



RESUMEN

Desde el reconocimiento de la Justicia Indígena en la Constitución como un medio alternativo de solución de conflictos dentro de las comunidades indígenas, se ha generado grandes debates en cuanto a la competencia que tienen las autoridades indígenas para administrar justicia, principalmente en lo que tiene que ver con el tema de los derechos humanos en cuanto a si se respetan o no los mismos, puesto que hay criterios que sostienen que no se respetan los derechos humanos.

En el presente trabajo se evidencia que en ciertos casos efectivamente se podría estar atentando a los derechos humanos, pero no necesariamente es lo común pueden ser casos aislados, ya que por lo general lo que busca la Justicia Indígena es curar la enfermedad social para que esta no afecte a los demás miembros de la comunidad y así lograr una total armonía entre el individuo, la sociedad y la naturaleza.

Se entiende entonces que la Justicia Indígena no es atentatoria a los derechos humanos, lo que si la visión de los pueblos indígenas en cuanto a derechos de los individuos difiere de la visión que tiene el resto de la sociedad.

Es importante también resaltar una clara falta de socialización de lo que es la Justicia Indígena para que la sociedad conozca realmente cual es el fin de la misma.

PALABRAS CLAVES:

Justicia Indígena, Derechos Humanos, Ajusticiamiento, Derechos fundamentales, Derecho consuetudinario, Derecho propio, Jurisdicción indígena, Pluralismo jurídico



INDICE

TEMA

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

LA JUSTICIA INDIGENA EN EL ECUADOR.

1.1.-Datos históricos de la Justicia Indígena en el Ecuador	1
1.2.-El Derecho Indígena	5
1.3.-Exigencia del reconocimiento de Derecho Indígena su aceptación	8
1.4.-El elemento del Estado plurinacional; derechos colectivos y	
Justicia Indígena	12
1.5.-La Costumbre	16
1.6.-Jurisdicción y Justicia Indígena	18

CAPITULO II

ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS.

2.1. Autoridades	24
2.2. Legislación	28
3.3. Procedimiento	30
2.4.-Sanción o correctivo	34



CAPITULO III

JUSTICIA INDIGENA Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

3.1.-Justicia Indígena y Derechos Fundamentales	37
3.2.-Falta de Codificación de las Normas Indígenas	42
3.3.-El Derecho Indígena frente al Derecho Estatal	44
3.4.-Justicia Indígena y Derechos Fundamentales en la Constitución de la Republica	47
3.5.-Resistencia de los pueblos Indígenas a la Justicia Ordinaria	54

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDIGENA.

4.1.-Responsabilidad del Estado frente a la aplicación de la Justicia Indígena	56
4.2.-Pluralismo Jurídico en el Ecuador	58
4.3.-Análisis de casos	61

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Bibliografía	71
Anexos	72



UNIVERSIDAD DE CUENCA



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Dayani Mercedes Sanmartín Solano, autor de la tesis "Justicia indígena y derechos humanos en el Austro ecuatoriano a partir del 2008", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de la República y Licenciado en Ciencias Políticas. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.


Dayani Mercedes Sanmartín Solano
0301894333

Cuenca, 06 de febrero de 2013

Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail cdjbv@ucuenca.edu.ec casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA

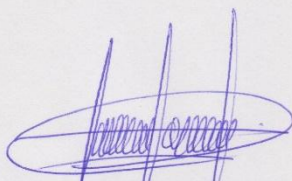


UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Dayani Mercedes Sanmartín Solano, autor de la tesis "Justicia Indígena y Derechos Humanos en el Austro ecuatoriano a partir del año 2008", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 06 de febrero de 2013


Dayani Mercedes Sanmartín Solano
0301894333

Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail cdjbv@ucuenca.edu.ec casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA



UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

TESIS DE GRADO:

Previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la Republica del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas.

TEMA:

“JUSTICIA INDIGENA Y DERECHOS HUMANOS EN EL AUSTRO ECUATORIANO A PARTIR DEL AÑO 2008”:

AUTORA:

DAYANI MERCEDES SANMARTIN SOLANO:

DIRECTOR.

DR. JORGE MORENO YANEZ:

CUENCA - ECUADOR.

2013



AGRADECIMIENTO.

Para la realización del presente trabajo, debo agradecer en primer lugar a la vida por esta maravillosa oportunidad que me ha regalado.

Agradezco a la Universidad de Cuenca, por la oportunidad y los conocimientos adquiridos en ella y por supuesto al Dr. Jorge Moreno Yáñez por contribuir tan sabiamente para lograr mi meta siempre con confianza y consideración.

De manera especial a mis amigos más cercanos y compañeros que a pesar de las dificultades me supieron apoyar siempre con cariño.....gracias a ustedes.



DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado:

A mis padres, Doña Olga Leonor Solano
Ochoa y Don Gerardo Reinerio Sanmartín
Patiño (+), quienes siempre me han guiado
con sabiduría y cariño, gracias de corazón.

A mi hija, Dayana, por ser la mejor de las
Motivaciones para realizarme en la vida,
Y alcanzar una las metas más
importantes que me he trazado.

A mis queridas hermanas Tania y Michelle,
por el cariño, comprensión y paciencia, que
siempre me han demostrado, y a mi
recordado hermano Leonardo(+) por
que fuiste un ser humano extraordinario
mil gracias.

Con mucho cariño.....

DAYANI.....



INTRODUCCION

Debido a que en el cantón Nabón, Provincia del Azuay, de donde soy oriunda existen muchas comunidades indígenas en las que se mantienen todavía vivas las tradiciones y costumbres, entre ellas una que siempre llamó mucho mi atención es la aplicación de la Justicia Indígena, que a pesar de que es un tipo de justicia ancestral practicada mucho antes de que los españoles iniciaran la colonización en nombre de la corona, poco se conoce de ella debido a que se trató de eliminar todo tipo de costumbres indígenas para imponer las costumbres europeas y en gran medida lo lograron.

Es en la década de los 70 que empieza la lucha de los pueblos indígenas porque se le reconozcan sus derechos y su propia jurisdicción, y no es sino hasta 1998 año en que se reforma la Constitución y se recoge los principios consagrados en el Convenio 169 de la OIT, estableciendo así el carácter plurinacional y multiétnico de nuestro Estado, logrando una Constitución progresista por su reconocimiento a las jurisdicción indígena, así como la autonomía en la toma de decisiones, luego con la actual Constitución de Montecristi del 2008, aprobada en referéndum del 28 de septiembre, a mas de ratificar el reconocimiento a la jurisdicción indígena se consagran nuevos derechos y garantías que permite ejercer de mejor manera la administración de la Justicia Indígena, estableciendo además que debe haber una Ley de coordinación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria a fin de evitar que se atenten contra derechos fundamentales que constan en Convenios Internacionales de los que nuestro país es suscriptor.

Por lo cual el objetivo del presente trabajo es analizar la aplicación de la Justicia Indígena a partir de su aprobación, de manera crítica, constructiva y objetiva, teniendo en cuenta que la Justicia Indígena tiene sus aspectos positivos y negativos, partiendo de que su reconocimiento constitucional es un logro importante no solo para las nacionalidades indígenas sino para el Estado en sí.

Tratando de esta forma de dar a conocer en parte al menos lo que es la Justicia Indígena puesto que se han dado muchas opiniones respecto al tema,



buenas y malas, pero la realidad es que muy poco se conoce de ella, teniendo en cuenta que quizá las autoridades competentes no se han preocupado de difundirla, para que la sociedad en si no vea a la Justicia Indígena como un atraso o como algo obsoleto.

Espero que este trabajo sirva de alguna manera como un aporte a la sociedad en general, para que se le vea de a la justicia Indígena como lo que realmente es; un tipo de Justicia consagrada en nuestra Constitución, teniendo en cuenta que el objetivo, la esencia de la misma no es atentar contra derechos Fundamentales, pese a que puede darse, sino más bien mantener vivas nuestras costumbres.



CAPITULO I

LA JUSTICIA INDIGENA EN EL ECUADOR.

DATOS HISTORICOS DE LA JUSTICIA INDIGENA EN EL ECUADOR

La justicia indígena en nuestro país tiene raíces históricas que se remontan a los albores de las comunidades afincadas en el suelo que hoy conforma el Ecuador.

Este tipo de Justicia, aplicada desde tiempos inmemoriales, mucho antes de que se aplique el Derecho Positivo en nuestro suelo, es calificado por los indígenas como Derecho Histórico.

La Justicia indígena, es por excelencia transmitida en forma oral, dado que en el Derecho Indígena no hay normas escritas o compiladas en una código, se basa más bien en los usos y costumbres ancestrales que se han ido transmitiendo y conservando con el paso de los años y solamente en los últimos tiempos ha recuperado su vigencia pues durante la colonización y la República los miembros de las comunidades indígenas estuvieron directamente regidos por el Derecho positivo.

Sin embargo, durante los períodos mencionados (colonización y República), sin ser notorio o público, la justicia indígena regía para los miembros de las comunidades sociales en ámbitos tales como el laboral, penal, y en aspectos morales, que para ellos era el derecho mismo¹.

También como eje fundamental dentro de los pueblos indígenas estaba la ley del Ayni (Ley de la reciprocidad) entorno a esta Ley se desarrolla la parte social, cultural, y jurídica de los pueblos indígenas. Con el paso del tiempo este tipo de Justicia no ha estado impávido a los cambios sociales si no se ha ido adaptando a la realidad social de los pueblos se instauran tres principios que son: AMA KILLA (no ser perezoso) AMA LLULLA (no mentir) y AMA SHUA (no robar), cabe aclarar que estos principios según manifiestan los indígenas no son propios de sus pueblos más bien fueron adoptados después de la conquista de los españoles.

Estos principios y ley del Ayni fueron la fuente de inspiración para los pueblos indígenas, toda su administración de justicia se basaba en ellos, pues la aplicación de estos, a los casos concretos tomaron como fundamento las

¹ Entrevista realizada a dirigentes indígenas. por el compromiso entre las partes no se menciona el nombre de los mismos.



normas oralmente transmitidas, la costumbre de la Comunidad, y cuando no lo tenían acudían a la sabiduría de los más ancianos o ancianas.

Además de buscar el Ayni (reciprocidad) esta forma de administrar la justicia buscaba también el LLAQUI (armonía) total en su comunidad, es decir, el equilibrio entre la PACHAMAMA (naturaleza), el individuo y la sociedad.

Con la conquista de los españoles los pueblos indígenas fueron obligados a someterse a un nuevo régimen jurídico que podríamos llamar Justicia Ordinaria o Derecho Positivo, “ocultando” a las nuevas autoridades los usos y costumbres que por miles de años les transmitieron sus ancestros.

Desde entonces, estuvieron sometidos a una administración de justicia distinta y a un régimen de derecho totalmente ajeno a sus tradiciones, usos y costumbres. La administración de la justicia indígena fue prohibida por los colonizadores y los que la aplicaban eran duramente sancionados.

Con el advenimiento de la Republica y ya sin la vigencia de las severas sanciones del colonizador, los indígenas, al interior de las comunidades tienen una vez más la oportunidad de administrar su justicia, pero solo para ciertos casos, como conflictos familiares o asuntos de tierras, entre otros, que se resolvían en la misma comunidad, lo cual no entraba en conflicto con el ordenamiento jurídico del Estado nacional.

La administración de justicia Indígena indudablemente ha ido evolucionando y se ha adaptado a las nuevas realidades históricas del país y el mundo; es decir, su adaptación va de la mano con el desarrollo de los nuevos derechos del individuo, de las comunidades y de la naturaleza.

Como ejemplo podemos anotar que las penas que se aplicaban en el pasado, en el periodo del Incario, no son las mismas que se aplican hoy.

Como explica Garcilazo de la Vega “en la sociedad Incásica, al ladrón se lo castigaba severamente y la reincidencia era sancionada con la pena capital”².

Hoy en día, la justicia indígena no aplica dicha pena por atentar a los derechos humanos, y por estar prohibida por la legislación de nuestro país y por Instrumentos Internacionales.

