conflicto como para organizar la sociedad. En este sentido, la primera actividad es formativa, debiéndose bregar para que la ciudadanía comprenda que el Ecuador, es un país diverso, para ello la educación debe jugar un papel preponderante, pues es un requisito esencial para que el derecho indígena sea reconocido y difundido es la necesidad de advertir su naturaleza y razón de ser autónoma, aunque no del todo ajena a los paradigmas normativos vigentes. De forma subsidiaria, hace falta una nueva escuela de Jurisprudencia, donde los principios jurídicos, sean entendidos por jueces y abogados en concordancia plena con el ordenamiento jurídico nacional e internacional, pues parece que nos

encontramos inmersos en un proceso de reenfoque de la Axiomática y la Dogmática. Además no podemos omitir la necesidad de una legislación pertinente y oportuna que ponga los límites necesarios al accionar de las autoridades comunitarias o indígenas.

2.3.2 PRINCIPALES AUTORIDADES

Quienes son consideradas como las principales autoridades indígenas, respetando las diferencias de cada sistema normativo consuetudinario, así como de la complejidad de los problemas, la competencia para resolverlos puede tener tres niveles: 1) **El familiar**, donde intervienen los padrinos, progenitores, ancianos, especialmente en casos de problemas relativamente pequeños y de orden doméstico; 2) **El comunitario**, cuando los problemas son realmente graves o producen alarma mayor, aquí interviene la Asamblea y hasta organizaciones de segundo grado como las uniones de comunidades y las federaciones; y, 3) **El cabildo o autoridad colectiva de la comunidad**, ventila directamente casos leves que afectan solamente a las partes del conflicto y no a la comunidad en su conjunto, por ejemplo, maneja conflicto de linderos, agresiones físicas, sustracción de bienes, entre otros. Generalmente estas autoridades promueven la conciliación o mediación, si esto no fuere posible emiten resoluciones sancionadoras o decisorias.

2.3.3 FACULTADES DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS Y LA ESTRUCTURA COLECTIVA DE APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR

Las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que se encuentran en el Ecuador, tienen una organización y estructura de forma colectiva, esta estructura socio-organizativa, es primordial para la realización de cualquier actividad o proyecto que se presentase, por esta razón, la administración de justicia indígena, se la realiza con la utilización de la misma estructura de organizativa que siempre ha existido. Esta estructura de organización, se fundamenta en los miembros o integrantes de las familias, quienes están y viven organizados en comunidades, que están gobernadas por el Consejo de Gobierno Comunitario y todas las decisiones se toman en las Asambleas Generales

Comunitarias, que se realizan, dentro de la misma. Luego, las comunidades, también forman otra organización, que es la sectorial, conocidas como de Segundo Grado, las mismas que a su vez forman la Organización Provincial y esta forma la Organización Nacional como por ejemplo tenemos a la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CONAIE).

Padres de Familia, Los padres, cumplen un papel importantísimo dentro de los pueblos y nacionalidades indígenas, como por ejemplo, son los que velan por exista orden y la armonía de la familia, son los que guían por el mejor sendero o rumbo a los hijos y si se presenta algún obstáculo, problema o dificultad, intervienen con la finalidad de buscar el bienestar y la unión familiar, a través de consejos o así mismo mediante la imposición de algún castigo o sanción, son lo que por lo general participan directamente en la solución de conflictos matrimoniales de los hijos, problemas de desobediencia dentro de la familia, o hacia cualquier persona de la comunidad que merece respeto. **Los Padrinos**, como su nombre lo indica son los segundos padres y estos también participan en la solución de los problemas o conflictos en donde los ahijados estén involucrados, especialmente en las diferencias o conflictos dentro del matrimonio, de allí que la misión de ellos es orientar a la familia, dar también consejos, imposición de castigos, y si el caso llegase a ser muy grave, ponerlo en conocimiento de todas las autoridades de la comunidad. Así mismo, los padrinos son los que conllevan la responsabilidad de los padres de familia, en caso de ausencia por alguna circunstancia en particular o muerte de los padres biológicos o verdaderos del ahijado.

El **Consejo Comunitario de Gobierno**, es a quien se le reconoce como la dirigencia y sus funciones son las siguientes: **1)** Tener en cuenta los hechos o casos de los que son informados o asumen conocimiento de manera verbal o escrita; **2)** Convocar a sesiones a todos los miembros del Consejo, a fin de analizar y buscar la mejor solución de los conflictos, por lo menos debe de ser una; **3)** Estar pendientes del control social comunitario y la armonía entre los miembros y habitantes de la comunidad; **4)** En el momento de presentarse un conflicto su obligación es de intervenir para garantizar la equilibrio y la paz interior de la comunidad; **5)** Velar por el cumplimiento de las sanciones que se impongan o las

medidas correctivas; y **6)** Ejecutar los castigos impuestos a los involucrados en determinados casos.

La **Asamblea General**, es la máxima autoridad o última instancia donde se analiza, delibera y decide sobre la solución de cualquier situación que se presente sus principales características son: **a)** Máxima autoridad en la comunidad de base, así como en las organizaciones de segundo y tercer grado; **b)** Las dificultades o hechos suscitados son presentados para que toda la Asamblea realice su análisis y busque la mejor solución; **c)** Se encarga de la imposición de las medidas correctivas necesarias, para la solución del conflicto; **d)** Son los que intervienen directamente en la ejecución del castigo; **e)** Sus resoluciones son aceptadas y cumplidas por todos los miembros de los pueblos y comunidades, las mismas que no deben ni pueden ser irrespetadas y si se incumplen esto también amerita una sanción.

Existe también el **Consejo de Ancianos y otras autoridades reconocidas**, quienes tienen como finalidad lo siguiente: **1)** Ser parte en la solución de problemas o hechos que ocasionen discordia; **2)** Son asesores en la administración de justicia indígena, así como en cualquier otra situación que se presentare inherente a la comunidad; **3)** Son miembros activos en la Asamblea General de la Comunidad y sus consejos son escuchados y apreciados por todos los asistentes. Este Consejo de Ancianos están siempre pendientes de la vida de los miembros de la comunidad por lo que visitan continuamente a las familias, permitiendo un mayor y mejor vínculo comunitario y una relación mancomunada de todos los miembros de la comunidad.

2.3.4 PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SE CONOCEN EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

Dentro de los principales problemas que se conocen en las comunidades indígenas tenemos: **a) Familiares**, relacionados con la separación de parejas, divorcio, adulterio, celos, maltrato físico y psicológico a los hijos, a la mujer, desobediencia a los padres, peleas familiares, entre otros. Estos problemas por lo

general se resuelven dentro de la familia, entre padres, abuelos y padrinos, así se evita el escándalo; **b) Sexuales**, en el marco de violaciones embarazo y olvido de paternidad, estos se solucionan en la familia y con autoridades de la comunidad; **c) Robos**, referente a animales, productos de la tierra, bienes materiales, cuando no se cumple con las deudas, destrucción de bienes y servicios comunitarios, estos problemas se resuelven con el cabildo y la asamblea; **d) De desorden**, todo lo concerniente a chisme, insultos, mentiras, peleas, falta de respeto a las autoridades, las faltas a las asambleas, trabajos comunales y mingas. Además, no tomar en cuenta a las mujeres, pandillas juveniles, estos problemas se resuelven en las asambleas comunitarias; **e) Graves**, son los que se vinculan a asesinatos, suicidios, muertes por accidentes y brujerías, los mismos que se solucionan en asambleas comunitarias.

En cuanto a si existe un límite en los castigos aceptados, se puede dar a conocer que la justicia indígena es eminentemente conciliadora, recurriendo al uso de los castigos exclusivamente en casos donde la gravedad rompe la armonía comunitaria. En tales consideraciones, se establece que la justicia comunitaria no es arbitraria, sino que obedece a una racionalidad, influyendo en sus decisiones algunas variables, sin embargo, el tipo de conflicto es una suerte de gran ordenador de las resoluciones o decisiones. Para la aplicación de las sanciones se consideran varios aspectos tales como las normas internas comunitarias, el tipo de infracción y su gravedad, el daño perpetrado, la reincidencia, edad de la víctima, edad y sexo del infractor, estado civil, cargo que ocupan las personas, grado de culpa, entre otros. Es importante, tener en cuenta que existen diferentes tipos de sanciones en la justicia indígena, algunas son semejantes a las aplicadas en el sistema formal, pero otras son bastantes especiales, como los baños, el caminar descalzo o el confinamiento o expulsión.

2.3.5 FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Resulta difícil poder catalogar las formas y procedimientos a través de los cuales los pueblos y comunidades indígenas resuelven sus conflictos internos. Varía de pueblo indígena en pueblo indígena, y dentro de un mismo pueblo o

comunidad, los mecanismos para aplicar la justicia, pueden ser muy distintas, y su variación depende de lo integrado que se encuentre el grupo. No obstante, se pueden establecer ciertas pautas generales respecto a los métodos y formas utilizados por los pueblos y comunidades indígenas para la resolución de sus conflictos, dándose su variedad según el tipo del caso a resolver o la gravedad del mismo.

En el momento en que los miembros o integrantes de la comunidad pasan por grandes o pequeñas dificultades, primero se busca las mejores alternativas para solucionar el inconveniente a nivel familiar, sin involucrar a los demás miembros, ni las autoridades de la comunidad, estos conflictos pueden ser de orden conyugal, apropiación de bienes, es decir, robos, hurtos, difamaciones, entre otros, son calificados como una tragedia dentro del vínculo familiar, perjudicando el prestigio, buen nombre e imagen de la misma, con mayor trascendencia si la persona es líder comunitaria. Por lo general, en la familia se convoca a todos los miembros a una reunión, en donde se aportan ideas, se discute, con la finalidad de analizar y evaluar el procedimiento de la persona miembro de la familia que a adecuado una conducta inadecuada, a fin de llegar a una resolución o decisión conjunta que permita terminar el conflicto, la misma que puede ser la aplicación de un castigo; los padres son quienes estarán encargados de aplicar la resolución establecida. Si en este nivel no se lograse resolver el conflicto, se solicita la intervención de los padrinos; pero sin embargo, con la intervención de los padrinos, no se llegare a una solución o si el miembro de la familia infractor no modifica su conducta y accionar, se da a conocer el suceso a la directiva de la comunidad, y en este nivel, además con la participación de la familia, se intentará dar solución al conflicto. Pero en los conflictos considerados graves y de conocimiento e interés público como por ejemplo en hechos delincuenciales de robo, homicidios, problemas entre miembros de la comunidad o entre familias, e inclusive el adulterio, son llevados directamente al Seno de la Asamblea General de la Comunidad, a fin de que allí de forma participativa se busquen las mejores opciones para la solución de conflictos.

En la solución de conflictos o problemas internos, se identifican las siguientes fases de forma general: **1)** Toda dificultad, conflicto o problema que se

origine en la comunidad, debe ser dado a conocer a las respectivas autoridades indígenas, por lo general esto se hace verbalmente y en ocasiones muy particulares por escrito generalmente se realiza de forma verbal y en pocas ocasiones por escrito. **2)** Las autoridades de la comunidad indígena, después de tener conocimiento del hecho, convocan a los involucrados en el mismo a una reunión, con la finalidad de realizar un careo o ñawinchi, en donde los afectados y el causante del problema o litigio, frontalmente dan a conocer sus razones, teniendo la oportunidad de acusar y defenderse. Por lo general este proceso se efectúa en una Asamblea General, convocada por las autoridades, en donde concurren todos los integrantes de la comunidad o del pueblo. Después que se exponen los motivos y razones de ambas partes y son escuchados y analizados, los concurrentes a la Asamblea, realizan una participación de forma activa, permitiendo inclusive la realización de preguntas, permitiendo el derecho a la defensa y a la replica y contrarréplica, mientras que los líderes y personas ancianas, se encargan de aconsejar, llamando a la reflexión a cada involucrado en el litigio o conflicto, por lo general en esta fase, es necesario colocar una sanción, lo que soluciona el conflicto, permitiendo volver a la armonía comunitaria y social. **3)** En circunstancias que no se logre solucionar el conflicto, en cada una de las etapas anteriores, y se puede demostrar la renuncia de una de las partes o de ambas partes para colaborar en dicha solución, se crea o forma una comisión, la misma que está integrada por un grupo de personas de la comunidad con trayectoria intachable y con integrantes de la Asamblea, para que sean estos miembros de la comisión, quienes realicen las averiguaciones necesarias a fin de esclarecer el suceso y reúnan suficientes elementos de convicción, con esto la Asamblea puede tomar la mejor decisión, la misma que debe de ser justa. **4)** Cuando se comprueba que existe responsabilidad del imputado, la misma Asamblea, es la encargada de determinar la sanción que se le pondrá, ejecutándose de forma inmediata y todos los acuerdos que se efectúen quedan plasmados o anotados en un acta y en la memoria o mente de todos los asistentes que participaron en la Asamblea, o de quienes deberán vigilar el cumplimiento de lo acordado.

2.3.6 FORMA DE APLICAR SANCIONES

Con la idea de vivir en una armonía colectiva que tiene los pueblos y comunidades indígenas, es importante conocer lo que significa la sanción dentro de su derecho. La sanción de por sí, sea física o económica, no es la única forma de corregir las malas conductas. Lo importante es la sanción moral y hacer entender al sancionado que ha actuado mal y que no debe volver a repetir esa conducta. Muchas veces solo mediante el dialogo y el consejo se puede solucionar un problema. La Justicia Indígena, busca que las soluciones o los castigos, aplicados sean “justos”, mientras que la justicia estatal le da importancia a lo que establece la Ley, puesto que lo que se busca es que se cumpla lo que taxativamente dice la ley, aunque a veces las partes queden insatisfechas. En cambio, en la administración de justicia indígena se busca un acuerdo que sea bien visto por las dos partes. Para el derecho indígena son importantes las dos partes: el afectado debe recibir una compensación por el daño que le han causado, y el que ha causado el problema no solo es castigado, sino que busca que se dé cuenta de su error y que lo corrija por el bien de la comunidad.

En nuestros pueblos y nacionalidades indígenas la sanción no es consideradas como algo negativo, al contrario, es una manera de lograr que el autor del hecho o infractor, concientice lo que ha hecho, se arrepienta y busque un cambio de actitud, que en idioma kichwa se denomina wanachina (hacer que se arrepienta) y kunana (aconsejar). Estas sanciones conllevan adicionalmente con una connotación de manera espiritual, es decir, que no solo busca corregir la parte fisiológica del autor, cómplice o encubridor del hecho o infractor, sino también purificar el alma y el espíritu. Por lo general las maneras de aplicación de las sanciones en los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas son las siguientes:

1) **Jalones de la Oreja**, interpuesto en infracciones no graves, tipo contravenciones, como la desobediencia y es ejecutado o realizado por los padres de familia, abuelos y padrinos. 2) **La Ortiga**, es una hierba que produce ronchas en la piel, de consideración espiritual, sagrada y medicinal, la misma que se utiliza

cuando se realiza los baños rituales, sin embargo, se utiliza para aplicar la sanción a la persona que sea causante del problema. El número de ortigazos que deben propinarle al infractor es decisión de la Asamblea General. 3) **El castigo con el boyero**, es un instrumento elaborado de cuero de vaca, que se utiliza para ejecutar un castigo, además es utilizado como un símbolo de poder o jerarquía, que se entrega a las nuevas autoridades o líderes, No puede ser cualquier boyero, sino que generalmente es la que ha sido utilizado como símbolo de poder y que sea propinado por personas de prestigio en la comunidad pueden ancianos, dirigentes, shamanes, entre otros. 4) **El baño con agua fría**, el infractor o actor del hecho delictual imputado, tiene que ser sometido al baño involuntario en agua fría, por lo general se lo realiza a media noche de preferencia en los ríos, cascadas o lagunas consideradas sagradas, con la finalidad de que el agua corriente purifica y elimina las malas energías y espíritus de la persona. Puesto que es una creencia, que la persona que comete un hecho delictivo, es porque está apoderado de un espíritu maligno; así mismo forma el baño debe ser realizado por personas de la comunidad que hayan tenido una trayectoria intachable. 5) **Expulsión de la Comunidad**, cuando el conflicto es muy grave o el infractor no haya hecho nada por cumplir con los compromisos y no cambia de actitud y comportamiento se expulsa de la comunidad y la organización, esta sanción es muy temida por los miembros de los pueblos en virtud de que es difícil desarraigarse de su habitación natural que es fundamental en su vida. 6) **La muerte**, es el último recurso y se aplica para los delitos muy graves y considerados de difícil solución, tales como violaciones y homicidios. Aunque en nuestro país, especialmente en la serranía no se ha aplicado esta sanción, pero sí en los pueblos indígenas del oriente ecuatoriano, han existido experiencias al respecto (ILAQUICHE LICTA, 2006).

Con la ejecución de estas sanciones se logra en el infractor el arrepentimiento así como se compromete a reinsertarse a la comunidad y a la reparación de los daños y perjuicios causados, es decir, que no solo se busca el castigo del responsable del hecho, sino conciliar, llegando a un acuerdo entre las partes y después el sentenciado permanece en su propia habitación, no es aislado de la comunidad como normalmente sucede en la justicia común. El solucionar un conflicto es motivo de celebración, euforia y alegría para toda la comunidad indígena,

porque nuevamente ha retornado la paz y la armonía dentro de la comunidad, por este motivo al terminar el acto o la reunión, se organiza la comida comunitaria y además se bebe chicha o el trago. La aplicación de estas formas de sanciones son aceptadas, respetadas y aplicadas por los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, pero por lo general no es aceptada por el resto de la sociedad común, es decir por los mestizos, montubios, entre otros, tampoco son admitidas por los gobierno de turno, puesto que consideran que son acciones primitivas que atentan contra todos los derechos fundamentales del hombre y las garantías constitucionales, así como contra el cuerpo de leyes vigentes en el Ecuador.

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del estado ecuatoriano, consideran que el sistema de administración de justicia indígena, no es contrario con las disposiciones de las leyes ordinarias, sino que se complementa con la misma, y forma una alternativa válida y eficiente; para conocer y entender mejor este sistema se necesita realizar una interpretación social y cultural, en donde se debe tener en cuenta las particularidades e idiosincrasia de los pueblos. De esta forma es importante considerar algunas experiencias, de otros países, como la de Colombia, país en donde se ha logrado avanzar en la aplicación del sistema de administración indígena, partiendo del fortalecimiento y respeto de algunos derechos denominados o reconocidos como los **mínimos jurídicos**, teniendo en cuenta que estos sirven para garantizar el respeto de aquellos derechos que se consideraban inquebrantables para los dos sistemas, el común y el indígena.

Los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas que habitan en el estado ecuatoriano, conservan formas de vida comunitaria basadas en las primicias de orden, solidaridad, respeto, responsabilidad, paz, redistribución, equilibrio, armonía y consenso, originando esto una convivencia armónica del hombre con la naturaleza o con la madre tierra –pachamama-. También poseen normas y principios supremos que han sido los motores que regulan la vida de los pueblos, comunidades y nacionalidades, y aunque no se encuentran escritos en leyes, disposiciones, reglamentos u otros, son respetados y obedecidos por todos los miembros de la población indígena. El derecho consuetudinario indígena por su

misma naturaleza se ha transmitido y conservado, con el transcurso del tiempo, de generación en generación, de manera o forma oral, en vista de que el derecho indígena es práctico y activo, por lo que es muy fácil guardarlo en la memoria colectiva de los pueblos y comunidades. Sin embargo, esto no significa que el derecho consuetudinario indígena sea estático, al contrario siempre esta enriquecido con nuevas experiencias y prácticas en su administración de justicia indígena.

