RESUMEN

Mi presente trabajo investigativo fue lanzado en la vigencia de la Nueva Constitución de la República, pues al leerla me anticipe quizá a ver los graves problemas que acarrea la sección segunda el Art. 171 de esta Constitución.

Pues hoy en día vemos los graves conflictos que se están danto entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria; por lo que he sugerido que exista un procedimiento adecuado en estas comunidades de indígenas y que las penas o sanciones a imponerse no sean las que vulneran los Derechos Humanos, en especial a la Tortura, y que se respete las garantías del ser humano, consagradas en nuestra Constitución de la República.

Palabras Claves: Constitución de la República, Justicia Indígena, Justicia Ordinaria, Derechos Humanos, Estupro.

iNDICE

CAPITULO I

DERECHO INDIGENA Y SU TRAYECTORIA

1.1 HISTORIA DEL DERECHO INDIGENA EN EL ECUADOR. 7
1.2 CONCEPTO DE DERECHO INDIGENA 15
1.3 ORIGENES DEL DERECHO INDIGENA 16
1.4 CARACTERISTICAS DEL DERECHO INDIGENA 20
1.5 AUTORIDADES QUE ADMINISTRAN LA JUSTICIA INDIGENA DE CONFORMIDAD CON LOS PUEBLOS INDIGENAS. 23
1.6 EL DERECHO CONSUETUDINARIO. 25

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS 36
2.2 UBICACIÓN DE LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY. 41
2.3 RASGOS CULTURALES. 41
2.4 ORGANIZACIÒN DE LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY. 43
2.5 LA POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA 49

CAPITULO III

PROCESO DE JUZGAMIENTO DE LA INCONDUCTA DE ESTUPRO

3. ANALISIS COMPARATIVO DEL DELITO DE ESTUPRO EN LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA JUSTICIA INDÍGENA. 51
3.1. CÓMO SE REALIZAN LAS DEMANDAS EN LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY. 53
3.2. TIPICIDAD OBJETIVA DEL DELITO DE ESTUPRO 55
3.3 QUIÉN Y COMO SE INVESTIGAN LOS ACTOS ILÍCITOS 56
3.4 CLASES DE SANCIONES. 57
3.5 EJECUTORIA DE LAS PENAS. 59

3.6 DÓNDE SE CUMPLEN LAS PENAS. 61
3.7 DERECHO CONSUETUDINARIO PARA ESTE TIPO DE INCONDUCTA. 62
BIBLIOGRAFIA. 68

UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

"JUZGAMIENTO DEL DELITO DE ESTUPRO SEGÚN LA JUSTICIA INDIGENA".

TESINA PREVIA A LA OBTENCION DEL DIPLOMADO SUPERIOR EN DERECHO PROCESAL PENAL.

AUTOR: DR. NELSON PEÑAFIEL CONTRERAS

DIRECTOR: DR. ROSENDO IDROVO VÁZQUEZ.

CUENCA, ABRIL 2010.

DEDICATORIA

A Dios por ser mi fuente de inspiración, quien me ha brindado salud y capacidad, a mis Padres, por darme la vida, a mis hijas quienes con su comprensión permitieron que se cumplan mis aspiraciones y les brinde el ejemplo de superación, a la Universidad De Cuenca, por haber brindado la oportunidad de acceder a tan excelente diplomado, a mis compañeros de aula y al Dr. Rosendo Idrovo Vázquez, por su apertura y dirección de la presente tesina, que han hecho posible culminar con éxito mi Diplomado y mi presente trabajo que hoy entrego a la Sociedad

INTRODUCCION

Mi investigación cuyo título es **“ EL JUZGAMIENTO DEL DELITO DE ESTUPRO SEGÚN LA JUSTICIA INDIGENA EN LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY”,** concierte el interés nacional e internacional debido a que esta clase de Justicia Indígena, se ha visto insertada en la Constitución de la República de nuestro país, estudiando al delito de estrupo desde la Justicia Ordinaria y según la Justicia Indígena.

Pues la aplicación del procedimiento en la Justicia Indígena está vulnerando los principios fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrito en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969 en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

Este pésimo juzgamiento y sanción se le debe a la falta de una norma que regule las sanciones y juzgamiento, y al no existir una homologación entre Justicia Ordinaria y Consuetudinaria, se permite violar normas constitucionales como el principio de integridad y la convivencia social de la comunidad.

Estas sanciones son inhumanas por lo que me he visto en la obligación de sugerirles a los miembros de esta comunidad de Gallo Rumy, elaboren un reglamento que contenga normas de juzgamiento más humanos dentro de esta organización.

CAPITULO I

DERECHO INDIGENA Y SU TRAYECTORIA

1.1 HISTORIA DEL DERECHO INDIGENA EN EL ECUADOR.

Han transcurrido más de 500 años de sometimiento cruel y despiadado, más la conquista es interminable con una mínima diferencia en los actores y procedimientos. Antes fue la conquista y colonización con lo que inició la globalización hoy la globalización consolidada y alienante; ayer fue la corona española, hoy el imperio americano, en complicidad con los encomendaderos criollos que a su antojo manejan los Estados Nacionales, convirtiéndose aquellos estrados independientes en simples colonias dependientes, virreinatos, ya no de la península ibérica sino del imperio americano que concentra el poder hegemónico mundial. La libre determinación de los pueblos no deja de ser un término medieval, lírico y demagógico.

Ayer la cruz y la espada sanguinaria extirpó la salvajidad de los indios e implantó la civilización de los blancos, hoy asistimos a la más espantosa e increíble alienación mental del individuo social distante solo a milímetros des estado de barbarie civilizada.

En esta compleja realidad social los pueblos originarios aprendieron a vivir o mejor dicho a sobrevivir en medio de brutales persecuciones, acusaciones por demás injustas, enjuiciamientos insólitos, pleitos enredados, sentencias condenatorias ejecuciones con y al margen de la ley de los civilizados, y más formas violatorias de elementales principios y derechosa fundamentales de los pueblos ; y sólo por el ímpetu y porfiadez de supervivencia social , aún estamos aquí para escribir la otra historia vista con ojos ensangrentados de pueblos oprimidos. Son estas enormes injusticias las que nos vuelven naturalmente rebeldes.

La primera pregunta que se desprende de la presente tesina es: ¿quiénes son los indígenas o qué significa pueblo indígena? **Raúl Llasag**, describe al pueblo indígena como "un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos". Por su parte, **Galarza** (2002, 80), señala que un pueblo indígena "es el resultado de relaciones duraderas y regulares, de una vida en común, de generación en generación".

En uno de los órganos de difusión de la Confederación **de la Nacionalidades Indígenas del Ecuador – CONAIE**, encontramos que el derecho indígena es un "derecho vivo , dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario.

A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación, que garantizan el convivir armónico

El derecho indígena, que tiene su propio sistema de legislación, si administración de justicia, sus sistemas carcelarios, por lo mismo tiene también su fundamento, su base, en la costumbre, es decir en el derecho consuetudinario"

En el proyecto político de la **CONAIE** también encontramos una definición que reza: "derecho indígena, es el conjunto de normas y leyes de los pueblos y nacionalidades indígenas para defender y administrar nuestras tierras y territorios, para mantener la paz y el orden en nuestra s comunidades y pueblos"

Para Stavenhagen el derecho indígena es "un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas no codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado". Agrega que "es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones, para quienes violen esas normas) que no ha sido creada por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía"

Lo establecido por la CONAIE y por Stavenhagen, ratifica la existencia de una concepción diferente del mundo, una cultura distinta y una manera de regular normativamente su existencia a través del derecho indígena o consuetudinario, vemos que entre los pueblos indígenas existe un derecho que cumple con las características esenciales que el sistema jurídico interno requiere para su existencia; esto es, uno generalizado y prolongado y la convicción de que su práctica asegura la convivencia pacifica de su miembros.

De este modo según Vicente Cabedo el derecho indígena está ligado a tres términos característicos:

a) Derecho, atendido como u conjunto de normas y reglas jurídicas que regulan la convivencia social de una colectividad indígena. Es decir, es un verdadero sistema jurídico y no una mera normativa

b) Consuetudinario, que básicamente nos encontramos frente a una normativa jurídica o costumbre jurídica no escrita

c) Indígena, como colectividades distintas del resto de la sociedad blanco mestizo, originarios de un territorio determinado y que mantienen sus propias instituciones económicas, sociales, jurídicas, culturales y organizativas.

Corroborando con estos autores, **Gaitán Villavicencio afirma que "en las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y esta basado en las costumbres y la tradición.**

La aceptación y respeto de las reglas de ese derecho consuetudinario y su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad. El respeto de las reglas establecidas emana de la colectividad".

De manera que, haciendo un enfoque objetivo de cómo se lo concibe y cómo opera dentro de los límites de las comunidades o pueblos indígenas, diré que el sistema jurídico indígena tiene básicamente dos rasgos específicos.

En primer lugar, se encuentra inmerso en el cuerpo social y relacionado con todos los aspectos de la cultura, tales como las fiestas, las normas d carácter civil, el matrimonio, las celebraciones festivas de los pueblos, la transmisión del mando comunitario, etc. En las comunidades indígenas, para determinar las relaciones con la familia, con la naturaleza, con la misma comunidad conocen y se ciñen a sus propios usos y costumbres.

En segundo lugar la tradición comunitaria se expresa en los usos y costumbres que se generan en la gran "familia ampliada" que es el ayllu, conformado por los padres

hijos nietos, suegros nueras, padrinos de matrimonio y de bautizo hasta consuegros, quienes en caso de inobservancia de las normas sociales intervienen como agentes armonizadores del conflicto.

Otro de los aspectos relevantes del derecho indígena o sistema jurídico propio, es que éste se acopla a la realidad del momento; es decir camina a la par con el correr del tiempo. No es un código poseedor de normas estables como el derecho escrito. El derecho indígena de ayer no es el mismo de hoy, porque esta en permanente transición , ligado a un pueblo inmerso en un proceso histórico de cambio.

Este pueblo vive su realidad y no pertenece al pasado, como muchos han catalogado a sus legítimas reivindicaciones, al decir que no debemos pretender recuperar nuestros valores y regresar al pasado.

De la misma forma el derecho indígena junto con otros elementos constituye un elemento de la identidad étnica de un pueblo; por ello, cuando un pueblo reivindica su vigencia, esta luchando por la permanencia de una parte esencial de su identidad cultural y permite conocer de mejor manera su cosmovisión.

Este particular desde la perspectiva antropológica del derecho constituye una configuración sociocultural única que debe ser analizada solamente en sus propios términos y no en los del sistema jurídico del que proviene el antropólogo.

Efectivamente, los pueblos y nacionalidades indígenas se han guiado más por las costumbres y tradiciones con obligatoriedad jurídica que por leyes impuestas.

Pero surge una interrogante de forma inmediata **¿Cómo puede la costumbre ser obligatoria? La respuesta nos da el tratadista Juan Larrea Holguín al manifestar que la Costumbre se forma por la repetición de actos, pero no basta esto que podría llamar elemento material, corpus de la costumbre, sino que se requiere de una convicción de su necesidad u obligatoriedad jurídica, animus de la costumbre".**

De manera que la costumbre de los **pueblos indígenas cumple** con estos **dos riquitos** que son:

1. El corpus y el animus, requisitos suficientes para que la costumbre indígena se constituya en derecho y regule el convivir diario de las colectividades. Dentro de este parámetro, la costumbre en una forma espontánea de ceración jurídica; y, según las reglas del derecho, la costumbre es el mejor intérprete de las leyes y es la base de todo derecho, en definitiva la costumbre es dinámica y de recreación constante, lo que cuestiona una visión estática y atemporal; pero también consigue mostrar como las costumbres son el foco de las negociaciones y peleas por el poder a nivel de las comunidades.

2. La costumbre es jurídica porque tiene un carácter normativo. Este carácter tienen aquellas costumbres cuyo cumplimiento es exigido por una necesidad psicológica y social, real o imaginaria de la colectividad; y el derecho indígena tiene esta naturaleza: siendo reconocida, aceptada y compartida por la comunidad, esa gran voluntad está orientada a conservar y garantizar el grupo social.

La costumbre jurídica por la situación social, cultural, geográfica y regional de los pueblos indígenas , es de gran diversidad y eso explica que sus normas y tradiciones, difieran de un lugar a otro, incluso dentro de una misma parroquia o comunidad; esto se debe esencialmente a los procesos históricos específicos y propios que han tenido que enfrentar en su evolución histórica.

Con el fin de esclarecer más el tema, a continuación nos referimos a algunos tratadistas; así, para **Teresa Valdivia** "la costumbre jurídica, también llamado por los juristas derecho consuetudinario y normatividad jurídica, se refiere a todos aquellos usos, hábitos y normas aceptadas y practicadas por un grupo social que han adquirido fuerza de ley. El carácter obligatorio de estas normas implica existencia de un poder público, de una autoridad encargada de su observancia". Por su parte Diego Iturralde manifiesta "La noción del derecho consuetudinario n y otros que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena) se forja como parte de la argumentación a favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a su intereses y dinámicas.

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse, se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplío espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían llamarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal"

Rodolfo Stavenhagen, también sustenta la existencia y la legitimidad del derecho indígena, al mencionar que b"si por derecho consuetudinario entendemos las normas y regalas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la seducción de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violan estas normas), entonces cabe preguntarse cuál es el origen de estas normas y reglas que les dan legitimidad ante la población y que olas mantienen como un sistema coherente.

Es la gran mayoría de las comunidades indígenas del continente latinoamericano, la legitimidad del derecho consuetudinario, entendido de esta manera, se encuentra en el sistema de parentesco, en las concepciones religiosas y en el vínculo social de la comunidad con la tierra"

De manera que los autores destacan la existencia del pluralismo jurídico, entendiendo éste como cuerpos normativos particulares.

En suma el derecho indígena o el sistema jurídico propio responde al contexto social, a principios de veneración y respeto a la naturaleza, a la cultura, a la estructura familiar, la organización jurídica, social, religiosa, las autoridades de administración de justicia, la lengua y los valores propios; determinan las convivencias diarias en las comunidades o en el hogar.

Las reglas, normas, acciones o procedimientos, forman parte del control social o del sistema normativo propio y están totalmente imbricados en el resto de la estructura social; los aspectos civil, penal, laboral, se confunden, formando un todo legal; y es que denominamos costumbre jurídica o derecho indígena.

De esta manera todo sistema jurídico que nace de una determinada comunidad, es respetado de manera natural por sus miembros; y al ser identificado plenamente por la comunidad, ésta legitima su existencia.

No luchar porque este derecho sea reconocido y aceptado por la sociedad no indígena, sería como dice **Rodolfo Stavenhagen**, perder la identidad como pueblo o comunidad "cuando un pueblo indígena ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aún cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad".