Los pueblos indígenas desde sus orígenes han contado con sus propias autoridades e instituciones que los rigen. En un principio quien regía la comunidad era el denominado Consejo de Ancianos este podía estar conformado por hombres o mujeres indistintamente, no tenían que ser ancianos en sentido estricto sino mas bien personas honorables y que hayan observado una buena conducta dentro de la comunidad, estos ancianos eran

² citado por Raúl Llaquiche 2006, Pag.33



conocidos dentro de la comunidad como Taita y Mama, los miembros de la comunidad acudían a ellos para solucionar los distintos conflictos que se daban en la misma por su sapiencia y experiencia, su palabra era muy respetada muchas veces eran ellos los que imponían la sanción al que altero el equilibrio y el orden social de la comunidad, hasta la fecha los más ancianos en la comunidad son considerados como parte importante dentro de la comunidad.

Es luego con la influencia de los colonizadores que surge el llamado cabildo que está conformado por el presidente, el secretario y el tesorero son los encargados de resolver cualquier tipo de conflicto como pueden ser: infidelidad, chismes, problemas respecto a trabajos comunitarios o mingas. Esta organización se sigue manteniendo en la actualidad, para su elección participa toda la comunidad, teniendo en cuenta que las personas a ser elegidas deben ser ejemplo en la comunidad.

Por último tenemos a la Asamblea General que está conformado por todos los miembros de la comunidad esta asamblea es la encargada de resolver conflictos mayores de tipo penal y son los que mayor poder tienen dentro de la misma.

Los pueblos indígenas son una sociedad evidentemente colectivista, que durante siglos han venido luchando para que sus derechos sean reconocidos y respetados. Es así que “a finales del siglo XIX y comienzos del XX comienzan a surgir en América Latina movimientos políticos con Liderazgo Indígena”³.

Comienza una lucha histórica para los pueblos originarios, empiezan ya a tener participación activa en la vida política de los estados, ostentando dignidades para desde allí buscar el reconocimiento de sus derechos; derechos que poco a poco han ido consiguiendo.

Entre los grandes logros de esta lucha tenemos el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos Indígenas ratificado por el Ecuador, en 1986 se forma la CONAIE en Ecuador como una organización para velar por los intereses de los pueblos indígenas posterior a esto surge el partido político Pachacutik liderado por la CONAIE precisamente para que los Indígenas tengan participación en el ámbito político de nuestro estado, tanto es así que hoy tenemos integrando la Asamblea Nacional indígenas están también ocupando cargos dentro de la función pública. Otro logro importante de los pueblos indígenas es el reconocimiento de la Justicia Indígena y su aplicación como un medio de solución de conflictos alternativos a la Justicia Ordinaria. La Constitución vigente en su Art 171 señala que: este tipo de justicia puede ser aplicada en las comunidades indígenas y además debe ser respetada por las autoridades públicas, aunque en la constitución del 98 ya se le reconoció a los pueblos indígenas ciertos derechos.

³ Carlos Pérez Justicia Indígena, 2006 pag193



EL DERECHO INDIGENA.

Al Derecho indígena se le han ido dando algunas denominaciones tales como: Derecho Propio, Derecho Consuetudinario, Derecho Mayor, Derecho Kichwa, Usos y Costumbres entre otras, es considerado por los indígenas como un derecho histórico y el eje que rige el destino de sus pueblos.

Su vigencia legal la tiene a partir de la reforma a la Constitución de 1998, en la que por primera vez se reconoce al Derecho Indígena como un medio alternativo de solución de conflictos para los pueblos indígenas.

Uno de los aspectos más discutidos a nivel nacional los últimos años es la aplicación del Derecho Indígena, partiendo de allí vamos a ver algunos conceptos que se le dan al mismo.

“El Derecho Indígena (Propio) por su naturaleza misma se ha conservado y transmitido de generación en generación de manera oral, en vista de que este Derecho Propio es práctico por lo que con relativa facilidad se puede guardar en la memoria colectiva de los pueblos. Esto no implica que el Derecho Indígena es estático, al contrario permanentemente se va enriqueciendo con nuevas experiencias y prácticas de la administración de Justicia Indígena”⁴.

Al respecto, la CONAIE nos hace conocer lo siguiente:

“Para nosotros los indios, el Derecho Indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, en el cual a través de un 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, existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garanticen el convivir armónico”⁵

Como se refleja en los criterios antes señalados, el Derecho Indígena está en constante cambio y adaptación de acuerdo a la realidad social, a cómo va cambiando la estructura del Estado. El Derecho Indígena tuvo que irse adaptando al modelo colonial y luego a la vida republicana. Otro aspecto que también influyó drásticamente en la dinámica del Derecho Indígena fue la Iglesia Católica, pues en nombre de DIOS se dio una conquista ideológica que obligó a los indígenas a reformar casi todas sus costumbres.

⁴ Mariana Yumbay. El ejercicio de la administración Justicia en el Ecuador, 2003.

⁵ CONAIE, boletín informativo de mayo del 2001.



El Derecho Indígena se rige por tres aspectos fundamentales que son: sus preceptos, instituciones y procedimientos; sus orígenes están en lo que hoy conocemos como sociedad.

En cuanto a los preceptos, estos no se encuentran positivizados en un cuerpo normativo pero si se han ido transmitiéndose en forma oral, el precepto más importante que tiene el Derecho Indígena es el “Ayni” (Ley de la Reciprocidad) también tienen otros preceptos no menos importantes que adquirió la cultura indígena por la influencia de la colonización, estos son: AMA KILLA (no ser perezoso) AMA LLULLA (no mentir) y AMA SHUA (no robar). Valores que tienen mucha trascendencia y operatividad en las nacionalidades indígenas.

En cuanto a sus instituciones podemos decir que son diversas estas pueden ser sociales, políticas, culturales y económicas es a través de ellas que se organizan las comunidades indígenas, dicen pues que si no hay organización política o cultural por ejemplo la vida en la comunidad sería una anarquía en donde cada uno de sus miembros tomaría decisiones y obraría buscando el beneficio individual mas no el colectivo y eso es precisamente lo que se busca evitar al interior de las comunidades indígenas.

A mas de sus preceptos e instituciones, “el Derecho Indígena tiene también su propio procedimiento este es público, no tiene mayores formalismos” como nos explica el Licdo. Olmedo Morocho ex cabildo de la comunidad de Shiña cantón Nabón, lo que busca es restaurar a su manera el orden en la comunidad.

En el Derecho Indígena se destaca la celeridad con la que se manejan los procesos, cada comunidad cuenta con sus propias autoridades facultadas para administrar justicia solo dentro de su territorio; sus normas son aplicadas conforme a sus costumbres ancestrales y propias de cada comunidad, lo que busca, es la mediación y la conciliación para lograr la rehabilitación del infractor para que este sea aceptado en su comunidad.

El Derecho Indígena no busca ni aislarlo ni expulsarlo de la sociedad al infractor a diferencia de lo que ocurre en la Justicia Ordinaria, en donde hay cárceles para recluir a los sancionados puesto que la visión de la Justicia



ordinaria es más bien sacar de la sociedad al individuo que altero el orden público, que causó daño para que cuando esté preparado pueda ser reinsertado en la misma⁶.

“En la sociedad indígena funciona otra lógica, que parte de una filosofía interrelacionada entre hombre - naturaleza – sociedad consideradas indivisibles que forman parte de un todo. En los códigos culturales referentes a la administración de justicia indígena no existe ese tipo de clasificación división por materias, por lo que, la autoridad competente, con el procedimiento establecido, resuelve todo tipo de conflictos que se produzcan al interior de la sociedad indígena, generalmente conocida como *comunidades indígenas* en referencia a los pueblos kichua asentados a lo largo del callejón interandino, No obstante lo señalado es necesario acentuar en que, en el análisis, no se trata de resaltar supremacías de uno u otro ordenamiento jurídico, sino señalar que son distintos pero que pueden convivir con armonía en una sociedad ”⁷ (Pacari , 2002: 85 Y 86).

Debe tenerse en cuenta también, que el Derecho Indígena no puede ir en contra de los preceptos Constitucionales dado que estos rigen para todos los ecuatorianos.

EXIGENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDIGENA Y SU ACEPTACION.

En la década de los años noventa en nuestro país la CONAIE empieza a exigir que se le reconozcan sus derechos a los pueblos indígenas del Ecuador, tan es así que su exigencia se hace realidad en la Constitución codificada y reformada de 1998 pues en el Art. 191 inciso cuarto establece que: “*Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no*

⁶ Las cárceles en la práctica no son centros de rehabilitación, este aislamiento probablemente genera en los reclusos un rechazo a la sociedad.

⁷ Pacari Nina, Aportes para un debate, Pluralidad Jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida, 2002, Pag.85, 86.



sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”⁸.

Por tanto, a través de lo que dejo expuesto en el párrafo anterior se diría que comienza la transformación de una sociedad dominante y excluyente lo reconoce el Licdo. Olmedo Morocho dirigente indígena, al admitir que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, a tomar el camino que sus antepasados les trazaron en base a sus usos y costumbres.

Luego en el año 2008 con una nueva Constitución el Art. 11 establece que: *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

- 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizaran su cumplimiento.*
- 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

Nadie puede ser discriminado por razones de etnia lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portador VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La Ley sancionara toda forma de discriminación.

El Estado adoptara medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad.

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

⁸ Constitución de la Republica del Ecuador, 1998.



Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la Ley.

Los derechos serán plenamente justificables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por hechos no para negar su reconocimiento.

- 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales.*
- 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia. PRO HOMINE.*
- 6. Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.*
- 7. El reconocimiento de los derechos y garantías reconocidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los de más derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.*
- 8. El contenido de los derechos se desarrollara de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generara y garantizara las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

- 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad publica, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.



El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contar de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el estado repara a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

En tanto que el Art. 171 establece que:

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria⁹”.

⁹ Constitución de la Republica del ECUADOR, 2008.



EL ELEMENTO DEL ESTADO PLURINACIONAL; DERECHOS COLECTIVOS Y JUSTICIA INDÍGENA.

La Constitución vigente en su Art. 1. instaura un modelo de Estado Plurinacional en donde reconoce la diversidad de pueblos y nacionalidades, y no solo eso va mas allá, al reconocer al Estado como plurinacional reconoce y garantiza también una pluralidad de principios y derechos colectivos, como los que se establecen en el Art. 57 numerales 9 y 10 que hacen referencia a conservación y el desarrollo de sus propias formas de convivencia y organización, de igual forma a aplicar su derecho Propio o Consuetudinario, permitiendo así el fortalecimiento de las tradiciones y formas de organización de los pueblos indígenas.

Con esto lo que se hace es reconocer el derecho de las autoridades indígenas a aplicar la justicia, dentro de su territorio en base a su costumbre siempre que este no sea atentatoria a los derechos humanos, la carta magna y Convenios Internacionales puesto que por mandato de la Constitución estos en nuestro país son de directa aplicación.

A su vez se abre un reconocimiento a la diversidad cultural y a la inclusión de los pueblos indígenas en la sociedad donde la mayoría de individuos son mestizos. Es por ello que es de tanta trascendencia el reconocimiento que hace la Constitución vigente.

Por lo expuesto se evidencia que no cabe discusión alguna sobre la existencia del Derecho Indígena, pues según nuestra Constitución las comunidades indígenas administraran justicia en base a sus tradiciones y *Derecho Propio*.

Cuestionamiento a la Justicia Indígena.

Sin dejar a lado la importancia que tiene el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, para el Derecho Indígena. A pesar de todos estos logros y reconocimientos el derecho indígena en los últimos años ha estado envuelto en una serie de cuestionamientos puesto que muchas veces es confundido con el linchamiento que según el diccionario de **Guillermo Cabanellas** dice: “forma popular de ejecutar justicia, aplicando la pena capital,



sin esperar al pronunciamiento del fallo condenatorio por el tribunal competente, producida con reacción excesiva ante la comisión de un crimen” que es practicado por ciertos grupos que no tienen que ver precisamente con los pueblos indígenas¹⁰.

Respuesta.

Al Derecho Indígena aun estando reconocido en nuestra Constitución se le sigue viendo como algo atentatorio a los derechos fundamentales que todo individuo tiene, pero la realidad es que de las normas y procedimientos del derecho indígena poco se conoce quizá es por eso que muchos de los medios de comunicación y la sociedad en general lo asocian o lo catalogan de linchamiento, se podría decir que lo que falta es socializarlo.

Nuestra Constitución al reconocerle a los pueblos, comunidades y nacionalidades su Derecho Propio, les faculta a ejercer funciones jurisdiccionales a través de sus propias autoridades, reconociendo así al menos una dualidad jurídica, y se les abre a los pueblos indígenas una serie de posibilidades tales como: una nueva forma de garantizarse su sistema de justicia convirtiéndose en una política de Estado.