Al analizar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución del Ecuador, pues no solo el derecho a la vida puede ser quebrantado, también el derecho al debido proceso, entre otros, es importante analizar la Justicia Indígena desde este punto, en donde constitucionalmente establece que “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...” (CONSTITUYENTE A. , CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008), no se trata de una norma permisiva, sino mandataria, y nos da a entender que siempre está ligada a la propia conciencia étnica y a una particular cosmovisión derivada del desarrollo de las propias manifestaciones culturales de los pueblos que constituyen minorías nacionales y que no forman parte de la sociedad hegemónica, es que el Estado rompe con esta normativa constitucional, el estereotipo del monismo jurídico al establecer el pluralismo jurídico en el país, es decir, que en un mismo ámbito territorial convivan diferentes sistemas de derecho.

La Constitución completa el mandato al consagrar de manera específica que se debe de conservar y desarrollar las formas o maneras habituales de convivencia y organización social, de las generaciones y ejercicio o práctica de autoridad indígena. La práctica de la propia justicia es un espacio de identidad y por lo tanto un derecho. Este derecho consagrado en la Constitución a favor de los pueblos indígenas no le es otorgado por el Estado, puesto que existe antes de este, desde que los pueblos son pueblos y se constituyeron en un territorio determinado, formaron su estructura y dentro de ella establecieron sus propias autoridades.

Aunque no hay que desconocer que históricamente se pueden sufrir cambios, como cualquier sociedad que se mantenga en el transcurso del tiempo, bien tenga un sistema jurídico positivo o consuetudinario.

Para que se cumplan los supuestos de jurisdicción y competencia es necesario el reconocimiento de un territorio ancestral, que se establezca la calidad de víctima y victimario, que en esencia significa se trate de miembros de la comunidad, y que de manera clara se determine el acto de juzgar. Respecto a los límites infranqueables a la autonomía se debe considerar la reserva de ley, es decir, que se tiene que respetar el principio de legalidad de los delitos, las penas y los procedimientos; y, las penas que no se pueden imponer son la tortura, la esclavitud y la pena de muerte. De esto, se desprende un punto de discusión, con relación a los derechos humanos. Básicamente, con la referencia a que es aplicable, siempre y cuando no contraríe a la Constitución y las Leyes, si bien es cierto, que atendiendo a la universalidad de los derechos humanos, existen elementos fundamentales que se deben respetar, esto no puede llevar a la confusión de creer que existe la obligación de hacer propios sistemas de justicia ajenos, aunque ellos se encuentren positivados. Reconocer como derecho la práctica de justicia propia, también implica el reconocimiento de sus formas; considerar la reserva de ley y el mínimo de penas que en el ultimo termino deben entenderse como una forma de hombre contra la convivencia social, al referirnos a la justicia indígena, solamente pueden ser comprendidos si se los observa con clave cultural, caso contrario se considerara que la práctica de la justicia propia, es incompatible con los derecho humanos, tal como lo entiende la cultura occidental.

2.3.7 HECHOS VIOLENTOS BAJO LA MODALIDAD DE JUSTICIA INDÍGENA.

No debe confundirse la barbarie desenfrenada con justicia ni tampoco existe relación alguna entre los linchamientos ilegales con los procedimientos y sanciones de cualquier normativo indígena. Lamentablemente el desconocimiento de la realidad socio – jurídica ha hecho que se denomine derecho indígena a expresiones ajenas a los valores comunitarios propios de cada pueblo o nacionalidad indígena. Para nuestro criterio, la justicia en el más amplio de su sentido, se entiende en su

relación con los valores y principios culturales de un pueblo, y los principios jurídicos expresan esos valores con lo cual se da legitimidad a la justicia y a las normas del derecho.

2.3.8 PROCEDIMIENTOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA.

Por lo general, las autoridades indígenas que ejecutan la administración de justicia, cumplen un procedimiento existente desde hace mucho tiempo, el mismo que es adquirido de generación en generación. Con el debido respeto de las particularidades de cada uno de los pueblos o indígenas, por lo que a continuación mencionamos de forma común, los procedimientos normales que las autoridades indígenas utilizan para la solución de un conflicto interno, siendo estos los siguientes: **1) Willachina (aviso o demanda)**, este es el primer paso, los agraviados dan a conocer a los dirigentes de forma oral y clara todo lo sucedido. El Willachina es el suceso por medio del cual, la persona ofendida pide la solución de del hecho a la asamblea, que después se convierte en el tema principal que tendrá que resolver la asamblea comunal. **2) Tupuykuna (investigar el problema)**, es el segundo paso, es una etapa de investigación del problema, consta de varias actividades, por ejemplo, la inspección ocular, reconocimiento del lugar o constatación del hecho en el caso de infracciones como riñas, muertes, robos, entre otros. Identificando de esta forma la magnitud del problema, determinando a los verdaderos responsables, recibe testimonios, y en ciertos casos existe un allanamiento del lugar de los hechos para obtener cualquier elemento o instrumento que sirva para comprobar la verdad de los hechos.

3) Chimbapurana (confrontación entre el acusado y el acusador), es el tercer paso, conocido como el careo o confrontación de palabras entre los involucrados. Dentro de esta etapa existen dos pasos importantes, **a) Instalación de la asamblea e información de motivos**, que consisten en que el presidente del cabildo o de la organización, es el encargado de instalar la asamblea, después se informa a la asamblea sobre el contenido de la demanda y los resultados obtenidos de la investigación para que los asistentes sepan cual es el problema, enterándose de esta manera la comunidad, quienes son los infractores, el lugar en donde ocurrió

y mas detalles; y, **b) Aclaración de los hechos entre las partes**, que es concretamente la Chimbapurana, aquí, el o la demandante, de forma oral y breve, exponga o narre los acontecimientos y los hechos que le motivaron a iniciar la acción judicial comunitaria; luego el o la acusada, hace uso de su legitimo derecho a la defensa. El acusado puede aceptar la demanda o negar los fundamentos de ella; en el caso de aceptar los hechos, puede expresar su arrepentimiento, esta es una manera de que la comunidad se sensibilice y opte por disminuir parcial o totalmente las sanciones que se vayan a imponer. En la etapa de Juzgamiento, que es el más importante dentro de todo el proceso no hay abogados en representación de las partes procesales, estas mismas son las que intervienen las veces que estimen necesario, haciéndolo de forma clara para que no haya confusión al momento de establecer las responsabilidades y las sanciones a los actores. Al final, intervienen dirigentes de otras comunidades, los comuneros y los familiares aconsejan a los culpables, para que no rompa nuevamente las reglas sociales y sobre todo recomiendan que no se vuelva a repetir la infracción.

4) Killpichirina (imposición de la sanción), es la etapa de imposición de sanciones, las mismas que son establecidas en base de la gravedad del caso, adicionalmente estas sanciones impartidas, no tienen su fundamento en las determinadas y tipificadas por la justicia común, sino que se basan en las leyes tradicionales o habituales de la comunidad. Existe una gran variación de sanciones, tales como: multas, devolución de objetos robados, mas las indemnizaciones, la ortiga, el baño con agua fría, el látigo, trabajo comunales, y muy rara vez, se excluye al infractor de la comunidad. **5) Paktachina (ejecución de la sanción)**, es la etapa donde se da cumplimiento a las sanciones. Las sanciones practicadas corporales como el látigo, el baño y la ortiga, son ejecutadas por hombres y mujeres de buena reputación dentro de la comunidad. Las personas involucradas en el hecho, como castigados y sancionadores, no serán victimas de represalias o venganzas posteriores a la resolución de la Asamblea. Por lo general, las personas que aplican el castigo, son las mayores de edad, así como también los padres, los padrinos, y además el presidente de la asamblea y demás autoridades indígenas locales²².

²²TIBAN, Lourdes. ILAQUICHE, Raúl, (2004), Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, Quito, Pág. 36-41.

2.3.9 MÍNIMOS JURÍDICOS QUE LAS AUTORIDADES INDIGENAS DEBEN DE OBSERVAR EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El derecho indígena nunca puede ser positivizado o normado, pues al hacer esto, dejaría de existir. Sin embargo, eso no significa que el derecho consuetudinario carezca de fundamentos, principios y pequeñas normas establecidas. Al momento de realizar un proceso de justicia indígena, la autoridad, específicamente debe de cumplir con ciertos requisitos para no afectar los derechos humanos del agresor. Los mínimos jurídicos hacen referencia a las limitaciones que se deben de tener al momento de resolver un conflicto, estas limitaciones son algunas garantías, iguales para todos los seres humanos y que las autoridades de la justicia indígenas no pueden omitirlas.

Dentro de estas garantías tenemos: **a) Derecho a la vida**, el derecho indígena, no reconoce la pena de muerte, por lo tanto, la sanción no puede ser la muerte; **b) Derecho al debido proceso**, como en todo proceso, las partes tiene el derecho a la defensa, ya sea personalmente o a través de terceros. Además se tiene que cumplir con todos los principios, normas y reglas con equidad e imparcialidad; **c) Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles**, toda sanción será vigilada, para que no caiga dentro de esta prohibición; y, **d) Derecho a la no agresión física ni psicológica**, el sector mestizo, siempre ha criticado fuertemente la forma de hacer justicia en las comunidades indígenas; aseguran que existe violación de los derechos humanos, sin embargo, esta apreciación es hecha de forma superficial, puesto que nunca han estudiado la cosmovisión cultural y social de los pueblos y nacionalidades. Para el indígena, por ejemplo, la ortiga, el látigo y el agua, son una forma de curación y reivindicación de los actores involucrados. Estos pueblos originarios, consideran que estas prácticas no son consideradas torturas, ni agresiones físicas o psicológicas, siempre y cuando se lo realice dentro de la comunidad, en donde esta práctica de sanción sea tradicional; es importante indicar que no todos los pueblos indígenas manejan este tipo de sanciones corporales²³ (TIBAN, 2004).

²³ Ibidem pag. 44

2.3.10 ACCESO AL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA OFICIAL

Hasta épocas pasadas, algunos indígenas han recurrido al sistema jurídico estatal, por considerarlo también, un mecanismo para la resolución de conflictos o problemas. Sin embargo, en la actualidad, conscientes de su derecho consuetudinario y su forma de hacer justicia, se puede determinar que son pocos los que acuden al sistema de justicia estatal. Es necesario destacar que los indígenas y los campesinos están de una u otra manera relacionados, estos últimos han conformado organizaciones comunitarias dentro de su jurisdicción, y están aplicando ciertas normas de derecho indígena para resolver sus conflictos, especialmente los relacionados a robos. Este grupo está en pleno derecho de decidir resolver sus problemas con el sistema judicial estatal o someterse a las reglas y normas de su comuna.

Ciertas realidades ya reconocidas, han alejado tanto al campesino, como al indígena del sistema jurídico estatal, por ejemplo, la lengua constituye un impedimento evidente a la hora de emprender un proceso judicial. El indígena no domina con exactitud el castellano, por lo mismo, entendimiento con las autoridades y funcionarios judiciales va a resultar prácticamente imposible. Si cambiamos los papeles, los jueces y abogados no dominan absolutamente nada del kichwa, ni otra lengua ancestral. Como consecuencia de este obstáculo lingüístico, los abusos por parte de los funcionarios y autoridades judiciales son evidentes: el trato que le da a los indígenas es vergonzoso, excluyente y discriminatorio.

“Finalmente, los gastos que implica iniciar un proceso o trámite judicial también retraen al indígena, y el tiempo que deben esperar para que la justicia se pague los desalienta al compararlo con la agilidad con que se resuelven los problemas al interior de sus comunidades, dejando claro que todo proceso realizado en la justicia indígena es gratis y por ende confiable”, son expresiones manifestadas por el Dr. Kurikamak Yupanqui, Kichwa Sagaruro. En algunos sectores, indígenas

acudían a un sistema jurídico estatal con mucha frecuencia, la razón, es porque se les ha creado una cultura de litigio, estas personas en determinados momentos vieron que el litigio les podía resultar positivo, además tenían ventaja sobre los otros, pues dominaban perfectamente el castellano, descubriendo en esto un mecanismo para adquirir predios, enjuiciando a la gente y resultando beneficiados.

Otra gran parte de indígenas, ha hecho uso del sistema de justicia estatal, por considerarlo una alternativa válida, frente a la falta de solución a sus problemas dentro de sus respectivas comunidades. No siempre la administración de justicia interna ha resultado eficaz ante situaciones que surgen y que requieren arreglo. Así mismo, hay comuneros que se amparan en el sistema estatal cuando se detecta que las actitudes, opiniones y resoluciones de las autoridades y dirigentes de la comunidad son parcializadas y demuestran favoritismo por una de las partes involucradas. No obstante, la gente que acudió a la justicia ordinaria, al comprobar que la intervención de las autoridades estatales no ha servido para solucionar definitivamente sus problemas, vuelven a los mecanismos internos de solución de conflictos implementados por la comunidad; y actualmente, están seguros que ni por cuestión de litigio, volvería al sistema jurídico estatal. Es importante indicar, que se es consciente de algunas alteraciones e irregularidades dentro de la justicia indígena, este es un derecho que los pueblo originarios tienen que gozarlo de manera individual y colectiva y, que a pesar del abuso de algunos dirigentes, la justicia indígena es rápida, justa, gratuita, respeta los derechos humanos y sobre todo evita una tristeza, es decir, evita la cárcel al infractor, pues, para el sector indígena la cárcel representa la tristeza de la familia y de la comunidad.

2.3.11 LA JUSTICIA CONSUECUDINARIA INDÍGENA Y SU DIFERENCIA CON LA JUSTICIA ORDINARIA

Aunque se han realizado cambios jurídicos y constitucionales, los ecuatorianos no asumimos verdaderamente la naturaleza y el carácter de una sociedad multicultural y el estado plurinacional; se sigue juzgando y actuando dentro del marco de una sociedad en donde aparentemente se considera que existe una sola cultura, un solo idioma, una sola habla y un solo sistema legal o jurídico que se

enmarca en el derecho el mismo que es positivo; de igual manera, los funcionarios o servidores de la administración de justicia o de la función judicial y mas autoridades estatales, no dan cumplimiento a estos reconocimientos jurídicos y distorsionan todas las practicas de la justicia indígena, considerando como acciones salvajes, primitivas, realizadas por ignorancia o brutalidad. En este punto, es necesario hacer una diferenciación entre la justicia indígena y ordinaria.

En la Justicia Penal Ordinaria o Común encontramos: **1)** Una etapa pre procesal, conocida como Indagación Previa, en la que actúa el Fiscal, de conformidad con el Art. 215 del Código Adjetivo Penal; **2)** Una etapa procesal, denominada Instrucción Fiscal, es la inicial, de conformidad con el Art. 217 del Código Adjetivo Penal; **3)** La etapa procesal intermedia, de dictamen fiscal de conformidad con el Art. 224 del Código de Procedimiento Penal; **4)** La etapa procesal del juicio, donde se resuelve la acción y la sanción es de privativa de libertad, según lo establece el Art. 250 de la ley adjetiva penal; y **5)** la etapa de impugnación, que permite la interposición de recursos, al tenor del Art. 324 del Código Adjetivo Penal Ecuatoriano. En la Justicia Penal Indígena, tenemos las siguientes etapas: **1)** Indagación Previa, denuncia, actúa el Fiscal; **2)** Audiencia, Fiscal y Autoridades de la comuna (pastores evangélicos, ancianos, entre otros); **3)** Careo o confrontación; **4)** Resolución, sanción con agua helada, ortiga, trabajos comunitarios, entre otros.

2.3.12 ANÁLISIS COMPARATIVO EN LA CRIMINALIZACIÓN ENTRE SISTEMA PENAL OFICIAL Y SISTEMA PENAL

La tensión existente entre el derecho oficial y el indígena encuentra su mayor expresión en el ámbito penal, que va desde saber cuándo es competente la justicia oficial, y cuando la indígena; hasta la posibilidad de que se argumente que dentro del proceso de administración de justicia indígena se violentan derechos fundamentales de los imputados o de las víctimas, sin embargo, antes de ingresar a lo anotado, resulta necesario describir algunas de las diferencias existentes entre el sistema penal oficial y el indígena, si se admite que existe. La Criminalización al

interior de los Estados, es el resultado de la actuación de las agencias que conforman el sistema penal y esta opera en dos niveles a saber:

Por una parte, se encuentra la criminalización primaria, que no es sino, el acto y efecto de sancionar una ley penal, la cual tiene como objeto, incriminar conductas y proyectar el ejercicio del poder punitivo sobre ciertas personas; y, por otro lado, se sitúa la criminalización secundaria, que consiste en el ejercicio mismo del poder punitivo sobre personas concretas. Es importante, considerar si lo expresado en líneas anteriores responde a la realidad de Estados que se construyen sobre un pluralismo jurídico, es decir, con la existencia de otro ordenamiento jurídico que no es sino, el derecho indígena. En cuanto a la criminalización primaria, en el caso del derecho indígena, no es el acto y efecto de sancionar una ley penal por parte de la Asamblea Nacional, pues al ser un derecho consuetudinario, este se forma con la participación de todos los miembros de una comunidad y las conductas que incrimina no necesariamente corresponden al derecho penal oficial e incluso se puede decir, este no es uniforme para los distintos pueblos y nacionalidades indígenas, ya que entre estos mismos existe una fuerte diversidad.

Otro aspecto importante es considerar que con la criminalización primaria, se programa la intervención del poder punitivo en los conflictos sociales a través de modelos decisorios, En este aspecto, también se presenta otra gran diferenciación entre el modelo planteado por el derecho oficial y el programado por el derecho indígena. En términos generales, se puede manifestar que el derecho oficial penal, programa la decisión de conflictos sociales mediante una coerción que priva derechos o infringe un dolor (pena), sin que se persiga un fin reparador o la neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente²⁴. En lo que se refiere al derecho indígena, de manera general, se puede sostener, que el modelo de intervención social tiene como fin la solución de conflictos, pues este no deja de lado a la víctima como lo hace el derecho penal oficial (confiscación de la víctima) por lo que se busca satisfacer a las partes y a la propia comunidad.

²⁴ Ídem, Eugenio, Raúl (2000), Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Argentina, Ediar, pág. 35

También hay que subrayar que las diferencias existentes entre estos dos modelos punitivos de intervención social son muchas y de diversa índole, por ejemplo piénsese que pasa con la selectividad de la criminalización primaria y secundaria, con la prisionalización de las personas, o el rol que juegan el resto de agencias del sistema penal como son los medios de comunicación, las universidades, como centro de reproducción ideología entre otros. Por lo que es importante conocer como deberían de estar resueltos los casos en donde exista una colisión de derechos al momento de ejercer el derecho colectivo de administración de justicia indígena (derechos individuales vs. Derechos colectivos; quien debe proceder a juzgar, el sistema oficial o las autoridades indígenas). Con lo manifestado, se visualiza las tensiones teórico-prácticas que implica el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución y como estas tensiones deben ser resueltas por los intérpretes desde una visión intercultural.

En este sentido, el interprete constitucional debe partir de la noción básica de que los derechos colectivos forman parte de los derechos humanos y como tal, han sido positivizados en nuestra Constitución, por lo que estos deben ser entendidos como el fundamento axiológico del Estado y su defensa responde a un interés general del Estado y no a un interés particular de las comunidades indígenas²⁵, lo que significa, que el interprete en la resolución de cada caso concreto y cuando existan colisión de derechos, deberá previo estudio, utilizar la técnica hermenéutica más adecuada de acuerdo a los bienes y principios jurídicos que estén en juego. Como es de conocimiento, existen una serie de técnicas hermenéuticas como la ponderación, el test de razonabilidad, el principio de proporcionalidad, el de núcleo esencial de derechos, entre otros, las cuales pueden ser utilizadas en una variedad de conflictos, incluso a los que pueden presentarse al momento de que las autoridades indígenas administren justicia.