De estas y otras definiciones podemos concluir que un pueblo indígena es la agrupación estable y articulada que comparte un mismo idioma, vive en un territorio determinado, subsiste bajo un modo de producción general y tiene una conciencia de unidad y convivencia social. Se distingue de otros sectores de la colectividad nacional y están regidos por sus propias prácticas tradicionales y culturales. Descienden de las poblaciones que habitaban en el país o en la región antes de la Conquista y aún conservan sus propias prácticas, o parte de ellas.

El Art. 171 de nuestra Constitución de la República, nos brinda una clave para saber cuáles pueden ser considerados pueblos indígenas: "Los pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán sus funciones jurisdiccionales con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de reparticipación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La Ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria."

En los últimos veinte años se han suscitado en el Ecuador, un escenario de crisis económica prolongada y de aplicación de ajustes estructurales, un conjunto de acontecimientos sociales y políticos que se han marcado crucialmente el país profundo,

especialmente el relacionado con los grupos sociales subalternos, gracias al protagonismo asumido y desarrollado por los indígenas; lo que les ha permitido convertirse en sujetos sociales y construir un sólido movimiento social, y por ende, alcanzar una serie de reivindicaciones, entre las cuales se destacan el reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad, multietnicidad y multinacionalidad. Entre los hechos históricos más destacados para llegar a esta situación encontramos:

-La **Constitución de la CONAIE, en1986, como organización social de tercer grado.**

-El **Levantamiento Nacional Indígena, en junio de 1990**, que le permitió la legitimación como un nuevo actor social y político en el escenario nacional.

-La **Consolidación de sólidos movimientos indígenas en la Sierra y Amazonía y de una intelectualidad indígena, "thinking tank**" y creativos propugnadores de estas propuestas.

- **La construcción de sólidas identidades étnicas que, inclusive, han permitido la conformación de estructuras políticas legales como Pachakutic "1996" o Amauta Jatari**, constituida recientemente.

-Como consecuencia de lo anterior se ha producido la existencia de varios gobiernos locales indígenas "prefecturas y municipios", de un sólido bloque congresil.

En el **periodo Floreano** no hubo mayor producción legislativa entorno al indio, la ineptitud de los legisladores y ante todo la falta de compromiso social con los indígenas llevo a una total inercia en la producción legislativa. En la carta política de 1830, dentro del capítulo de los derechos civiles y garantías hay una escueta disposición que establecía "este Congreso Constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su misterio de caridad a favor de esta clase inocente obyecta y miserable".

Como anotamos no se podía esperar mayor legislación en beneficio del sector indígena, puesto que en la **Asamblea Constituyente de 1830** estuvo conformada por la crema y nata de una aristocracia reaccionaria e incompetente por un lado y una naciente burguesía por otro, que a lo mucho confiaron en los curas párrocos " delegados de Cristo"

para la defensa de la clase miserable, al carecer de instituciones jurídicas y legales efectivas se tuvo que recurrir a los postulados religiosos a fin de que la iglesia de protección social al indio explotado.

En el **gobierno de Juan José Flores , el general José María Sáenz, prefecto del Departamento del Ecuador**, puso una circular disponiendo la exención del pago de tributos a los indios pero solamente para aquellos que servían como postas (guías) en la administración de correos.

Está resolución se adoptó motivado por la indigencia en la que se encontraba a los indios conductores de correo, pues su miserable salario que ganaban por ocuparse tiempo completo les era imposible reunir para cumplir con la obligación del tributo.

Era común encontrar mucho de los conciertos de abandonados puesto que en las capitales de provincia pues los indios huían a las capitales de provincia a nuevos lugares de climas calientes, para contrarrestar estas huidas **masivas el Gobierno de Flores dispuso**:

1.- Que, los indígenas están obligados a cumplir con las caridades del concierto sin serles permitidos quebrantar el contrato a pretexto de conseguir el alcance que contra ellos resulte;

2.- Que la cuenta debe pedirse por los protectores al fin del año o en los tiempos que no puedan perjudicar las labores más esenciales de las haciendas;

Finalmente, debemos resaltar que estos reconocimientos constitucionales no han hecho otra cosa que reconocer la diversidad socio-cultural existente en la formación social, como la supervivencia histórica de las ancestrales instituciones de pueblos y nacionalidades indígenas y la vigencia contemporánea de éstas en la cotidianidad de la vida colectiva.

1.2. CONCEPTO DE DERECHO INDIGENA

Un concepto de **Derecho Indígena** no la vamos a encontrar en diccionarios jurídicos y peor en enciclopedias, tampoco en las legislaciones de los países latinoamericanos. Históricamente el derecho de los pueblos originarios estuvo excluido de las legislaciones nacionales, ello no significa ni remotamente que no haya existido, todo lo contrario, en la

legislación positiva oficial no existe, talvez por la ausencia de representantes indios solventes y comprometidos con su identidad en los parlamentos y senados o quizá por carencia de movimientos indígenas que accionen y presiones procesos reivindicativos de la vigencia y aplicación histórica de sus pueblos.

Recién a partir de la década del noventa del siglo XX en los países de América aparecen los primeros diputados, inicialmente sin mayor protagonismo, estos congresiles fueron utilizados por partidos políticos de distintos de tintes para aparentar su pluralidad y vender esta seudo imagen democrática.

Ahora el hecho que no consten disposiciones o norma escritas que recojan el pensamiento jurídico de los pueblos originarios en los códigos liberales positivistas no significa que el **Derecho Indígena** haya desaparecido, por el contrario en la actualidad con mayor fuerza empieza a resurgir, no como moda del momento, sino por un estado de necesidad impostergable, ante las evidentes limitaciones que adolece la legislación positiva oficial, su escasa afectividad y el incontrastable vacío de legislación en torno a los pueblos indígenas en casi todas las naciones latinoamericanas.

Procurando llegar a un mayor acercamiento de lo que es el **Derecho Indígena** daré un concepto que recoja elementos claves para su cabal entendimiento.

"**Derecho Indígena es el conjunto de preceptos y normas milenarias afloradas en las comunidades originarias, guiadas por una concepción cosmogónica filosófica presentes en la memoria colectiva que han sido generacionalmente transmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos de hoy, reconocidos y aceptados por adhesión, como garantía de un equilibrio social"**

1.3 ORIGENES DEL DERECHO INDIGENA.

Los pueblos indígenas históricamente han conservado y desarrollado normas, usos y costumbres jurídicas, que codificados culturalmente, mediante el ejercicio de autoridad tradicional, y la existencia de instituciones, se constituyen en sistemas jurídicos, que aplican mecanismos de administración de justicia, normas y procedimientos. Estos elementos y características fundamentan la existencia del Derecho Indígena.

A partir de la conquista, el **Derecho Indígena** se ha visto influenciado y se ha desarrollado en interrelación con el Derecho Occidental y con otros ordenamientos jurídicos, generando una suerte de sincretismo jurídico, marcado por disputas y contradicciones que enfrentan modos de concebir y ejercer los derechos. La actual circunstancia histórica donde los pueblos y nacionalidades demandan la existencia de un estado pluricultural y multiétnico, requiere de la teorización y el desarrollo del **Derecho Indígena** como instrumento principal para garantizar las relaciones interculturales.

La existencia y consolidación del **Derecho Indígena** coadyuva con el proceso de organización y continuidad de los pueblos y nacionalidades al definir el carácter y naturaleza de sus instituciones y normas, y, contribuye de manera singular a la existencia del estado social de derecho donde el pluralismo jurídico constituye una garantía para la unidad en la diversidad.

Pensar en un tema como el derecho indígena, tal como se ha suscitado en el Ecuador en los últimos años, supone hacerse varias preguntas ¿Es posible "concebir" una justicia indígena autónoma? ¿Hay o puede haber una "justicia indígena" ¿ De alguna manera, esta pregunta sobre la que ha girado buena parte el tímido debate en torno a la consulta de Ley, supone reconocer implícitamente que el sector indígena se ha mantenido en una situación de "injusticia histórica". En otras palabras, que la condición social de los indígenas ecuatorianos es abiertamente injusta en la medida que han sido sujetos de explotación dominación, pero al mismo tiempo, de desconocimiento y negación, a través de una situación tal como actualmente se insiste de " colonialismo" cultural externo e interno. Además y como fruto de esta situación, no han sido sujetos primarios para la ley o, al menos tal como ha sucedido en los últimos siglos, han sido considerados sujetos de segunda , lo que ha ratificado su posición de subordinación social, política, económica, cultural. De ahí que se requiera de un estatuto jurídico especial que permita sortear esta condición.

Partiendo de estos presupuestos parece evidente, obviamente, que debe existir una justicia indígena, si es que por ésta se entiende la necesidad de introducir normas que apunten a modificar esta situación histórica de iniquidad. Entre otras cosas, ellos suponen generar un marco jurídico que contribuya a superar las diferencias, exclusiones y omisiones,

provenientes de condición de población colonizada. La pregunta y la respuesta, distan en todo caso de tener una connotación tan abiertamente simplificada. De hecho forman parte de una problemática compleja que demanda varias lecturas y por ende, supone diversas respuestas, algunas de ellas seguramente válidas. En la idea de ahondar sobre una problemática abierta, en este comentario se proponen algunas ideas sueltas.

Para empezar conviene señalar que tal como se ha insistido largamente en las dos últimas décadas, tanto en el Ecuador como en otras partes del mundo, la globalización ha generado un desate de lo local, a la generación de identidades e identificaciones culturales de dimensión subnacional y a la emergencia de una acalorada discusión en torno a lo nacional. Esta problemática de lo local nacional ha venido determinada por dos órdenes de factores. De una parte, el acuerdo casi generalizado de que, al parecer, una forma particular de estado está en declive esta idea no es compartida por **Arrighi y Silver**, frente a lo que podría denominarse un modelo de Estado cada vez más globalizado, integrado a las redes políticas internacionales que han trasladado el eje de las decisiones y la forma de la política de un nivel interno a un nivel externo, dominado por las empresas transnacionales. Y en el cual, los sectores internos nacionales han sido expropiados de su capacidad de constituirse en forma autónoma e independiente como había sido el ideal ilustrado de soberanía. De otra parte esta el cuestionamiento de la nación como referente del Estado, sea como génesis o como invención estatal, de lo que podría denominarse el espíritu de un pueblo que, por definición, es diferenciado de otros muchos pueblos.

En este segundo nivel ha surgido el debate de las identidades culturales **(Wallertein, 1998).** En tanto referente histórico ancestral que, al parecer, se ha mantenido incólume y se ha reforzado por medio de la tradición, lo cual es una interpretación reaccionaria, pero también como un referente en continua construcción, a través de la tradición y de la vida cotidiana. Esto quiere decir sujeta a cambios algunos de ellos telúricos en relación de la política y de la cultura de la denominación, a través de un proceso de lucha, resistencia y también adaptación. Desde esta perspectiva, la cultura y las identificaciones culturales que han surgido, se constituyen y se modifican continuamente. Son un resultado siempre presente, antes que una mera herencia del pasado ignoto y ancestral.

Cuando se ha aceptado la visión de la cultura como un proceso renovado que genera identificaciones y por esta vía identidades, se ha tratado de no considerar atentamente,

incluso de escamotear , la influencia externa, en la perspectiva, de no adjudicar la importancias que este fenómeno tiene en la práctica social, e insistir en la relevancia de la tradición a la hora de evaluar las determinaciones esenciales internas, para ello se han señalado, además, que las identidades culturales se constituyen en dos series de identificaciones e identidades étnicas sino en este espacio en el que se inscribe en el mundo de la vida en una aquí y ahora, como lo diría la fenomenología de un determinado sector social, lo que implica que determinados sectores que participan de esta experiencia cultural y por ende, cognitiva, disponen de un acervo compartido que lo identifica y diferencia de otros sectores sociales.

A su vez, el **Art. 1.2 del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, agrega: "La autodeterminación como indígena deberá considerarse como fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente Declaración".

En este mismo sentido, el **Anteproyecto de Ley de Administración de Justicia Indígena**, en su **Art. 1** hace referencia a los pueblos "que se autodefinen como nacionalidades indígenas".

En suma, el criterio primordial para calificar a un pueblo indígena como tal es la autodefinición. Ni el Estado, ni ninguna otra institución pública o privada pueden arrogarse la facultad de determinar qué pueblo es indígena y cual no. No obstante, para considerar que exista una 'etnia' deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva.

La primera se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse como "la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo conciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente".

La segunda, se refiere a la cultura, que pude ser definida como "el conjunto de creaciones, instituciones y comportamiento colectivos de un grupo humano el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana".

Es decir, que para que un pueblo sea calificado como indígena se necesita, en primer lugar y en mayor escala, que se autodefina como tal, porque cuenta con un elemento objetivo y subjetivo que consolidan su decisión; y, en segundo lugar y en menor escala, que los demás así lo reconozcan. .

Por su parte, la condición de indígena "se establecerá por el hecho de haber participado en la vida y actividades de la colectividad indígena, en calidad de miembro de ella, siempre que no hubiere sido expulsado de su seno".Pero ¿qué sucede si alguno de los involucrados niega su condición de indígena?

En conclusión, toda persona puede dejar de pertenecer a una comunidad indígena en cualquier momento, siempre que su decisión no busque evadir la justicia o perjudicar directamente a la comunidad.

1.4 CARACTERISTICAS DEL DERECHO INDIGENA

Es necesario insistir que el **Derecho Indígena** no tiene normas escritas recopiladas en un cuerpo legal o código; sin embargo, existen los preceptos desde tiempos inmemoriales y varias Constituciones de los estados Nacionales empiezan a recoger con un tácito reconocimiento, incluso en algunos países como el caso Chileno se ha llegado a dictarse un marco legislativo, sintetizado en la **Ley Indígena Chilena**. En nuestro país tuvo que pasar 168 años desde su creación como estado nacional, para que la **Asamblea Constituyente de 1998 -1999 incorpore en la Carta Política un capitulo que trate sobre "los Derechos Colectivos"**.

Por regla general, la legislación es el reflejo de la forma del estado imperante. Y es que, los estados postcoloniales que aparecieron en América Latina a principios del siglo XIX, se caracterizaron y se caracterizan aún por ser etnocéntricos y excluyentes, por su naturaleza, incapaces de reconocer la existencia de un **Pluralismo Jurídico** y por consiguiente del **Derecho Indígena**, ya que su misma constitución como estados fue el producto de la hegemonía de una minoría étnica mestiza frente a la mayoría absoluta y plural de varios pueblos indígenas y afros que en su momento fueron ignorados.