Lo optimo es tratar de armonizar estos tipos de Justicia (Indígena y Ordinaria) respetando la autonomía y los limites que tienen cada uno de ellos, para ello tal vez se podría pensar en establecer los alcances que cada uno de ellos tiene de modo que puedan coexistir.

Lo que sí parece estar claro es que el Derecho Indígena con o sin reconocimiento ha existido, y lo que tal vez se debería tener en cuenta a partir de su reconocimiento es que se debe establecer unos parámetros para que este no atente o no sea contradictorio con las normas Constitucionales y con las normas establecidas en convenios internacionales.

¹⁰Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, Argentina 2001.



LA COSTUMBRE.

Dentro de las comunidades indígenas se practican ciertos actos que han sido transmitidos de forma oral por sus ancestros, convirtiéndose dichos actos en normas de carácter coercitivo, dichas normas rigen el destino de los pueblos indígenas.

Teniendo en cuenta que un hábito practicado en una determinada sociedad termina calando en la conciencia de los individuos, va adquiriendo fuerza dentro de dicha sociedad, es lo que se da precisamente en las comunidades indígenas que vienen arrastrando sus costumbres por miles de años.

Según Guillermo Cabanellas la costumbre es: “la repetición de ciertos actos de manera espontanea y natural, que por la practica adquiere la fuerza de ley. Mientras que la costumbre es en realidad un derecho, para algunos el más genuino de todos, pues esta ratificado por el consenso unánime del pueblo, el uso no constituye más que un hecho.”¹¹

La costumbre también puede entenderse como norma jurídica pero no escrita que se impone por su uso y se desprende de la voluntad popular.

Para los pueblos indígenas la costumbre tiene una fuerza normativa equivalente a normas positivas.

“Dos notas son características de la costumbre: 1. Su origen, no emana positivamente del órgano legislativo sino de la entraña popular, y 2. La falta absoluta de formalismos, frecuentemente incluso no es ni siquiera escrito”¹² como apunta Galo Galarza.

En un principio los seres humanos no estábamos sujetos más que a nuestras convicciones y nuestra voluntad, luego surge la sociedad política, y como un medio para que no se imponga la voluntad del más fuerte e impere la *voluntad general*, esto en tanto en cuanto esa *voluntad general* sea la voluntad de la mayoría de los miembros de dicha sociedad es que nace la Ley. (Positivismo ideológico)

¹¹. Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, Argentina 2001

¹² <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/galogalarza.htm>.



Se entendía entonces que aquella voluntad de la mayoría era la ley para todos. Para establecer dicha Ley en muchos casos se tomaba como referente las costumbres que se dan en el lugar en donde va a regir dicha Ley.

Este modelo ha sido a demás propuesto por el Estado Constitucional.

Para que la costumbre tenga validez debe haber una secuencia igualitaria en los hechos practicados. Un hecho para ser tenido en cuenta como costumbre debe ser público y notorio de manera que todos los integrantes de la sociedad lo conozcan.

La costumbre estuvo primero que la Ley y efectivamente los pueblos indígenas se rigen por la costumbre para ellos esta es su Derecho Propio y por tanto se vuelve obligatorio dentro de la comunidad.



JURISDICCION Y DERECHO INDIGENA.

Sobre la jurisdicción y la competencia del Derecho Indígena en el Ecuador se ha discutido mucho y se han dado diferentes opiniones al respecto, los indígenas manifiestan que tienen plena competencia para conocer todo tipo de conflictos, por el contrario juristas opinan al respecto que dicha competencia tiene límites.

Para tratar de acercarnos y conocer más de cerca la realidad sobre este tema veamos lo que dice la Ley sobre la jurisdicción y la competencia.

En su Artículo 1 El Código de Procedimiento Civil establece: Jurisdicción es *“el poder de administrar justicia, consistente en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos en la ley”*.

Sobre la competencia en el inciso 2° de la misma ley nos dice: *“La medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados”¹³*.

El Artículo 171 de la Constitución dice: *Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicaran 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, garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá mecanismos de

¹³Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano.2012.



*cooperación y coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria*¹⁴.

En el artículo citado la Constitución les otorga a los pueblos indígenas jurisdicción, para que de esta forma las autoridades indígenas tengan competencia para administrar justicia dentro de su territorio en base a su Derecho Propio. Vale la pena resaltar que la competencia que les otorga es solo dentro de su circunscripción territorial, es decir, el espacio físico que vienen utilizando ancestralmente.

El referido artículo nos habla también de la participación de las mujeres indígenas, en todas las decisiones relacionadas con la justicia, este punto es de gran relevancia dado que en “las comunidades indígenas la participación de las mujeres es casi nula”¹⁵, por lo general son los hombres los que están al frente, conformando la estructura organizativa de las comunidades indígenas.

También hace referencia a que las decisiones de las autoridades indígenas serán respetadas, por las instituciones y las autoridades públicas, esto nos ayuda a disminuir la tensión entre las autoridades indígenas y las autoridades de la justicia ordinaria.

La Constitución además limita las decisiones de las autoridades indígenas dado que establece que estas estarán sujetas a un control de constitucionalidad, por supuesto cuando dichas decisiones atenten a derechos fundamentales reconocidos en la misma Constitución y en Tratados internacionales.

En la práctica el Derecho Propio se viene aplicando en las comunidades indígenas, lo que falta es establecer la competencia de las autoridades indígenas, sus límites, para que haya compatibilidad con la justicia estatal.

¹⁴ Constitución de la república 2008.

¹⁵ Datos tomados de la entrevista realizada al señor Manuel María Duchi Ex dirigente indígena del cantón Cañar el 2 de septiembre del 2012.



El conflicto en cuanto a la competencia para administrar justicia empieza cuando las Autoridades Indígenas y a la vez jueces y magistrados también pretenden impartir o administrar justicia.

Olmedo Morocho ex dirigente Indígena dice al respecto: *la Constitución y el Convenio 169 de la OIT no establece límites para que las autoridades Indígenas podamos aplicar nuestro derecho propio.*

El convenio 169 de la OIT en su Artículo 8 establece “*Al aplicar la legislación a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que pueden surgir en la aplicación de este principio.

La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

El artículo antes citado nos habla armonizar el derecho positivo con el Derecho Indígena, por supuesto sin desconocer las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades pero a su vez respetando los preceptos constitucionales y Convenios Internacionales.

En el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT se establece: “*En la medida en que ello sea compatible con el derecho jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.



A más de la compatibilidad de la que se habla en estas disposiciones que debe de haber entre el derecho Indígena y el derecho positivo nos habla también que se debe respetar los métodos que los pueblos y comunidades empleen para administrar justicia.

En cuanto al Artículo 10 del mismo Convenio dice: *“Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características sociales, económicas y culturales.*

Deberá darse preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento”¹⁶.

Esto desde luego haciendo referencia a los tipos de sanciones que se aplican en las comunidades indígenas en donde no se contempla la reclusión del infractor, sino mas bien correctivos tales como el baño con agua fría, los latigazos etc.

El tema de la competencia de la justicia indígena es bastante complejo pues no hay una Ley que haya regulado hasta donde llega dicha competencia. La postura de los pueblos indígenas en cuanto al tema de la competencia es que las leyes no establecen límites para la aplicación del Derecho Indígena, por lo tanto ellos pueden administrar justicia en cualquier ámbito dado que por su naturaleza el Derecho Indígena no está dividido en materias, así que igual podrían conocer y resolver un delito como el homicidio o un problema de infidelidad.

Por el contrario el Instituto Regional de Derechos Humanos (INREDH) considera que la aplicación de la Justicia indígena se da solo en los siguientes casos:

1. Un conflicto dentro de su comunidad.
2. Que los actores sean personas miembros de la comunidad¹⁷.

El Código Orgánico de la función judicial también nos habla a cerca de la competencia de las autoridades Indígenas en su Artículo 7 inciso segundo dice: *“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas*

¹⁶ Convenio 169 OIT sobre los pueblos Indígenas y Tribales.

¹⁷ (INREDH) Instituto Regional de Derechos Humanos.



ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley”.

El Código Orgánico de la función Judicial en su artículo 253 nos habla de que la justicia de paz no prevalecerá sobre la Justicia Indígena.

Otro artículo que también nos habla a cerca de la competencia de las autoridades Indígenas es el 345 del mismo código que dice: *“Los jueces u juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido a la conocimiento de las autoridades indígenas, declinaran su competencia siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido”*¹⁸.

Nuestra legislación, los tratados internacionales reconocen ampliamente el derecho de los pueblos indígenas a actuar dentro de su comunidad según sus tradiciones, su derecho propio, pero pese a ello hay una resistencia de la sociedad en especial de las autoridades que administran la justicia ordinaria que se muestran reacios a reconocer estos derechos, exactamente a aplicar sus costumbres.

Los pueblos indígenas con estas reformas a la Constitución y a la ley, la sentencia en el caso Sarayaku sin lugar a duda sientan un precedente para las futuras generaciones pues han conseguido que sus derechos sean reconocidos, esperando así integrarse por completo a la sociedad y conformar ese Estado Constitucional de derechos y justicia como establece la constitución vigente. Entendiéndose también que se debe tener en cuenta que se necesita precisar la competencia del derecho indígena, para así evitar conflictos entre este y el Derecho Positivo Oficial.

¹⁸ Código Orgánico de la Función judicial. Publicado en el Registro Oficial 554 del 9 de marzo del 2009



CAPITULO II

ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS.

Al margen del aparato estatal, de sus órganos y sus instituciones, las comunidades indígenas tienen su propio gobierno, autoridades y legislación es decir su propia estructura político-administrativo.

Las comunidades Indígenas están organizadas como cualquier asociación, agrupación u organización social, responden a una estructura organizativa y cultural, establecida a inicios de los años 70.

La Ley de Comunas, los reconocimientos logrados en la Constitución vigente y en la anterior-1998- y en Convenios Internacionales han hecho que la estructura organizativa de las comunidades indígenas haya ido cambiando y se rija por su normativa interna.



AUTORIDADES.

Su estructura en gran medida está conformada por los siguientes organismos: El Cabildo, la Asamblea General, la Organización Cantonal de Comunas y la Organización Provincial de Comunas.

Esta estructura organizativa esta integrada por comuneros que reúnan los siguientes requisitos:

1. Ser mayor de 18 años.
2. Haber participado en la militancia activamente por al menos tres años.
3. No adeudar las cuotas que voluntariamente se dan para mantener la estructura organizativa de la comunidad.
4. No haber sido procesado y sancionado por cualquier falta cometida dentro de la comunidad.
5. Haber observado una conducta adecuada dentro de la comunidad acorde a los principios que rigen la misma, (AMA KILLA)(AMA LLULLA)(AMA SHUA)
6. Presentar una propuesta para desarrollar actividades en su periodo de gestión.

Para Carlos Pérez la administración político-administrativa en las comunidades indígenas se maneja a través de “un sistema de gobierno ayllucracia sustentado en la armonía y respeto de todos y con todos los integrantes de la comunidad que es la gran frater familia, insisto guiada por los rucuyayas abuelos, maestros de la vida, tutores del equilibrio del universo social”¹⁹.

“La Autoridad de un pueblo Indígena, revertida de la potestad jurisdiccional, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado es la asamblea de la comunidad. Solo para asuntos leves, o de poca trascendencia la comunidad inviste de esa potestad a determinados miembros de ella, que elige y remueve libremente, generalmente por consenso, seleccionándoles por la confianza que inspira su probidad, entereza y sabiduría”²⁰.

¹⁹ Carlos Pérez Guartambel, Justicia Indígena. 2010 Pag. 200.

²⁰ Galo Galarza Paz, Judith Salgado, Justicia Indígena aportes para un debate. 2002 Pag. 81.



En las comunidades indígenas al igual que en las distintas sociedades hay jerarquías en cuanto a Autoridades se refiere, pues a la hora de aplicar una sanción o más bien un correctivo se puede ir acudiendo a cada una de ellas en orden jerárquico.

1.- Primero tenemos en el núcleo familiar al **PADRE** o **ABUELO** quien rige el destino de los integrantes de la familia, por el respeto que se le guarda por su experiencia y sabiduría, aunque como cada comunidad tiene sus propias particularidades en otras es directamente el presidente de la comunidad el encargado de corregir ciertos hechos. A estas autoridades por llamarlos de alguna forma, se acude para problemas menores como por ejemplo por chismes, celos.