Como no se puede dar fórmulas de aplicación de estas técnicas, sino ver cómo han sido utilizadas en la resolución de casos concretos, utilizaremos como

²⁵ Ídem, Carlos, (2005), Pensamiento Jurídico- Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico, No. 9 Universidad Nacional de Colombia, pág. 117

ejemplo un caso resuelto por la Corte Constitucional colombiana al momento de resolver conflictos de derechos en el ámbito de la administración de justicia indígena. En la sentencia No. T-523/97, se analiza en una de sus partes pertinentes, si la utilización del fuate o asial, como forma de castigo constituye o no una forma de tortura o pena degradante, por lo que se transcribe un extracto de lo pertinente de la mencionada sentencia: “Comunidad Indígena Páez.- Figura simbólica del fuate no constituye tortura ni pena degradante. El fuate consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, aunque la finalidad no es producir sufrimiento en exceso, sino incorporar el elemento que servirá para la purificación de la persona infractora, por lo que es una figura simbólica, este ritual es utilizado por la comunidad para sancionar al infractor y devolver la armonía a la familia y comunidad. En este sentido al margen de su significado simbólico, las autoridades indígenas, consideran que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no recubre los niveles de gravedad establecidos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que se produce individuo es mínimo. Tampoco hay que considerarla como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante del otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que utilizada de forma habitual entre los paeces y su finalidad no es exponer al infractor al “escarmiento” público, sino a la búsqueda de la recuperación de su lugar en la comunidad”.

Este es un ejemplo de cómo se aplicó la técnica hermenéutica del núcleo esencial, pues se llegó a determinar que el derecho a la integridad física en sí no fue vulnerado con los fuetazos que se procedieron a dar al accionante de la tutela. Con esto se evidencia que la administración de justicia es un derecho colectivo, enmarcado en los derechos humanos y que en el caso de presentarse colisión de derechos al momento de administrar justicia, existen herramientas técnicas desde una perspectiva intercultural que permitirían abordar adecuadamente dicha problemática y preserven la vigencia de los derechos humanos. Sin embargo de lo cual y pese al reconocimiento constitucional de este derecho, en la realidad se

puede evidenciar la intención de deslegitimar a la administración de justicia indígena desde los órganos del Estado.

Es así que en la provincia de Cotopaxi, en la comunidad La Cocha, se realizó un proceso de sanción a varios miembros de esa comunidad, acusados de asesinar a otro de sus miembros, situación que fue aprovechada para calificar a la justicia indígena de primitiva²⁶. De esta forma el Presidente de la República al referirse a este tema afirmó: "... Colgar de los brazos a jóvenes desnudos y azotarlos en público es tortura, eso no es justicia no es un problema de ley, es un problema de parar abusos y practicas intolerables en el siglo XXI... se empezaran juicios contra aquellos que secuestraron a estos jóvenes porque en nombre de la justicia indígena no se puede secuestrar, no se puede torturar, no se puede denigrar..."²⁷. El Defensor Público de esa época, manifestó que se respeta a las costumbres ancestrales, pero no puede seguirse exponiendo al país ante el bochorno internacional a través de prácticas primitivas.

Además de la desvalorización del ejercicio de la justicia indígena, en este caso se criminalizó su ejercicio, bajo el argumento de que no es procedente, ya que las sanciones aplicadas por la comunidad, no están previstas en la normativa nacional, y que los castigos impuestos constituyen delitos sancionados en la ley penal, por lo que se justifica el inicio de una investigación penal, lo cual fue anunciado por el Presidente de la República y por el Fiscal General del Estado. De esta forma se dio lugar a una indagación previa por delito de plagio agravado, en contra de siete líderes indígenas de esta comunidad, Este proceso no ha prosperado ya que fue sometido a conocimiento y resolución de la Corte Constitucional, sin que haya un pronunciamiento de esta entidad al respecto.

La Criminalización de la Justicia Indígena, pone en evidencia la intención del estado ecuatoriano de reprimir las prácticas tradicionales de los pueblos,

²⁶ Ídem, Raúl (2011), Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, caso de La Cocha, Quito.

²⁷ Presidente Correa calificó duramente a aplicación de justicia indígena, en YouTube, <http://www.youtube.com/watch?=a3803X6DdU>. Consultado el 05 de mayo del 2013.

comunidades y nacionalidades indígenas, y por tanto, impedir el ejercicio de su derecho a la autodeterminación. Además, esta criminalización está relacionada con la intención del estado ecuatoriano de reprimir las manifestaciones de las comunidades indígenas en la medida que estas cuestionan el modelo de desarrollo extractivista. Cabe mencionar que la Presidencia de la Republica, solicito a la Corte Constitucional una interpretación del Art. 171 de la Carta Magna, que faculta a las personas miembros de las autoridades que conforman las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas a desempeñar sus funciones dentro de la jurisdicción en base a sus tradiciones o costumbres ancestrales y dentro de sus territorios. La presidencia en su petición, requiere a la Corte Constitucional que se establezca una sanción para quienes ejecuten la jurisdicción indígena en caso de que su aplicación provoque lesiones que superen los tres días de incapacidad. Así mismo, solicita se establezca la necesidad de “modernización” de la justicia indígena, con el fin de que se equipare a la justicia ordinaria.

Si bien no se conoce la respuesta de la Corte respecto a este pedido, la Asamblea Nacional, a través de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, ha iniciado el debate del proyecto de Ley sobre la Coordinación y Cooperación existente entre la Jurisdicción o Justicia Común u Ordinaria y la Justicia o Jurisdicción Indígena, con el propósito de “...fijar los límites entre los dos sistemas, así como la coordinación y cooperación entre los órganos de la Función Judicial y las funciones jurisdiccionales de las autoridades de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas”²⁸. Este proyecto propone establecer un catalogo de los delitos que serán incorporados o excluidos de la Jurisdicción Indígena. Esta selección se realiza sobre el criterio de los assembleístas del grado de complejidad o importancia que poseen las conductas penales. En este sentido, establece que los delitos catalogados complejos, como los de asesinato, violación sexual y delitos de lesa humanidad, no podrán ser juzgados por la justicia indígena.

Esta posición marca una diferencia entre la jurisdicción occidental e indígena, considerando a una superior frente a la otra, por lo tanto se encarga a la

²⁸ ASAMBLEA NACIONAL, (2011), Comisión de Justicia y Estructuración del Estado, Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación de la Justicia Indígena. Quito – Ecuador.

justicia occidental del tratamiento de ciertos delitos considerados graves y a la justicia indígena delitos menores, discurso que ha sido reforzado por autoridades estatales. Así, el Fiscal General de la Nación manifestó públicamente que "... es una tremenda equivocación si los indígenas creen que van a ejercer la justicia en delitos graves como el asesinato y la violación, todo tiene su límite. (www.diariolahora.com.ec). Por otro lado la opinión del Presidente del Consejo de la Judicatura, quien manifiesta que la justicia indígena es aplicable solamente " para ciertas cuestiones, cuestión de edad, cuestión de familia, cuestión de delitos menores como el robo de borreguitos, cosas por el estilo, para en cuestión de cosas mayores, tienen que intervenir necesariamente la justicia ordinaria". Finalmente, es importante mencionar que el Relator Especial para pueblos Indígenas, James Anaya, absolvió consultas de los Asambleístas miembros de la Comisión de Justicia, a través de una video conferencia, ocasión en la cual sostuvo que son los pueblos indígenas los que deben determinar los hechos que deben ser objeto de sanción, y que la Ley no debería establecer taxativamente las conductas que deben ser objeto de tratamiento de la justicia indígena y cuáles no. Además, agrego que esta Ley deber ser consultada en todas sus fases con las organizaciones indígenas representativas de los pueblos y nacionalidades indígenas.

2.3.13 FISCALÍA Y LAS UNIDADES DE JUSTICIA O JURIDICCCION INDÍGENA

El "CODENPE", Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, es una entidad que tiene como finalidad generar políticas públicas en búsqueda de implementar y lograr el respeto y el fortalecimiento de los derechos colectivos de los pueblos, comunidades y nacionalidades, por lo que se ha dado un paso importante y fundamental con la suscripción de un Convenio Interinstitucional con el en antes llamado Ministerio Publico, y esta forma, desde el mes de noviembre del año 2007, se asumió la responsabilidad de implementar dentro de la propia estructura de Justicia, la Unidad de Justicia Indígena, con la creación la Unidad Especializada en Justicia Indígena, contando con Agentes Fiscales Indígenas, Secretarios y Asistentes de Fiscales, actualmente están en la mayoría de provincias del país.

La finalidad de las Fiscalías Indígenas es que dentro de la justicia ordinaria y cuando un indígena este siendo procesado por esta justicia común, se debe velar por el respeto y la vigencia de los derechos de los integrantes de las comunidades y pueblos de nacionalidad indígena, principalmente en su proceso inicial de investigación e indagación de alguna infracción. Las fiscalías indígenas garantizaran en el cumplimiento de los respectivos trámites, como es el acceso a la lengua materna y su fortalecimiento, sus símbolos y sus propios procedimientos jurídicos de la comunidad o pueblo a donde pertenece cualquiera de las partes, se adoptaran sanciones distintas como lo dispone el convenio 169 de la OIT; y se procederá a un análisis de las diferentes infracciones o el delito desde la realidad indígena, e incluso, en algunos hechos conocidos, cooperar con la autoridad de los pueblos y comunidades indígenas y se logre el fortalecimiento de las mismas, sin descuidar el cumplimiento del debido proceso y de los derechos humanos, establecidos por los instrumentos internacionales y la Constitución del Ecuador. En muchos casos se excusará de conocer y continuar con la etapa preprocesal y procesal penal de investigación de un hecho denunciado y se remitirá antes las autoridades indígenas, respetando su jurisdicción y comprendida como lo faculta la Constitución y las leyes del Ecuador.

2.3.14 PROYECTO DE DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LAS NACIONES UNIDAS

En 1946, surgió una comisión de Derechos Humanos, y de esta en 1947 una subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías. En 1982, nació el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas con el objetivo de la preparación de un proyecto de Declaración de la ONU sobre los derechos que se tienen que proteger en los pueblos y nacionalidades indígenas. Este equipo fue creado con la participación de expertos y representantes indígenas, que luego de varias disputas salió el proyecto que contiene el reconocimiento al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, la igualdad de la persona indígena y del pueblo indígena, frente al ciudadano y al Estado Nacional. Además, el total disfrute de las garantías fundamentales y los derechos humanos postulados por el derecho

Internacional. Esto tiene gran importancia, pues, reconoce la categoría del pueblo indígena. La declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, declara 46 artículos, sin embargo, vamos a mencionar los más importantes:

Artículo 1, Los Indígenas tienen derecho como pueblo y como personas, disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los Derechos Humanos. **Artículo 2,** Los pueblos y las personas indígenas, son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tiene derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que está fundada, en particular, en su origen o identidad indígena. **Artículo 3,** Los pueblos indígenas poseen o se beneficiaran del derecho a la determinación de forma libre y voluntaria. Es decir que con este derecho establece libremente su afinidad política y busca libremente su avance cultural, económico y social. **Artículo 4,** Establece que los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, al ejercer el derecho establecido en el Art. 3, también tienen derecho a la libre autonomía en los asuntos relacionados con sus programas locales o internos, también a determinar los medios para el financiamiento de las actividades funcionales autónomas que se realicen.

Artículo 32, Los pueblos indígenas, tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. **Artículo 33,** Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven. **Artículo 35,** Los pueblos, nacionalidades o comunidades indígenas tienen también derecho a establecer las responsabilidades de las personas o individuos miembros para la comunidad. **Artículo 46,** Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretara en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas (...) así también, se respetaran los derechos humanos y las libertades fundamentales de

todos (...) estas disposiciones se interpretaran con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe (UNIDAS).

Dicho planteamiento se recoge de un proyecto de declaración, que se encuentra sujeto a consenso y constante consulta entre los miembros de pueblos indígenas, pero sobre todo, de gobiernos elitistas, que tienen el peso político para la defensa del Estado liberal o bien estos gobiernos pueden, en buena forma, abrir un espacio de reconocimiento de derechos colectivos a la pluralidad jurídica y la interculturalidad verdadera. Además, de este proyecto de declaración, existen otros como el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos y nacionalidades indígenas y tribales, que tiene el carácter también de norma internacional. El mismo que fue aprobado por los Legisladores del Congreso Nacional del Ecuador el 14 de abril de 1998, desde esta fecha, este instrumento nacional es Ley para el Ecuador, y tiene la misma superioridad que la Constitución del Estado. El convenio 169, es el primer material de derecho internacional que se refiere al sujeto colectivo culturalmente diferenciado, es decir, su aportación histórica es el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas con sujetos de derecho. Otro instrumento jurídico importante para las nacionalidades y pueblos del Ecuador, es la Ley Orgánica de las Instituciones Públicas de pueblos Indígenas del Ecuador que se autodefinen como Nacionalidades de raíces ancestrales; estos tres instrumentos jurídicos permiten ejercer a plenitud los derechos colectivos e individuales de las nacionalidades y pueblos originarios²⁹.

2.4 PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN, CONFORME A LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR

Luego de un análisis minucioso del derecho indígena en el Ecuador, que nos permita comprender sus procedimientos e implicaciones, se proponga la creación de un proyecto de Ley que armonice al derecho indígena con el derecho ordinario. Definir en qué casos son competentes las autoridades para investigar y sancionar

²⁹ TIBAN, Lourdes, (2007), Legislación Indígena, Quito, CODENPE.

una infracción cometida, en razón del territorio o de la persona del infractor. En el estado ecuatoriano, tanto el derecho indígena como en el derecho ordinario existe la vigencia del principio NON BIS IN IDEM, en virtud del cual se prohíbe el doble juzgamiento, a fin de que no existan causas penales contemporáneas o posterior que se hicieren pro el mismo hecho contra la misma persona. Regular las formas de selección de las autoridades indígenas, delimitar los procedimientos sancionatorios, estableciendo claramente las etapas de los procesos, se torna indispensable para lograr el pluralismo jurídico que promulgada nuestra Constitución vigente.

2.4.1 ANÁLISIS EXHAUSTIVO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA Y POSICIÓN DE GOBERNANTES NACIONALES

“...Esa justicia es corrupta, no hace nada, no sirve...”. A criterio del diario El Universo, fue la calificación que se utilizó para los tribunales penales del derecho común, del estado, puesto que un dirigente indígena durante la etapa de “purificación” del ciudadano Orlando Quishpe, quien era reo de asesinato y “víctima” de la ortiga, como norma de castigo por disposición de la administración de justicia indígena de la comunidad conocida como La Cocha. Aproximadamente, año atrás, en el mes de abril del 2009, fue difundido el asunto de José Toapanta Chicaiza y Mauricio Toapanta Vargas, a quienes se los acusó de robo y su condena fue la sanción a la ortiga en Cochapamba, bajo la animación de aproximadamente quinientos indígenas. En este caso el ciudadano Rafael Toapanta dijo claramente que “la policía agarra a delincuentes y a las pocas horas el órgano judicial los libera y en virtud de ello salen más rencorosos y con mayores ánimos de delinquir” por ello deciden “no entregarlos al juez ni a las autoridades de la justicia común, sino poner en práctica la justicia existente y propia en nuestra comunidad”, en donde “no se lo matará ni quemará”. El mes anterior, en Canchagua, un ciudadano había sido objeto de tortura y a su vez quemado. En Zumbahua, también se cometió el asesinato de dos mujeres consideradas adúlteras. La revista Vistazo relató que, en Loreto, “quedaron calcinados los cuerpos de dos primos Víctor Naranjo Morejón y Pedro Velasco Morejón, después de haber sido ajusticiados por una familia miembro de una nacionalidad quichua”. Porque según los sospechosos, “fueron elegidos por el pueblo para que se quemen”.

Al referirse a la tortura de la cual fue víctima Orlando Quisphe, el Presidente de la República Rafael Correa, la consideró como “monstruosidad”. Explicó que como el delito juzgado no era un robo simple, sino un delito de asesinato, **“indiscutiblemente ya no entraría la aplicación de las prácticas tradicionales sino de la justicia común o nacional”**, por lo que la justicia indígena era incompetente, en la opinión vertida por el Presidente Rafael Correa, manifiesta que la sola retención del ciudadano Quisphe ya constituía un delito de secuestro. Según la misma revista, el Ministro de Gobierno de ese entonces, compartió el criterio del Presidente Constitucional: indicando que la justicia indígena puede hacer sus pronunciamientos sobre “conflictos territoriales e internos que se presenten” pero “un asesinato no puede ser considerado como un conflicto de interés interno dentro de una comunidad”. El Ministro de ese entonces, considera que: el sistema de justicia indígena, ya no debería limitarse a sancionar robos inofensivos, sino que no debería de juzgar ningún delito configurado el mismo en el campo penal.

Sin embargo la ex asambleísta, Nina Pacari, por su parte, hizo la aclaración de que la pena de muerte no está contemplada dentro de las practicas ancestrales, sin embargo existen otras formas de “saneamiento” o “purificación”, tales como el látigo y la ortiga. Por lo que es de gran importancia, conocer exactamente quien dice la verdad?, el Estado con la Justicia Común o las comunidades indígenas con la justicia consuetudinaria, en donde el inicio problema, como fue advertido por algunos analistas, fue la actual Constitución de Montecristi, puesto que en el Art. 171, la Asamblea Constituyente, del 2008, hizo legítimos los actos practicados por la justicia indígena, poniéndolos al mismo nivel de las resoluciones adoptadas por cualquier juez de la justicia común y dándoles el valor de cosa juzgada. Sin embargo de esto les puso un límite: el mismo que consiste en el respeto a los derechos humanos fundamentales. Lo que hace que surjan una serie de interrogantes que se plantean a continuación y a su vez son contestadas.

¿Será posible que la jurisdicción indígena pueda juzgar delitos o solo debe de analizar los conflictos internos propios de la comunidad? El Presidente Constitucional Rafael Correa Delgado y, el Ministro de Gobierno,

Gustavo Jalks considero que estarían equivocados, en las opiniones vertidas en la Revista Vistazo. La Constitución de la República del Ecuador, así como el COFJ (Código Orgánico de la Función Judicial), ponen al mismo nivel la justicia indígena y la justicia estatal, sin hacer algún tipo de distinción, es decir que no hay excepciones. Por esta razón, las autoridades de las comunidades indígenas tienen debidamente la misma potestad que los jueces comunes para tener conocimiento, juzgar y sancionar el cometimiento de infracciones penales delictivas y contravencionales. Así mismo pueden conocer cualquier asunto de materia civil, territorial, comercial, familiar, laboral, entre otros. El Ministerio de Gobierno hace una errónea interpretación de la frase Constitucional que establece que “las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial” (CONSTITUYENTE A. , CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008), lo que significa que los indígenas no podrán juzgar en base a sus costumbres o tradiciones, fuera del espacio físico que forma su territorio; pero esto no establece, que los asuntos sobre los cuales avocan conocimiento y juzgamiento, tienen que ser cuestiones territoriales. Es una cuestión de límite de competencia, mas no de límite de materia, tal como lo establece el Código Civil.