Se entiende por Derecho Indígena entonces a los sistemas jurídicos constituidos por normas, usos y costumbres jurídicas históricamente conservadas y desarrolladas por los pueblos indígenas, codificados culturalmente mediante el ejercicio de la autoridad tradicional y la existencia de instituciones propias.

Con el advenimiento y la vigencia de la anterior Constitución Política de la República del Ecuador a partir del 10 de agosto de 1998, los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador obtienen su reconocimiento por parte del estado como "Pueblos Indígenas" **(Art. 83 C.P.R.)** y dentro del conjunto de los derechos de los pueblos indígenas que consagra la nueva constitución, aparece el reconocimiento expreso de las autoridades de los pueblos indígenas y en consecuencia la facultad de administrar justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres y derecho consuetudinario **(derecho indígena). (Art. 84, No. 7 C.P.R.). (Art. 191, inc. 4 C.P.R.)**

Los pueblos indígenas históricamente han conservado y desarrollado normas, usos y costumbres jurídicas, que codificados culturalmente, mediante el ejercicio de autoridad tradicional, y la existencia de instituciones, se constituyen en sistemas jurídicos, que aplican mecanismos de administración de justicia, normas y procedimientos. Estos elementos y características fundamentan la existencia del **Derecho Indígena**.

A partir de la conquista, el **Derecho Indígena** se ha visto influenciado y se ha desarrollado en interrelación con el Derecho Occidental y con otros ordenamientos jurídicos, generando una suerte de sincretismo jurídico, marcado por disputas y contradicciones que enfrentan modos de concebir y ejercer los derechos. La actual circunstancia histórica donde los pueblos y nacionalidades demandan la existencia de un estado pluricultural y multiétnico, requiere de la teorización y el desarrollo del **Derecho Indígena** como instrumento principal para garantizar las relaciones interculturales.

La existencia y consolidación del **Derecho Indígena** coadyuva con el proceso de organización y continuidad de los pueblos y nacionalidades al definir el carácter y naturaleza de sus instituciones y normas, y, contribuye de manera singular a la

existencia del estado social de derecho donde el pluralismo jurídico constituye una garantía para la unidad en la diversidad.

El programa de **Derecho Indígena** organiza su sistema curricular en los primeros semestres, a partir de la formación de los estudiantes de derecho en el conocimiento de los fundamentos y teoría jurídica del **Derecho Indígena**, complementando la formación teórica del inicio con la identificación y ejecución de prácticas jurídicas que desarrolladas en comunidades, pueden constituirse en los temas de tesis para optar por el título de abogado. En los semestres posteriores se aplican los conocimientos del Derecho Universal, buscando que en cada módulo exista una materia específica que logre el sentido de la interrelación y correspondencia entre el **Derecho Indígena y el Ordenamiento Jurídico Nacional**. En los semestres finales se fundamentan los contenidos académicos requeridos para lograr un diálogo de saberes jurídicos y nuevamente se retoman las prácticas que junto con la investigación, constituyen ejes metodológicos permanentes y transversales de toda la carrera.

Desarrollar un proceso de Interaprendizaje en el área del **Derecho Indígena**, basado en la cosmovisión y principios ancestrales de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas con el fin de alcanzar el equilibrio social, fin supremo del derecho en general y de la justicia indígena en particular, se puede mencionar algunos objetivos:

a) Impulsar la reconstrucción, sistematización y desarrollo del Derecho Indígena, así como la democratización del Ordenamiento Jurídico Nacional que permita desarrollar normas incluyentes y los mas altos tribunales sienten jurisprudencia en temas relacionados a los **Pueblos Indígenas** para que al fin responda a una sociedad intercultural con raíces indígenas y más latinoamericanas.

b) Desarrollar y practicar el Pluralismo Jurídico, como esencia de la Cosmovisión Indígena que pregona la tolerancia a lo diverso, la interculturalidad, el consenso y el equilibrio; elementos que se resumen en la práctica de la Justicia Indígena.

Formar y profesionalizar Abogados con énfasis en **Derecho Indígena**, capaces de comprender las diversas concepciones del mundo, democratizar el derecho occidental y propender por la práctica de la justicia comunitaria ancestral.

Dentro del campo ocupacional, la actividad profesional de los Abogados en todas las sociedades, se ha caracterizado y se caracteriza por ser un campo de acción sumamente amplio. Las sociedades no indígenas han fragmentado el conocimiento integral del derecho y se han creado las especialidades en los campos civiles, penales, laborales, tributarios, bancarios, marítimos, ambientales, etc.

Las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, al ser colectividades recientemente reconocidas en forma expresa por la **Constitución Política de la República de 1998**, carecen aún de Abogados que partan del hecho real de la existencia de la singularidad de las sociedades modernas, es decir de las sociedades pluriculturales que conllevan el Pluralismo Jurídico. En consecuencia, con la transformación cualitativa del Ordenamiento Jurídico Nacional, existen varias tareas pendientes que lleven a armonizar los nuevos y diferentes componentes del derecho nacional ecuatoriano.

Por lo expuesto, el Abogado con énfasis en **Derecho Indígena de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, dada su preparación desde una cosmovisión intercultural e interdisciplinaria, tendrá muchas opciones, desde el libre ejercicio profesional en las ciudades o en las nacionalidades y pueblos indígenas, hasta el desempeño de cargos en todos los niveles del accionar jurisdiccional como los **Juzgados, Tribunales, Corte Superior, Corte Suprema, Tribunales de lo Contencioso Administrativo, Tributario**, etc.; sin descartar que también sus servicios serán solicitados por empresas, organismos, gremios, instituciones, sean estos de carácter público o privados.

1.5 AUTORIDADES QUE ADMINISTRAN LA JUSTICIA INDIGENA DE CONFORMIDAD CON LOS PUEBLOS INDIGENAS.

La Administración de Justicia en las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, es un sistema de las sociedades comunitarias ancestrales que se basa en precedentes jurisprudenciales, es oral, público, participativo y horizontal, que en varios casos, mantienen características originarias que pasan de generación en generación a través del tiempo.

Este sistema de administración de justicia, en todas las Nacionalidades y Pueblos Indígenas, se ha venido practicando de hecho, al margen de las Leyes Nacionales y por lo tanto en forma secreta, debido a que la propia legislación de los estados latinoamericanos, entre ellos del Ecuador, prohibía la existencia de otros sistemas de administración de justicia y no admitía más que el sistema oficial y en consecuencia, la administración de la justicia indígena fue proscrita y expresamente prohibida y hasta tipificada como delito.

Generalmente la autoridad se enmarca dentro de una institución unipersonal y pluripersonal en cada pueblo con facultades expresas y reconocidas por el propio pueblo. Así tenemos como primera autoridad a interior de la familia el padre; si la familia es numerosa y hay nietos, biznietos entonces aparece la figura del abuelo, el aciano que es muy querido y respetado y a veces temido por sus decisiones que tiene que impartir justicia. En otros pueblos es el presidente de la comunidad quien ejerce la autoridad- en conflictos mayores actúa una autoridad pluripersonal, ahí encontramos el cabildo directivos superiores de la comuna, quien colectivamente imparten justicia, en otros casos se eligen una comisión jurídica quien tiene la labor de resolver los conflictos en unos casos y en otros constituye organismo auxiliar.

Ahora si la falta es grave y extremadamente compleja como el homicidio por ejemplo es la asamblea general el organismo supremo encargado de proveer justicia en función de informes del organismo directivo o cabildo y obviamente conforme a las indagaciones que se haya realizado.

De hecho, la **Propuesta de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas** del Ecuador presentada en los últimos años ha consideración de la ciudadanía y que se considera muy progresista esto es nada de accionaria; ha destacado, al respecto, que: Son indios los que pertenecen a una comunidad, centro, nacionalidad; la comunidad, centro, nacionalidad es una determinada circunscripción territorial o esta determinada territorialmente; estas unidades disponen de una cultura específica que se expresa en costumbres y tradiciones articuladas; estas costumbres y prácticas forman parte del derecho consuetudinario a partir del cual las autoridades indígenas deben impartir justicia. Ha considerado, así mismo, poco decisivas las influencias culturales externas, pues al hablar de la jurisdicción y la competencia de la autoridad indígena señala explícitamente

que : la potestad pública, para ejercer funciones de justicia que reconoce la Constitución de la república se ejercerá de conformidad con sus costumbres y derecho consuetudinario que no dejará de ser tal por las innovaciones que la colectividad incorpore constantemente de acuerdo con las necesidades y los cambios de los tiempos.

Históricamente se ha cuestionado esta idea de encerrar la cultura en límites espaciales o de vincularla a un sector social particular localizado en determinados ámbitos territoriales. Sin embargo, en el Ecuador esta concepción ha sido apropiada por el discurso indígena moderno y se lo ha presentado bajo el referente de avanzar. Y, como es natural, ha dado paso a posiciones de tipo excluyente, dentro del movimiento. De una parte, porque ha considerado que la cultura es un referente exclusivo de la etnicidad.

Ahora bien, aunque en la realidad la cultura es particular de determinados grupos sociales, en este caso es específica, tomada en términos excluyentes y exclusivos representa una versión restringida y estrecha. De hecho, la cultura en la vida cotidiana, como los indios en la vida diaria, conviven con otros; su práctica, como su experiencia, recurre no solo entre los indios (un concepto ambiguo, como toda invención), sino con otros sujetos que por oposición (y como otra invención ideológica) se denomina mestizos, blancos, etc. Esta experiencia, con blancos, mestizos , a nivel local, nacional, internacional, tiene fronteras a través de las que se pernean y rebotan desde todos los puntos del tejido social y no aún centro sino a todos los nudos de la red , las influencias de las otras culturas, locales, subnacionales, nacionales, mundiales. Es decir, la experiencia de los otros mestizos, blancos, que por esta razón terminan siendo menos blancos, menos mestizos (o más blancos o más mestizos), de los propios indios y, pues se han transformado en más indios o menos indios, que lo que se presentaban ideológicamente.

1.6 EL DERECHO CONSUETUDINARIO.

El término derecho consuetudinario, tiene su origen como categoría del derecho romano, ahí encontramos la veterata consuetudo, se refiere a aquellas practicas repetidas inmemorialmente en forma sistemática, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo que las acepta como válidas sino que las considera obligatorias por su necesaria garantía de orden social.

“El problema indígena, en la mayoría de los casos, se identifica con el problema de la tierra. La ignorancia, el atraso y la miseria de los indígenas no son sino la consecuencia de su servidumbre. El latifundio feudal mantiene la explotación y la dominación absolutas de las masas indígenas por la clase propietaria. La lucha de los indios contra los gamonales ha estribado invariablemente en la defensa de sus tierras contra la absorción y el despojo. Existe, por tanto, una instintiva y profunda reivindicación indígena: la reivindicación de la tierra.” **Mariátegui.**

La ideología lo es todo, nada, absolutamente nada puede estar sobre ella, y en esa medida los comunistas somos claros y objetivos. No podemos en nombre del oportunismo y mucho menos amparados en el frío cálculo de “acumular fuerzas” irnos contra corriente ideológica para sostener conceptos, posiciones y reivindicaciones anti históricas que en última instancia resultan nocivas contra los intereses de la clase, las masas y el plan estratégico de capturar el Poder.

Evidentemente nos referimos al tema que han abordado los noticieros nacionales en los últimos días en relación a la práctica consuetudinaria del **Derecho Indígena** y por otro lado la inclusión del mismo en la nueva Carta Constitucional que impulsa el régimen de turno.

Entendemos que el **Derecho Consuetudinario** Indígena descansa sus preceptos en aquellas normativas originarias que regulaban las sociedades pre - incásicas e incásicas. Cánones que objetivamente respondían a un momento histórico concreto, específico, particularmente en los territorios que hoy constituyen el Ecuador, donde el modo de producción era avivado a vivir un proceso de transición de la comunidad primitiva al esclavismo. Desde luego, los códigos de convivencia y las leyes respondían a las nacientes relaciones de producción donde el Shyri, posteriormente el Inca y su familia, los sacerdotes y los militares tenían un lugar privilegiado en la pirámide estructural de Poder. Irrebatiblemente, las leyes estaban establecidas para la supervivencia de esa dictadura en formación. Es decir, muy poco o nada tiene que ver con un régimen comunitario e igualitario que en la actualidad falsamente pregonan la dirigencia indígena y los seudo intelectuales del revisionismo en el país. **Ama Shua, Ama Llulla, Ama killa** - No seas ladrón, no seas mentiroso, no seas ocioso. Nada determina con certeza que estos mandatos hayan sido fundamentales

en la estructura jurídica pre colonial. Si partimos de que aparentemente el génesis del andamiaje legal no escrito de los grupos aborígenes descansaba sobre un basamento comunitario donde todo le pertenecía a la Pachamama, el ejercicio misma del robo no existía en la medida de que el robo como una acción atentatoria a cualquier formato legal existe condicionado a la existencia de la propiedad privada. Si la propiedad es comunal el robo como figura no tiene sentido. ¡Nadie se roba a sí mismo!
No mentir ¿en función de qué?, si se supone fue una sociedad tan bien organizada donde cada quién cumplía su rol y tenían espacios de participación que se simplificaban en los Consejos donde la confianza y el apoyo mutuo eran lo relevante.

No ser ociosos, cómo serlo en una sociedad donde el amparo comunitario desde la niñez formaba a los niños con responsabilidades tan grandes e importantes que llegaron a constituir un pueblo tremendamente magno con una infraestructura que se ceñía a la dinámica productiva de entonces.

Todo indica que estos tres preceptos no fueron otra cosa que un componente más de esa estrategia de colonización que se basaba en el sincretismo religioso cultural, su arma más efectiva para poder sostener su condición de dominio y sometimiento a nuestros ancestros en condiciones afables al invasor.

“Rápidamente procedieron a encadenar las conciencias, al mismo tiempo que esclavizaban los cuerpos. Esto facilitaba enormemente el sometimiento económico, objeto primordial de los súbditos católicos”. **Mariátegui**.

No robar, porque en un momento determinado de la resistencia y del combate a los opresores “robar” reemplaza la legítima figura de expropiación, de recuperación de aquello que nos usurparon por la fuerza, entonces penalizarlo desde la misma perspectiva indígena y por otro del manejo desde la súper estructura del estado con la coerción del derecho positivo resultaba muy hábil y ventajoso.

No mentir. Tiene mucho que ver con los orígenes del ritual eclesiástico de la confesión que data del siglo IV, donde hábilmente los curas convencieron a sus feligreses y creyentes que postrándose tras una rejilla que guardaba aparentemente

el anonimato podían confesar sus pecados sin darse cuenta que ingenuamente amparados en la fe cristiana, “se entregaban” a las autoridades eclesiásticas y represivas al delatar sus afrentas sociales y “espirituales”. La confesión no comprometía en la iglesia la petulante idea o creencia de buscar el perdón de los mismos, sino básicamente contar con el instrumento idóneo para hurgar en las entrañas de la religiosidad de las masas todos los actos conspirativos que tenían contra los intereses de la iglesia y el estado, recordemos que en nombre de Dios se conminaba no solo a la declaración de los pecados sino a la delación de quienes los cometían. Entonces no mentir era parte de esa estrategia de control y coerción.