2.- En segunda instancia tenemos al **CABILDO** o **CONSEJO DE GOBIERNO** que es una autoridad pluripersonal conformado por un presidente, vicepresidente, secretario y tesorero estos son elegidos por la asamblea general conformados por todos y todas las integrantes de la comunidad, en algunas comunidades son elegidas para un periodo de un año con opción a ser reelegidos como ocurre en la comunidad de Shiña del Cantón Nabón. El cabildo resuelve problemas de mayor importancia dentro de la comunidad, este puede ser un problema de tierras que se suscite entre los comuneros.

3.- En otra instancia tenemos a la **ASAMBLEA GENERAL** que está conformada por todas y todos los integrantes de la comunidad son la máxima Autoridad y el órgano supremo dentro de la comunidad, ellos conocen y resuelven casos de mayor gravedad que se hayan dado en la comunidad, por ejemplo un homicidio.

4.- Luego están las **ORGANIZACIONES CANTONALES**, conformadas por todas las comunidades indígenas, por lo general se acude a esta instancia, cuando en el cometimiento de un ilícito han participado miembros de diferentes comunidades.



5.- en última instancia tenemos a la **ORGANIZACIÓN PROVINCIAL** que se dedica a conocer y resolver problemas por límites por ejemplo entre diferentes comunidades, como ocurre en la provincia del Cañar, aunque de “los casos que se han presentado son un solo el 1% de los mismos han tenido que ser resueltos por la Organización Provincial de Comunas Indígenas²¹”.

Las Autoridades Indígenas actúan dentro de su comunidad ejecutando las decisiones tomadas por la Asamblea General que es la máxima autoridad dentro de la misma, las decisiones se toman en consenso con todos los integrantes de la comunidad, se podría decir que en los pueblos o comunidades indígenas se ejerce una democracia colectiva.

LEGISLACION.

“Para los indígenas el sistema justicia ordinaria no funciona, ellos ven a dicho sistema como algo contrario a sus principios, es por ello que no creen en abogados ni funcionarios públicos pues los consideran injustos, racistas, a mas de ello, el sistema jurídico oficial es engorroso y se tarda demasiado a la hora de emitir una sentencia sin contar con el carga económica que esto genera a diferencia de lo que es el Derecho Indígena en donde todo es gratuito y para complementar el mismo es conciliador busca mediar entre las partes²²”.

En cuanto a las normas del Derecho Indígena estas no están sustentadas en normas positivas o codificadas como sucede en la justicia ordinaria sino más bien en la costumbre transmitida por regla general en forma oral, la misma para los pueblos indígenas está basada en principios y valores fundamentales para mantener el equilibrio y el orden social dentro de la comunidad. Es un proceso sumarísimo, publico, se da en forma oral.

Sus normas son de obligatorio cumplimiento, son coactivas y aplican un sistema de sanciones diverso del de la justicia ordinaria, tenemos por ejemplo

²¹ Datos tomados de la entrevista realizada al señor Manuel María Duchi Ex dirigente indígena del cantón Cañar el 2 de septiembre del 2012.

²² Datos tomados de la entrevista realizada al señor Manuel María Duchi Ex dirigente indígena del cantón Cañar el 2 de septiembre del 2012.



el baño con agua fría, los latigazos, las disculpas públicas, entre otras. En este sistema también hay instancias en casos menores hay una única instancia y en casos graves se puede recurrir hasta la instancia provincial que es la definitiva.

“Las normas jurídicas que aplican las Autoridades Indígenas en el caso concreto que les corresponde conocer son: la Costumbre o Derecho Consuetudinario, es decir, aquellas que emanan voluntariamente del pueblo”²³.

“El Derecho Indígena cuenta con preceptos que son aplicados a todos por igual, sin privilegios, discrimin y peor resentimientos, algunas conductas han sido modificadas en función de las demandas sociales, concertadas por la comunidad indígena en su compleja relación con el Estado y la sociedad”²⁴.

El hecho de que las normas en el Derecho Indígena no estén recogidas en un cuerpo legal genera una especie de escepticismo a creer que realmente se aplique o se administre justicia sin privilegios, sin discrimin, dado que no hay un procedimiento formal a seguir.

Pese a ello los indígenas defienden su Derecho Propio, sus normas argumentando que son ciertamente eficaces a diferencia dicen de lo que ocurre con el derecho positivo de la justicia ordinaria. Por ejemplo en la legislación Indígena no se establece el encarcelamiento puesto que se considera contraproducente para resarcir el daño causado, “ellos ven a la reclusión perjudicial para el infractor porque consideran que estando en un centro de rehabilitación esto va a empeorar su enfermedad social, se va a dejar en la indefensión a la o las víctimas”²⁵.

Las normas del Derecho Indígena son transmitidas a través de la sabiduría popular, son aplicadas a un grupo humano que conforman una comunidad, lo que se busca con la aplicación de dichas normas es la integración del individuo a la comunidad.

²³ Galo Galarza Paz. “Justicia y Derecho en la administración de Justicia Indígena”. 2002. Pag.83.

²⁴ Carlos Pérez Guartambel. Justicia Indígena. 2010. Pág. 231.

²⁵ Lcdo. Olmedo Morocho ex dirigente indígena entrevista realizada el 16 de septiembre 2012.



PROCEDIMIENTO.

El procedimiento en la administración de la Justicia Indígena no es rígido ni excesivamente formalista es quizá por ello que ha sido objeto de duras críticas y cuestionamientos lo que ha llevado a preguntarse: ¿Se respeta los derechos fundamentales a la hora de administrar Justicia en las comunidades indígenas?, ¿se garantiza el debido proceso?

El procedimiento que tienen que seguir las autoridades indígenas a la hora de administrar justicia es el que se maneje de acuerdo a la costumbre de la comunidad.

“La falta de codificación y su naturaleza de principios generales han permitido acumular conocimientos, fruto de la experiencia y habilidad en aplicar el sistema jurídico²⁶”.

A más de la sociedad occidental la aplicación y el procedimiento de la Justicia Indígena es criticado y más que eso rechazado por algunos grupos de indígenas que son gente que por motivos diferentes se desvincularon de la comunidad y perdieron el contacto con la misma enfrentándose a una realidad completamente ajena a lo que es la organización político-administrativo en las comunidades indígenas, es por ello que ven a este tipo de justicia como algo arcaico y consideran mejor someterse a la justicia Ordinaria.

En el Derecho Indígena el proceso para administrar justicia comienza con la Denuncia que por supuesto se la realiza en forma oral ante el cabildo o presidente de la comunidad o también ante los ancianos que por su experiencia y sabiduría son muy considerados y respetados dentro de la comunidad.

Comienzan las investigaciones, estas las realizan todos los miembros de la comunidad, los familiares, padrinos y ancianos por lo general son estos últimos los que guían la investigación, tanto del acusado como del ofendido.

Posterior a ello se da una especie de careo en entre el ofendido y el sospechoso en presencia de la Asamblea General, Todo esto con el fin de que

²⁶ Carlos Pérez, Justicia Indígena 2010. Pág. 192.



el ofendido exponga los hechos y a su vez el acusado se defienda justificando de alguna forma sus actuaciones.

Respecto del debido proceso se debe tener en cuenta que nuestra Constitución en su Artículo 76 establece que:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*
- 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
- 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
- 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
- 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la*



presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos.

Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”²⁷.

“la administración de justicia, “en el Derecho Propio respeta el debido proceso²⁸” se le da al acusado la oportunidad para que este pueda defenderse por sí solo o a través de sus familiares, nunca se le sanciona sin que este pueda justificar sus actuaciones ²⁹”.

En las comunidades del Austro ecuatoriano por lo general el proceso de juzgamiento se recoge en una acta, en la misma se deja constancia de lo que las partes se comprometen a realizar, de la sanción aplicada y del proceso de juzgamiento en general.

²⁷ Constitución del Ecuador.

²⁸ Obtener que el indiciado diga la verdad, no es vulnerar el debido proceso pues se sustenta en decir la verdad y no mentir, que son principios fundamentales en la cosmovisión indígena.

²⁹ Entrevista realizada a Licdo. Olmedo Morocho ex Cabildo de Shiña. 9 de Noviembre del 2012.



A la hora de administrar justicia en las comunidades indígenas las autoridades lo hacen pero no fundamentándose en una base sólida (doctrinas jurídicas, normas, ponderación, etc.) debido a que no cuentan con un procedimiento formal, con normas escritas a las que dichas autoridades puedan sujetarse, es por ello que se cuestiona mucho el tema de las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución y en tratados internacionales, después de todo es muy difícil lograr un efectivo control de la aplicación de la Justicia Indígena por parte de sus autoridades debido a que no está reglamentado dicho control solo está enunciado en la Constitución.

SANCION O CORRECTIVO.

En el Derecho Indígena antes que hablar de sanción prefieren hablar de un correctivo, partiendo de allí emplean distintas formas de sancionar al infractor, por lo general desde el punto de vista de la espiritualidad del misticismo a fin de encontrar el equilibrio entre Hombre-naturaleza-sociedad.

Lo que se busca con el correctivo o sanción a la hora de administrar justicia es de alguna forma que la misma sirva de ejemplo para los demás miembros de la comunidad.

“En las comunidades indígenas del Austro las sanciones o correctivos que se aplican según la investigación realizada son: el baño en agua fría pues para ellos el agua es purificación y saneamiento, los azotes con ortiga, ya que dicha planta es considerada por los indígenas como medicinal es decir que cura la enfermedad social, los latigazos que son dados al infractor expuesto al público para redimir de alguna manera sus culpas, también pueden imponer como sanción una multa, y cuando el delito es muy grave se puede dar la expulsión del infractor de la comunidad pero tratándose de un delito como el homicidio
30,,

“En otras comunidades donde también se aplica la Justicia Indígena las sanciones pueden variar debido a que como ya se expuso en páginas

³⁰ Entrevista realizada a dirigentes indígenas no se refiere los nombres de los entrevistados por un compromiso de las partes a no revelar los mismos.



anteriores cada comunidad es autónoma³¹, tiene sus costumbres sus procedimientos a la hora de aplicar un correctivo o sanción.

Raúl Ilaquiche sostiene que, en los pueblos indígenas se aplican un sin número de sanciones hemos resaltado las más comunes pero en general hay “un conjunto de sanciones que son tangibles, es decir, tienen una representación material” y otro tipo de sanciones que son “sanciones tangibles, que no tienen representación material, mas si simbólica como la exposición pública y la imposición publica de sanciones³²” (Piñacue: 1997:47).

“en la comunidad de Chunazana del Cantón Nabón a la hora de imponer sanciones las autoridades exceden los límites, puedo estar equivocada, pero al parecer se dan una serie de irregularidades afectando seriamente el derecho a la integridad física puesto que se aplican torturas a personas de la tercera edad, a mas de ello se afecta también el derecho a la propiedad, dado que el cabildo haciendo uso de su autoridad vende mediante una acta propiedades que legalmente pertenecen a otras personas cuando estas han estado por más de seis meses fuera de la comunidad³³”.

Dejando sentado que no todos los presidentes de las comunidades emplean estos métodos sino más bien se estaría frente a un caso aislado.

La sanción que se aplica en el derecho indígena difiere de la que se aplica en la Justicia Ordinaria debido a que los pueblos indígenas tienen otra visión respecto a este tema pues piensan en la sanción únicamente como el resarcimiento del daño causado. Mientras que en la Justicia Ordinaria a mas de resarcir el daño lo que se busca es la rehabilitación del individuo, el hecho de si se está o no logrando resultados en la rehabilitación de los infractores sería

³¹ En las comunidades Shuar por ejemplo, se dice q se aplica la pena de muerte en casos como el adulterio, es por ello que difiere con las normas consuetudinarias que se aplican en la región del Austro ecuatoriano.

³² Citado por Raúl Ilaquiche Licta. Administración de la justicia Indígena en la ciudad: análisis de un caso. 2001. Pag 8.

³³ Datos tomados de una entrevista realizada el 11 de agosto del 2012, a un miembro de la comunidad de Chunazana del Cantón Nabón. No se refiere el nombre por el compromiso de las partes a mantener el anonimato.



discutible pero en si el objetivo de la justicia ordinaria no es solo quedarse en el resarcimiento sino lograr también la rehabilitación.