¿Es considerada la condena o sanción al látigo y la ortiga como un castigo lícito? Se consideran que no, y no porque se trate o no de un delito como robo, homicidio o de una situación territorial, como lo ha sugerido el actual gobierno. Estas condenas son ilícitas, puesto que violentan uno de los derechos fundamentales como lo es el derecho a la integridad física y, por lo tanto superan el límite Constitucional, estatuido en el Art. 171 para la justicia indígena, la misma que no puede violentar los derechos fundamentales del hombre. Adicionalmente, la pena de muerte, sería un sinónimo de homicidio, y el Ecuador es uno de los países suscritores de instrumentos internacionales donde otorga el derecho a la vida, y extinguió la pena de muerte, por lo tanto en ninguno de los casos puede volver a instaurarla. Todo esto también es de aplicación para los jueces de la justicia ordinaria. Puesto que ellos tampoco tienen potestad de privar de la vida a ningún ser humano. **Los anteriores casos expuestos ¿constituyen algún tipo de delito?**, Lamentablemente la mayoría de los casos expuestos si constituirán delitos. Si la autoridad que ejercer la justicia indígena priva de la vida al juzgado, es más

que seguro está cometiendo el delito de homicidio, con sus agravantes, constituyendo incluso el asesinato, infringiendo un principio Constitucional que es el derecho a la vida. Si la prenombrada autoridad acomete con látigos u ortigas al juzgado, comete otro delito tipificado como lesiones, violentando otro de un principio constitucional, el de no violentar el derecho a la integridad física del ser humano; si un juez de la justicia ordinaria matara o azotara, también sería un delito.

Pero ¿qué sucede, en casos de retención o privación de libertad que se califica en determinadas ocasiones como secuestro? Aquí, es un importante ser muy cautelosos, puesto que evidentemente se puede considerar que todas las sanciones impuestas violentan los derechos humanos. Así mismo, cuando el juez ordena pagar una cantidad de dinero, está lesionando el derecho a la propiedad; o cuando priva de la libertad a alguna persona, lesiona el derecho a la libertad. Pero estas lesiones a ciertos derechos subjetivos son permitidas por la Constitución. Sin embargo, **si el juez de la justicia ordinaria priva de la libertad porque el administrador de justicia indígena, que hace el rol de un juez no puede? Porque es justificable la aplicación de una pena privativa de libertad por parte del juez estatal, pero es juzgada, mal vista y rechazada cuando es aplicada por la jurisdicción indígena, si la Constitución vigente, considera que ambas tienen el mismo nivel jurisdiccional?** Se considera que el administrador de justicia indígena no puede tomar decisiones de matar ni lesionar, a una persona, pero si puede privarla de su libertad, con las mismas potestades y prohibiciones que un juez ordinario. Sin embargo, ejecutar la orden de privación de libertad, corresponde a los agentes del orden, es decir a la Policía Nacional.

Con todas estas circunstancias la problemática conlleva a un debate. Para nosotros, la administración de justicia indígena no debe estar facultada para privar de la libertad a una persona, pero Constitucionalmente lo está. La responsabilidad no es de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, ni de la CONAIE, sino del mandato constitucional elaborado en Montecristi, y fue aprobado mediante consulta popular por todos los ecuatorianos, sin medir las consecuencias. **¿Qué más se puede esperar de la Carta Magna, que antepone a la Madre Tierra, simbología indígena, para que este dentro de la mayoría de los ciudadano**

ecuatorianos? Se permitió las costumbres de los grupos que forman partes de las minorías, que aunque merecen todas las acciones de respeto y reconocimiento constitucional, dentro de las acciones afirmativas, no representan el modelo de la sociedad ecuatoriana.

Además los errores absurdos e injustificables que han llevado las prácticas ancestrales, ha producido gran alarma social, aunque las autoridades de la administración de justicia indígena denuncia la ineficacia y corrupción del sistema judicial ordinario para justificar la practica o cometimiento de delitos como el homicidio y tortura. Es importante tener en cuenta que existen excesos, muy horribos en las prácticas ancestrales, mientras permanecemos impávidos, ante los escándalos de la administración de justicia estatal, donde, en modo más sutil, pero no más inocente, todos los días del año se violentan los derechos y garantías constitucionales de las personas, asfixiadas en un verdadero mercado oscuro de sentencias. Con el transcurso del tiempo, indígenas o estatales, legos o abogados, la administración de justicia ecuatoriana ha caído en decadencia, donde sobresale el desengaño en vez de la justicia, y que al parecer actualmente se está rescatando, para depositar confianza en los usuarios de este sistema.

2.4.2 LIMITACIONES, DIFICULTADES Y POSIBILIDADES DE SUPERACIÓN

Debilidades Internas del sistema propio: Una de las debilidades internas del sistema propio y del pueblo indígena en conjunto es el desconocimiento, la falta de conciencia respecto a los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, y sobre todo de las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho de ser diferente. Las autoridades judiciales estatales no toman conciencia de esta realidad, desconociendo los conflictos de los indígenas; si se respetaran este derecho o devolvieran los casos indígenas ante las autoridades propias, les ayudarían a reconstruir y fortalecer la identidad indígena, que “está constituida por un sistema de creencias, actitudes y comportamientos que le son comunicados a cada miembro del grupo por su pertenencia a él. Esa realidad colectiva no consiste por ende, en un cuerpo, ni en un sujeto de conciencia, sino en un modo de sentir, comprender y actuar en el mundo y en formas de vida compartidas, que se

expresan en instituciones, comportamientos regulados, en suma, en lo que entendemos por una cultura". (Villoro 1998: 65-66).

Algunas de las dificultades que no han sido resueltas son aquellas relacionadas con los límites y competencia de la jurisdicción indígena con relación al sistema de justicia común u ordinaria del Estado. Puesto que están provistos de este derecho, cuando se originan conflictos entre estos dos sistemas, las personas que conforman la autoridad indígena no poseen mecanismos ni procesos para lograr que los asuntos sean devueltos a la justicia indígena, para que sean solucionados dentro de la propia comunidad. Con el fin de dirimir estos conflictos la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas (CONAI), fue la primera en preparar un borrador de Proyecto de Ley de compatibilización de Justicia Indígena, donde se establecen claramente los mecanismos de solución de los conflictos de competencia entre las autoridades indígenas y estatales. Así, se reluce que en los conflictos entre indígenas, en sus territorios, la jurisdicción y competencia recae en las autoridades indígenas, guardando concordancia con lo que establece expresamente la propia Constitución, en los conflictos entre un indígena y una persona común, es decir, que no sea indígena, estarán sometidos a los órganos de la Función Judicial o de la autoridad indígena, de acuerdo a la prescripción de esta ley.

Resonancia del monoculturalismo: No obstante haber reconocido constitucionalmente los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas y haber atendido, aprehendido, considerado y aceptado las demandas de los indígenas, ya en la práctica diaria, los habitantes de la sociedad ecuatoriana aun no han asumido realmente la naturaleza, el carácter y las implicaciones de la sociedad multicultural. Los gobernantes, las autoridades judicial y todos los encargados de velar por la justicia en este país, aun o asumen el hecho de que , se asiste a una etapa de reconocimiento de los derechos indígenas, tanto en el ámbito nacional como internacional, donde están desarrollándose nuevas políticas de reconocimiento y valoración de los distintos sistemas jurídicos propios de los pueblos y nacionalidades indígenas. De la misma forma las disposiciones constitucionales de que el país es pluricultural, pluriétnico y multilingüe aun no se

aplican en la administración de justicia. Se sigue creyendo que la sociedad es de una sola cultura, una sola lengua, de un solo sistema jurídico, consiguientemente los políticos tratan de minimizar la presencia de los distintos pueblos y nacionalidades indígenas y sus organizaciones.

2.4.3 CONCEPTO DEL OTRO TIPO DE DISEÑO: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución del Ecuador establece, que la administración de justicia tiene como obligación garantizar a todo ciudadano la aplicación de los principios del debido proceso, garantizándole a todas las personas el acceso a la justicia de manera gratuita, efectiva e inmediata; aplicando el principio de debida diligencia, imponiéndose el sistema oral en todas las etapas del proceso; siendo los jueces los grandes responsables por el daño que se ocasione a cualquiera de las partes por retraso, indolencia, prohibición de justicia o violación de la ley. A pesar de que la Constitución del Ecuador en concordancia con el COFJ (Código Orgánico de la Función Judicial), señalan que los jueces están obligados a administrar justicia de una manera oportuna y expedita, evitando y sancionando las dilaciones arbitrarias; en la práctica existe una transgresión de dichos principios, una vez que en los procesos se puede ejecutar muchas acciones que buscan retardar la resolución de la litis, especialmente con la actuación de pruebas defectuosas (impertinentes, inútiles, ilegales, o abusivas).

2.4.4 CONSIDERANDO

Que la justicia indígena se encuentra reconocida por la Constitución de la Republica, estableciéndose además, que deben definirse componentes legales para que exista cooperación y una verdadera coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Que la Justicia Indígena, contiene tradiciones ancestrales y derecho propio, el mismo que al ser reconocido constitucionalmente, debe enmarcarse dentro de los parámetros legales vigentes en la Republica. Que el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena, ha sido un tema de debate y desacuerdo a nivel del sistema judicial, por lo que requiere de una ley que defina concretamente los casos en que la jurisdicción indígena es aplicable. Que las

normas del debido proceso deben ser aplicadas en todos los procesos judiciales que se desarrollen en el Ecuador, por lo tanto la justicia indígena debe de aplicar tales normas y principios en todo lo que fuere aplicable. La Asamblea Nacional, en el ejercicio de sus atribuciones expide la siguiente Ley para la Administración de Justicia Penal Indígena en el Ecuador.

2.4.5 PROYECTO DE LEY PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL INDÍGENA

Artículo 1. (Ámbito territorial), La justicia indígena, se encuentra constitucionalmente reconocida en el Ecuador. Las autoridades de las comunidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial. Entiéndase por ámbito territorial, la zona geográfica debidamente delimitada dentro de la cual los pueblos indígenas han desarrollado su identidad histórica y cultural, además de encontrarse social, económica, política y jurídicamente organizados.

Artículo 2. (Principios), La administración de la justicia indígena debe ser aplicada de acuerdo a los principios de colectividad, armoniosidad, oralidad y solidaridad. Los principios que norman la vida de los pueblos indígenas son: ama llulla (no mentir); ama shuwa (no robar), y ama killa (no ser ocioso).

Artículo 3. (Normatividad), Todos los delitos que se cometieren dentro del ámbito territorial donde ejercen jurisdicción las autoridades indígenas, serán investigados y sancionados conforme a las costumbres y procedimientos ancestrales, con observancia a lo dispuesto en los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Ecuador, la Constitución y esta Ley.

Artículo 4. (Garantías Procesales), La garantía del debido proceso establecida en la Constitución de la Republica, con todos los principios y derechos que este incluye, estará presente en todas las etapas del procedimiento, en lo que fuere aplicable.

Artículo 5. (Juicio Único), La resoluciones de las autoridades de la justicia indígena causaran efecto de cosa juzgada. Por lo tanto, ningún indígena podrá ser investigado y sancionado dos veces por el mismo delito, ya sea en la justicia indígena o en la justicia ordinaria.

Jurisdicción y Competencia

Artículo 6. (Jurisdicción), La jurisdicción en la justicia indígena se establece en razón de la territorialidad. Sin embargo, los delitos cometidos por ciudadanos no indígenas, dentro del ámbito territorial en el que sus autoridades ejercen jurisdicción, deberán ser sometidos al proceso penal de la justicia ordinaria. Asimismo, los delitos que se cometieren por indígenas dentro del territorio nacional en el que se aplica la jurisdicción ordinaria, serán investigados por los fiscales y sancionados por los Jueces y Tribunales de Garantías Penales competentes. En ningún caso serán remitidos a la justicia indígena. **Artículo 7. (Competencia),** Las autoridades de los pueblos indígenas, serán competentes para conocer todos los delitos que se cometieren dentro del ámbito de su jurisdicción, con excepción de los delitos reprimidos con las penas de reclusión, reclusión menor, sea esta ordinaria y extraordinaria; reclusión mayor, sea esta ordinaria o extraordinaria y especial, que deberán ser investigados y sancionados conforme al procedimiento penal ordinario.

Castigos y Penas

Artículo 8. (Castigos y Penas), Las penas aplicables para sancionar los delitos cometidos dentro de la jurisdicción indígena son los trabajos comunitarios y el resarcimiento económico. Los castigos con ortiga o látigos, se consideraran excepcionales y restrictivos, en virtud de la supremacía del principio de integridad personal, Para aplicar estos castigos deberá contar con el informe favorable previo del Fiscal de Justicia Indígena y solo se aplicara en los delitos más graves. La gravedad del delito la establecerán las autoridades en conjunto con el Fiscal. La tortura no podrá ser empleada como medio investigativo, ni aplicarse durante el proceso, ni estipularse como parte de la pena. En ningún caso se aplicara la pena de muerte, bajo ninguna modalidad, Las autoridades indígenas que apliquen esta sanción, serán procesadas de acuerdo a las normas penales comunes.

Procedimiento

Artículo 9. (Denuncia), El procedimiento se inicia con la transmisión oral del presunto hecho delictivo a los dirigentes del cabildo, por parte del ofendido o de quien tuviere conocimiento de la comisión del hecho antijurídico. En este acto se deberá solicitar la solución del problema acaecido. **Artículo 10. (Investigación),** En esta etapa, se realizarán todas las diligencias investigativas tendientes a producir elementos de convicción que permitan establecer la existencia del delito que está siendo investigado y la responsabilidad del denunciado en el cometimiento del mismo. Las diligencias investigativas serán realizadas de acuerdo a la costumbre de los pueblos indígenas, como lo son la inspección ocular, constatación del hecho entre otras. Esta etapa será dirigida por el Fiscal competente de Justicia Indígena, quien además será le garantista de todo el proceso. **Artículo 11. (Audiencia),** Una vez concluida la etapa investigativa, se realizará una Audiencia en la que las partes podrán debatir oralmente las pruebas presentadas, En esta audiencia las autoridades se formarán criterio para resolver el caso. En esta etapa prevalecen los principios de contradicción y de defensa. **Artículo 12. (Resolución),** Terminada la audiencia, las autoridades indígenas deberán exponer su resolución. Para la determinación de la pena se basarán en las leyes consuetudinarias de la comunidad, con apego a las disposiciones de esta ley. **Artículo 13. (Ejecución de la pena),** Estará a cargo de las personas mayores de edad, padres, padrinos, presidente del cabildo, o demás autoridades dependiendo de la gravedad del caso. Una vez ejecutada la pena se entiende que el condenado ha resarcido el derecho vulnerado por lo que se reintegrará a la vida en sociedad sin retaliaciones ni venganzas.

2.4.6 DERECHO COMPARADO

Los pueblos indígenas, tienen la libertad de elegir sus propias condiciones políticas para ejercer una participación en las decisiones sobre asuntos que les interesen o afecten, así como su propio desarrollo cultural, social y económico. Las diversas constituciones de América Latina, reconocen el Derecho Consuetudinario de los pueblos indígenas y consagra en ellas el derecho a establecer sus propias

normas jurídicas y a hacerlas valer en caso de incumplimiento. Sin embargo, al existir en el mismo territorio dos o más sistemas jurídicos, se trata de buscar mecanismos que permitan solucionar los diversos conflictos normativos. Entre los países de América Latina que han reformado su Constitución y que se da el realce y la importancia al desarrollo de los pueblos indígenas y a la autodeterminación de los pueblos tenemos los siguientes:

Bolivia: La Constitución de la República de Bolivia, ha pasado a ser la carta fundamental que mayor relevancia concede al derecho indígena, incluso por sobre los estándares internacionales, reconociendo a los pueblos indígenas el derecho “al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”, en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad y otorgando igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria, como a la indígena (cf. Art. 30.II.14, 180.II y 191-193)³⁰. **Perú:** Administra justicia dentro del territorio de sus comunidades, aquí el nuevo Código Procesal Penal, dispone en uno de sus artículos, específicamente en el dieciocho, que la justicia penal ordinaria no es competente cuando en un caso ya ha intervenido la justicia indígena. Lo estipulado en este artículo, va en línea de lo establecido por el Art. 149 de la Constitución. Es importante resaltar que en este Código se han establecido algunos principios procesales que coinciden con la manera cómo funciona la justicia indígena.

Colombia: En 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 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. Sin duda alguna, este país cuenta con una de las legislaciones indígenas más avanzadas, y en el mismo las autoridades de los pueblos indígenas son las instituciones que han hecho justicia

³⁰ El Derecho Indígena y Las Pautas para la conformación de un alinea jurisprudencial Constitucional en Bolivia, www.uv.es/cefd/10/mansilla.pdf.

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 y sus asociaciones, así como 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.

En Colombia, en la década de los años Ochenta, 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 que en la 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 esta en beneficio de la convivencia pacífica nacional.

Sobre la concepción del universo en derecho indígena, 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 deber 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, vista desde el orden social y político como también desde la visualización 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.

México: En México, se han realizado reformas sobre la modernización del Sistema y el reconocimiento de la Justicia Indígena, aunque siendo bastante limitados, se puede decir que se centran en reconocer a las autoridades indígenas al sistema normativo interno. El derecho indígena Mexicano, esta supeditado a los derechos humanos o fundamentales. La constitución mexicana consagra

expresamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (art. 2) y establece la autonomía como la forma política y jurídica para el ejercicio de este derecho. **Venezuela:** En este país, reconocen a los pueblos y nacionalidades indígenas la presencia y validez de sus normas consuetudinarias, autoridades legítimas y procedimentales, para lo cual los profesionales del derecho, deben conocer la cultura y derecho de los pueblos y comunidades indígenas, son competentes para ejercer la representación y la defensa de los indígenas en toda materia e instancia administrativa, judicial, nacional e internacional. En países como Colombia, Paraguay, Perú, Venezuela y Nicaragua, el Derecho Consuetudinario Indígena, se encuentra reconocido en las cartas fundamentales.

En lo Relacionado a los Tratados y Acuerdos **Internacionales s suscritos y ratificados por el Ecuador** tenemos: El 15 de mayo de 1998 Ecuador fue uno de los países que confirmó el **Convenio 169 de la OIT** relacionado a los Pueblos y Nacionalidades Indígenas y también denominadas Tribales. En el mencionado Convenio se reconoce algunos derechos colectivos que tienen que ver con los las comunas, pueblos, comunidades y nacionalidades especialmente en la conservación de su propia lengua, etc. En los Artículos 8, Art. 9, Art. 10, Art. 11 y Art. 12, del mismo cuerpo legal, se reconoce a las comunidades, comunas, nacionalidades y pueblos indígenas el derecho a emplear sus tradiciones y prácticas como resultado de sus costumbres en la solución de los conflictos y reprimir o castigar los delitos que pueden efectuarse dentro de las comunidades.

También tenemos dentro de la norma legal Internacional es la **Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas**. Los Artículos 3, Art. 4, y Art. 5 se encuentran plenamente el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, lo que les faculta a tomar sus propias decisiones en asuntos internos y aplicar sus prácticas administrativas, jurídicas y organizativas dentro de sus comunidades. Específicamente el artículo 34, indica que “Los pueblos indígenas tiene derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres o sistemas jurídicos de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (UNIDAS O. D.).

2.5 HIPOTESIS

La existencia de una ley reformativa a la aplicación del Derecho Indígena, garantizara el debido proceso.

2.5.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

- Ley Reformativa
- Garantías del Debido Proceso

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo investigativo por su naturaleza jurídica es de carácter **mixta**, **cuantitativa** y propositivo; y, cuantitativa porque para la investigación de campo se utilizó la estadística descriptiva, es decir encontramos datos **cualitativos** que fueron valorados, con la finalidad de profundizar la investigación sobre lo que es materia de este trabajo.