Lo de no ser ociosos es por añadidura y aborda el problema de la explotación desmedida de los españoles y posteriormente de felipillos y chapetones contra los indígenas quienes como un acto de rebeldía ejercían cierta resistencia al trabajo en los telares, en las grandes haciendas administradas por curas infectos, de los terratenientes y demás explotadores. Y desde luego, si la costumbre histórica y la iglesia lo determinaban, el camino se allanaba de mejor manera para poder obligar al cumplimiento de las largas y exhaustas jornadas de trabajo.

Entonces vamos viendo que no encontramos sustento objetivo a tales normas ancestrales.

De ninguna manera estos estatutos del comportamiento comunal que se supone son transmitidas por herencia oral son inmutables como lo sostienen de manera torpe los indigenistas y sus defensores, por el contrario, mutaban con facilidad, iban cambiando conforme la sociedad evolucionaba en medio de contradicciones irreconciliables entre las clases y que iban alineando la súper estructura del estado donde el componente cultural y religioso se torna determinante si se lo utiliza de una manera hábil como lo hizo la iglesia a su tiempo, como ahora también lo hace el viejo estado, la iglesia y el revisionismo.

En las comunidades indígenas se han castigado fuertemente a individuos-as, que han sido encontrados en actos de infidelidad, penalizaciones propias de la iglesia, entonces también se defiende la tradición donde es relevante la presencia de la iglesia. Se castiga el abigeato sobre todo el que es infringido a indígenas

terratenientes-ganaderos de importancia, es decir se defiende la propiedad privada subordinando a la propiedad comunal que como hemos sostenido sustancialmente no existe pero que formalmente se muestra como un ideario de identidad racial.

EL DESENCUENTRO DE LA JUSTICIA Y SUS CASTIGOS

En las últimas semanas las noticias traían a relación algunos castigos indígenas que argumentaban el **Derecho Consuetudinario**. Una de ellas llamaba la atención en una comunidad próxima a Alausí, en el centro del país, donde dos indígenas fueron torturados por miembros de su misma comunidad bajo acusaciones de practicar actos de brujería en contra de otros comuneros.

El “argumento jurídico” que desatara tan grave sanción ni siquiera demanda mayor análisis porque la brujería es ajena a la historia cultural de los indígenas pre hispánicos, por el contrario, fue traída por los Españoles para contrarrestar la práctica shamánica, de sabiduría natural de los indígenas y que solo se convirtió en una practica pagana el momento que la iglesia hace violenta presencia en América. (Cuando la correlación de fuerzas todavía favorecía a nuestros ancestros antes que se consolide la conquista española, el catolicismo era la manifestación pagana que atentaba contra el régimen religioso, cultural y la cosmovisión de la sociedad pre colonial). Vale preguntarse, ¿si el Derecho Consuetudinario es trasmitido oralmente de generación en generación y que se entiende guara celosamente su originalidad metafísica por qué se acude al Derecho Positivo que se entiende manifiesta la Biblia en sus escrituras? ¿A qué libro del evangelio recurrieron los dirigentes indígenas para tratar el problema de la brujería?, ¿al Éxodo?, ¿tal vez a Gálatas 5:20?, ¿al Apocalipsis 9:21, 18:23, 22:15?, o ¿quizá al libro del Génesis 40, 08 o cualquier otro que hace relación a la condena y castigo de la brujería? Entonces se estaba castigando una afrenta propia de los mishus, de los blancos y mestizos y no de los indígenas. Lo particular del magro acto es que los dirigentes indígenas cuando dirigían el castigo tenían en sus manos ¡la Biblia! Elemento que “legitimaba” la sanción y la pecaminosidad de los penados, y como si esto fuese poco, a un costado de ellos la presencia complaciente del cura parroquial y contiguamente un miembro de la policía.

¿Donde carajos están las valoraciones culturales en estos actos crueles cuando no se toma en cuenta aún por la misma aparente transmisión oral que la iglesia fue el primer puntal de apoyo sobre el que se estructuró el dominio español contra los pueblos originarios? ¿Y es que acaso Atahualpa no rechazó con violencia la Biblia razón por la cual fue ejecutado y ahora la dirigencia indígena en nombre de dios y de la cultura ancestral castiga a los suyos de la misma manera y con el mismo argumento que sus verdugos castigaban a sus ancestros?

Pero vayamos más allá, el castigo fue tan siniestro que nada tiene que ver con la práctica tradicional de la ortiga, el agua y la vergüenza pública para de repente incorporarle el despiadado látigo y la colgada del sentenciado por los brazos desde atrás para en total indefensión ser azotado hasta sangrar. Quienes hemos pasado por las manos de la represión y quienes hemos sido torturados sabemos de la crueldad de estas experiencias que ahora se supone son ancestrales. ¿Qué sigue?, ¿la funda en la cabeza?, ¿la inmersión en agua?, ¿la aplicación de corriente eléctrica a las zonas más sensitivas del cuerpo?

Por otro lado hay que considerar que salvo algunas **minorías nacionales de la amazonía** que mantienen cierto comportamiento organizativo y productivo bajo régimen comunitario, es en la sierra donde los linchamientos o ejercitamiento del **Derecho Consuetudinario** se lo aplica con regularidad, ahí donde las relaciones de producción son eminentemente feudales que conviven con ciertos muestrarios capitalistas que hacen un híbrido de capitalismo burocrático rudimentario. Al interior de las mismas comunidades, donde el letrado, el representante del estado, entiéndase **Presidente del Cabildo o de la Junta Parroquial**, el más próximo a la iglesia, a ese oportuno servil de la iglesia que le llaman prioste o el terrateniente indígena más poderoso que representa el gamonalismo feudal son quienes tienen preeminencia en las decisiones de la comunidad. Es decir, existe lo que nosotros llamamos estratificación del poder burgués terrateniente, donde un indígena explota a otro, que por el manejo cultural que otorga la identidad racial vuelve prácticamente permisible un sistema de explotación que muchas veces es más voraz que aquel que ejercita el mundo “occidental” contra los indígenas campesinos pobres.

Y la justicia indígena es racista, discriminadora y excluyente. No se aplica en las comunidades de la serranía ecuatoriana solo entre indígenas sino que es aplicada contra quienes atentan contra el interés y costumbre indígena. Siempre y cuando sean más débiles que los castigadores, desde luego castigar, linchar o juzgar, como quiera llamárselo se lo hace contra los individuos que en la escala de valores materiales y culturales dentro de la propia comunidad ocupan sitiales socialmente muy deprimidos. Son los peones de los indígenas, los pastores pobres, los minifundistas, los comerciantes informales, las mujeres viudas, abandonadas o desamparadas, madres solteras quienes son sujetos de este tipo de sanciones.

No se diga si un mestizo pobre es atrapado robando en una comunidad o peor aún si se trata de un hombre de raza negra contra quiénes particularmente son más cruentos en plena manifestación de racismo, el mismo que ha atormentado la vida del pueblo indio por más de cinco siglos. Contra el blanco no, improbable.

Si el **Derecho Consuetudinario Indígena** tiene tanta valía y trascendencia en la vida de las comunidades y el sostenimiento de la armonía en su interior, ¿por qué no se juzga y sanciona a los especuladores, a los políticos mentirosos que los engañan y los empujan a vivir la falsa ilusión constitucional electorera? Jamás se ha conocido de un castigo de esa naturaleza contra la dirigencia indígena que los traicionó cuando tuvieron cuotas de poder en regímenes corruptos y cicateros como el de **Gutiérrez** donde no solo traicionaron a su pueblo sino que traficaron con su cultura a cambio de puestos en el aparato gubernamental. ¿Por qué no irse contra el “blanco” explotador que los humilla, explota, flagela, arremete sistemáticamente en los grandes feudos que perviven en las entrañas de las tierras donde se asientan comunidades indígenas como son el caso de **San Juan y Vallagán en Chimborazo** donde las comunidades viven en paz sumisa con los **terratenientes (Cobo)** que tienen miles de hectáreas y donde los cuidadores de estas haciendas, también indígenas, disparan a sus semejantes si estos allanan la propiedad privada del terrateniente o matan al ganado de los campesinos pobres si estos entran circunstancialmente en los extensos predios destinados para la crianza de animales de lidia?.¿Porqué no se castiga con látigo, colgada, ortiga y meada encima a aquel cura indígena que en Chimborazo embarazó a una dependiente de la curia hace

pocas semanas? Por el contrario, la mujer, desprotegida, fue humillada y avergonzada en la comunidad.

Sería bueno que la izquierda indigenista y la dirigencia indígena campesino haga un ejercicio intelectual correcto, investigue la historia y recree el levantamiento armado de **Fernando Daquilema, Ñuncanchi Jatun Apuj, en Cacha, Riobamba en 1871**, quién pone en práctica la ley histórica de los explotados y se levanta con violencia revolucionaria contra los traidores de su clase y de su raza, contra los terratenientes y todas las expresiones de poder del viejo estado. Levantamiento donde la expresión de clase se funde con la necesaria reivindicación de raza para conquistar sus derechos. Daquilema, en presencia de un cura, de la fuerza pública y de los traidores fue asesinado de manera sumaria en la plaza de Yaruqíes. No muy diferente a la manera como obran ahora quienes se arrogan el derecho de administrar justicia en nombre de la raza.

Ahí el precepto histórico manejado por **Daquilema** y sus huestes tiene sentido porque se ciñe a la realidad objetiva, donde la lucha agrarista tiene matices culturales. Donde la base material de la lucha por la tierra tiene un nutrimento cultural y racial determinado por la identidad de intereses y contradicciones.

La cultura tiene un basamento material y este está dispuesto por la naturaleza de las relaciones de producción.

El **Derecho Consuetudinario Indígena** no es sino un argumento que manejan los dirigentes para mantener sus condiciones de privilegio y explotación a su propio pueblo.
Lo fundamental del pueblo indígena es su condición de producción que esta ligada al problema esencial de la tenencia de la tierra y las condiciones objetivas para su explotación. Es decir, son pequeños campesinos, pequeños burgueses porque son dueños de pequeñas parcelas de trabajo, unidades o medios de producción (en contraposición al proletariado que no tiene nada, salvo su fuerza de trabajo), que tienen profundas contradicciones con los grandes terratenientes y las expresiones de poder burgués. Eso es lo primordial. Su condición de indígenas es secundaria sin que esto no quiera decir que no sea importante pero que debe tener la valoración

correspondiente en función de cuales son las contradicciones fundamentales con quienes los explotan, como sector productivo mayoritario y deprimido con el estado, como nación contra el estado nación que los rebasa en sus reivindicaciones.

No estamos de acuerdo con estas prácticas porque son subjetivas, falsas y nocivas en la medida de que en nombre de ellas se ampara el poder burgués gamonal de manera soterrada. En **Quero provincia del Tungurahua** el paramilitarismo se vale de estas formas históricas del quehacer jurídico tradicional para arrastrar a las masas campesinas a la defensa de la iglesia, de la propiedad privada y del trabajo con manifestaciones feudaloides, y si eso no es fascismo, ¿qué es? son nocivas porque soterradamente tratan de mostrar un régimen de cooperación y vivencias comunales cuando en realidad existe un régimen de explotación feudal que se ampara en la cultura para subsistir en beneficio de una nueva estructura de poder gamonal, terrateniente.

La **justicia** que ameritan las comunidades indígenas debes estar alineada a la justicia revolucionaria donde los preceptos del nuevo Poder bregan con las masas para erigir al pueblo indígena pobre y explotado y demás minorías nacionales en el camino sostenido al Comunismo, objetivo más próximo al ideario del convivir comunitario al que se remiten los indígenas pobres.

Justicia revolucionaria que se erige de la ideología de clase y que cobija su juridicidad en un nuevo modelo de relaciones que se inscriben en la Nueva Democracia, alianza estratégica de obreros y campesinos en el quehacer mismo de la Guerra Popular y su tránsito al comunismo.

La experiencia de los camaradas del **Partido Comunista del Perú** es notable, cuando trataron de ingresar a una zona de la Amazonía donde estaban asentados indígenas de la comunidad Ashaninka muchos de ellos se armaron del lado de las fuerzas sanguinarias de **García y Fujimori para combatir la Revolución Popular**. Es decir, en determinados momentos pueden llegar a ser tan contrarrevolucionarios como cualquier otro individuo que esgrime y defiende ideología burguesa en cualquiera de sus proporciones y su condición de indígena pasa a ser subordinada totalmente por su condición de clase y por último, a qué clase sirven.

Hay que desenmascarar el carácter de clase que tienen estas prácticas y cómo el oportunismo indigenista y el de la izquierda se nutren de estas prácticas para sostener un régimen social que no coincide con el interés de los pobre y explotados del país sean estos indios, negros, mestizos o blancos, explotados en general.

En la **Asamblea Constituyente,** después de no haber considerado algunas de las reivindicaciones constitucionales que demandaba la dirigencia indígena en la redacción final de la propuesta de Constitución en Ciudad Alfaro, el régimen se dio cuenta que haber soslayado estas propuestas iba a debilitar su posición y respaldo para conseguir el SI en el referéndum de septiembre. Y claro, entre gallos y mediano noche se medio cumplió con los ofrecimientos de campaña del **Economista Rafael Correa** a las masas campesinas y se incluyó algunos puntos que de igual manera medio aliviaron las aspiraciones de los mismos.

Incluir en la **Constitución a la Pachamama**, reconocer al **Quichua** como un idioma de interrelación cultural, determinar que el Ecuador es pluricultural y multinacional y por último facultar la práctica de la "justicia indígena" por un lado favorece las reivindicaciones nacionalistas de la dirigencia indígena que buscan construir un amparo administrativo propio donde el legado burocrático posibilitará la reproducción de una nueva burguesía burocrática en el campo que desplace a la tradicional burguesía "blanca". Por otro lado, en nada favorecerá las condiciones de emancipación que demandan los explotados. En nada asistirá la resolución de las contradicciones existentes al interior del pueblo indio. Ni la ortiga, ni la vergüenza pública ni el castigo más atroz saciarán la necesidad de justicia cuya demanda deviene de las condiciones complejas, paupérrimas de vida de los campesinos más pobres.

Si se considera o se espera de que la inclusión de las reivindicaciones del proletariado, de los indígenas campesinos pobres y explotados en la **nueva Constitución** sea un arma de lucha contra la explotación debemos tener la absoluta y contundente certeza de que tan solo estaremos viviendo una efímera quimera extraviada en los utópicos sueños del revisionismo y del oportunismo.