Pero seria de preguntarnos si a la hora de imponer una sanción o correctivo este se aplica en igualdad de condiciones es decir para todos debido a que como no tienen un procedimiento formal, que garantice que los correctivos se aplican de igual forma para todos.

El hecho es que la Justicia Indígena se viene aplicando y si se respeta o no los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en Convenios Internacionales sigue en discusión, pero igualmente se puede apelar a la Corte Constitucional, pues este es un derecho consagrado en la Constitución.



CAPITULO III.

JUSTICIA INDIGENA Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los pueblos indígenas consideran que su derecho propio no es atentatorio a los derechos humanos, cumple con lo establecido en la Constitución y en Convenios Internacionales, con el debido proceso, que tiene ciertas falencias tal vez, pero es mucho mejor que el derecho Positivo oficial. “Siempre buscan llegar a una posición conciliadora, aplicar un correctivo mas no una sanción como en la justicia ordinaria³⁴”.

“La Justicia Indígena no tiene aun un concepto definido³⁵”, pero estudiosos en la materia han dado versiones de lo que a su criterio es la Justicia Indígena y el rol que esta desempeña en la sociedad. Cabe resaltar que las versiones dadas a cerca del concepto de Justicia Indígena son dadas por personas vinculadas al mundo indígena.

“Como un derecho no escrito que está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes, esto es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontanea y natural, que por la practica adquiere fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso³⁶”

“Para nosotros los indios, el derecho Indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de un conjunto de normas que 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, existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garanticen el convivir armónico³⁷” (CONAIE Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador).

³⁴ Lcdo. Olmedo Morocho ex dirigente indígena entrevista realizada el 16 de septiembre 2012.

³⁵ Datos tomados de la entrevista realizada al Licdo. Manuel María Duchi, dirigente indígena del Cantón Cañar, el 2 de Septiembre del 2012.

³⁶ PEREZ GUARTAMBEL, Carlos. Justicia Indígena. 2006. Pag.179.

³⁷ Citado por PEREZ GUARTAMBEL, Carlos. Justicia Indígena 2010. Pag.209.



Así como se le han dado versiones a la Justicia Indígena también se le han dado algunas denominaciones por parte de antropólogos sociólogos y juristas, lo llaman Derecho Indígena, Derecho Propio o Consuetudinario, mientras que “los pueblos indígenas lo denominan Derecho Indígena, Derecho Kichwa, derecho mayor, justicia tradicional, Derecho Consuetudinario, mecanismos alternativos de solución de conflictos, sistema legal indígena, Derecho Originario y Ley indígena³⁸”.

La expresión “**derechos humanos**” (también citada con frecuencia como **DD.HH.**) hace referencia a las **libertades, reivindicaciones y facultades propias de cada individuo** por el sólo hecho de pertenecer a la raza humana. Esto significa que son derechos de carácter inalienable (ya que nadie, de ninguna manera, puede quitarle estos **derechos** a otro sujeto más allá del orden jurídico que esté establecido) y de perfil independiente frente a cualquier factor particular (raza, nacionalidad, religión, sexo, etc.)³⁹”.

“Los derechos humanos también se caracterizan por ser **irrevocables** (no pueden ser abolidos), **intransferibles** (un individuo no puede “ceder” sus derechos a otro sujeto) e **irrenunciables** (nadie tiene el permiso para rechazar sus derechos básicos). Aún cuando se encuentran amparados y contemplados por la mayoría de las legislaciones internacionales, los derechos humanos implican bases morales y éticas que la **sociedad** considera necesaria respetar para proteger la dignidad de las **personas**”.⁴⁰

Las definiciones que se transcriben podrían encasillarse en la corriente de los Derechos Naturales.

³⁸ ECUARUNARI. Estructura legal y sistemas jurídicos de los pueblos de la nacionalidad KICHWA del Ecuador. 2008 Pag.43.

³⁹ <http://definicion.de/derechos-humanos/#ixzz2Ak0PxCbn>.

⁴⁰ <http://definicion.de/derechos-humanos/#ixzz2Ak0PxCbn>



Ante concepciones distintas sería importante que a futuro se analice cual es la línea a seguir en cuanto a los derechos de las pueblos indígenas.

Se debe tener en cuenta que “los derechos fundamentales son de directa e inmediata aplicación ante cualquier Juez o Tribunal, y no se puede a pretexto de desconocer la ley o a falta de esta violar los mismos⁴¹”.

Asimismo vale recordar que, “El 26 de febrero de 1997 se aprobó el proyecto de Declaración Americana de Derechos de los pueblos Indígenas⁴²”. A partir de allí en América latina se viene dando una serie de reformas en las Constituciones de los estados en materia de derechos de los pueblos indígenas.

Los distintos conceptos que se dan sobre Derechos Fundamentales dejan claro el panorama respecto que de todos y todas, hombres y mujeres mestizos, indígenas, negros somos iguales tenemos los mismos derechos, a su vez que deja constancia de su enérgico rechazo a los tratos crueles, denigrantes y a cualquier forma de esclavitud, marginación al ser humano.

Los pueblos indígenas hasta cierto punto reconocen que la justicia indígena tiene algunos desaciertos, pero frente a la justicia ordinaria dicen, sus métodos son mejores, por eso a la hora de aplicar las sanciones o correctivos son más acertados, buscan la sanación espiritual y curar la enfermedad social, que viene a ser lo que en la justicia ordinaria son los delitos.

La Declaración de los Derechos Humanos, la Constitución y demás convenios internacionales reconocen el ejercicio de los derechos humanos y los declaran de pleno derecho pero estos tienen que manejarse en el contexto de la interculturalidad y el pluralismo jurídico.

“Los pueblos indígenas del mundo estuvieron representados y sus asuntos estuvieron presentes por primera vez en las Naciones Unidas en el Grupo de

⁴¹ Artículo 11. Numeral 3. De la Constitución de la Republica.

⁴² GOMEZ, Magdalena. Derecho Indígena y Constitucionalidad.

<http://www.geocities.com/relaju/mgomez.html>.



Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (WGIP). En abril de 2000, la [Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas](#) adoptó una resolución para el establecimiento del Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas (PFII) como cuerpo asesor del [Consejo Económico y Social](#), con el mandato de examinar cuestiones indígenas.

A finales de diciembre de [2004](#), la [Asamblea General de las Naciones Unidas](#) proclamó la *Segunda Década Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo*, de [2005](#) a [2014](#). El principal objetivo de tal década fue la de fortalecer la cooperación internacional en torno a la resolución de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas en esferas tales como la cultura, la educación, la salud, los derechos humanos, el medio ambiente, y desarrollo social y económico.

El [13 de septiembre](#) de 2007, después de un proceso de preparación, debates y negociaciones que se remontaba a [1982](#), la Asamblea General adoptó la [Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas](#). La declaración no vinculante establece los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, así como sus derechos a la identidad, cultura, idioma, empleo, salud, educación y otras cuestiones⁴³.

A pesar de los esfuerzos de los pueblos indígenas por que se reconozca su forma ancestral de aplicar justicia, y de difundir la idea de que al aplicar la misma se respeta los derechos humanos, siempre hay cierta tensión principalmente por lo que difunden los medios de comunicación, en general haciendo alusión al derecho a la vida, confundido con el linchamiento y ajusticiamiento y el derecho a la libertad, cuando en las comunidades indígenas se retiene al sospechoso para investigaciones, el derecho a la integridad física con relación a la tortura, el derecho a la propiedad cuando se aplica la expulsión de la comunidad por algún delito grave.

Finalmente se debe propender hacia la armonía teniendo en cuenta la diversidad cultural que existe en nuestro país, respetando el derecho de los

⁴³ <http://definicion.de/derechos-humanos/#ixzz2Ak0PxCbn>



demás, tomando en cuenta que nuestros derechos y libertades deben ser medidas a través de los valores complementarios de igualdad material, pluralidad y seguridad.

FALTA DE CODIFICACION DE LAS NORMAS INDIGENAS.

El Derecho Indígena no cuenta con un cuerpo normativo en el que se encuentren tipificados los delitos, las sanciones, contravenciones.

El reconocimiento que le otorgó la Constitución de 1998 a la aplicación de las normas del Derecho Indígena les dio validez jurídica a las mismas y un status de derecho público. El meollo del asunto está en que en el momento en que se le otorgó ese reconocimiento a dichas normas no se estableció claramente la jurisdicción y es que no se puede dotar de jurisdicción ilimitada a las autoridades indígenas, puesto que no se ha establecido límites a su competencia.

Se ha hablado a cerca de una codificación de las normas de Derecho Indígena para de esta forma cumplir con lo que establece la Constitución vigente, los Convenios Internacionales, en cuanto al debido proceso, el derecho a la vida, a la integridad física que son derechos que en la administración de justicia indígena pueden ser considerados como que son vulnerados, y por supuesto establecer límites a la competencia de las autoridades indígenas, pues dichos límites no están claramente definidos, a mas de ello los indígenas consideran que al no haberse establecido límites precisos, ellos tiene plena competencia para conocer y administrar justicia en todos los casos que se presenten.

“La pretensión de codificar el Derecho Consuetudinario conlleva riesgos y no debe tener asidero como muchos estudiosos, y sobre todo políticos, lo han planteado; pues lo argumenta Ochoa **codificar y reglamentar un sistema de tal naturaleza no es posible, convendría más bien un reconocimiento mediante un marco de principios.** Las prácticas legales consuetudinarias no son ni fijas ni tradicionales, sino altamente relacionales y se transforman de acuerdo a los contextos locales, nacionales e incluso internacionales cambiantes. Lo consuetudinario no debe ser tomado como algo puro y ancestral. Por lo tanto codificarlo tiene riesgos evidentes. La mayor critica que



se le puede hacer es su pretensión conservacionista estática; así, entonces, la codificación pasa a ser camisa de fuerza, un proyecto centralizador y un límite al desarrollo de un campo jurídico pluralista (2002: 271) En caso de hacerlo significaría, como lo señala la Comisión de Reforma Legal Australiana, una pérdida de autonomía y flexibilidad, que son atributos del derecho consuetudinario citado por Ochoa. ⁴⁴”.

“No es necesario que las normas sean escritas, generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y de directrices para la acción concreta. En el caso de los sistemas indígenas de control social cabe resaltar que no se trata de prácticas aisladas, sino que existe un eje cultural que articula el sistema jurídico, con procedimientos, instituciones y autoridades; y que tal sistema permite regular la vida social en varios aspectos, resolver conflictos, organizar y construir permanentemente la salud comunitaria o equilibrio social⁴⁵”.

El intento de codificar las normas de Derecho Indígena sería una tarea bastante difícil teniendo en cuenta que en las diferentes comunidades no se aplica las mismas normas, cada comunidad, pueblo tiene distintas concepciones en cuanto a las autoridades, procesos, sanciones o correctivos, en definitiva tienen autonomía a la hora de administrar justicia. A pesar de lo complejo del asunto sería necesario delimitar el campo de acción de las normas de Derecho Indígena, situación que debe ser producto del consenso de los propios pueblos indígenas.

⁴⁴ Ilaquiche Licta, Raúl. Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en el Ecuador, estudio de caso. 2006. Pág. 100.

⁴⁵ Pérez Guartambel Carlos. Justicia Indígena. 2010. Pag263.



EL DERECHO ESTATAL FRENTE AL DERECHO INDIGENA.

La Constitución vigente en su **Art. 171** reconoce al sistema jurídico indígena como parte del derecho estatal al otorgarles jurisdicción a los pueblos indígenas para administrar justicia y resolver conflictos de carácter interno, pero a la vez también los limita, por que las normas del derecho indígena pueden ser aplicables mientras estas no contravengan las normas constitucionales, los tratados internacionales.

Esto nos lleva a estar frente a una jurisdicción pero no total, no autónoma de los pueblos indígenas para que puedan resolver sus conflictos, puesto que se tiene la idea de que la justicia indígena es atentatoria a los derechos humanos.

El hecho de no darle total autonomía a los pueblos indígenas a la hora de aplicar sus normas puede deberse a que todavía existe la concepción de que “los evolucionistas consideran que la cultura occidental se encuentra en la cúspide de la fase civilizadora, por lo tanto, todo lo que no es producto de la cultura occidental no es civilizado⁴⁶”. Pero quizá los pueblos indígenas han ayudado para que se forme esta idea con su forma de “administrar justicia”. Se debe tener en cuenta también que no se le puede dar jurisdicción ilimitada a las autoridades indígenas puesto que la administración de justicia está regulada en la Constitución, siendo la norma suprema que permite la coexistencia de la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena, articuladas en forma diferente pero dependientes de la Constitución, razón por la que a la hora de administrar justicia hay normas que cumplir como por ejemplo el debido proceso.