3.1.1 VARIABLES DE INVESTIGACIÓN

La Aplicación del derecho y jurisdicción indígena dentro de la Constitución de la República del Ecuador, y la necesidad, por mandato constitucional, de que se creen mecanismos de coordinación y procedimientos entre la jurisdicción indígena y ordinaria.

3.1.2 TIPOS DE INVESTIGACIÓN

Consiste en el Estudio de la normativa, puesto que es necesario realizar un exhaustivo análisis del Derecho Consuetudinario Indígena, con el Derecho Ordinario o Común, teniendo presente lo estatuido en la Constitución de la República.

El tipo de investigación que le correspondió al presente trabajo es la **jurídica-descriptiva**, porque aplicó el método analítico a un tema específico objeto de nuestro estudio, y también se enmarcó dentro de la investigación **jurídica-propositiva**, porque nos permitió sugerir, o plantear propuestas reformativas para el cumplimiento del debido proceso penal ecuatoriano en materia de derecho indígena en contraposición con el derecho ordinario. Es decir, que la naturaleza jurídica del presente trabajo es de carácter descriptivo, propositivo y explicativo.

Toda investigación se fundamenta en una base bibliográfica, complementándose con el estudio de campo, por medio del contacto directo con la realidad social, es decir con el universo objeto de estudio: Profesionales del Derecho, Autoridades de la Comuna, Fiscales y Jueces, para obtener información verídica, de acuerdo con los objetivos planteados. Por tanto el presente estudio es descriptivo, porque buscó resolver un problema en la sociedad y de aplicación en corto plazo, porque estuvo dirigida a determinar como es y cómo está la situación de las variables de la investigación; y, por último fue de carácter aplicada, por cuanto ofreció propuestas factibles para la solución del problema planteado.

3.2 DESCRIPCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

En la descripción de la investigación se tiene que determinar nuestro universo o población, luego seleccionar el tamaño de la muestra, mediante un método estadístico, lo que permitió realizar un trabajo investigativo veraz.

3.2.1 POBLACIÓN Y MUESTRA

El universo para nuestra investigación estuvo representado por Jueces de lo Penal, Abogados en el Libre Ejercicio de la Profesión, Fiscales, Autoridades de las Comunidades Indígenas de la provincia del Chimborazo.

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	UNIVERSO	MUESTRA
PROFESIONALES DEL DERECHO	No. 1500	No. 316
TOTAL	No. 1500	No. 316

Trabajamos con el total del universo de las autoridades de las Comunidades Indígenas, Fiscales y Jueces, para la entrevista.

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	UNIVERSO	MUESTRA
AUTORIDADES DE LA COMUNA	No. 10	No. 10
FISCALES	No. 12	No. 12
JUECES	No. 8	No. 8
TOTAL	30	

Para la Ficha de Observación se tienen las siguientes Unidades de estudio: Abogados en el libre ejercicio, autoridades de la comuna indígena, fiscales y jueces.

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	UNIVERSO	MUESTRA
ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO	No. 50	No. 50
AUTORIDADES DE LA COMUNA	No. 10	No. 10
FISCALES	No. 12	No. 12
JUECES	No. 8	No. 8
TOTAL	30	

Para el Universo de los profesionales del derecho en el libre ejercicio de la profesión se realizó un muestreo, que permitirá hacer las encuestas, el numero de abogados en el libre ejercicio ha sido tomado de los Inscritos en el Foro de abogados del cantón Riobamba.

Tamaño de la Muestra

En la determinación del tamaño o dimensión muestral utilizamos la siguiente fórmula, en donde:

n = tamaño de la muestra

N = Población

e = Error máximo admisible

$$n = \frac{N}{e^2 (N-1)+1}$$

Realizamos el muestreo con un error máximo admisible del **0.05 %**

$$n = \frac{N}{e^2 (N-1)+1}$$

$$n = \frac{1500}{(0.05)^2 (1500-1)+1}$$

$$n = \frac{1500}{(0.0025)(1499)+1} =$$

$$n = \frac{1500}{3.75+1} =$$

$$n = \frac{1500}{4.75} =$$

n = 315.78 = 316 Profesionales del derecho en el libre ejercicio.

En la encuesta, por ser una población amplia, se utiliza el tamaño de la muestra, en universos pequeños, se trabaja con todas las unidades de estudio.

3.3 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Dentro de la presente investigación se utilizaron diferentes métodos, los mismos que se detallan a continuación:

3.3.1 MÉTODOS TEÓRICOS:

El Método Analítico, fue aquel método que consistió en la desmembración de un todo, descomponiendo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen del hecho en particular. Fue necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permitió conocer más del objeto de estudio, con lo cual se pudo explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías, en cuanto al hecho que se investigó sobre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

3.3.2 MÉTODO SISTÉMICO

Fue un proceso mediante el cual se pudo relacionar los hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos, Consistió en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva

totalidad, este se presenta más en los planteamientos de la hipótesis. El investigador sintetiza las superaciones en la inmigración para establecer una explicación tentativa que someterá a prueba en el fenómeno investigado.

3.3.3 MÉTODO ESTADÍSTICO

El Método Estadístico, permitió el trabajo con los números, el procedimiento que se utiliza esta dado a partir de datos numéricos, para obtener resultados mediante determinadas reglas y operaciones. La Estadística que utilizamos es la descriptiva, ya que los datos recopilados fueron de carácter cuantitativo, para la elaboración de cuadros, tabulación de datos, entre otros. Para la realización de los gráficos se utilizó diagrama de Gantt, porque permitió una mejor visualización de los resultados obtenidos. La interpretación o análisis de los datos obtenidos en la investigación lo realizamos mediante el Método Estadístico de **razones y proporciones**.

3.4 MÉTODOS EMPÍRICOS:

FUENTES DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se ha utilizado varias técnicas de investigación como el fichaje, la encuesta, la entrevista y la observación

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para la recolección de datos hemos visitado algunas bibliotecas con el fin de obtener información trascendental del Derecho Indígena, estudiándolo con un enfoque constitucional, así como la utilización de herramientas tecnológicas, para conocer los instrumentos internacionales y la legislación comparada.

3.5.1 LA OBSERVACIÓN

Nos ha permitido verificar de forma real y directa el objeto de estudio. Es decir, su curso natural, sin alteración de las condiciones naturales, siendo de aspecto contemplativo. La **FICHA DE OBSERVACIÓN (Apéndice 1)**, fue el

instrumento que permitió ir verificando y anotando como se desarrollaron los acontecimientos, tales como: celeridad en el trámite de una infracción, la capacidad de escuchar por parte de la Autoridad Indígena, conocimiento de la sanción aplicada, cumplimiento del debido proceso a través de la oralidad, respeto a los derechos humanos, aceptación de sugerencias por parte de los miembros de la asamblea, cumplimientos del principio como non bis in ídem, entre otros.

3.5.1 LA ENCUESTA

Nos permitió conocer las opiniones de nuestro universo en estudio, la misma que estuvo dirigida a los 316 abogados en el libre ejercicio. Para el uso de esta técnica, se utilizó como instrumento el **CUESTIONARIO** de encuesta, el mismo que se lo realizó con la utilización de preguntas cerradas y de selección múltiple. Su escala de medición es nominal.

3.5.2 LA ENTREVISTA

Fue estructurada mediante una guía establecida, dirigida a los Jueces, Fiscales y Autoridades de la Comunidad Indígena. La técnica utilizada fue la **GUÍA DE ENTREVISTA**, la misma que nos permitió a través de un cuestionario personalizado verificar nuestra investigación desde el punto de vista de las autoridades.

3.5.4 EL FICHAJE

Se aplicó en el campo bibliográfico

3.6 PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

El desarrollo de esta investigación se realizó en un proceso de análisis (conocimiento científico) sobre las costumbres de los pueblos indígenas y la normativa aplicable. El proceso metodológico se cumplió en las siguientes fases:

- a) Estudio conceptual;

- b) Construcción del marco de referencia.
- c) Delimitación del objeto
- d) Metodología del trabajo
- e) Propuesta de intervención, convalidación y conclusiones.

La ejecución de esta etapa propositiva se utilizó la investigación interactiva, puesto que se procede a consultar a juristas reconocidos en materia de derecho indígena, quienes convalidan el proyecto de ley reformativo que se plantea.

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1 BASE DE DATOS

ENCUESTA

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	UNIVERSO	MUESTRA
PROFESIONALES DEL DERECHO	No. 1500	No. 316
TOTAL	No. 1500	No. 316

ENTREVISTA

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	UNIVERSO	MUESTRA
AUTORIDADES DE LA COMUNA	No. 10	No. 10
FISCALES	No. 12	No. 12
JUECES	No. 8	No. 8
TOTAL	30	

FICHA DE OBSERVACIÓN

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	UNIVERSO	MUESTRA
ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO	No. 50	No. 50
AUTORIDADES DE LA COMUNA	No. 10	No. 10
FISCALES	No. 12	No. 12
JUECES	No. 8	No. 8

4.1.1 INTERPRETACIÓN DE CUADROS Y GRÁFICOS

TÍTULO 1.- AÑOS COMO PROFESIONAL DEL DERECHO CUADRO No. 1

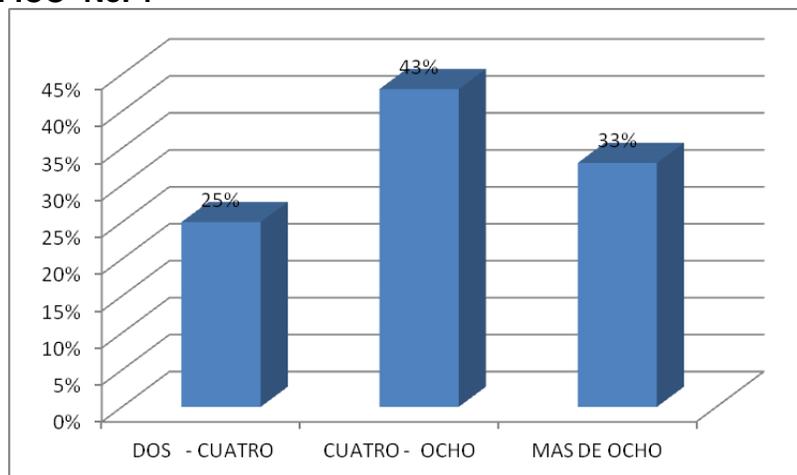
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
DOS - CUATRO	78	25%
CUATRO - OCHO	135	43%
MAS DE OCHO	103	33%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 1



Fuente: Cuadro No.1

Análisis y Discusión

De acuerdo a los datos obtenidos podemos manifestar que por cada 2 profesionales del derecho que tiene de cuatro a ocho años en el libre ejercicio de la carrera, existe 1 que ha incursionado en este ámbito desde hace dos años, por lo que existe un gran número de profesionales que tienen poco tiempo de experiencia en el área jurídica.

TÍTULO 2.- CONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

CUADRO No. 1

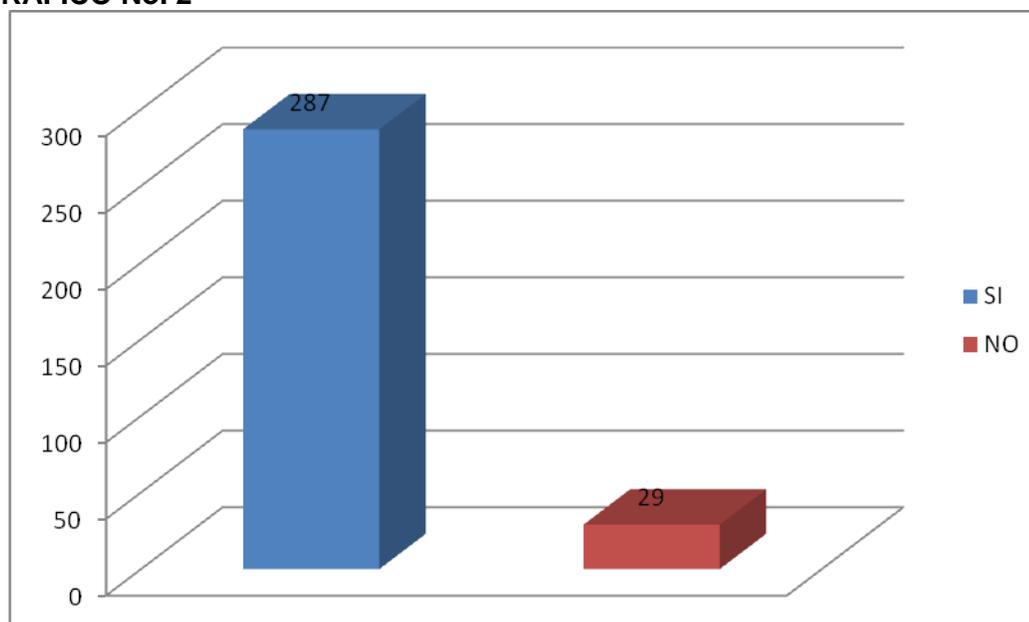
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	287	91%
NO	29	9%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 2



Fuente: Cuadro No. 2

Análisis y Discusión

Por cada 10 profesionales del derecho, en el libre ejercicio, que tienen conocimiento sobre el derecho Consuetudinario Indígena, existe 1 que no tiene muy definidos los conceptos o procedimientos en base al Derecho Indígena y el Derecho Común u ordinario.

TÍTULO 3.- REFORMAS REALIZADAS EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008 SOBRE EL DERECHO INDÍGENA

CUADRO No. 3

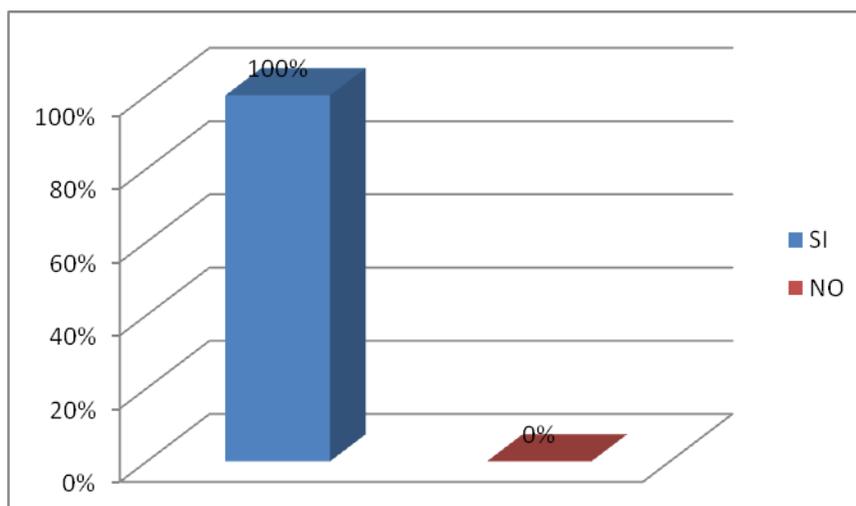
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	316	100%
NO	0	0%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 3



Fuente: Cuadro No. 3

Análisis y Discusión

Todos los profesionales del derecho, en el libre ejercicio, que fueron encuestados, manifestaron que tienen conocimiento sobre las reformas Constitucionales del 2008, que se han realizado sobre el derecho Consuetudinario Indígena, en donde se reconocen los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, contemplados principalmente en el artículo 171 de la CRE.

TÍTULO 4.- NECESIDAD DE CREAR NORMAS LEGALES QUE LLEVEN A LA COOPERACIÓN ENTRE EL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA Y EL ORDINARIO

CUADRO No. 4

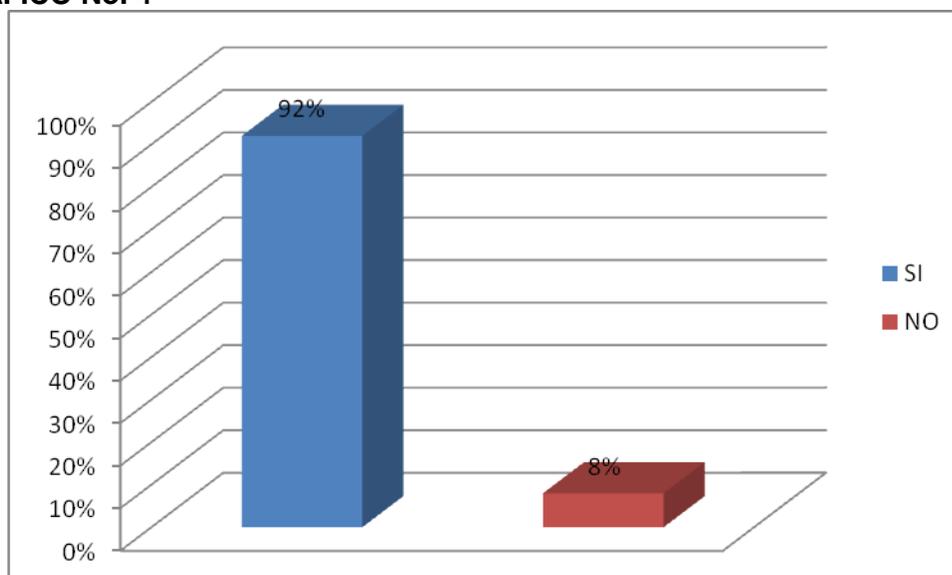
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	289	92%
NO	27	8%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 4



Fuente: Cuadro No. 4

Análisis y Discusión

Por cada 11 profesionales del derecho, en el libre ejercicio, que expresaron la necesidad de crear normas legales que permita una mejor cooperación e interpretación del Derecho Indígena con el Derecho Común, existe 1 que no está de acuerdo y consideran que las normas establecidas son las correctas, puesto que la Justicia Indígena, es algo ancestral que existía desde antes de que surgiera el Estado, además en ningún momento violenta los Derechos Humanos y están reconocidos constitucionalmente, siendo sus medidas adoptadas una forma de purificación de la persona que comete una infracción.

TÍTULO 5.- APLICACIÓN AL DERECHO CONSUETUDINARIO LA LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES

CUADRO No. 5

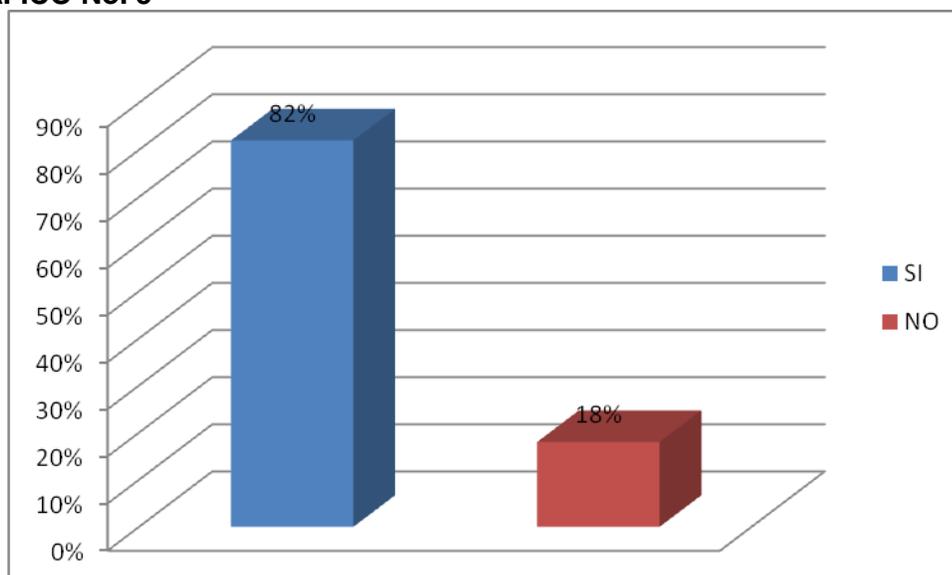
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	257	82%
NO	59	18%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 5



Fuente: Cuadro No. 5

Análisis y Discusión

Por cada 5 profesionales del derecho, en el libre ejercicio, que consideran necesaria e importante la aplicación de la Ley de Garantías Jurisdiccionales, al Derecho Consuetudinario Indígena, existe 1 que no está de Acuerdo, puesto que considera que la Constitución en el Art. 171 es muy clara y reconoce la jurisdicción de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, amparando la aplicación de la justicia indígena en todo y cada una de sus partes, siempre y cuando no contraríen los principios constitucionales y los derechos humanos.