Hay que **crear una Constitución**, si, pero solo podremos hacerlo el preciso momento que tengamos el poder en la mano, caso contrario será letra muerta que el momento de ser aceptada y respaldada terminará descomponiendo las aspiraciones redentoras, revolucionarias y sobre todo entorpeciendo los esfuerzos que comprometen la toma del poder.

CAPITULO II

GENERALIDADES DE LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Antes de la llegada de los españoles al territorio ecuatoriano, estaba conformado por distintos pueblos y nacionalidades indígenas originarios, que nacieron y desarrollaron, cada uno de sus propios territorios, tenían sus propias formas de organización social, vida, actividad económica, pensamiento político, normas de conducta, de convivencia social, costumbres y cultura.

Muchas de estas formas sociales han sobrevivido hasta nuestros días con sus propias particularidades.

Dentro del proceso reivindicativo de los pueblos indígenas, sus propios actores han iniciado una etapa de reconstitución e identificación plena como colectividades diferenciadas.

Los pueblos indígenas viven en amplísimas zonas del territorio ecuatoriano, distribuíos desde el norte hasta el sur del Ecuador, ascienden según el cálculo aproximado, a unos cuatro millones de personas.

Se han denominado pueblos indígenas o aborígenes porque habitan sus tierras antes de que vinieran los colonizadores de otros lugares; según una definición, son los descendientes de las personas que habitan un país o una región geográfica en el momento en que llegaron poblaciones de culturas u orígenes étnicos diferentes.

A pesar de que constituyen la población mayoritaria en nuestro país los pueblos indígenas siguen siendo víctimas de racismo y discriminación racial.

Esta discriminación racial se manifiesta en los criterios utilizados para contar la población en los censos nacionales y en los obstáculos administrativos, económicos, políticos y culturales que generan el bajo registro de nacimiento entre las poblaciones indígenas.

Las **comunidades indígenas** conjuntamente con otros sectores de la sociedad han generado importantes dinámicas políticas al interior de la sociedad, que se expresan a través de nuevas formas institucionales de acción represtación parlamentaria y poderes locales que han entrado en contradicción con la justicia ordinaria, en tanto se trata de impartir su propia justicia indígena dentro de su territorio, en cuanto a los diferentes tipos de sanciones que se debe impartir como factores principales como los siguientes.

a) Para los miembros de las comunidades el sistema jurídico no funciona, por la poca confianza que tienen los funcionarios que administran justicia.
b) La falta de protección de las entidades encargadas de velar por la seguridad de sus bienes, se ven amenazados en su entorno.
c) La presencia de influencias extrañas infundadas y alejadas de la verdad procesal.
d) Los abogados son vistos como injustos, racistas e ignorantes de la realidad de los comuneros.

En la comunidad de **Gallo Rumy** se ha detectado que existen muchos casos de delito de estupro en mujeres, niños, y que como consecuencia de estos delitos han dejado secuelas en forma psíquica y física de los menores, mujeres que son víctimas de esta lacra social, produciendo traumas, resentimientos, que causan deterioro de la personalidad, puesto que el pudor de la persona es uno de los valores más preciados del ser humano.

En la comunidad de **Gallo Rumy**, existe gran incidencia del cometimiento del delito de estupro, esto se da especialmente por cuanto os indígenas suelen hacer fiestas continuamente en donde ingieren bebidas alcohólicas sin control y como consecuencia pierden el juicio y se produce el delito de estupro. Recordemos que el alcohol en el cuerpo actúa como desinhibidor.

Es así como con la **creación** de **CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador),** en el mes de noviembre de 1986, surge el concepto de nacionalidades y pueblos como una forma de sustituir términos peyorativos como “salvajes, tribus, nativos, aborígenes, étnicos, minorías, etc.

En nuestro **Estado Ecuatoriano**, se han identificado 13 nacionalidades indígenas, de los cuales la nacionalidad Kichwa etc. conformada por varios pueblos, entre el que se encuentra la **Comunidad Indígena de Gallo Rumy, del pueblo Cañarí**.

Es importante señalar que con la invasión española, más tarde en la Constitución de la república independiente y en la construcción del Estado nacional, se ha intentado homogenizar a todos estos pueblos y nacionalidades bajo una sola cultura blanco mestiza, adoptando un solo idioma, así como un ordenamiento jurídico único, positivo, de carácter obligatorio y coercitivo, sin considerar que las sociedades existentes aquí eran y son diversas, heterogéneas en culturas, costumbres, tradiciones y visiones.

Sin embargo todo este proceso de unificación de las culturas no logró destruir las culturas propias de cada uno de los pueblos; de la misma manera, la resistencia y lucha de los pueblos indígenas, que han mantenido hasta la actualidad han hecho que sigan viviendo de acuerdo a sus propias formas de vida, usos y costumbres, y además sean reconocidos y garantizados sus derechos por el ordenamiento jurídico nacional.

Esta realidad es asumida también por los estudios antropológicos al considerar que "el peso del modelo del Estado nacional, que concedió la unidad nacional como uniformidad y promovió la erradicación de las diferencias culturales, lingüísticas, jurídicas, etc., lo que hace notar que el constitucionalismo se niega la existencia del derecho indígena o esconde su existencia balo términos tales como folklor o costumbres."

En la legislación nacional ecuatoriana y como claro ejemplo de esta realidad el **artículo 13 del Código Civil,** estatuye que " La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros y su ignorancia no excluye a persona alguna", dando un carácter de universalidad a las norma legal escrita.

A consecuencia de esta realidad, la costumbre jurídica o el sistema jurídico propio de los pueblos indígenas ha sido vedada de su utilización; es más , no es fuente inmediata del derecho, sino secundaria y supletoria. Es jurídicamente obligatoria y

tomada en cuenta como fuente formal, solo cuando la ley expresamente lo estipula al disponer en el **artículo 2 del Código Civil,** que "la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella".

La condición subordinada de la costumbre jurídica o el sistema jurídico propio en la legislación ordinaria, así como se desconocimiento, han hecho que casi nunca los usos y costumbres sean tomados en cuenta en los procesos de administración de justicia. Más bien, ha impedido categóricamente su reconocimiento, su utilización y consiguientemente las costumbres jurídicas han sido condenadas a la clandestinidad.

Esta situación en los últimos años hadado un cambio radical debido a la introducción de importantes reformas constitucionales que reconocen explícitamente ciertos derechos indígenas como la lengua, la educación bilingüe, los derechos colectivos, las circunscripciones territoriales indígenas, la administración de justicia, logros que responden a las reivindicaciones emprendidas por los pueblos indígenas a través de sus organizaciones, que de manera incesante han luchado por el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas y que estos no sean considerados como simples "costumbres", sino como verdaderos sistemas de derecho.

De esta manera la Constitución de de 1998, da un nuevo paso en el reconocimiento de los derechos aludidos y sobre todo, en la concepción del Estado pluricultural y multiétnico, con la siguiente incorporación del pluralismo jurídico en nuestra legislación, y que se encuentra ratificada en la Constitución actual de nuestra República, en el Art.171.

Interpretando esta disposición constitucional diremos que la Constitución está reconociendo y delegando a las autoridades indígenas su calidad y carácter de autoridad pública; esta delegando una función pública, la de administrar justicia; plantea una alternativa a la engorrosa e ineficiente justicia ordinaria.

Además plantea y obliga a los funcionarios judiciales a articular la justicia 9ndígena con el sistema judicial nacional; es decir, la armonización y compatibilización de derecho positivo y la costumbre jurídica indígena.

Este intento de armonizar los sistemas jurídicos se aplicaría siempre y cuando los dos sistemas jurídicos se conozcan, se respeten y apliquen mutuamente, pues, como dice De, **Certeau**, estas prácticas deben permanecer en la práctica y en la memoria de cada cultura.

De la apreciación de cada cultura dependerá también “el arte de vivir en el campo del otro”, esto es, que ele silo de pensamiento y de acción debe reflejarse en los modos prácticos de las culturas (1998).

En este sentido, si tanto los que ejercen la administración de justicia estatal o los que ejercen la administración de justicia indígena no conocen lo otro, dificultan la armonización de tan ansiada armonización de estas normas constitucionales, reconocidas.

De esta manera, la disposición constitucional eleva a categoría constitucional un hecho evidente y real, que posibilitar a los pueblos y nacionalidades indígenas, seguir normando sus relaciones cotidianas, ejerciendo el control social, de acuerdo a la costumbre jurídica existente desde siempre. Cabe resaltar que, la Constitución de la República del Ecuador, para permitir el ejercicio de esta norma, prevé en los artículo 171, la creación de las Circunscripciones Territoriales Indígenas, lo que implica que se aplicara las normas construccionales en este territorio.

Consiguientemente “el reconocimiento constitucional otorgaría validez jurídica a las decisiones comunitarias y estatus de derecho público.
Quedaría así claro que la justicia indígena o no es justicia entre particulares como se ha señalado”.

En este contexto el estudio de casos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, responde a esta realidad y constituye un estudio ejemplificador, de lo que es el sistema jurídico propio o el derecho indígena o costumbre jurídica; tema polémico y objeto de reivindicaciones, reconocimientos, análisis y cometarios por los estudios de la materia.

De manera que con este trabajo se establece como el sistema jurídico propio o el derecho indígena se pone de manifiesto en la práctica, teniendo como sujetos activos de esta realidad a la comunidad indígena de **Gallo Rumy.**

2.2 UBICACIÓN DE LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY.

La comunidad de Gallo Rumy se encuentra ubicado en el Cantón Cañar, Provincia del mismo nombre en la Republica del Ecuador a una altura aproximada de 2.000 metros a nivel del Mar, su clima es muy frio.

Esta comunidad indígena esta constituida por 7.108 habitantes los mismo que los mismos que están distribuidos alrededor de doscientas familias, las mismas que en un porcentaje equivalente a 80% se dedican a la actividad agrícola y ganadera y en un 20% se dedican a diferentes actividades.

El 50% de la población es analfabeto, lo que les dificulta una aplicación de normas escritas en el medio.

2.3 RASGOS CULTURALES.

La población de **Gallo Rumy** de identifica, por el **idioma Kichwa**, la vestimenta las formas de organización social propias de las comunidades indígenas y la existencia de usos y costumbres que han podido regular la convivencia de los miembros.

En lo que se refiere a las costumbres aún se manifiestan las festividades, tanto las de carácter social como las religiosas.

La comunidad objeto de estudio, en cuanto a la identidad y organización interna comparten un conjunto de elementos que le caracterizan como: un territorio definido, en los valles o suspendidas en las escarpadas laderas de sus parroquias, el sentido de pertenencia y un sistema propio de gobierno que ejerce el control social.

El noventa y nueve por ciento de la población de la comunidad son indígenas, los mismos que mantienen sus costumbres, valores y cultura como herencia de generación en generación. En toda la zona se observa que la vestimenta ha perdido

sus principales matices autóctonos, por los modernos, en donde se registra una vestimenta variada sobre todo en los hombres, estos han perdido la costumbre del poncho y el zamarro en pocos casos, las mujeres la chalina; no obstante en los hombres se mantiene el uso del sombrero redondo de color blanco, como característica más sobresaliente de la identidad indígena de esta comunidad.

Esta pérdida de principios tiene como consecuencia la migración de familiares de esta zona hacia países como los Estados Unidos y España.

“Se distingue principalmente su vestimenta por el colorido de sus prendas, que constituye el poncho de colores encendidos el sombrero de paño y el zamarro de cuero de las vacas o caballos, notándose mayor demanda por el color verde, rojo, café y azul, el pantalón varia entre colores obscuros y claros al igual que el zamarro. Las mujeres utilizan polleras de seda, pañolones de colores encendidos. En el cuello y las muñecas llevan sartas de mullos en forma de collar y muñequera, así como también largos aretes en sus orejas.”

En lo que se refiere a las costumbres, aún se mantienen festividades y “ en los actos sociales prevalecen, las bandas de músico, la flauta, el pingullo, el tambor, los tradicionales disfrazados como los curiquingues, el ruco, la vaca loca, la loca viuda, el negro, etc.” las mismas que se mezclan con las ceremonias civiles y religiosas.

Las ceremonias más importantes son los finados, que quiere decir el día de los difuntos, el año viejo, de los reyes magos carnaval, en esta parte es importante destacar que el carnaval es esta comunidad dura alrededor de unos treinta días aproximadamente y semana santa.

Todas las **comunidades indígenas de Gallo Rumy**, han creado un conjunto de normas procedimientos y regulaciones internas para garantizar la convivencia colectiva las utilizan para elegir autoridades, cargos, funciones, manejo de conflictos. Aunque estas normas no están escritas, hay costumbres que se cumplen y cambian con el pasar del tiempo. Cuando estas reglas de coexistencia colectiva son transgredidas, la comunidad se encarga de imponer los correctivos necesarios para mantener su funcionamiento.

La situación en la que vive esta comunidad es una de las más deplorables, por el abandono y exclusión por parte de los gobiernos locales y nacionales en la prestación de servicios básicos y solución de múltiples problemas de la población de **Gallo Rumy**, han motivado que sus habitantes organicen y formen una organización de Segundo Grado como un canalizador de servicios, demandas y recursos; vale decir, como un representante legítimo ante instancias públicas no gubernamentales, que aglutine a las comunidades.

De este modo la comunidad de **Gallo Rumy**, cuanta con una directiva que se elige cada dos años, en una Asamblea preparada para el efecto. El presidente es el representante legal de la Organización, junto con otros miembros y en Asamblea General toma las decisiones importantes y planifican las actividades para los años que duren sus funciones.

De igual manera, del estatuto que rige los destinos de esta Comunidad, se evidencian claramente los objetivos y fines que persigue esta Organización, en procura de dar solución a la acuciante y difícil situación que afronta, es así que en muchas de las ocasiones hemos sido testigos fieles de los levantamientos indígenas, buscando un objetivo esto es el de que sus necesidades sean atendidas.

2.4 ORGANIZACIÒN DE LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY.

Ante los múltiples abusos que han sufrido los miembros de esta comunidad, por parte de algunas personas que forman parte de este pueblo, así como también de personas extrañas que han hecho de las suyas ya sea a las personas o a sus bienes exclusivamente a su ganado. Es por esta razón que se han visto en la obligación de conformar una organización que pueda ayudar y brindar soluciones a los problemas que se presentan.

La comprensión del **movimiento indígena** pasa por un acercamiento estricto a la historia, que ha sido vivida en el caso ecuatoriano en los últimos cuatrocientos sesenta y nueve años. El ubicarla únicamente como previa a la llegada de los hispanos y el crear un congelamiento de cuatro centurias, corre el riesgo de fraguar

falsos mitos que lo único que harán es convenir que no exista confrontación unos con otros.