A pesar de todo tratar de conciliar posiciones entre dos sistemas jurídicos opuestos no es una tarea fácil dado que las directrices, los fundamentos en los que se sustentan cada una de ellos son diferentes.

Algunos autores plantean mecanismo para conciliar y superar las tensiones entre la justicia ordinaria y la justicia indígena “Raquel Yrigoyen promueve la conformación de tribunales mixtos compuestos por jueces estatales y

⁴⁶ Aragón Andrade Orlando. Los Sistemas Jurídicos Indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico. 2007 Pag.24.



autoridades indígenas que resuelvan mediante las reglas de la equidad los presuntos conflictos entre la jurisdicción especial y los derechos humanos⁴⁷”.

“El conflicto entre la ley estatal y el derecho propio es menos complejo, en gran parte quedaría resuelto con una acertada distribución de las competencias o delimitación de los ámbitos de vigencia de cada uno de ellos y un sistema de solución de conflictos de competencia a cargo de un juez constitucional⁴⁸”.

El delimitar el ámbito de las competencias de las respectivas autoridades no se trata de una lucha por lograr la supremacía del derecho estatal frente al derecho indígena ni viceversa sino más bien de lograr posiciones conciliadoras que permitan una adecuada administración de justicia en donde no se vulneren ninguno de los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes. Tampoco se trata de que exista una ley para los blancos y mestizos y otra ley para los indígenas, puesto que todos somos iguales en tanto en cuanto vivimos en un régimen democrático visto así el derecho se debe aplicarse a todos por igual.

La posible solución al conflicto existente entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena sería entonces una acertada distribución de las competencias. La distribución de la competencia haría posible que coexistan los dos sistemas y permitirá que se los aplique sin contravenir la norma Constitucional, los Convenios Internacionales, en conclusión sería necesario a través de una ley subsanar el tema de la competencia. (Previsto en el Art. 171 de la Constitución de la Republica para posibles contradicciones que se pueden dar entre los dos tipos de justicia.)

JUSTICIA INDIGENA Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA.

En la mayoría de países de América latina en los últimos años se viene dando una nueva coyuntura política en la que Ecuador también está inmerso. Esta

⁴⁷ Cachimuel Alfusi Blanca. Es posible conciliar los derechos colectivos y los derechos individuales en la Justicia Indígena en el Ecuador. 2009 Pag.34.

⁴⁸ Trujillo Julio Cesar. Judith Salgado. Justicia Indígena, aportes para un debate. 2007. Pag.104.



nueva coyuntura lo que hace es que los Estados reconozcan una diversidad cultural y étnica convirtiéndose esto en una política de Estado. Todo esto producto de la lucha de los pueblos indígenas porque sus derechos sean reconocidos no solo en la Constitución sino también en los convenios internacionales como el 169 de la OIT.

La constitución de la república en su **Art. 171** dice: *“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de 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 ordinaria⁴⁹”.

Art. 11 que dice: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

⁴⁹ Constitución de la República.



Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.



Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

- 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.*
- 3. El derecho a la integridad personal, que incluye:*
 - a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.*
 - c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.*
- 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.*
- 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.*
- 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.*
- 8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.*
- 24. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.*
- 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.*

Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*



4. *Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*
5. *En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*
6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*
7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
 - a) *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
 - b) *Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
 - c) *Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*
 - d) *Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.*
 - e) *Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.*
 - f) *Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.*
 - g) *En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*
 - h) *Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*
 - i) *Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.*



j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos.

Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Los artículos antes mencionados nos llevan a entender que todo proceso que llegue a conocimiento de los jueces ordinarios en donde esté involucrado un indígena debe observarse el debido proceso.

Por ejemplo cuando estén involucrados indígenas el caso debe ser remitido a las autoridades indígenas para que sean ellos los que sancionen según sus costumbres, y en caso de que un juez ordinario conozca un proceso en donde se halle involucrado un indígenas este debe observar las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

Igualmente el juzgamiento debe hacerse en la lengua materna cumpliendo así con lo que dispone nuevamente el Convenio 169 de la OIT, La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos de los pueblos indígenas.

Otro punto importante que se debe observar es que nadie puede ser juzgado por la misma causa más de una vez, esto es muy importante teniendo en cuenta que las autoridades indígenas están facultadas para resolver los conflictos que se presenten.

Todos estos derechos y principios garantizados en la Constitución en ocasiones pueden verse vulnerados “pues existen casos en que las relaciones políticas y de parentesco inciden en las resoluciones de la Justicia Indígena



pudiendo afectar a unos y beneficiar a otros⁵⁰” a esto hay que agregarle que es muy difícil lograr un control como establece la Constitución a las resoluciones de las autoridades indígenas dado que el acceso a ese tipo de información es bastante limitado.

En los últimos tiempos los linchamientos, ajusticiamientos que se han dado en las comunidades indígenas en donde incluso se ha causado la muerte del supuesto antisocial y transmitidos por medios de comunicación enciende el debate respecto de la competencia de las autoridades indígenas para administrar justicia, porque si bien tienen facultad para ello que pasa con lo dispuesto en la Constitución acerca de los derechos humanos y otras normas legales.

En las comunidades indígenas y en otros sectores sociales a pretexto de aplicar “justicia indígena” se dice que se emplean tratos denigrantes contra el ser humano por ejemplo maltrato físico a personas mayores de 65 años de edad, Si bien se entiende que son gente que clama por mas seguridad y presencia policial pero no se justifica que se violente derechos fundamentales. Hay también juristas como Raúl Llasag Fernández, que dice textualmente, “sin negar que en la Justicia Indígena pueden darse casos de violación de derechos humanos, lo que se debe propiciar es la interpretación de los derechos humanos desde los principios del Derecho Indígena”⁵¹.

La Constitución reconoce la justicia indígena, la aplicación de sus normas, pero a la vez garantiza el ejercicio de derechos fundamentales reconocidos también en Instrumentos Internacionales. si no se reconoce los derechos humanos no podemos hablar de justicia, para tratar de armonizar y cumplir con lo establecido en las normas legales tal vez sería necesario un acercamiento entre los sectores involucrados que en este caso serian las autoridades indígenas y los funcionarios judiciales para impartir conocimientos sobre derechos humanos y justicia indígenas y llegar así a cumplir con lo que establece La Constitución, los Convenios Internacionales en cuanto a Derechos

⁵⁰ Datos tomados de una entrevista realizada el 11 de agosto del 2012, a un miembro de la comunidad de Chunazana del Cantón Nabón. No se refiere el nombre por el compromiso de las partes a mantener el anonimato.

⁵¹ ANDRADE Santiago, GRIJALVA Agustín, STORINI Claudia. La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones. 2009, Pág. 203.



Humanos, a Derechos de los Pueblos Indígenas y demás disposiciones legales.

RESISTENCIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA JUSTICIA ORDINARIA.

Los pueblos indígenas siempre se han visto reacios a someterse a las normas del sistema positivo oficial su principal objeción a dicho sistema es que este es discriminatorio con el indígena, que no garantiza igualdad a la hora de aplicar la ley.

Manuel María Duchi al respecto de la Justicia Ordinaria dice: “es compleja, tarda en aplicar las correspondientes sanciones, es costosa, es discriminatoria con el indígena, mientras que el Derecho Propio constituye un medio fundamental para preservar la cultura indígena, porque está vinculado a la estructura social, moral, religiosa y familiar de la comunidad, tiene una cosmovisión completamente diferente del ser humano respecto de lo que tiene la justicia ordinaria⁵²”.

Pese a lo que muchos indígenas o la gran mayoría consideran del Derecho Indígena hay una comunidad en el Austro ecuatoriano Shiña del Cantón Nabón, en donde los indígenas están divididos en dos grupos uno es el de los Colonos que son individuos que por determinadas circunstancias se desvincularon de la comunidad, viajaron al exterior, el otro grupo es el de los indígenas puros o Nativos que son gente que no ha salido de la comunidad.

El grupo de los Colonos debido a que salieron y se enfrentaron a una realidad completamente diferente a lo que es la vida en la comunidad consideran que el someterse a la Justicia Indígena, aplicar sus normas y en general a sus costumbres, como por ejemplo mantenerse como una comuna jurídica es algo ambiguo, obsoleto, y es por ello que buscan independizarse de la misma, lo que ha llevado a que haya grandes enfrentamientos entre estos y los Nativos, inclusive han llegado a plantear acciones legales, reclamando la titularidad de sus propiedades.

⁵² Datos tomados de la entrevista realizada al Licdo. Manuel María Duchi, dirigente indígena del Cantón Cañar, el 23 de Septiembre del 2012.



Por otro lado están los indígenas puros que como ya se explico anteriormente son gente que no ha salido de la comunidad, que siguen empeñados en mantener sus costumbres, tradiciones, su cultura en definitiva su estructura tal cual como ha estado siempre.

Es por ello que se viene dando una lucha intensa que aun no se ha resuelto entre miembros de una misma comunidad.

Autoridades civiles, eclesiásticas han tratado de conciliar para que las partes lleguen a un acuerdo, sin resultados positivos.



CAPITULO IV.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDIGENA.

Al declarársele al Ecuador un Estado plurinacional, se está reconociendo toda la diversidad que hay en el país, a que los pueblos indígenas vivan según sus tradiciones y costumbres, reconociéndoles además su forma de organización y su autonomía interna y todo lo que enmarca la Justicia Indígena que dicho sea de paso a subsistido en la ilegalidad y no es sino hasta que en la reforma a la Constitución de 1998 se le reconoce a la misma como un medio alternativo a la solución de conflictos para los pueblos indígenas.

A partir de dicho reconocimiento surgen conflictos de competencias entre los dos sistemas de derecho.

Al respecto en otros países ya hay grandes avances “para tratar de solucionar los posibles conflictos que se pueden presentar en cuanto a los límites y la competencia de la Justicia Indígena, uno de esos países es Colombia, donde la Corte Constitucional, a través de la jurisprudencia ha resuelto conflictos de competencia, sentando bases de lo que pudiera ser y contener una Ley de compatibilización de la Justicia Indígena⁵³”.

La Constitución vigente en su Art. 171 les faculta a las autoridades indígenas para que puedan ejercer funciones jurisdiccionales aplicando normas jurídicas propias, pero el mismo Artículo 171, habla de que se establecerán mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria.

Estando plenamente reconocido el Derecho Indígena, su jurisdicción dentro de su “territorio lo que no está claro es la competencia y la jurisdicción cuando el conflicto no es entre indígenas o en territorios no indígenas⁵⁴”.

⁵³ Ilaquiche Licta, Raúl. Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia en el Ecuador; Estudio de caso.2006 Pág. 49.

⁵⁴ Ilaquiche Licta, Raúl. Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia en el Ecuador; Estudio de caso.2006 Pág. 49.



La responsabilidad del Estado frente a la Justicia Indígena sería crear una Ley de manera que haya compatibilidad entre los dos sistemas de derecho, pero de momento no se cuenta con dicha ley.

Otra responsabilidad del Estado frente a la Justicia Indígena sería respetar su autonomía, dado que se les ha reconocido a los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación la misma que debe ejercerse en un marco de unidad. Así como respetar los acuerdos y decisiones que tomen las bases o la comunidad en cuanto a su organización, pero siempre y cuando las decisiones de las autoridades indígenas no atenten a los principios consagrados en la Carta Magna.

Y por último las autoridades estatales no conocen lo que es la Justicia Indígena o el Derecho Indígena, lo cual dificulta enormemente la coordinación entre los dos sistemas (Derecho Indígena y Derecho Positivo), de igual manera los pueblos indígenas muy poco conocen de las normas de la Justicia Ordinaria, la posible solución a esta problemática sería entonces talleres de discusión y difusión para que las partes conozcan sus límites, derechos y obligaciones frente a esta nueva realidad.

Los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas son algo complementario al reconocimiento igualitario de un sistema de derechos que el Estado debe garantizar en forma igualitaria para todos sus ciudadanos indistintamente de si son indígenas o no, esto más que una responsabilidad del Estado es un deber, una obligación que mantiene con sus ciudadanos.