TÍTULO 6.- DESARROLLO DE NORMATIVA LEGAL, QUE ESTABLEZCA MECANISMOS Y PROCEDIMIENTOS DE COORDINACIÓN ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA Y LA ORDINARIA

CUADRO No. 6

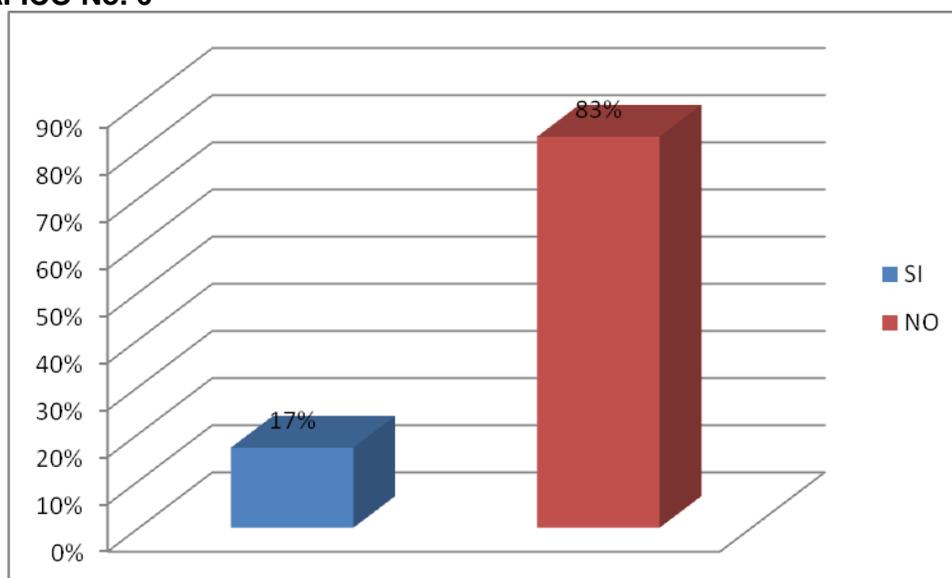
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	55	17%
NO	261	83%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 6



Fuente: Cuadro No. 6

Análisis y Discusión

Por cada profesional del derecho, en el libre ejercicio, que considera si se están desarrollando en el Ecuador mecanismos que permitan una coordinación entre la justicia Indígena y la Justicia Ordinaria, existen 5 profesionales del derecho, que no están de acuerdo, alegando que por la falta de coordinación y mecanismos, en la mayoría de los casos la justicia indígena cometa grave violaciones a los derechos humanos del hombre, dejando en vulnerabilidad el derecho a la Vida, en muchas ocasiones.

TÍTULO 7.- CREACIÓN DE UNA NORMATIVA LEGAL QUE SUBSANE LOS CONFLICTOS QUE A VECES OCASIONA LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA CON LA JUSTICIA ORDINARIA

CUADRO No. 7

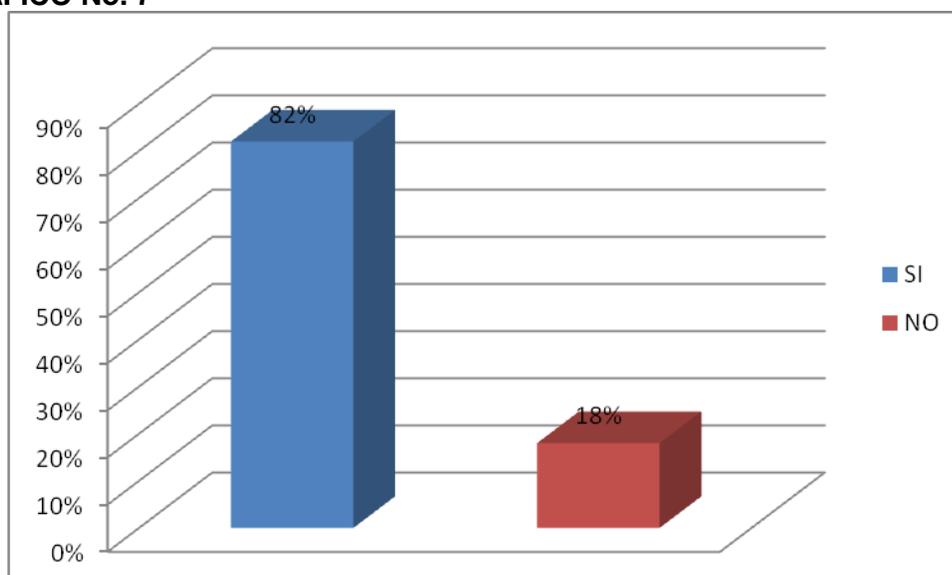
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	257	82%
NO	59	18%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 7



Fuente: Cuadro No. 7

Análisis y Discusión

Por cada 5 profesionales del derecho en el libre ejercicio, que consideran necesaria e importante la creación de una normativa legal que regule las disposiciones legales que establece el derecho consuetudinario, así como el derecho ordinario, para que no entren en contraposición, y se practiquen las sanciones a conductas inadecuadas, respetando el debido proceso, sin la exageración de castigos que verdaderamente atentan contra los principios y garantías constitucionales, así como a los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, suscritos por el Ecuador.

TÍTULO 8.- LA JUSTICIA INDÍGENA EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS ATENTA CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR EL ECUADOR

CUADRO No. 7

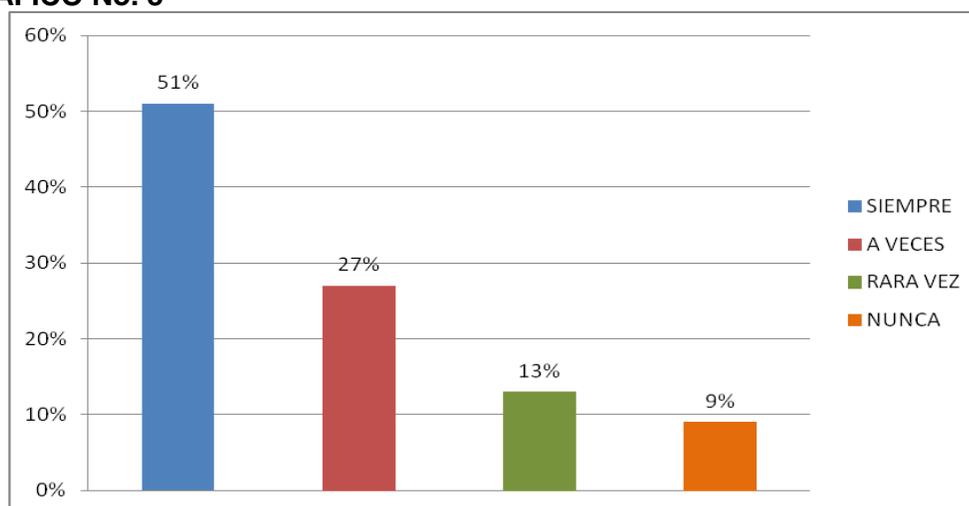
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SIEMPRE	160	51%
A VECES	87	27%
RARA VEZ	42	13%
NUNCA	27	9%
Total	316	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del derecho de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 – 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 8



Fuente: Cuadro No. 8

Análisis y Discusión

Por cada 4 profesionales del derecho, en el libre ejercicio, que consideran que en la mayoría de las casos la Justicia Indígena atenta contra los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución e Instrumentos Internacionales, puesto que sus castigos incluyen torturas, linchamientos y denigración al ser humano, sin embargo, existe 1 persona, que considera que no siempre sucede esto, solo con situaciones excepcionales, en delitos atroces, los que si deberían ser juzgados mediante la justicia ordinaria.

4.1.2 ANÁLISIS DE RESULTADOS DURANTE LA APLICACIÓN DE LA FICHA DE OBSERVACIÓN

Durante el análisis del comportamiento en cuanto a la aplicación del derecho consuetudinario y el derecho ordinario a un grupo muestral de abogados en el libre ejercicio, autoridades de la comuna indígena, fiscales y jueces, se pudo constatar los siguientes datos cualitativos:

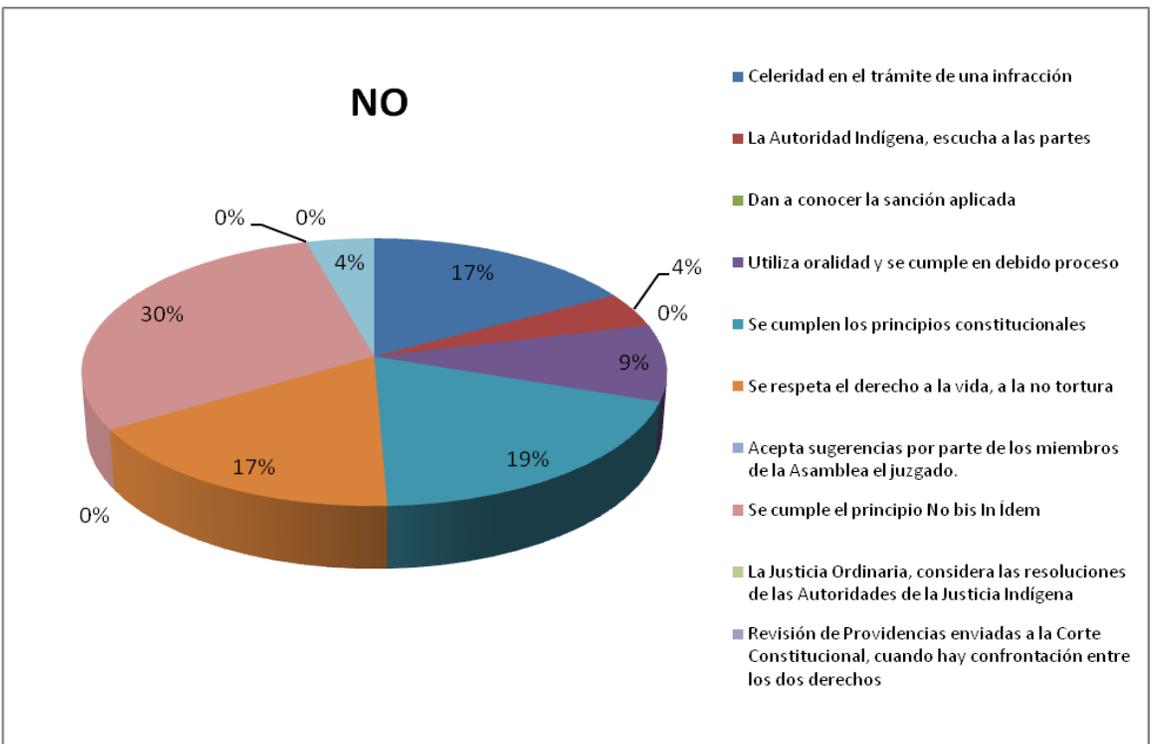
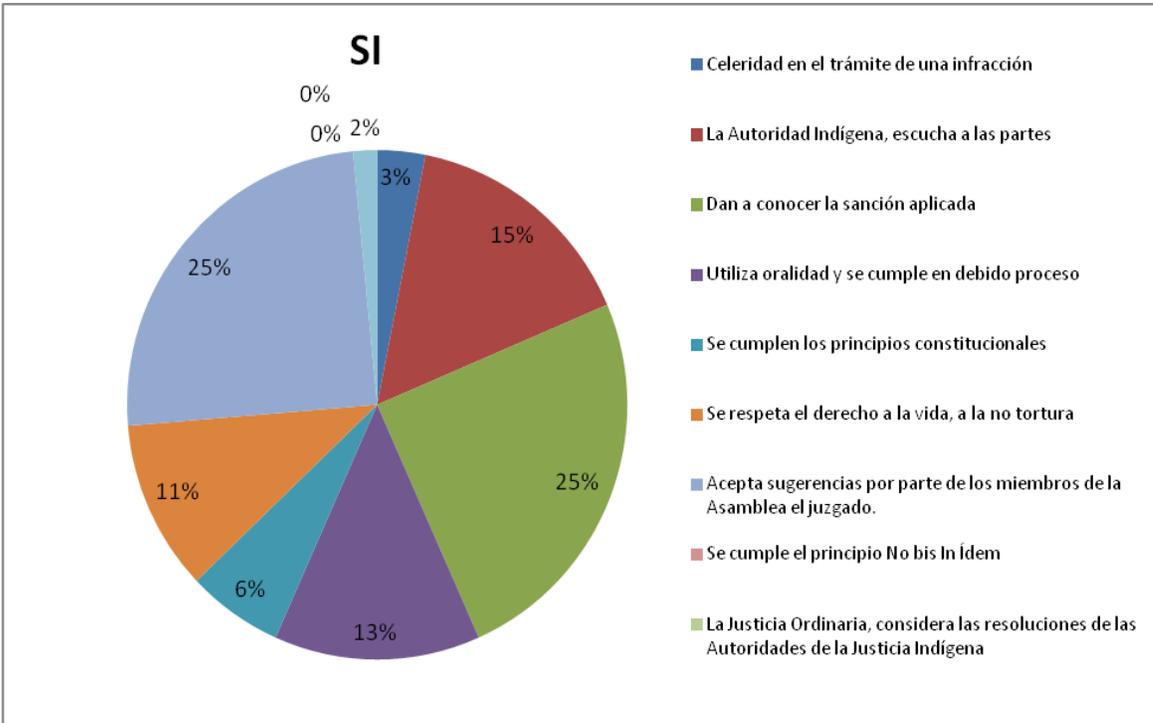
Los abogados observados dentro de las causas buscan que se practique la celeridad en el sistema procesal penal, sin embargo en la justicia ordinaria, se cumple en un 50% este principio.

Pudimos observar que en las reuniones de la comunidad la autoridad indígena en cierta medida escucha a las partes, puesto que cuando se les da a conocer un hecho delictivo, siempre dan prioridad a los ofendidos, y prácticamente no se escucha al sospechoso y sin muchas dilaciones, dan a conocer la sanción aplicada, la misma que es aceptada por el juzgado, aunque no se encuentre de acuerdo.

También consideraron que si todo trámite debe ser oral, todavía se llevan sinnúmeros de documentos físicos, que retrasan el proceso, se debería de implementar mecanismos digitalizados para las causas y cumplir 100% la oralidad. En la asamblea de la comunidad indígena si se cumple en un 100% la oralidad, mientras que en nuestro sistema judicial ordinario, todavía se piden documentos físicos de dictámenes, piezas procesales, entre otros.

Es importante destacar, que durante la observación realizada en la Fiscalía Indígena de la provincia de Chimborazo, los abogados tienen claro que los miembros de las comunidades no confían en la justicia ordinaria, por lo que se acogen a sus costumbres y en muchos casos se vulneran los principios constitucionales.

Existen pocas providencias enviadas a la Corte Constitucional, cuando hay confrontación entre los dos derechos y solo en algunos casos la justicia ordinaria ha considerado las resoluciones de las autoridades de la justicia indígena.



4.1.3 INTERPRETACIÓN DE CUADROS Y GRÁFICOS - ENTREVISTA

TITULO 1.- CONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

CUADRO No. 1

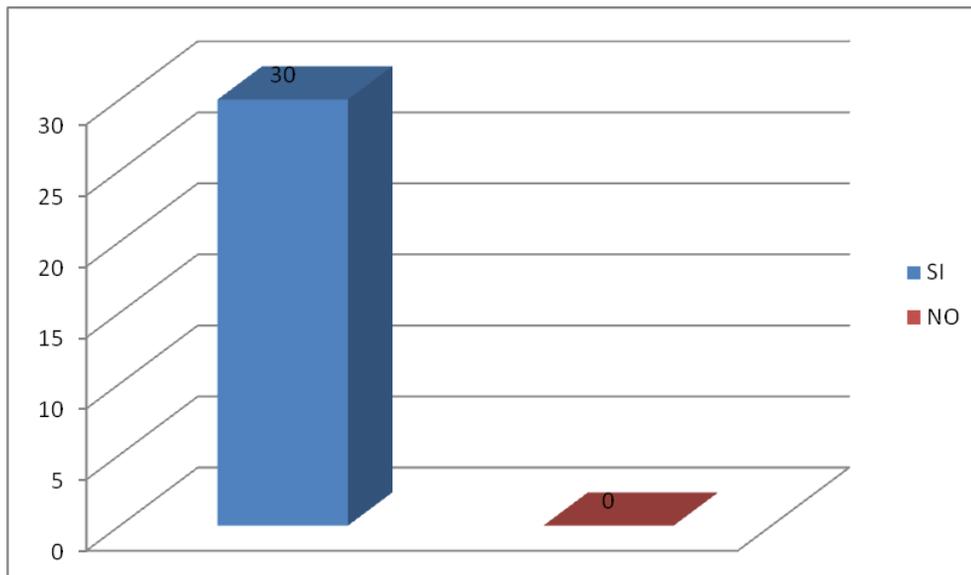
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Entrevista realizada a jueces, fiscales y autoridades indígenas de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 1



Fuente: Cuadro No. 2

Análisis y Discusión

Todos los entrevistados, tienen conocimientos sobre las bases doctrinales del derecho consuetudinario, así como su campo de acción y aplicación en los procesos penales, aunque no comparten, principalmente los garantistas del debido proceso, la aplicación del mismo.

TITULO 2.- REFORMAS CONSTITUCIONALES REALIZADAS EN EL 2008, SOBRE LA JUSTICIA INDÍGENA

CUADRO No. 2

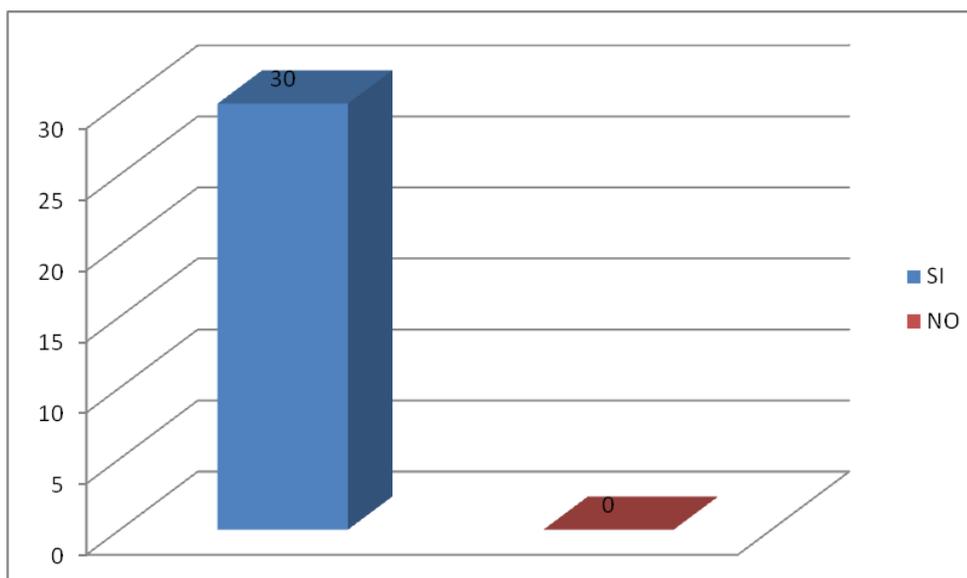
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Entrevista realizada a jueces, fiscales y autoridades indígenas de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 2



Fuente: Cuadro No. 2

Análisis y Discusión

Todos los entrevistados, son concedores de los cambios que se dieron en la Constitución de Montecristi (2008), en donde se ha dado un gran realce a la aplicación de la Justicia Indígena, dándole facultades constitucionales a su aplicación, lo que en muchas ocasiones ha generado la violación de derechos humanos, también consagrados en la Carta Magna y confrontando las leyes en materia penal existentes.