Al mismo tiempo que se acentuará el racismo y el resentimiento; por este motivo es tarea fundamental llenarse de elementos de juicio, que surjan de fuentes de valor histórico incuestionable. En este sentido es necesario indicar que se debe emprender la comprensión de la cultura y su organización indígena, desde cánones europeos, el Incario constituía una unidad política cultural extraordinaria muy semejante al imperio romano.

Precisamente en razón de traducir la realidad local a la comprensión europea, el **inca Garcilazo de la Vega homologaría el Tahuantinsuyo** a los comportamientos políticos y legales de los reinos europeos.

De esta manera Atahualpa devenía en un bastardo, semejante al fundador de la casa de Trastamara en Castilla, enrique el de las Mercedes, o cualquiera de los bastardos tan comunes en el **siglo XV**, que llegaron a reinar en Nápoles y otros pequeños estados italianos.

Empero, el propio odio reflejado por Garcilazo de la Vega expresa la rivalidad de **panacas** que será desentrañada por los etno-historiadores, como la dinamia relacional de los grupos familiares en la cultura cuzqueña.

Entonces solamente en los últimos tiempos y con grandes esfuerzos se han logrado descubrir, algo de una historia ofuscada por el partidismo o las antipatías de los cronistas de la conquista en relación al último de los Incas.

Parece acertado señalar que los españoles obviamente no desamontonaron la organización del imperio incásico, aunque la desarticularon a favor de sus particulares intereses explotativos.

Razón por la cual la institución de los cacicazgos se mantuvo incólume, hasta que fue suprimida mediante decreto por **Simón Bolívar** y pasaron a formar parte de la propia estructura colonial, siendo ésta la herencia incásica para la actual

organización indígena, a la que se juntaría las novedades venidas de España con los cabildos, alcaldes de naturales y el llamado protector de Indios.

En este contexto habría que tratar de entender también las famosas sublevaciones indígenas que perturbaron la vida colonial y que estuvieron muy ligadas a la tributación, aunque la rivalidad expresa de **llactayos (indígenas de antigua permanencia en el país) y *mitimaes o mitimas* (grupos de pobladores llegados desde el sur del Tahuantinsuyo), que haría su comprensión difícil hasta el siglo XVIII.**

Hay que recordar que en nuestro caso Ecuatoriano los cañaris en el sur y los cacicazgos aledaños a Quito, prestaron ayuda a los españoles en contra de la resistencia de **Rumiñahui** y que hubo **Caciques** colaboracionistas que llegaron a recibir grandes honores de los hispanos, como encomiendas, obrajes y a un escudo de armas. Tal el caso del latacungueño Sancho Hacho de Velasco y el peruano Felipe Huakra Paucar, cuyas armas se las puede encontrar en el **Diccionario Nobiliario Hispanoamericano de los García Caraffa.**

La instauración de la República modificará de manera extrema la situación de los indígenas, que perderán la legislación que bien que mal aceptaba sus perfiles culturales y balo la denominación de la hacienda esto siempre en referencia a la región interandina y a los quijos de la Amazonia, cuyos inicios habría de ubicarlos en el **siglo XVIII** y con duda en ocasiones que fuera legítima sucesora de la encomienda, se iniciará un régimen de servidumbre, en el cual su calidad de ciudadanos de la república, en la práctica no será reconocida.

De todas formas fuera de las naturales críticas que han suscitado la hacienda como unidad económica, social y cultural, cumplió un papel conflictivo de contenimiento a la propia cultura indígena, que continuaba su desarrollo pese a las adversas condiciones en las que se desenvolvía.

Las llamadas sublevaciones o levantamientos indígenas, que nacieron con los albores de la etapa colonial en sí, continuando a lo largo de la república. En la gran mayoría de los casos han tenido motivaciones reivindicacionista coyunturales, ya

que por lo general obedecían agobiantes cargas tributarias, en ocasiones podían alcanzar verdaderos caracteres políticos, aunque en territorio ecuatoriano no llego a producirse una revolución como la del Túpac Amaru en el Perú, el tratadista Segundo Moreno, insiste que " el elemento común en todos los movimientos es, por lo tanto, su aspiración dentro de una estructura que responde a una situación colonial, en la que los estratos inferiores, ante la incapacidad de defender sus derechos por otras vías recurren a la violencia.

Aunque los participantes en los movimientos subversivos, a primera vista aparecen homogéneos y su situación análoga como pertenecientes a la capa inferior de la sociedad, es posible comprobar que provenían de distintos grupos étnicos con grado de vinculación a la estructura colonial diferente.

Esta apreciación hace que las autoridades españolas distingan claramente entre sublevaciones organizadas por grupos indígenas y rebeliones con mayor o menor participación de elementos mestizos.

Entonces tempranamente se podría decir que hubo alianzas Inter. Étnicas, que permitirían entender a la actual Pachakutic, como brazo político de la CONAIE, la que sin duda a partir mil novecientos noventa. Mostró su fuerza movilizadota y proyecto autónomo.

La **CONAIE** nació en las vísperas de la celebración del quinto centenario. En el hecho habrán influido las varias reuniones internacionales de antropólogos, que haciendo eco a la contracultura, iniciaron la valoración de lo nativo en América.

En **1968 el Congreso Internacional de Americanistas de Stuttgart**, a propuesta de **Robert Jaulin**, expreso:

"1.- Protestamos por el uso de la fuerza como instrumento de cambio cultural en los programas de desarrollo social y económico y en la alineación de las tierras indígenas.

2.- Pedimos a los gobiernos responsables que adopten medidas efectivas para la protección de las poblaciones indígenas.

3.- Exigimos que los gobiernos tomen serias medidas disciplinarias contra los organismos y personas responsables de actos que van en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**"**

Fue luego de esta reunión que se popularizaría el término de etnocidio, de cuño del propio Jaulin con el que se conoce actualmente todo acto que conduce a la degradación o desaparición de la cultura indígena de cualquier región del mundo.

Estas reuniones llegaron entre otras cosas a censurar de manera acre a lo que conocía como el indigenismo, tendencia social orientada a integrar a las etnias americanas a los estados accidentalizados dominantes.

En el ecuador hay que recordar que en las décadas de los veinte y los treinta nacería la llamada novela indigenista ecuatoriana, con **Jorge Icaza, Fernando Chávez y Ángel Feliciano Rojas,** que hicieron llorar al mundo, conforme el decir de Juan Montalvo, al mismo tiempo que surgirían los ensayos de interpretación de la realidad indígena entre los cuales cabe mencionar, el indio ecuatoriano de pío Jaramillo Alvarado. La revolución liberal no había tocado el problema indígena, como se expresaba Enrique Terán en su nivela **El cojo Navarrete, solamente el reconocimiento simbólico de un generalato para Alejo Sáez,** (indígena de los pàramois centrales de la provincia del Chimborazo) que le fue otorgado por **Eloy Alfaro**, recordarían a los liberales la existencia de ese grupo poblacional, que no tenía que ver con sus intereses comerciales.

Socialistas y comunistas, nacidos también en los años veinte y treinta, consideraron a los indios sus naturales aliados para el inicio de la protesta y la revolución social. Pero esto era cuestión de proletarios urbanos y los indios amaban demasiado su tierra y tendrían al mutismo, pero no por eso se les dejó de integrar en sendas extensiones campesinas de las centrales sindicales, con lo cual dejaban de ser indios, es decir estar encuadrados culturalmente para pasar al genérico de oprimidos, no bien vistos por **Carlos Marx**, pues no lo valoraba como vanguardia revolucionaria, papel que únicamente tenían los obreros.

La **Iglesia Católica** protagonizó una reivindicación distinta, por una parte los salesianos y por otra el obispo **Proaño**, aceptaron al indio como tal, justipreciando su cultura con lo cual dieron origen a la conformación de las organizaciones regionales étnicas y en cierto modo a la CONAIE.

De esta manera el indigenismo que inspiró proyectos en Naciones Unidas, la Misión Andina u otras como el Instituto Indígenista Latinoamericano, cedería paso al andinismo, la cesante sociología a la personificante antropología y así el Congreso de Ollantaytambo de 1983 proclamó:

"Refirmamos el indianismo como la categoría central de nuestra ideología porque su filosofía vitalista propugna la autodeterminación, la autonomía y la autogestión socioeconómico – político de nuestros pueblos y porque es la única alternativa de la de vida para el mundo actual, en todo estado de crisis moral económica, social y política"

el indianismo se conflictúa de esta manera, con los movimientos sociales clásicos, de inspiración marxista, que al igual que los liberales tienden a menospreciar lo cultural, a favor de la uniformidad proletaria, lo cual en la propia Unión Soviética llevó a enfrentamientos de prolongación hasta nuestro tiempo.

Mientras el indigenismo, concebía al indio como un pobre o marginado, objeto de redención, el indianismo ha proyectado (término que lo tomamos prestado de la psicología) sobre él la figura del Mesías llamado a salvar a las sociedades dominantes de su propia destrucción y en este caso se constituye en heredero de las concepciones dieciochescas del buen salvaje. Siendo por tanto objeto de nuevos mitos que sincretizados con lo anteriores se hacen presentes en el movimiento indígena actual, con el principio de una nueva era (Pachakutik), en que brillara la justicia para los indígenas y sucumbirán los opresores, todo lo cuales tuvo en boca del brevemente entronizado triunviro, **Antonio Vargas el 21 de enero del 2000**.

El indianismo cuenta y ha contado con partidarios Inter.-étnicos, como se dijo con anterioridad. Así, redundando en el tema, recordemos que un buen grupo blanco y mestizo, con apoyó a **José Gabriel Cóndorcanqui Tùpac Amaru II,** cuando intento

hacer un imperio independiente de España. Hoy de suyo el Pachakutik, es un grupo de alianza entre los indígenas culturalistas y ex militantes de la izquierda marxista, los mismos que han fraguado importantes reformas legales, comenzando por **la Ley de Desarrollo Agraria y llegando hasta la Constitución Actual de la República.**

2.5 LA POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA

Las autoridades de esta comunidad de **Gallo Rumy**, revertidas de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es el **Consejo o la Asamblea**, esto es para todos los actos que causen alarma en el sector.

Para el caso de rencillas familiares, conyugales, insultos entre parientes, separaciones de pareja, divorcios, asuntos de herencias conflictos de linderos entre hermanos, enfermedades, alcoholismo, fiestas; los habitantes de este sector tienen la costumbre de solucionarlo dentro del círculo íntimo y familiar, donde las autoridades son los padres, los hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio y de bautizo.

En caso de haber sido resuelto por el círculo íntimo mencionado anteriormente, acuden al cabildo conformado por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero, y los síndicos den solución al conflicto.

Estos dirigentes desempeñan la función de autoridades encargadas de impartir justicia dentro de cada jurisdicción comunal; tienen autonomía plena dentro de la comunidad respectiva.

Fundados en el derecho consuetudinario, aplican la administración de justicia en base a sus costumbres y procedimientos, en la plaza pública en presencia de toda la comunidad y bajo la dirección de los integrantes de la Asamblea

En los casos de delitos graves, estos que en su mayoría se encuentran contemplados en el **Código Penal Ecuatoriano**, son resueltos ya por la Asamblea en pleno como lo hemos manifestado anteriormente.

Por otra parte caben algunas consideraciones respecto a la **Ley de Organización y Régimen de Comunas y el Estatuto Jurídico de las Comunidades campesinas**, donde se establecen la constitución, funcionamiento y estructura administrativa de las comunidades campesinas; el Estatuto con los cambios sobrevenidos en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos a favor de los pueblos indígenas, no surte efecto alguno.

Existe una variedad de requisitos que deben cumplir los aspirantes a dirigir los destinos de las comunidades y de la organización y consiguientemente asumir la difícil responsabilidad de administrar justicia.

En la mayoría de los casos se observan las normas generales de la ley, para ocupar alguna función pública en general, as{i tenemos:

a) Ser mayor de 18 años de edad;
b) Que la comunidad le conozca;
c) Que haya demostrado un buen comportamiento, capacidad, honestidad, experiencia, liderazgo en el proceso participativo comunal, capacidad de convocatoria;
d) Últimamente se toma en cuenta la preparación académica (el ciclo básico, bachiller, profesor, etc.”

Además de lo señalado por las comunidades es importante que los miembros de la asamblea conozcan y observen los usos y costumbres, que sean respetuosos con los mayores, ex dirigentes y se guíen por ellos.

Los dirigentes no perciben remuneración económica alguna, sino que tienen otra forma de pago. Los informantes manifestaron categóricamente que no hay forma de pago económica alguna; ya que dicha función es considerada como un servicio, una colaboración con la comunidad.

Se puede destacar que a manera de pago y cuando que soluciona algún conflicto los dirigentes perciben productos agrícolas, a manera de agradecimiento, y reconocimiento por la solución brindada.

CAPITULO III

PROCESO DE JUZGAMIENTO DE LA INCONDUCTA DE ESTUPRO

3. ANALISIS COMPARATIVO DEL DELITO DE ESTUPRO EN LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA JUSTICIA INDÍGENA.

Partiré de la definición que da a cerca del estupro, el **Código Penal Ecuatoriano**, en su **Art. 509** y dice "Llámase estupro la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento".

Delito de resultado que consiste en acceder carnalmente a una persona mediante el engaño. Es menester manifestar que el estupro debía ser con una mujer así decía el anterior **Código Penal**; el cambio el actual dice la cópula con una persona, sin diferenciar el sexo.

En la antigüedad tenía el estupro una concepción amplísima, pues se empleaba para calificar cualquier concúbito carnal que no fuera el legítimo entre el marido y mujer. Se confundía el estupro (delito) con la fornicación (pecado) con el transcurso del tiempo el estupro vino a significar acceso carnal, con mujer honesta, no casada y obtenido sin violencia. En el Digesto consideraba que cometí estupro el que fuera del matrimonio tenía acceso carnal con mujer de buenas costumbres, exceptuados el caso de la concubina.

La **Ley Juliana** castigaba como estuprador al que sin violencia abusaba de una doncella o de una viuda honesta. El derecho canónico consideró al estupro como el comercio carnal ilícito con mujer virgen o viuda honesta y que no fuera pariente en grado prohibitivo para el matrimonio.

Según el derecho romano no constituía estupro el ayuntamiento con las criadas, con las mujeres que han sido condenadas en juicio criminal, con las mujeres comediantes o que actuaban en espectáculos lúbricos; con las taberneras y con todas las otras mujeres de condición vil.