PLURALISMO JURIDICO EN EL ECUADOR.

Pluralismo jurídico “es una situación en la cual dos o más sistemas legales coexisten en un mismo espacio social⁵⁵”.

“Pluralismo jurídico se justifica por la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y racionalidad para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia⁵⁶”

⁵⁵ SORIA, Carlos. Pluralidad legal y el Derecho en las sociedades indígenas Amazónicas. Tesis FLACSO – Ecuador.1993 pag.19.



“La pluralidad jurídica es consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para incidir en la posibilidad de lograr configurar un nuevo orden, capaz de respetar sistemas de derecho culturalmente diferentes del derecho positivo estatal y de disponer un espacio más autonómico para resolver los conflictos internos de cada pueblo. Este nuevo modelo de Estado plurinacional, que da lugar al reconocimiento de la pluralidad jurídica, no significa que cada uno haga lo que ha bien tenga, bajo la errónea idea de que eso es respeto, tampoco de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles, sino como intercambio que permita construir espacios de encuentros entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas, bajo el respeto mutuo⁵⁷”.

De lo expuesto, se manifiesta que el pluralismo implica que en un mismo espacio físico pueden coexistir diferentes sistemas de derechos, esto dependiendo de las diferentes costumbres y normas sociales de cada pueblo.

El tema del pluralismo jurídico en los últimos años ha abierto el debate sobre si es posible que en un mismo espacio físico llamado Estado puedan coexistir dos o más sistemas de derecho. Los que defienden la teoría del pluralismo jurídico argumentan que al establecerse en la Constitución al Ecuador como un Estado pluricultural automáticamente se está reconociendo la pluralidad jurídica, veamos lo que nos dicen al respecto algunos juristas.

Raúl Ilaquiche Licta dice: “el pluralismo jurídico en el caso ecuatoriano, se evidencia por la existencia y la vigencia de un sistema jurídico nacional, la presencia y vigencia de varios otros sistemas normativos indígenas dentro de un mismo territorio”⁵⁸.

En el caso de los indígenas, estos defienden la teoría del pluralismo jurídico veamos al respecto lo que nos dice el Dr. Manuel Guamán, la Constitución al reconocer al Ecuador como un Estado pluricultural y a su vez al reconocer el

⁵⁶ LOPEZ BARCENA, Francisco. Derecho y Justicia en el Estado de Oaxaca- México. Ley de la costumbre: Justicia y Derecho Indígena en Oaxaca; en: Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos Indígenas de América Latina. PUCP-Perú 2002 Pág. 203.

⁵⁷ ANDRADE Santiago, GRIJALVA Agustín, STORINI Claudia. La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones. 2009, Pág. 191

⁵⁸ Ilaquiche Licta, Raúl. Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia en el Ecuador; Estudio de caso. 2006 Pág. 39.



derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus prácticas y aplicar sus normas conforme a sus costumbres está por ende reconociendo el pluralismo jurídico en nuestro país”⁵⁹.

Por el contrario hay otros juristas como Enrique Ayala Mora quien al respecto del pluralismo jurídico dice:

“si se pregunta si pueden haber varios sistemas jurídicos en el país, mi respuesta es que no. Puede haber varias, muchas prácticas jurídicas, tantas cuantas culturas haya, cuantos pueblos existan, incluso cuantas diferencias regionales puedan darse. Pero si por sistema jurídico se entiende el conjunto de normas establecidas en la Constitución y en las leyes fundamentales del país, que nos implican a todos los ciudadanos, entonces solo hay un sistema jurídico en el Ecuador y no puede haber sino uno solo. Ese sistema jurídico tiene que reconocer las diversidades, pero no por eso deja de ser único, ni por eso deja de ser aplicable a todos los ecuatorianos. Porque si no hubiera un solo sistema jurídico en el país o un solo orden jurídico, para ser más exactos entonces no seríamos iguales ante la Ley”⁶⁰.

Versiones como estas se han dado muchas es por ello que no solo en nuestro país sino en la mayoría de países Latinoamericanos en la última década se ha abierto el debate sobre el pluralismo jurídico pasando a un segundo plano la teoría del monismo jurídico. En nuestro país concretamente se puede hablar de subsistemas jurídicos pero que a su vez están articulados por la Constitución.

Cabe resaltar que lo verdaderamente importante es que nuestra Constitución, reconoce la diversidad cultural que existe en nuestro país, en tanto en cuanto que garantiza la igualdad ante la ley para todos los ecuatorianos por lo tanto lo siguiente seria buscar mecanismos de conciliación entre el Derecho Indígena y la Justicia Ordinaria, de manera que se respete, como manda la Constitución la diversidad cultural y que los ecuatorianos seamos considerados como iguales sin crear barreras entre indígenas y mestizos.

⁵⁹ Presidente de la UPCCC, Unión de Pueblos, Cooperativas y Comunas del Cañar. Entrevista realizada el 2 de septiembre del 2012

⁶⁰ AYALA MORA, Enrique. Aportes para un Debate; el Derecho Ecuatoriano y el Aporte Indígena. 2002 Pag.108.



Según el Dr. Jorge Moreno Yáñez, en el Estado tenemos un sistema jurídico que es la Constitución de la que emana un subsistema jurídico propio para nosotros los mestizos a través de la Justicia Ordinaria; y otros subsistemas jurídicos propios de los pueblos y nacionalidades indígenas con su derecho propio y de autoridades de cuyas resoluciones en caso de vulneración de los derechos humanos se puede apelar a la Corte Constitucional, sin perjuicio de lo que en materia de derechos políticos y asociación política se recurra al Tribunal Contencioso Electoral.



ANALISIS DE CASOS

CASO I: VIOLACION.

En el mes de Julio del 2012, en la comunidad de Chunazana, cantón Nabón, provincia del Azuay, tres individuos violan a una mujer de 54 años de edad.

La noche del 28 de julio del 2012, siendo las 22h00 aproximadamente, tres individuos ingresaron al domicilio de la señorita ROSA MARIA YUNGA, dichos individuos pertenecían a la comunidad de Tiopamba del cantón Nabón, los sujetos una vez en el domicilio de la señorita YUNGA, le propinaron golpes causando una herida en la cabeza, para posteriormente maniatarla y violarla, la señorita YUNGA grito y pidió ayuda pero debido a que su casa está alejada de las demás viviendas que hay en el lugar nadie la escucho, al día siguiente llego un sobrino a la casa y el encontró maniatada.

A continuación detallo el procedimiento de juzgamiento.

1.-DENUNCIA.

El día 29 de julio del 2012 la señorita ROSA MARIA YUNGA en compañía de su cuñado DIONICIO LAIVAY, y más familiares acudieron ante el presidente del Cabildo para relatar los hechos y poner en conocimiento de la autoridad lo ocurrido la noche del 28 de julio del 2012.

2.- INVESTIGACIONES.

El mismo 29 de julio el presidente del Cabildo convoco a algunos comuneros y demás dirigentes de la comunidad para iniciar las investigaciones, lo primero que se hizo es acudir al lugar de los hechos, en el mismo se encontraron, una correa con la que maniataron a la señora YUNGA, sangre al parecer de la ofendida dado que sufrió una herida en la cabeza producto de las agresiones que le propinaron los autores del hecho, a las 6 de la tarde aproximadamente les capturan a los tres sujetos, y les mantienen encerrados hasta el día sábado 4 de agosto del 2012.



3.- AUDIENCIA.

El día 4 de agosto del 2012 se convoca a asamblea general para tratar de solucionar el conflicto, la asamblea se instala a las 08h00 de la mañana en la casa comunal de Chunazana, como primer punto el presidente del Cabildo concede la palabra a la ofendida señora YUNGA, esta relata los hechos de manera detallada, posteriormente se concede la palabra a los acusados los mismos que terminan reconociendo el hecho y pidiendo perdón a la ofendida y a sus familiares.

4.- SANCION.

Una vez comprobada y reconocida la culpabilidad de los acusados la Asamblea General decidió imponer primeramente una sanción económica de 10.000 dólares Americanos a cada uno, a trabajar para la comunidad y para la víctima por un periodo de tres años, y por ultimo castigos físicos como latigazos, que los dan los ancianos de la comunidad y dirigentes de la misma y consejos para que no reincidan.

5.- EJECUCION.

Una vez impuestas las sanciones correspondientes, se procede a la ejecución, se redacta una acta en la misma se relata los hechos, las investigaciones, las sanciones, al final firman las partes y los dirigentes indígenas.

COMENTARIO.

Evidentemente en este caso si bien se sigue un proceso, se realiza investigaciones pero las mismas no se confirman científicamente contrario a lo que sucede con la justicia ordinaria en donde se realizan pruebas científicas para probar los hechos y no se limita solo a testimonios o a un careo entre las partes, método que es muy utilizado en la administración de la Justicia Indígena, otro hecho que se debe resaltar es el de los castigos corporales, pues la Constitución en su artículo 66 numeral 3, literal a, nos habla del derecho a la integridad física, que en este caso se podría estar vulnerando, aunque que la sanción económica y los azotes sean propios de las comunidades indígenas.



CASO: II

DESPOJO DE PROPIEDAD.

El caso se da en la comunidad de Chunazana, perteneciente al cantón Nabón, provincia del Azuay, dicha comunidad está constituida como comuna jurídica, tienen una sola escritura (escritura madre), cada comunero cuenta con un lote de terreno el cual puede utilizar para sembrar y para construir su vivienda.

El señor MANUEL VIRGILIO NAULA es propietario de un lote de terreno ubicado en la comunidad de Chunazana, el terreno en cuestión no está dentro de los límites de lo que se considera comuna jurídica, pero por estar ubicado dentro de la comunidad de Chunazana, el Cabildo considera que aun no estando dentro de los límites de lo que es la comuna jurídica el mismo tiene derecho para decidir el uso del terreno, tanto es así que el mes de julio del 2011 el señor MANUEL VIRGILIO NAULA por motivos de trabajo tuvo que ausentarse de la comunidad por un periodo de seis meses, regresa en diciembre del mismo año acude a la reunión que mensualmente se realiza en la comunidad, y el Cabildo le informa que ya no es dueño del terreno que se lo entregaron a otra persona que estaba más necesitada, fundamentándose en que los bienes, sean estos muebles o inmuebles que están dentro de la comunidad son de la comunidad y del Cabildo y este es el que dispone a quien se le entrega argumentando que le despojaron al propietario para dárselo a la señora ROSARIO YUNGA que estaba necesitada puesto que su marido falleció y que ella no cuenta con ningún apoyo, a pesar de que el señor MANUEL VIRGILIO NAULA contaba con una escritura inscrita en el registro de la propiedad del cantón Nabón, el propietario del inmueble fue y consulto con un abogado este le recomendó penetrar en el terreno y sembrar.

1.- DENUNCIA.

La señora ROSARIO YUNGA al ver que el señor MANUEL VIRGILIO NAULA penetra en el terreno y empieza a arar (labrar la tierra) acude ante el presidente del Cabildo para denunciar y relatar los hechos.



2.- INVESTIGACIONES.

Con la denuncia realizada por la señora ROSARIO YUNGA el Cabildo y otros dirigentes se dirigen al lugar donde está ubicado el terreno, y efectivamente constatan que el señor MANUEL VIRGILIO NAULA, estaba arando, lo capturan e inmediatamente convocan a Asamblea General.

3.- AUDIENCIA.

Los dirigentes y la comunidad reunida en asamblea conceden la palabra a la señora ROSARIO YUNGA quien manifiesta que tiene una acta firmada por el Cabildo en donde se le concede la propiedad del lote que está utilizando, luego se le concede la palabra al acusado señor MANUEL VIRGILIO NAULA quien muestra la escritura inscrita en el registro de la propiedad del cantón Nabón, acto seguido interviene los miembros del Cabildo, resolviendo aplicar la sanción que a su criterio creyeron conveniente.

4.- SANCION.

La primera sanción que le impusieron es un castigo corporal, argumentando que la falta que había cometido era grave puesto que desobedeció una decisión directa del Cabildo, luego le prohibieron participar en las asambleas generales y en todos los actos y decisiones de la comunidad.

5.- EJECUCION.

Los castigos corporales fueron aplicados por los dirigentes y los ancianos de la comunidad, de igual manera según relata el acusado fue obligado a firmar una acta en donde se comprometía a no perturbar a la señora ROSARIO YUNGA en el uso del lote a ella asignado.

6.- COMENTARIO.