TITULO 3.- NECESIDAD DE CREACIÓN DE NORMAS QUE LLEVEN A UN MECANISMO DE COOPERACIÓN ENTRE EL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA Y EL ORDINARIO

CUADRO No. 3

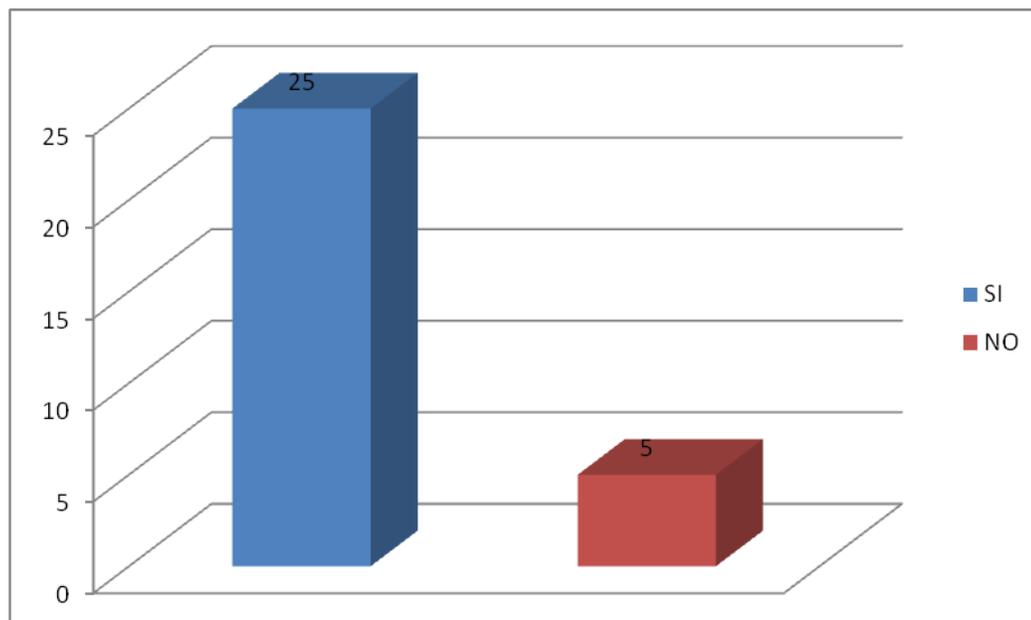
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	84%
NO	5	16%
Total	30	100%

Fuente: Entrevista realizada a jueces, fiscales y autoridades indígenas de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 3



Fuente: Cuadro No. 3

Análisis y Discusión

El 84% de los entrevistados, consideran necesario crear o reglamentar normas legales que presenten una armonía de cooperación entre el sistema jurídico indígena y el ordinario, esto representa a 5 de cada entrevistado, mientras que las autoridades indígenas consideran que no es necesario puesto que su cultura es ancestral, inclusive antes de que existiera el derecho como norma de convivencia social.

TITULO 4.- APLICACIÓN AL DERECHO CONSUECUDINARIO LA LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES

CUADRO No. 3

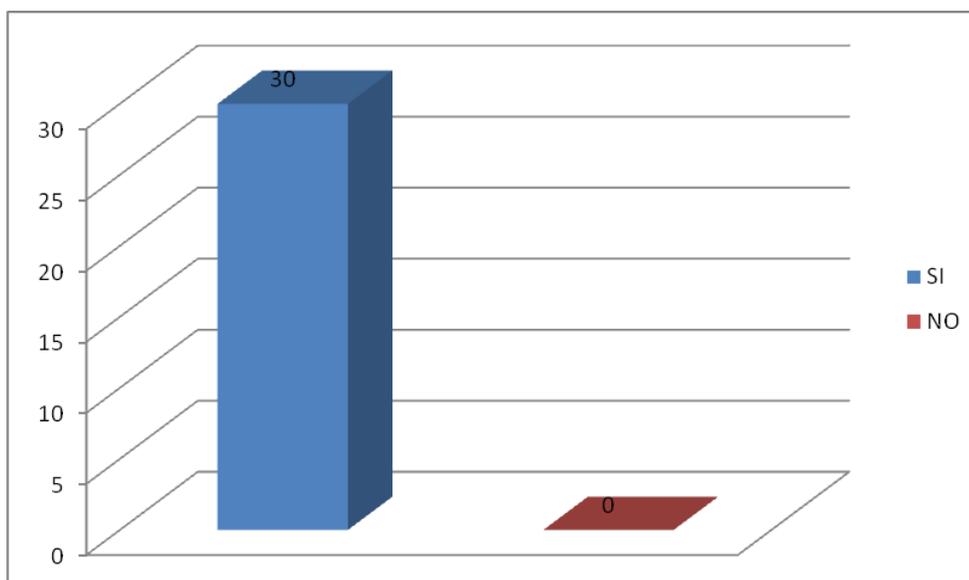
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Entrevista realizada a jueces, fiscales y autoridades indígenas de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 4



Fuente: Cuadro No. 4

Análisis y Discusión

Todos los entrevistados, por su experiencia y conocimientos, consideran que si se puede aplicar al derecho consuetudinario indígena la Ley de Garantías Jurisdiccionales, lo que permitirá que se aplique la norma teniendo presente el debido proceso y la norma jurisdiccional, en el cumplimiento del mismo.

TITULO 5.- CREACIÓN DE UNA NORMATIVA LEGAL QUE SUBSANE LOS CONFLICTOS OCASIONADOS EN LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA CON LA JUSTICIA ORDINARIA

CUADRO No. 5

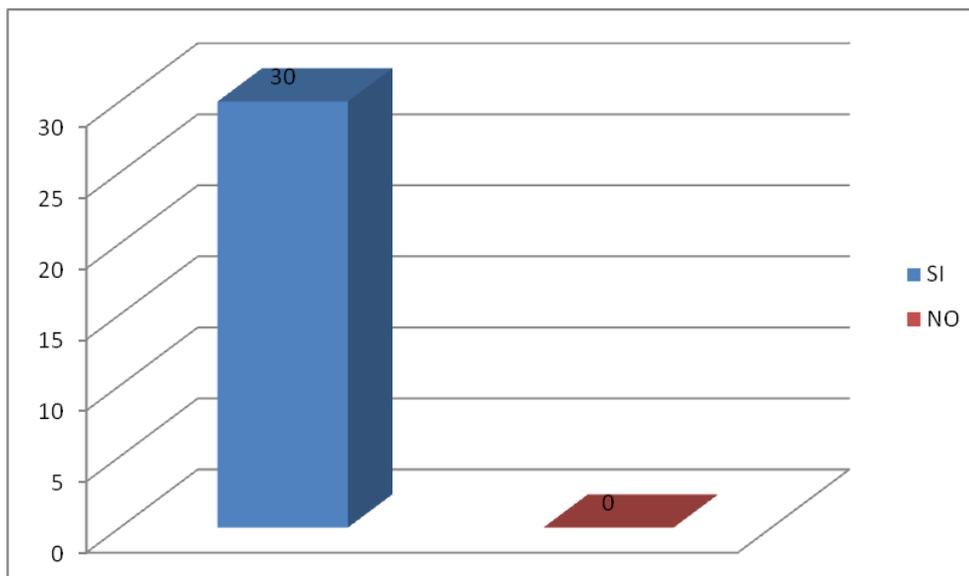
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Entrevista realizada a jueces, fiscales y autoridades indígenas de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 5



Fuente: Cuadro No. 5

Análisis y Discusión

EL 100% de los entrevistados, consideran que si es necesario la creación de una normativa legal que subsane o establezca los dispositivos de coordinación y procedimientos entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, permitiría remediar algunos arbitrios cometidos, la no aplicación del non bis in ídem, y el cumplimiento de los Derechos Humanos consagrados en el Pacto de San José.

TITULO 6.- APLICACIÓN AL DERECHO CONSUECUDINARIO LA LEY DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES

CUADRO No. 3

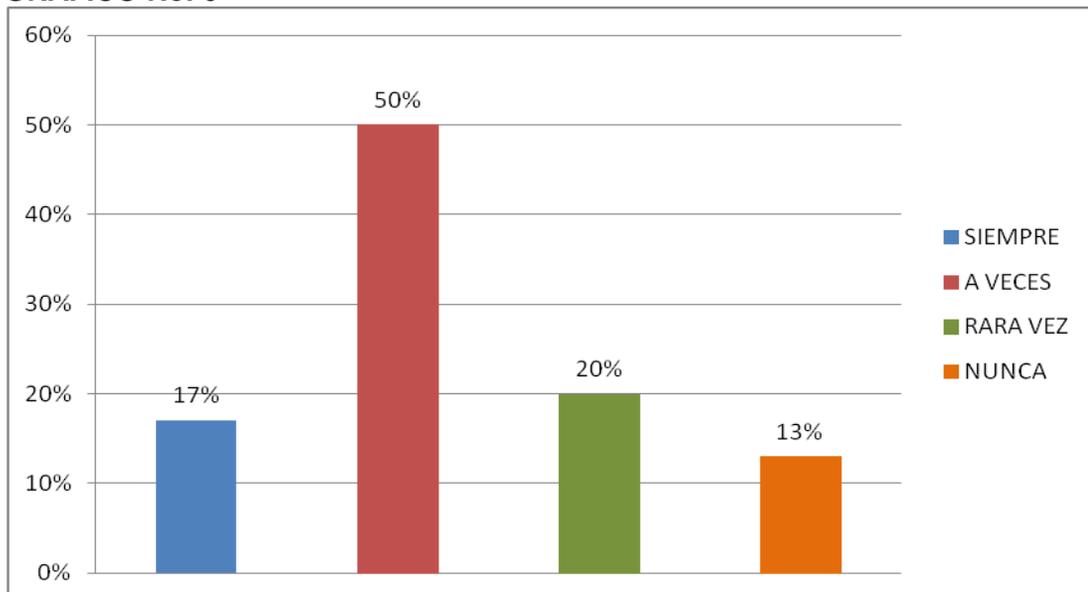
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SIEMPRE	5	17%
A VECES	15	50%
RARA VEZ	6	20%
NUNCA	4	13%
Total	30	100%

Fuente: Entrevista realizada a jueces, fiscales y autoridades indígenas de la provincia del Chimborazo

Fecha: 13 - 05 - 2013

Elaborado por: Abg. Nelson Vela Andrade y Abg. Raul Olmedo Gavilanes

GRÁFICO No. 6



Fuente: Cuadro No. 6

Análisis y Discusión

Se evidencia que la mayoría de los entrevistados, que son personas conocedoras del derecho y la jurisprudencia, consideran que a veces la aplicación de la justicia consuetudinaria, a mas de entrar en contraposición con la justicia ordinaria, también vulnera o atenta contra los Derechos Humanos, con incumplimiento de principios como preservar la vida y no admitir la tortura como medida correctiva para un castigo, de los cuales Ecuador también los consagra en su Constitución.

4.1.4 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN COMPARATIVA

Del estudio de campo realizado, en relación con los datos y resultados obtenidos en la investigación, así como en la teoría proporcionada en el presente trabajo, podemos establecer que por la falta de congruencia entre la norma Constitucional, la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena, es importante que se desarrolle una normativa con la finalidad de obtener mecanismos que permitan una coordinación entre los procesos que realiza la justicia indígena y la justicia ordinaria, lo que conllevaría que mejoren los procedimientos, mayor confianza en el acceso a la justicia y el cumplimiento de los Derechos Humanos.

No se desconoce la cultura ancestral del derecho consuetudinario, sin embargo el impartir castigos, por mas sancionadores y de ejemplo moral en muchas ocasiones se convierte en un atentado a la vida, por lo que se debe considerar que debe existir una normatividad, para erradicar los excesos de agresiones y maltratos, así mismo, se sancionaría justamente delitos como asesinato, que no debe considerarse una expiación de culpa a base de ortiga y látigo, y así mismo se da la oportunidad de que el sospechoso, tenga la oportunidad de aplicar el principio de contradicción, sobre los cargos a él incoados.

Como en otras legislaciones latinoamericanas, principalmente, que reconocen el derecho indígena, así mismo debe tenerse en cuenta o adecuarse la aplicación de sus sanciones a actos contravencionales, mas no delictivos. Con esto se solucionaría este conflicto interno entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena, en donde la Ley de Garantías Jurisdiccional establece que esta segunda norma tiene carácter de especial y prevalece.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES DEL MARCO TEÓRICO

Como regla general, los pueblos y comunidades indígenas pueden resolver todos los casos que se presenten dentro de sus territorios, usando sus propias normas, a través de sus autoridades, y aplicando sus propias sanciones, siempre y cuando no violenten los derechos humanos de las personas. Sin embargo, cuando consideren que no pueden resolver un caso determinado, pueden derivarlo a la justicia ordinaria o estatal. No obstante, en la práctica se presentan muchos supuestos donde aún está en debate la competencia de la justicia indígena (por ejemplo en casos de delitos graves o cuando esta involucra a una persona no indígena). Presentándose estas dudas porque los actores no están aun informados de las normas vigentes, pero también porque no se han desarrollado todavía todas las normas claras que definan estos temas.

Cuando las comunidades indígenas solucionan casos y aplican sanciones, no pueden violentar los derechos humanos reconocidos por el Estado en su Constitución, e instrumentos internacionales de derechos humanos que ha suscrito (como el Convenio 169 de la OIT), y leyes secundarias. Esta limitación a la justicia indígena aun no se encuentra plenamente definida en todos los países, por ejemplo en Colombia se ha señalado que los pueblos y comunidades indígenas no pueden matar, torturar, ni esclavizar a una persona, y también que se debe respetar el procedimiento que esa comunidad o pueblo tiene para ese tipo de casos. Es necesario tener mucho cuidado con procesos penal en contra de las autoridades indígenas o aquellos que aplicaron el castigo. Las autoridades indígenas, deben recordar que la justicia indígena está permitida y es válida ante cualquier autoridad, pero no los excesos que se derivan de la aplicación de las sanciones (linchamientos, torturas, entre otros).

La Justicia indígena está plenamente respaldada por la Constitución y Leyes de la Republica; el problema se presenta al momento de su aplicación, pues son

pocas las comunidades que están organizadas y tienen infraestructura acorde a lo que reconoce la ley, por lo que en muchos casos han exagerado al momento de aplicar este derecho que tienen los pueblos indígenas, resaltamos algunos ejemplos de aplicación de la justicia indígena, la misma que pretende castigar el delito con el baño y la purificación del cuerpo, sin embargo, esto ha sobrepasado el control de los dirigentes y ancianos de las comunidades, lo que normalmente termina en linchamiento o turba generalizada donde todos quieren castigar, resultando gravemente golpeado el presunto delincuente, y recién ahí es cuando llaman a las autoridades ordinarias para que asuman el control, por esto el llamado a coordinar don todos a fin de que se aplique de manera correcta los derechos colectivos que amparan la justicia indígena.

La Justicia es una sola, y como tal debe respetarse, por lo tanto debería existir una reforma donde se obligue a los pueblos Indígenas a respetar la Constitución de la Republica, ya que esta debe de regir para todo el Ecuador y no por separado, resulta paradójico que se apruebe una Constitución y luego bajo el poder político y la fuerza, se haga caso omiso a los que están estableciendo las leyes y se pretenda instaurar leyes que faltan al principio jurídico **Summun Iuris Summa Iniuria**, que significa que “una ley mientras sea injusta no puede pretenderse que sea ley”; hemos de esperar a que esta realidad tome otro rumbo. Es inconstitucional las acciones u omisiones de carácter desfavorable que reduzca, perjudique o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos humanos, por lo tanto, no estamos de acuerdo con la aplicación de la Justicia Indígena en el Ecuador, sin que se definan claramente presupuestos procesales generales, ya que las normas procesales deber de respetarse y sobremanera los Derechos Fundamentales del Hombre, ante cualquier falta que se cometa, se debe terminar con estas costumbres que no hacen otra cosa que ilegitimar la Carta Magna del Ecuador.

5.2 CONCLUSIONES DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO

La Justicia indígena es un sistema normativo, el que a pesar de constar con su propia jurisdicción, que tiene concordancia con los principios constitucionales, debe

siempre ir acorde a lo establecido en la Carta Magna, para que así tenga validez. Así mismo tiene una íntima relación con la jurisdicción ordinaria y posee igual valor ya que una vez sancionado el individuo o sujeto en la justicia o jurisdicción indígena, no debe ser sancionado otra vez en la justicia común u ordinaria, ni viceversa. La coordinación entre sistemas jurídicos es necesaria, considerando que los pueblos y comunidades indígenas se enmarcan en un plano superior de relación que son los Estados Republicanos de los cuales forman parte, por lo que las leyes estatales también les comprenden y deben obedecerlas.

Las acciones de la justicia ancestral o indígena, direccionada a sus sanciones, entran en la mayoría de las ocasiones en contradicción con las disposiciones establecidas en la Norma Constitucional vigente, en la que establece claramente que se reconoce y garantiza a los ciudadanos el derecho a la integridad personal, así como a una vida libre de violencia. El Estado tomará medidas necesarias y oportunas para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, quitándose la tortura y los tratos penales crueles, inhumanos o degradantes. Por lo que es indispensable y necesario, que sin negar la posibilidad de aplicación de la justicia indígena, esta debe ser regularizada en función de una Ley, que aunque existe, no se encuentra debidamente motivada, puesto que deberá estar en armonía con los principios e instituciones constitucionales, así como el orden al respeto y garantías de los derechos subjetivos de los miembros o integrantes de la sociedad ecuatoriana, siendo un requisito fundamental de los proyectos de ley, que para que se imparta justicia, esta debe ser general para todos los habitantes de ese Estado.

Estos logros alcanzados, no servirán de nada si no hay voluntad jurídica suficiente para propugnar la convivencia pacífica en la diversidad y mediante la creación de este conjunto de leyes, se tomaran en cuenta los principios fundamentales de interculturalidad y el pluralismo jurídico, así como la atención a los derechos humanos vistos como un universo, asignado a todos los seres vivos, a la pacha mama y no como un elemento específico asignado a un determinado pueblo.

Los mínimos jurídicos establecidos en el marco legal de la justicia indígena para determinar algunas garantías que son iguales a o todos los seres humanos y

las autoridades indígenas no las pueden omitir al momento de su administración de justicia tenemos: el derecho a la vida, al debido proceso, a la no tortura, esclavitud, ni tratos crueles, y a la no agresión física ni psicológica. Es importante tener en cuenta que no deben considerarse las practicas ancestrales como torturas o agresiones, cuando existan argumentos suficientes de que es una forma tradicional de sanción en la comunidad y además permitirá la fraternidad de las partes, asegurando la armonía de la misma.

Mediante los avances alcanzados por la Constitución de la República, hemos podido observar cómo se encuentra plasmado el reconocimiento de la jurisdicción indígena o del derecho consuetudinario en nuestro ordenamiento jurídico, lo que constituye momentos de transformaciones, que nos permite entrelazarnos y para mejorar el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales en esta materia, es importante plantear o presentar en la Asamblea Nacional una reforma a la Ley existente, en donde se plantee la Coordinación y Cooperación entre la administración de justicia indígena y la justicia común u ordinaria, la misma que servirá como base y modelo para los estados latinos que tienen este pluralismo jurídico.