La concepción del estupro a presentado dificultades, pues algunas legislaciones exigen que la víctima sea mujer virgen, otras solo reclaman que sea mujer honesta, y otras, en fin no exigen ni la virginidad y la honestidad, para configurar el delito.

La expresión acceso carnal no debe tomarse como sinónimo de coito, sino de ayuntamiento carnal por cualquiera de las vías orgánicas, bien sea por la que está naturalmente conformada para la cópula y por otra que permita ejecutar un acto equivalente. Los comentaristas de las legislaciones extranjeras sostienen que tratándose del delito de estupro la expresión cópula o acceso carnal, debe tomarse en sentido restringido, es decir, de coito o acceso carnal, por vía normal. Para sostener esta tesis s funda en que la mujer que acepta la ejecución de la cópula o acceso carnal per anum, o por la vía no natural, demuestra, con solo ese hecho que no es mujer honesta.

Para **Carrara**, el estupro es el acceso carnal con mujer honesta no casada y obtenido sin violencia: El estupro tiene como fin el acceso carnal, sin violencia ni intimidación, en cambio está presente la seducción y el engaño.

Manzini, sostiene que no cabe la tentativa en el delito de estupro, arguyendo que si el seductor ha desplegado las comunes artes amatorias y no ha tenido éxito, ello constituirá, simplemente, una instigación privada, frustrada que no puede ser erigida en tentativa de delito.

Otros autores consideran que es posible la tentativa en esta clase de delitos.

Dentro de los elementos del delito de estupro en la justicia ordinaria tenemos:

a) Objetividad material: el acceso carnal;
b) La minoría de edad;
c) Que sea honesta (elemento normativo), y,
d) Que exista engaño o la seducción para llegar a la cópula (falsa promesa de matrimonio).

En tanto que el estupro en la justicia indígena, dadas las actividades propias del campo como la chacarería, labores de labranza, cultivos, pastoreo y cuidado de

animales son quehaceres cotidianos que identifican a los campesinos y generalmente estas labores se realizan en zonas despobladas lo que ayudan a cometer ilícitos sexuales. Varias han sido las mujeres que han sido abusadas sexualmente, que con profundo sentimiento de desengaño de los hombres narran sus historias trágicas ocurridas a veces en edades muy tempranas, en las que sobresalen el engaño, ofrecimientos, juegos y falsas promesas de matrimonio terminando consumiendo el abuso sexual y lo que es peor en determinados casos jóvenes que han quedado embarazadas fruto de de dicho engaños.

Los lugares escogidos por los infractores son los montes, chacras, cultivos, chozas o cualquier escondite natural; fruto de estos actos irreparables nacen criaturas que a veces por falta de recursos económicos de sus madres regalan a los patrones o personas que tienen mejores ingresos económicos para su manutención. A estos niños se les conoce con el nombre de wiñachishcas, por criarse con un padre no natural, pero que asimilan una forma sui géneris de integrantes de familia, ubicados en una posición intermedia entre hijos legítimos y sirvientes domésticos.

Consecuentemente este tipo de delito se da por una falta de educación sexual, de las personas, pues si en las grandes ciudades civilizadas evidentemente se tiene este problema, pues con mucha más frecuencia se dará en comunidades indígenas. De ahí la idea de continuar con un proceso de educación cultural, a fin de que se pueda conseguir una sociedad con valores humanos rescatables, que sirvan para el adelanto de los pueblos y comunidades indígenas.

En si lo que la justicia ordinaria como la indígena, busca la característica ejemplificadota porque sus normas tienen el carácter de observancia general y debe ser respetado por todos los componentes de una colectividad.

3.1. CÓMO SE REALIZAN LAS DEMANDAS EN LA COMUNIDAD DE GALLO RUMY.

Respetando las particularidades de cada uno de los pueblos indígenas, se puede mencionar en forma general cuáles son los pasos o los procedimientos que las autoridades indígenas utilizan para solucionar un conflicto interno.

WILLACHINA (AVISO O DEMANDA)

El primer paso que da el afectado o afectados es poner en conocimiento de los dirigentes del Consejo de manera oral y clara todo lo acontecido. Es decir avisar los hechos ocasionados, desde el punto de vista del sistema estatal o positivo, seria la demanda, quienes son las autoridades encargadas de restablecer la paz, la armonía y la tranquilidad entre los involucrados en el conflicto. Este Consejo se encuentra conformado por el Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y Vocales, que lo integran una o más personas de acuerdo a la jurisdicción de cada sector que conforman la Comunidad entre otros.

CHIMBAPURANA (CONFRONTACIÓN ENTRE EL ACUSADO Y EL ACUSADOR)

Es la instancia de los careos, de concaración y confrontación de palabras entre los involucrados, este procedimiento tiene dos momentos importantes:

1) **Instalación del Consejo o Asamblea e información de motivos**

En primera instancia el presidente del consejo o asamblea, instala la asamblea. Acto seguido, se informa a todos, de manera detallada el contenido de la demanda y los resultados de la investigación para que los asistentes sepan cuál es el problema.

La comunidad se entera de quiénes son los infractores, dónde, cómo y cuando se produjo el conflicto.

Las autoridades u la comunidad misma buscan hasta dar con el paradero, el acusado, es trasladado hasta la comunidad, en donde se le juzga públicamente, pero tiene derecho a defenderse por sí mismo o por algún familiar, se lo encierra durante 24 horas y no se le da alimentación

2) **Aclaración de los hechos entre las partes**

El segundo paso es concretamente el chimbapurana o la concaración. En este punto, el o la demandante de manera oral y suscinta relata los acontecimientos y los hechos que le motivaron a iniciar la acción judicial comunitaria; luego el acusado hace uso de su legítimo derecho a la defensa, de la misma manera que hizo el o la

demandante. El acusado, en su intervención contesta la demanda planteada en su contra aceptando el relato o negando los fundamentos de ella.

En el caso de aceptar los hechos puede expresar su arrepentimiento por la acción cometida, logrando que la asamblea se conmueva y rebaje parcial o totalmente las sanciones a imponerse

Dentro del juzgamiento, este es el paso más importante de todo el procedimiento, porque a diferencia de del juzgamiento judicial, aquí no existen abogados que representen a las partes, sino que son las partes que hablan de cuántas veces sean necesarias hasta que todo quede claro y no existan confusiones al momento de determinar las responsabilidades y sanciones.

Finalmente intervienen los dirigentes de otras comunidades, los comuneros y los familiares de las partes haciendo una reflexión del problema, aconsejando al acusado para que rompa nuevamente las reglas sociales y señalando sugerencias para que no vuelvan a cometer delitos.

3.2. TIPICIDAD OBJETIVA DEL DELITO DE ESTUPRO

En la Justicia Indígena, el delito de estupro tiene su objetividad en el sentido que la infracción cometida esta sujeto en preguntar a los padres de la víctima o a la victima misma, si es el deseo de contraer matrimonio con el actor del delito y si ellos dan el consentimiento, es facultada del infractor contraer matrimonio con la víctima y que reconozca sus errores, en caso de que como consecuencia de este delito la victima se quede embarazada y contraigan matrimonio, el caso queda completamente resuelto, pero en el caso de que no se entiendan el actor del estupro tiene que reconocer al hijo y dar todo lo necesario que se celebra en virtud de que para esta comunidad, la cultura misma las mujeres mayores de catorce años ya deben estar casadas y atendiendo las necesidades de los esposos e hijos. Obviamente que ellos tienen su razón e indican que mientras la mujer sea joven mayor es la fertilidad y podrán concebir con mayor facilidad.

3.3 QUIÉN Y COMO SE INVESTIGAN LOS ACTOS ILÍCITOS

TAPUYKUNA (AVERIGUAR O INVESTIGAR EL PROBLEMA)

Es una etapa de investigación del problema con una variedad de diligencias como la inspección ocular o constatación del hecho, tendientes a identificar la magnitud del conflicto, a determinar a los verdaderos responsables, recibir testimonios de las partes involucradas en el problema y en ocasiones de practica el allanamiento de la vivienda o del local donde posiblemente se encuentren evidencias del hecho, para probar la autoría de los hechos.

El encargado de la investigación del delito, una vez que se presenta la denuncia o demanda como lo llaman en la Comunidad de **Gallo Rumy,** es el Presidente quien inmediatamente convoca a asamblea a toda la comunidad la misma que puede durar varios días, según la gravedad del problema, es el pleno mismo de este Consejo en donde se da a conocer del problema presentado, de esta surgen ideas que son presentadas por todos los miembros del consejo, quines unifican sus criterios, conclusiones y la más acertada es la que se aplica.

Las autoridades de los pueblos indígenas son las personas encargadas de velar por el bienestar, la tranquilidad y la paz social, en las respectivas comunidades o jurisdicciones. Estas autoridades desde el año de **1998**, según los usos, costumbres a más de la **Constitución de la República**, están envestidas de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Las autoridades indígenas son elegidas en las asambleas generales, quienes como requisitos generales deben tener el respeto y confianza de la comunidad, honestidad, imparcialidad y sabiduría para representar a la colectividad y para actuar como tal en las soluciones de conflictos además desde lo manifestado por los miembros de esa cultura existen también personas muy respetadas por la colectividad, que no siendo elegidas como parte del Consejo constituyen autoridades par la comunidad. En este grupo están los líderes, padrinos, compadres y ancianos de la comunidad.

Esta colectividad indígena siempre ha tenido sistemas jurídicos propios para ejercer el control social y mantener la armonía, la paz, la tranquilidad entre sus habitantes.

Es menester indicar que todo conflicto interno constituye toda acción o acto que desestabiliza la paz, la armonía y la tranquilidad de un colectivo o de una comunidad.

Las autoridades indígenas que ejercen la administración de justicia, obedecen a un procedimiento existente desde tiempos atrás. La **justicia indígena** no sigue los procedimientos establecidos en las leyes o en los códigos del sistema positivo; actúan por medio del sistema de rogación o petición de parte. Sólo los afectados o sus familiares pueden hacer la solicitud de intervención del Consejo y a los dirigentes de la organización para que restablezca el ornen en la comunidad y en la familia.

3.4 CLASES DE SANCIONES.

KILLPICHIRINA (IMPOSICIÓN DE LA SANCIÒN)

Esta es la etapa de imposición de sanciones. Dentro de la administración de justicia indígena se ha verificado que existen un sin número de sanciones tales como: las multas; la devolución de los objetos robados más las indemnizaciones; el baño con agua fría, ortiga, fuete o látigo; trabajos; trabajos comunitarios; excepcionalmente y como medida extrema se aplica la expulsión de la comunidad. Las sanciones son establecidas de acuerdo a la gravedad del caso, y estas sanciones no se basan en las leyes de la justicia mestiza, se basan en las leyes consuetudinarias de la comunidad.

Pero en el en el delito de estupro, la sanción que se le impone es que primeramente pida las disculpas pertinentes a la ofendida y a su familiares, como también a sus padres y a la comunidad misma, por haber alterado el orden social y si como consecuencia de ese acto sexual resultare embarazada la victima, tendrá que reconocer al hijo o hija y sustentar todo lo necesario para la subsistencia del menor, indicando también que se puede llegar a la celebración del matrimonio y pone fin al problema.

El cabildo interviene en los arreglos e incluso se producen indemnizaciones, el manejo de dinero puede ser vigilado para que se utilice con responsabilidad y en beneficio de quienes sean los afectados y haya una verdadera justicia.

Este tipo de castigo ha llegado a trascender hasta los progenitores de la persona acusada del delito de estupro, ha llegado a causar daños físicos y psicológicos de grandes magnitudes, los castigos son exagerados, que cuando utilizan sus métodos para azotar a los infractores, llegan a causar daños físico muy considerables.

Sin embargo esto no siempre sucede, en otros casos pese a la responsabilidad evidente del autor del delito sexual cometido, niega aceptar fácilmente su culpabilidad, siendo necesario los latigazos en la plaza pública y aún así se resisten aceptar el error cometido, más cuando los parientes del autor presencian el juzgamiento y pretenden defender liberarle de culpa por supuesta deshonra que les afecta, lo que hace que el culpable, a pesar de que en su fiero interno late la responsabilidad del ilícito, se siente presionado en doble sentido, esto es en el que se siente presionado por la propia comunidad, así como con su cónyuge si la tiene y sus parientes cercanos.

En circunstancias y pese haber recibido varios latigazos, no acepta su responsabilidad, se suspende el juzgamiento hasta que nazca la criatura.

Una vez que nace el niño, se reinicia el juzgamiento, y se prioriza un examen comparativo, del menor con el padre, que se presume, así como la reacción que siente si es padre real del infante.

El líder indígena manifiesta que es fácil darse cuenta quien es el padre de la criatura, no necesitan jueces ni especialistas, se compara los ojos, las cejas, el pelo, la nariz, los gestos si la misma sangre llama.

Si ha pesar de las pruebas niegan, vuelven a darle fuete, amenazarles con cortarles los testículos a estos arronjones, no para que declaren sino para que no vuelvan hacer daño a las mujeres concluye manifestando.

Ahora como en reiteradas ocasiones reconoce al niño pero no le suministra lo necesario el padre del procesado se exige que entregue un pedazo de tierras o reses para con el fruto de estos bienes pueda solventar la manutención del menor.

Debo indicar que los fuetazos son dados por lo padres del mismo infractor, en caso de tener padres, son los parientes más cercanos o dirigentes de la comunidad de Gallo Rumy quienes le reprenden por haber generado un desequilibrio en la comunidad.

Una sanción adicional recibe el infractor en especial de las mujeres, la desconfianza, recelo e indeferencia en consecuencia será muy difícil que pueda conseguir contraer matrimonio con una comunera de ese mismo sector.

En otros casos los autores de estos delitos sexuales, apenas saben que se hizo público el ilícito huyen de su pueblo para evadir, el juzgamiento, escarmientos y desaires que impone la comunidad. En estos casos asumen la responsabilidad de ayudar la manutención de los infantes , los abuelos quienes generalmente se convierten en padrinos, siendo costumbre cuando los niños son hacendosos , cariñosos y respetuosos, donarle en vida una parcela de tierras, así como animales domésticos, para que desde pequeñitos empiecen a criarlos y cuando sean jóvenes tengan recursos para no padecer necesidades.

3.5 EJECUTORIA DE LAS PENAS.

PAKTACHINA (EJECUSIÓN DE LA SANCIÓN)

En este punto cabe preguntarse ¿de qué mecanismo o controles están dotados las autoridades y los pueblos indígenas en el ejercicio del derecho de administración de justicia? Pues, en el campo de la aplicación si es menester contra con algunos mecanismos que permitan exigir que los derechos garantizados en la Constitución sean cumplidos plenamente; de la misma forma se debe contar con algunos mecanismos de control, a fin de verificar, si la aplicación de este derecho está o no dentro de los límites establecidos por la norma constitucional.