Este proyecto de ley, es el resultado de una discusión y debate democrático, sin caer en dogmatismos, siendo lo importante, la búsqueda de una interacción entre la justicia ordinaria e indígena, obteniendo de cada una, lo mejor para dar cumplimiento a los principios constitucionales de la Celeridad, Comunicación, Debido Proceso, la Oralidad, entre otros aspectos de vital importancia; es decir, una combinación de costumbres con conocimientos técnicos y especializados en otras ramas del saber, para que se adopten resoluciones un criterio de justicia y certeza, en sí, recoger lo positivo que cada sistema propone sin olvidar el respeto a los derechos humanos y la solución pacífica a los conflictos o controversias.

La Constitución ecuatoriana en su Art. 171, establece entre otras cosas que los miembros que representan la autoridad en las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas practicarán sus funciones dentro de la jurisdicción, con fundamento en sus tradiciones y su derecho propio; es decir, que como toda

colectividad humana, tiene un derecho basado en la costumbre, el mismo que ha permitido que las autoridades apliquen normas procedimientos propios en la solución de sus conflictos, las mismas que en muchas ocasiones son contradictorias a la justicia ordinaria y vulneran a los derechos humanos de quienes son castigados.

Aunque algunos consideran que la justicia indígena en muchas ocasiones es atentatoria a los derechos humanos a la vista y concepción de los que consideramos y tenemos nuestras bases en la justicia ordinaria, es un sistema que busca resolver y sancionar conflictos a través de un consenso comunitario, promoviendo medidas conciliatorias. Es decir, que este sistema no solo busca una sanción, sino que el miembro de la comunidad tome conciencia de su error y no lo vuelva a cometer. Sin embargo, el precepto constitucional es muy claro y explica que la justicia indígena no puede ser usada como un pretexto para atentar contra los derechos humanos, por lo que se necesario delimitar el campo y la forma en la que se ejerce para que no constituyan actos salvajes y primitivos que vulneren los derechos fundamentales, establecidos constitucionalmente.

En este sentido, es fundamental articular un trabajo conjunto entre los representantes de ambos sistemas, el estatal u ordinario y el indígena, para que ambos puedan apoyarse y asistirse en la resolución de una serie de casos que requieren la intervención de ambos sistemas: Por ejemplo cuando un caso ha ocurrido dentro de una comunidad indígena pero los que han participado en el hecho no son indígenas, o cuando una persona indígena que ha cometido la falta ha escapado del territorio indígena y huido a la ciudad. De igual manera, cuando un poblador indígena ha cometido un delito y ya ha sido sancionado por las autoridades de su comunidad, es procesado nuevamente por las autoridades judiciales estatales cuando sale de su comunidad. Igualmente, cuando se presentan casos graves, como violaciones o asesinatos. La solución de cualquiera de estos casos requiere mecanismos de coordinación entre sistemas con miras a su mejor solución, sin aceptar los derechos soberanos del Estado y respetando la identidad cultural de los pueblos indígenas que habitan en el.

5.3 RECOMENDACIONES

Dentro de las recomendaciones del presente trabajo investigativo tenemos que para que se establezca mecanismos de coordinación y procedimientos entre la jurisdicción indígena y ordinaria debe de plantearse una propuesta que reforme la aplicación del derecho indígena, lo que garantizara el debido proceso penal, dentro de las comunidades.

Por esta razón, teniendo en cuenta que el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y derecho propio que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Ponemos a consideración los siguientes artículos que permitirán el cumplimiento del debido proceso (CONSTITUYENTE A. , CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008).

Obligatoriedad de las decisiones.- Las resoluciones o providencias emitidas por las autoridades indígenas en los problemas que sean de su competencia tienen el mismo carácter de obligatorio que las adoptadas por las autoridades judiciales estatales, así como para las partes, colectividades indígenas y no indígena, personas naturales y jurídicas; por lo tanto no podrán volverse a juzgar por ninguna otra entidad estatal, con la excepción especial de los casos de vulneración de los derechos humanos establecidos en los instrumentos y convenios internacionales, reconocidos por la Constitución.

En caso de duda entre la ley ordinaria y la indígena, prevalecerá la segunda, teniendo en cuenta las particularidades culturales de la respectiva colectividad.

Legitimidad de sus autoridades.- La legitimidad de la administración de justicia en todos sus procesos, no podrá ser desconocida por ninguna autoridad estatal.

La violación de este mandato dará derecho a la autoridad de la comunidad indígena realizar los reclamos y pedir indemnización por daños y perjuicios, de forma independiente de la acción penal para los actos que atenten contra los derechos y libertades garantizados en la Constitución.

Capacitación en Derechos Humanos.- Las instituciones educativas de tercer y cuarto nivel, en las carreras de Derecho o Jurisprudencia, deberán adoptar programas de derechos humanos y de interpretación interculturales de los hechos y del derecho, para la capacitación de las autoridades indígenas, de los funcionarios de la función judicial y de estudiantes del derecho. En todos los programas de estudio deberá estudiarse la antropología jurídica, el pluralismo jurídico y cultural y se fomentará la comunicación intercultural.

Derechos personales y Colectivos.- Las personas indígenas tienen derecho como pueblo y como seres humanos o personas, de disfrutar plenamente de todos los derechos y las libertades fundamentales reconocidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, instrumento internacional suscrito por el estado ecuatoriano.

Derecho a la libre determinación.- Los pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a la libre determinación. En relación a este derecho es libre de determinar su condición política y buscar libremente su avance económico, social y cultural de la persona de estas nacionalidades.

Derecho a la vida.- Los pueblos y personas miembros de las nacionalidades indígenas tienen derecho a la vida, a velar por su integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. Los pueblos y nacionalidades indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio, ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado de niños y niñas del grupo a otro grupo (UNIDAS O. D., DECLARACION DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS).

Artículo 14. De la jurisdicción y competencia.- La potestad pública de las autoridades indígenas, para la administración de justicia, está reconocida constitucionalmente y se ejercerá de acuerdo con sus costumbres, que no dejara de cumplirse, por las innovaciones que la colectividad agregue consecutivamente de acuerdo con las necesidades de la sociedad indígena.

Estarán sujetos a las autoridades de las nacionalidades indígenas los litigios que en cualquier materia o tema, se suscitaren entre indígenas. En cuanto a los problemas entre indígenas y ciudadano común, se sujetaran a la justicia ordinaria.

La Función Judicial, por medio de las Fiscalías y Juzgados de Justicia indígena y Defensoría del Pueblo, dará cumplimiento a lo establecido en la Constitución y los Instrumentos Internacionales, en materia de derecho consuetudinario o justicia indígena.

La condición de persona indígena se establece por el hecho de participar en la vida y actividades de las comunidades indígena, y se identifique como integrante de ella, siempre que no hubiere sido expulsado de su seno.

Los problemas entre la colectividad indígena y un individuo que negare argumente no serlo, para no tener un juzgamiento por parte de la autoridad indígena y del derecho consuetudinario, los resolverá el Defensor del Pueblo para asuntos indígenas, para el efecto la información de la autoridad indígena gozara del beneficio de la presunción de la veracidad.

Los Reglamentos internos y actas escritas.- Los reglamentos y actas que las colectividades y pueblos indígenas hayan asumido para recoger su derecho, no es necesario que sean registradas ni aprobadas por autoridad estatal alguna para su validez. La autoridad indígena, con o sin intervención de las partes, dejará constancia de sus resoluciones o providencias en actas escritas, para que sirvan de precedente con el valor que este tenga en su derecho consuetudinario.

Los Conflictos entre colectividades indígenas.- Los conflictos entre colectividades, pueblos y nacionalidades indígenas serán resueltos por la máxima autoridad de la organización a la que pertenezcan las colectividades o personas individuales partes del conflicto. De las providencias que emanen esta autoridad se presentaran los recursos que establezca su norma propia. Por petición de la autoridad competente, podrán ser conocidos estos conflictos por la autoridad de la justicia ordinaria, a la que se le solicite intervenir de acuerdo con la materia sobre la que verse el litigio.

De los conflictos entre indígenas de diferentes comunidades.- Los conflictos entre personas indígenas de diferentes pueblos, serán dados a conocer a las autoridades de las nacionalidades a las que pertenezcan los sujetos involucrados, quienes pueden solicitar el envío del caso a la autoridad indígena de la organización de grado superior a la que pertenezcan las colectividades involucradas, o con el visto bueno de esta, a la justicia ordinaria que sea competente por razón de la materia cuando el conflicto amenace en alterar la paz entre sus colectividades.

De las faltas no sancionadas en la ley ordinaria.- Las faltas que no estuvieran contempladas en las leyes del Estado, que fueren cometidas por los ciudadanos comunes, en perjuicio de indígenas, en el territorio de estos, se resolverá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El ciudadano común, que por cualquier circunstancia se encuentra habitando en el territorio de la comunidad indígena, será juzgado por la autoridad indígena, de acuerdo en todas sus partes, con el derecho indígena. El accionado podrá utilizar su lengua materna en su defensa y necesitará la presencia de un traductor.

Si el ciudadano común, no acatara o no cumpliera lo dispuesto, será expulsado de ella y sus terrenos pasaran al dominio de la colectividad, salvo los bienes muebles y semovientes que no pertenecen a la tierra.

2. Si el ciudadano no indígena, de forma temporal habita en la comunidad indígena, deberá recibir una indemnización la misma que debe ser acordada acuerde con la parte o partes perjudicadas, mediante la intervención de una autoridad indígena, quien designará un perito para la fijación del monto cuando no existe acuerdo entre las partes.

La Constitución de la República en el marco del derecho Indígena.- La Constitución del Ecuador, reconocerá las funciones jurisdiccionales del derecho indígena, con base a sus tradiciones ancestrales, costumbres y su propio derecho. Las autoridades tienen la obligación de aplicar normas y procedimientos propios de solución de sus conflictos internos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.

De los delitos que atenten contra los Derechos Fundamentales.- En el caso de que un miembro de la comunidad indígena, cometa un delito de los estipulados en contra de los derechos fundamentales, las autoridades de la justicia indígena, deberán dar a conocer del hecho suscitado y la infracción cometida a la justicia ordinaria, para que sea juzgado de conformidad con esta. Las autoridades indígenas estarán vigilantes del cumplimiento del debido proceso.

Asistencia por parte de especialistas.- La Corte Constitucional, designará una sala de Conjuces con especialistas en derecho indígena, los mismos que serán seleccionados mediante concurso de mérito y oposición de la Función Judicial y estará integrado con un representante de cada organización indígena reconocida con carácter nacional.

En todos los casos en donde la Corte Constitucional, deba pronunciarse al respecto de un conflicto en que sean las partes indígenas o sus comunidades las afectadas en cualquier grado, deberá incorporar uno de los conjuces que establece en inciso anterior.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. AMÉRICA INDÍGENA, Instituto Indigenista Ibero Americano, 1998
02. AYALA MORA, Enrique, Ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.
03. CABANELLAS, GUILLERMO, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, Editorial Heliasta. 2006
04. CHASI SARDI, Miguel. El Derecho Consuetudinario Indígena y su Bibliografía Antropológica en el Paraguay, Publicado por CEADUC, Asunción, 1990.
05. Convenio 169 de la OIT.
06. CORPORACIÓN ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Civil 7ma. Edición Oficial.
07. CORPORACIÓN ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución Política de la Republica, 1998.
08. FLORES DANIELA, La Justicia Indígena y sus Conflictos con el Derecho Ordinario, Equipo Jurídico INREDH, Quito, Agosto de 2011.
09. GARCIA FALCONI JOSE, documento sobre Justicia Indígena en Ecuador, Docente, Universidad Central del Ecuador.
10. HARRISON, Regina, Signos y Memoria de los Andes. Traduciendo la lengua y la cultura quechua. Quito, Ediciones “Colección Biblioteca Abya- Yala”, 1994,
11. ILAQUICHE LICTA, Raúl, Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del ecuador, Fundación Hanns Seidel, 2008.
12. ILAQUICHE LICTA, Raúl, pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador, Estudio de Caso, 2006.
13. INTI CHURI, entre Sueños y Raíces, Guaranda – Ecuador, 2001.
14. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, La Transformación de la Justicia, Quito, 1990.
15. MINISTERIO DE JUSTICIA, Constitución de la República 2008.

16. MOREANO, Alejandro, (1993), Movimiento Indígena y Estado Multinacional en la Obra Los Indios y el Estado - País, Quito, Ediciones Abya-Yala, Quito, p. 217.
17. PAEZ, SERGIO, Génesis y Evolución del Derecho Ecuatoriano, Editorial Universitaria, Quito, 1984.
18. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL Y AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Publicadas en el Registro Oficial S-555 del 24 de marzo del 2009.
19. SANCHEZ BOTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, La Jurisdicción Especial Indígena, Procuraduría General de la Nación.
20. TIBAN GUALA, Lourdes: Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador, Fundación Hanns Seidel, Latacunga, 2008.
21. TORRES D. G. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, República Argentina, editorial Heliasta S.R.L. 1982.
22. TORRES GALARZA, Ramón, Derechos de los Pueblos Indígenas, Auto edición, Abya – Yala, Quito – Ecuador.
23. TRUJILLO, Julio Cesar y otros, Administración de la Justicia Indígena. 1993
24. VACA ANDRADE, Ricardo: “Manual de Derecho Procesal Penal” Tomo I; Corporación de Estudios y Publicaciones; Guayaquil – Ecuador, 2009.
25. VINTIMILLA SALDANA, Jaime, Reforma a la Justicia y Derecho Indígena Ecuatoriano. Director Ejecutivo de CIDES, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
26. WRAY, Alberto; De La Cruz, Rodrigo y otros. Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado. Ediciones AbyaYala, Quito, 1993.
27. YCAZA PALACIOS, Andrés, La Justicia Indígena y su Tratamiento en la Constitución y El Código Orgánico de la Función Judicial. 2010.
28. YRIGOYEN Fajardo, Raquel, Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal.
29. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: “Estudio Introductorio a la Reformas al Código de Procedimiento Penal”; Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito – Ecuador, 2009.

30. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso: "Proceso Penal y Garantías Constitucionales"; Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Guayaquil – Ecuador, 2005.
31. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: "Tratado de Derecho Procesal Penal"; Editorial Edino; Guayaquil – Ecuador, 2006.

APÉNDICE
APÉNDICE No. 1

**FICHA DE OBSERVACIÓN REALIZADA A PROFESIONALES DEL
DERECHO EN EL LIBRE EJERCICIO, JUECES, FISCALES YA
UTORIDADES INDIGENAS, DE LA PROVINCIA DEL CHIMBORAZO.**

COMPORTAMIENTO EN CUANTO A LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUEUDINARIO Y EL DERECHO ORDINARIO			
<i>RASGOS A OBSERVAR</i>	CATEGORÍAS		
	SI	NO	A VECES
Celeridad en el trámite de una infracción			
La Autoridad Indígena, escucha a las partes			
Dan a conocer la sanción aplicada			
Utiliza oralidad y se cumple en debido proceso			
Se cumplen los principios constitucionales			
Se respeta el derecho a la vida, a la no tortura			
Acepta sugerencias por parte de los miembros de la Asamblea el juzgado.			
Se cumple el principio No bis In Ídem			
La Justicia Ordinaria, considera las resoluciones de las Autoridades de la Justicia Indígena			
Revisión de Providencias enviadas a la Corte Constitucional, cuando hay confrontación entre los dos derechos			
Confianza de los miembros de las comunidades indígenas en la justicia ordinaria			

APÉNDICE No. 2

ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Somos egresados de postgrado en Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, nos dirigimos a usted muy cordialmente con la finalidad de obtener información, para la elaboración de nuestra tesis de Grado, la misma que nos servirá para el desarrollo de la investigación emprendida.

El propósito de esta investigación es conocer si mediante una normativa en nuestra legislación, de que se establezca mecanismos de coordinación y procedimientos entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, con la finalidad de que enmiende ciertos vacíos legales que existen al respecto.

Por favor, responda con toda sinceridad:

1. ¿Desde hace cuantos años usted es profesional del Derecho?

2 a 4 años 4 a 8 años más de 8 años

2. ¿Conoce usted que es Derecho Consuetudinario Indígena?

Si No

¿Por qué?

.....

3. ¿Conoce las Reformas Constitucionales realizadas en la Constitución de la República sobre la Justicia Indígena en el 2008?

Si No

¿Por qué?

.....

4. ¿Considera usted que es necesario crear normas legales, que lleven a la cooperación entre el sistema jurídico indígena y el ordinario?

Si No

¿Por qué?

.....

5. **¿Considera usted que es aplicable al derecho consuetudinario la Ley de Garantías Jurisdiccionales?**

Si

No

¿Por qué?

.....
.....

6. **¿Considera usted que se ha desarrollado una normativa legal que establezca mecanismos y procedimientos de coordinación entre la justicia indígena y ordinaria?**

Si

No

¿ Por qué?

.....
.....

7. **¿Usted considera que con la creación de una normativa legal se puede subsanar los conflictos que a veces ocasiona la aplicación de la justicia indígena con la justicia ordinaria?**

Si

No

¿ Por qué?

.....
.....

8. **¿Considera usted que la justicia indígena en la mayoría de los casos atenta contra los derechos humanos, establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador?**

- a. Siempre ()
- b. A veces ()
- c. Rara vez ()
- d. Nunca ()

Gracias por su colaboración.

APÉNDICE No. 3

ENTREVISTA A LOS JUECES, FISCALES Y A LAS AUTORIDADES INDÍGENAS

Somos egresados de postgrado en Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, nos dirigimos a usted muy cordialmente con la finalidad de obtener información, para la elaboración de nuestra tesis de Grado, la misma que nos servirá para el desarrollo de la investigación emprendida.

El propósito de esta investigación es conocer si mediante una normativa en nuestra legislación, de que se establezca mecanismos de coordinación y procedimientos entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, con la finalidad de que enmiende ciertos vacíos legales que existen al respecto.

Conteste con mucha sinceridad y objetividad el cuestionario, permitiéndonos conocer y proponer un proyecto de Ley, que busque coordinación y cooperación entre el Derecho Indígena y el Derecho Ordinario.

1. ¿Desde hace cuantos años usted es profesional del Derecho?

2 a 4 años 4 a 8 años más de 8 años

2. ¿Conoce usted que es Derecho Consuetudinario Indígena?

Si No

¿Por qué?

3. ¿Conoce las Reformas Constitucionales realizadas en la Constitución de la República sobre la Justicia Indígena en el 2008 y cuál es su punto de vista al respecto?

Si No

¿Por qué?
.....

4. **¿Considera usted que es necesario crear normas legales, que lleven a la cooperación entre el sistema jurídico indígena y el ordinario?**

Si

No

¿Por qué?

.....

5. **¿Considera usted que es aplicable al derecho consuetudinario la Ley de Garantías Jurisdiccionales?**

Si

No

¿Por qué?

.....

.....

6. **¿Usted considera que con la creación de una normativa legal se puede subsanar los conflictos que a veces ocasiona la aplicación de la justicia indígena con la justicia ordinaria?**

Si

No

¿Por qué?

.....

.....

7. **¿Considera usted que la justicia indígena en la mayoría de los casos atenta contra los derechos humanos, establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador?.- Argumente su respuesta.**

- a. Siempre ()
- b. A veces ()
- c. Rara vez ()
- d. Nunca ()

Gracias por su colaboración.