Dicho de otro modo, los indígenas deben contar con garantías para administrar justicia y las decisiones de las autoridades indígenas, como toda autoridad, deben estar sujetas a algún tipo de control. Por ello, en este punto, cabe referirme a los ámbitos de control que existen y deben existir ya en la aplicación práctica de la administración de justicia.

Dentro de la **Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas** existen autoridades encargadas de verificar el cumplimiento de los sistemas jurídicos propios; evitando de esta forma algún tipo de exceso que pueda haber en la administración de justicia.

En primera instancia, las autoridades indígenas deben observar los límites establecidos en la **Constitución de la República**, que sea dentro de los límites de las comunidades; los mínimos jurídicos, como el derecho a la vida, al debido proceso y a no ser torturados. Por otra parte, lo manifestado en la **Constitución**, se establece que el sistema estatal debe elaborar una legislación secundaria que compatibilice el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico nacional.

Esta sanción genera conflictos internos dentro de la familia y en la comunidad, provocando caos en los miembros de la comuna y alterando la convivencia familiar y social de los habitantes de la Comunidad de **Gallo Rumy**.

Este pésimo juzgamiento y sanciones se deben a la falta de una norma que regule las sanciones y el juzgamiento mismo, ya que al no existir una homologación entre justicia ordinaria y consuetudinaria, se permite una violación constante de los Derechos Fundamentales del ser humano consagrado en la Constitución de la República y la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

Pues como es conocido por todos la tortura y el trato inhumano, se encuentra prohibido, sea cual fuere el delito cometido y que en esta comunidad no tienen el más mínimo conocimiento de los derechos humanos.

Razón por la cual se les ha sugerido a los miembros de la Asamblea la imperiosa necesidad de la elaboración de un reglamento que contenga normas encaminadas a un juzgamiento más humano dentro de esta organización indígena.

3.6 DÓNDE SE CUMPLEN LAS PENAS.

Las penas de manera general, se cumplen dentro de la misma comunidad con la vigilancia de todos, para que sea verificado que se de estricto cumplimiento de la pena o sanción establecida por el Consejo o la Asamblea, en la plaza pública.

Esta claro que cuando se han cumplido la sanción las personas involucradas en el hecho, castigados y sancionados, no serán víctimas de retaliaciones o venganzas posteriores.

A pesar de que las autoridades indígenas históricamente han venido resolviendo sus conflictos y tienen establecidas sus propias limitaciones de acción de acuerdo a cada caso, no esta por demás recomendar las limitaciones que tanto la Constitución de la República como los instrumentos internacionales señalan respectivo a la administración de justicia indígena.

Estas limitaciones son algunas garantías que son iguales para todos los seres humanos, que las autoridades indígenas no pueden omitirlas, las mismas que se denominan los mínimos jurídicos.

DERECHO A LA VIDA

La vida es un derecho inviolable de todo ser humano. El derecho indígena no reconoce la pena de muerte, por lo tanto la sanción no puede ser la muerte.

Nuestra Constitución de la República, en el Capitulo Sexto Derechos de libertad en el Art. 66 dice textualmente “Se reconoce y garantizará a las perdonas:

1.- El derecho a la inviolabilidad de la vida, no habrá pena de muerte.”

En el numeral 3, literal c), del antes mencionado artículo manifiesta también que “La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”

DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Como en todo proceso las partes tienen derecho, a defenderse ya sea personalmente o a través de terceros, a demás al debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad e imparcialidad.

El **artículo 77 de la Constitución de las República** nos enseña que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se observarán las garantías básicas.

DERECHO A LA NO AGRESIÓN FÍSICA NI PSICOLÓGICA

Este derecho quizás fue el más cuestionado por la sociedad y por las instituciones de defensa a los derechos humanos, por que se han realizado un análisis de los hechos fuera del contexto de la cosmovisión cultural y social de las comunidades de los pueblos indígenas, donde el fuete, el baño en agua helada, conlleva la reacción curativa y reivindicativa de los actores involucrados. No todos los pueblos indígenas manejan este tipo de sanciones corporales pero en la comunidad de Gallo Rumy si lo practican.

3.7 DERECHO CONSUETUDINARIO PARA ESTE TIPO DE INCONDUCTA.

El derecho consuetudinario es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social, basados en las costumbres, no están escritas ni codificadas.

Estas normas hacen que sus miembros puedan mantenerse en armonía y resuelvan los conflictos. Es completamente distinto al derecho positivo, y por lo mismo no nacen de una institución del estado, sino de la práctica permanente de los pueblos indígenas.

De acuerdo al precepto constitucional es necesaria la adopción de una ley que haga compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. Aunque los pueblos indígenas no necesitan ni han necesitad durante la historia una ley nacional que norme sus usos y costumbres, la Constitución exige la existencia una ley secundaria.

Esta ley tiene por objeto hacer compatibles y coordinar en un marco de mutuo respeto las funciones de administrar justicia por parte de los órganos judiciales con las funciones de justicia que ejercen los pueblos indígenas.

Así una ley secundaria servirá para limitar la jurisdicción y competencia de las autoridades judiciales o de las autoridades indígenas en un caso determinado o resolver conflictos en algunos casos prácticos que pueden presentarse.

El **Artículo 171 de la Constitución de la República** dispone además que la autoridad indígena tiene competencia para resolver los conflictos internos aplicando normas y procedimientos propios de conformidad con sus tradiciones ancestrales y si derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Desde este punto de vista del derecho positivo, por consiguiente, no cabe discusión acerca de la existencia del derecho indígena al que la Constitución denomina derecho propio o consuetudinario,; pero es necesario también darle sustento teórico y además determinar su contenido.

La sustentación teórica tropieza con numerosas dificultades que nacen de las diferentes concepciones del hombre, de la sociedad y de las diversas maneras particulares de organizar el mundo y la convivencia humana, a la que hicimos referencia.

Una de esas dificultades consiste en encontrar un concepto de derecho que sea aceptado por todos, otra dificultad es la de convenir en qué ha de entenderse por derecho consuetudinario.

Con el termino de derecho ocurre lo que es frecuente que ocurra con las palabras de uso general y es que todos sabemos de qué estamos hablando cuando la usamos en la conversación corriente, pero acertamos a dar de ellas un concepto que nos satisfaga cuando intentamos aprehender su esencia.

Esta dificultad la han experimentado todos los grandes juristas que han intentado responder a la pregunta ¿qué es el derecho? Y no pocos han terminado por construir su propia teoría que, aceptada por unos y combatidas por otros ha servido para confirmar que la respuesta

tropieza con dificultades casi insalvables preferible es identificar al Derecho por la función que cumple en la vida de la especie humana llamada a vivir en la sociedad, y la norma es la que regula el comportamiento de los individuos en sus relaciones con los otros individuos cuya violación es sancionada por la colectividad en cuanto perturba la paz o amenaza su supervivencia.

Con el triunfo del liberalismo individualista se impuso la teoría de que nadie estaba obligado a obedecer si no a su propia voluntad y que para no sucumbe en manos del más fuerte, voluntariamente se constituía en sociedad política, se sometía a la voluntad de ésta, en cuanto y en tanto los demás hicieran lo mismo ; entonces la voluntad de la sociedad política no era si no el punto en el que coincidía la voluntad de todos por lo que al obedecer a la voluntad general cada individuo obedecía a su voluntad individual.

Como la sociedad política se había ampliado grandemente y no podía reunirse en asamblea surgió la idea de que no hacía falta que se reunieran todos si no que eligieran representantes con el encargo de que acuerden lo que a todos les estaban permitido y prohibido a hacer y este acuerdo era la ley o expresión de la voluntad general o soberana que manda, prohíbe o permite.

Una vez creada el órgano cuyo acuerdo expresado la voluntad general era necesario que lo acordado fuera conocido por los representados para lo cual y ya se había implantado la imprenta, y con ella la cultura escrita, la ley se debía publicar que de modo que quien quiera pudiera informarse lo que había decidido sus representantes. Las normas así elaboradas se denominaron Derecho Escrito.

Pero ni esa forma de elaborar las normas de conducta es la única ni todos los pueblos la adoptaron, como es el caso de el Reino Unido y los Estados Unidos de América, para no citar sino a dos de la llamada “cultura occidental”, no se diga la forma de crear derecho en los grandes estados de Asia o las del derecho musulmán.

De las otras formas de crear derecho o normas coercitivas de comportamiento nos interesa destacar la decisión de los jueces en los litigios que le son sometidos a su resolución, con la obligación de aplicar la misma solución a los litigios análogos, que en el futuro, llegaren a su conocimiento, a habida cuenta que siendo iguales las personas no pueden menos que

dárseles un trato igual en igual de circunstancias, tanto que más que la resolución no ha de ser fruto de la arbitrariedad del juez si no de lo que la razón natural, común a toda la comunidad estima justo o conveniente; éste es, expuesto en términos sencillos, " el derecho consuetudinario " al que algunos autores prefieren llamar derecho jurisdiccional.

La determinación del contenido del **Derecho Indígena** es una tarea por hacerse, salvos esfuerzos aislados que apenas nos permiten percibir el vértice de un iceberg todavía oculto en el mar de los prejuicios y de la exclusión pero lleno de vida en las profundidades de las nacionalidades indígenas que lo aplican a diario, a veces incluso bajo las denominaciones que les ha impuesto el derecho estatal; aplicación de la que, no pocas veces sed a explotado, sin escrúpulo ni respeto, las manifestaciones espectaculares inmeramente folklóricas.

La familia "base de la organización social de los indígena según **Gonzalo Rubio (1.956),** ésta por estudiarse, pero llama la atención el reducido número de divorcios, la severidad con que se trata el concubinato y o adulterio, ka composición de ella y la presencia en su seno de los " **biñachishcas**" que sin las formalidades y riesgos de la adopción cumple las funciones de ésta y ha subsistido a través de los siglos.

No es menos válido el trabajo del equipo coordinado de Fernando García (2000) sobre las formas indígenas de administración de justicia en las comunidades de Imbabura, San Francisco, de Chivuelo en Tungurahua y en San Pedro de Rucuyacta en la provincia de Napo; en este trabajo se describe el tipo de faltas con las que se subsana los conflictos y la diversidad de autoridades que intervienen me permitiré citar a **Emiliano Borja Martínez** en su introducción a los fundamentos del **Derecho Penal Indígena (2001**) en que, luego de discernir, como no es frecuente entre ecuatorianos, la justicia indígena, de los linchamientos por las multitudes enfurecidas de blancos, mestizos, negros, indios. etc.; reconstruye los principios básicos del **Derecho Penal Indígena** con sus especificidades que los singulariza, y hace un recuento, todavía local y por eso incompleto de los delitos, penas y procedimientos en el **Derecho Penal Indígena** todo lo cual le permite concluir diciendo: " a lo final hemos valorado positivamente muchas de las instituciones del autentico sistema punitivo indígena porque cumple de forma mas satisfactoria los fines que comúnmente se le asigna al Derecho Penal con carácter general.

Quisiera añadir que el **Derecho Penal** podemos aplicar a las otras ramas del **Derecho Romano Germánico que el Derecho Indígena**, que por cierto no las distingue reiterando desde luego, que el contenido del **Derecho Indígena** está por descubrirse porque existe.

El cumplimiento de este papel, la ley a de tener presente, que el derecho propio o consuetudinario no debe contradecir a la constitución y a la leyes por así disponer el mismo precepto constitucional.

Que no ha de contradecir a la **Constitución** parece obvio debido a que ésta es la norma básica o fundamental para todos los ecuatorianos, y común, aunque por razones diferentes, al ordenamiento jurídico estatal y al derecho propio o consuetudinario; sin embargo, para establecer si hay o no contradicción, en este caso, no bastan los principios de interpretación de la norma jurídica de o desde la Constitución; cabe señalar que este tema, que la propia **Corte Constitucional de Colombia**, tan lúcida y avanzada en otra materias no ha llegado a dilucidarlo satisfactoriamente del todo,.

En esta materia, igual que todo conflicto entre normas de dos familias jurídicas diferentes, se ha de proceder a la estimación intercultural de los hechos y del derecho en cuestión; esto quiere decir que los hechos deben ser examinados minuciosamente desde la perspectiva de cada una de las diferentes culturas existentes en nuestro Estado Ecuatoriano luego se debe examinar la valorización que de ellos hacen cada una de ellas y, en fin, averiguar las causas por las que es lo bueno o indiferente en la una, es malo o pernicioso para la otra en el lugar y momento del suceso hasta aquí los hechos.

Un esfuerzo más será escudriñado el texto, la ratio y el propósito de las normas en conflicto y , en vista de la conclusión del análisis de los hechos, aplicar la norma según el principio de ponderación que no es necesariamente conciliar ni menos morigerar el sentido de las normas sino aplicar la una o la otra, según sea más justa o mas conveniente para salvar los valores de una comunidad, siendo indiferente o nada perjudicial a los valores de la otra, sin perjuicio de la indemnización que se le debe al individuo que resultare perjudicado, con la solución si lo hubiere.

Por tratarse de una solución casuística o fruto de una jerarquía axiológica móvil, no es posible ni conveniente que se la cristalice en una norma legal si no que debe quedar en

manos del juez que, para el caso debe ser el juez constitucional asesorado por antropólogos, sociólogos y juristas especializados en pluralismo jurídico.

Desde luego con lo que he podido conocer, no preveo muchos asuntos en los que sea necesaria esta difícil solución.

El conflicto entre la ley estatal y el derecho propio o consuetudinario es menos complejo, en gran parte quedara resuelto con una acertada distribución de competencias o de limitación de ámbitos de vigencia de cada uno de ellos y un sistema de solución de conflicto de competencias también a cargo del juez constitucional que ha de resolver todas las causa que lleguen a su conocimiento, siempre con la valoración intercultural.

BIBLIOGRAFIA.

- ILAQUICHE LICTA, Raúl (2006) Pluralismo Jurídico y Administración de justicia Indígena en el Ecuador. Quito –Ecuador.
- SALGADO, Judith (2002) Justicia Indígena. Quito- Ecuador
- PEREZ GUARTAMBEL, Carlos (2006) Justicia Indígena Ecuador. Cuenca-Ecuador
- TIBAN, Lourdes (2004) Manuel de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador. Quito-Ecuador
- ILAQUICHE LICTA, Raúl (2004) Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador. Quito-Ecuador
- SERRANO PÉREZ, Vladimir (2002) El Derecho Indígena. Quito-Ecuador.
- CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ECUADOR (1998)
- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA (2008)
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).
- TIBAN, Lourdes (2001) Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador. Quito- Ecuador.
- VEGA, Nina Pacari, (2002) Pluralidad Jurídica. Ecuador.
- CODIGO PENAL ECUATORIANO (2009).