Como se puede apreciar en este caso vemos que se violenta claramente el derecho a la propiedad, derecho consagrado en el 66, numeral 18, de la Constitución de la Republica en el mismo se establece que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas, a mas de ello al



acusado se le obligo a firmar una acta en donde se comprometía a no perturbar la posesión de la supuesta ofendida que ni siquiera era la dueña del terreno en conflicto, se le aplican castigos físicos a una persona de 70 años desacatando lo que establece el artículo 36 de la Constitución, el mismo habla de que las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria, protección contra la violencia, desde luego que se debe tener en cuenta que son formas de administrar justicia de los pueblos indígenas, pero también debemos preguntarnos qué pasa con aquellos derechos consagrados en la Constitución, que cuando se aplican normas de Derecho Indígena se los contraviene, en tanto en cuanto que el artículo 171 de la misma nos dice que se establecerá medios de coordinación y cooperación entre los dos tipos de justicia, sin embargo al parecer dicha coordinación entre estos dos tipos de justicia no se ha dado aun.

Me parece que en este caso se podría haber apelado a la Corte Constitucional por violación al derecho a una vida digna, de una persona vulnerable, igualmente para que se le restituya la propiedad.



CASO: III.

ADULTERIO

El caso se da en la comunidad de Shiña del cantón Nabón, provincia del Azuay, dos miembros de la comunidad antes mencionada, los dos casados mantenían una relación extramatrimonial fruto de la cual se produce un embarazo.

Según comentarios en la comunidad aproximadamente desde el mes de febrero del 2008 el señor MIGUEL MOROCHO casado con la señora MARIA LUISA PALTA, mantenía una relación extramatrimonial con la señorita ROSAURA REMACHE, producto de esta relación la referida señorita queda embarazada, hasta que la señora MARIA LUISA PALTA se entera de la noticia y acude ante los ancianos de la comunidad de Shiña para que los mismos le ayuden a confirmar el hecho.

A continuación detallo el procedimiento de juzgamiento.

1.- DENUNCIA.

La señora MARIA LUISA PALTA acude ante el Presidente del Cabildo y le hace conocer los hechos explicándole que primero acudió ante los ancianos de la comunidad, para que estos le ayudaran a recabar información y a su vez sean testigos del hecho.

2.- INVESTIGACION.

Con la denuncia presentada por la señora MARIA LUISA PALTA, el Cabildo empieza a recabar información, preguntándoles a los ancianos de la comunidad, los mismos que ayudaron a recabar información a la denunciante, ellos manifestaron que efectivamente el señor MIGUEL MOROCHO y la señorita ROSAURA REMACHE se encontraban algunas noches en un sitio llamado Rosas, ubicado dentro de la misma comunidad de Shiña.

3.- AUDIENCIA.



De la misma forma como se procede en los dos casos anteriores se convoca a asamblea general, una vez instalada la asamblea el presidente del Cabildo concede la palabra a la ofendida MARIA LUISA PALTA, esta relata los hechos y pide que se les sancione a los acusados, luego se concede la palabra a los acusados quienes se defienden manifestando que ellos no mantienen ningún tipo de relación y que el hijo que espera ROSAURA REMACHE, es producto de una relación que mantiene la misma con otro señor que no es de la comunidad.

4.-SANCION.

Los acusados ROSAURA REMACHE y MIGUEL MOROCHO serán sometidos a castigos físicos, baños de agua fría para purificar su cuerpo, pero se les prohíbe verse, hablarse, se les obliga a que pidan disculpas públicas a la ofendida, a más de ello la señora ROSAURA REMACHE deberá realizar tareas o trabajos durante seis meses en beneficio de la comunidad.

5.- EJECUCION.

En este caso no se firmó acta, dado que por respeto a la ofendida que pidió que este tema no quedara sentado en un acta, sin embargo que si reincidían que se le expulsara de la comunidad a señora ROSAURA REMACHE.

6.-COMENTARIO.

Teniendo en cuenta que la Justicia Indígena considera la infidelidad como un acto grave dentro de su comunidad, pero en estos casos la mujer es más recriminada, porque si nos fijamos en la sanción es de alguna forma más severa que para el hombre, aun teniendo en cuenta que la responsabilidad es de los dos, pero se le deja ver a la mujer como si fuera la única responsable.



CASO: IV.

ADULTERIO.

El caso se da en la provincia del Cañar, cantón Cañar, en la comunidad de Quilloac, la señora MARIA ZARUMA, casada con el señor MANUEL DUCHI, venía manteniendo un relación extramatrimonial con el señor CLEMENTE GUAMAN, quien también estaba casado, a través de comentarios de miembros de la comunidad, el señor CLEMENTE GUAMAN, tiene conocimiento de que su esposa señora MARIA ZARUMA mantiene un relación extramatrimonial, es así que acude a denunciar el hecho.

1.-DENUNCIA.

El 11 de enero del 2011 el señor CLEMENTE GUAMAN acude ante el presidente de la comunidad para denunciar a su esposa y al señor MANUEL DUCHI, relata los hechos y manifiesta que tiene testigos de que su esposa y el señor antes indicado vienen manteniendo una relación sentimental.

2.-INVESTIGACION.

Por lo general son los ancianos de la comunidad, a los que se les encomienda realizar la investigación, sobre los hechos relatados en la denuncia, ellos empiezan a interrogar a los testigos y preguntar donde se les ha visto cuantas veces, si en la noche o en día, solos o acompañados.

3.-AUDIENCIA.

El presidente de la comunidad convoca audiencia, se reúne la comunidad, interviene el presidente, se les concede la palabra a las partes, las dos partes acudieron con abogados los mismos que están únicamente para que no se violente derechos fundamentales pero no pueden intervenir en el proceso mismo, es así que cada uno de ellos explica los motivos para cometer dicho acto y dicen no estar a gusto con sus respectivas parejas, la señora MARIA ZARUMA dice además que ya no quiere vivir con su esposo señor CLEMENTE GUAMAN y que va acudir ante la justicia ordinaria para solicitar el divorcio puesto que en la justicia indígena no hay el divorcio, el señor MANUEL DUCHI manifiesta que cometió un error y pide disculpas a su esposa y demás



miembros de la comunidad por la irregularidad cometida, las partes firman una acta en donde se comprometen a no volver a verse, ni hablarse.

4.-SANCION.

Los dirigentes de la comunidad y la asamblea general decidieron mantenerles encerrados por seis días, darles baños de agua fría y latigazos y si había reincidencia una multa de 10.000 dólares Americanos que tendrán que pagar la mitad al esposo de la señora y la otra mitad es para la comunidad.

5.-EJECUCION.

Para el baño con agua fría se trasladaron al reservorio de la comunidad se espero a que se haga las doce de la noche, recibieron latigazos y consejos de los ancianos de la comunidad, para no volver a reincidir.

6.-COMENTARIO.

La sanción a este caso de acuerdo a los lineamientos que mantiene la Justicia Indígena está acorde, pero habría que preguntarnos qué pasa con la voluntad de una de las partes quien manifestó que deseaba el divorcio que si bien no está contemplado dentro de lo que es el Derecho Indígena, pero si está contemplado en nuestro sistema positivo oficial , se estaría entonces vulnerando el derecho a la libertad a escoger libremente el destino de su vida y mas siendo un aspecto intimo de la acusada, violentando así el Artículo 66, numeral 9, de la Constitución de la Republica que nos habla de que las personas tienen derecho a tomar decisiones libres, informadas y voluntarias, sobre su vida.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A partir de que nuestro Estado fue reconocido como Estado plurinacional, se admitió la diversidad cultural, étnica y social de los distintos pueblos y nacionalidades que coexisten en el, partiendo de allí debemos propender a la tolerancia y el respeto a los mismos, teniendo en cuenta que cada pueblo goza de autonomía e independencia.



Del presente trabajo cabe resaltar algunos puntos importantes que deberían ser tomados en consideración a la hora de aplicar la Justicia Indígena:

Uno de los problemas presentados en el tema de la administración de la Justicia Indígena es la determinación de competencias de las autoridades estatales y de las autoridades indígenas.

En Ecuador aún falta mucho por difundir el tema de la Justicia Indígena, es por ello que se podría estar violentando, derechos fundamentales garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales, al confundírsela con otro tipo de actos como el linchamiento, entonces sería importante socializar el tema y darlo a conocer tomando en cuenta la diversidad existente en las comunidades indígenas a la hora de aplicar la Justicia Indígena, puesto que las formas de administrar Justicia Indígena Pueden variara de una comunidad a otra.

Sería importante también crear un registro nacional de tierras a fin de evitar los conflictos que se presentan especialmente en el austro ecuatoriano, en donde se podría estar afectando el derecho a la propiedad.

Recomendaciones

Un punto importante que cabe resaltar es que a través de la interculturalidad se debe propender hacia el respeto y la tolerancia entre pueblos indígenas y no indígenas.

Entre las recomendaciones que considero también fundamentales para el ejercicio de la jurisdicción indígena seria la creación de una Ley especial que establezca limites a la competencia de las autoridades indígenas para que exista justamente lo que ordena el Art, 171 de la Constitución de la republica, coordinación y cooperación entre los dos tipos de justicia, Dado que el reconocimiento en la Constitución de la Justicia Indígena se podrían estar cometiendo muchos abusos y aplican sanciones que según los mismos indígenas no forman parte del Derecho Indígena, para crear dicha ley se requeriría de un profundo debate entre todos los actores sociales, a fin de propender al dialogo entre los mismos y crear una ley que permite la vigencia



de los dos sistemas existentes en nuestro país, sin que se afecten a los mismos.



BIBLIOGRAFIA.

PEREZ GUARTAMBEL, Carlos. Justicia Indígena. Universidad de Cuenca. Cuenca 2010.

ILAQUICHE LICTA, Raúl. Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador: Estudio de Caso. Segunda Edición, Quito 2006.

ORTIZ CRESPO, Ximena. Justicia Indígena. Aportes para un Debate. Universidad Andina Simón Bolívar. Abya-Yala. Quito, 2002.

CONSTITUCION POLITICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

CONSTITUCION POLITICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1998.

TIBAN, Lourdes, **ILAQUICHE** Raúl. Manual de la Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, Quito, 2004.

TOBAR DONOSO, Julio. El Indio en el Ecuador Independiente, Editorial Mendieta, Quito, 1992.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires 1983.

ARAGON ANDRADE, Orlando. Los Sistemas Jurídicos Indígenas frente al Derecho Estatal en México: Una Defensa la Pluralismo Jurídico. México, 2007.

CACHIMUAL ALFUSI, Blanca. Es Posible Conciliar los Derecho Colectivos y los Individuales en la Justicia Indígena en el Ecuador. Quito, 2009.

SALGADO Judith, **TRUJILLO**, Julio Cesar. Justicia indígena: Aportes para un Debate, Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007.

YUMBAY, Mariana. El Ejercicio de la Administración de Justicia en el Ecuador, Quito, 2003.



ILAQUICHE, Raúl. Monografía. Administración de Justicia Indígena: reclamo de competencia: estudio de caso. FLACSO, MARZO 2001.

OEA, Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA, Ser.L, V, II.110.Doc. 22-2002.

OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

CONAIE. Boletín Informativo de mayo del 2001.

CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. Publicado en el Registro oficial 554 del 9 de Marzo del 2009.

TRUJILLO, Julio Cesar. Pluralismo Jurídico en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2008.

TIBAN, Lourdes, **ILAQUICHE** Raúl. Manual de la Administración de la Justicia Indígena en el Ecuador. 2004.

AYALA MORA, Enrique. Aportes para un debate; El derecho Ecuatoriano y el aporte indígena 2002.

FUENTES NO BIBLIOGRAFICAS.

[http//www.justicia](http://www.justicia) indígena.

[http//www. Flasco.org.ec](http://www.Flasco.org.ec).

[http//www.uandinasimonbolivar.org.ec](http://www.uandinasimonbolivar.org.ec)

<http://definicion.de/derechos-humanos/#ixzz2Ak0PxCbn>



ANEXOS

Entrevistas Realizadas

DUCHI, Manuel María. Ex dirigente indígena del Cantón Cañar. Septiembre del 2012.

MOROCHO, Olmedo. Ex presidente del Cabildo de la comunidad de Shiña, Cantón Nabón. Septiembre del 2012.

NAULA, Albino. Miembro de la comunidad de Chunazana del Cantón Nabón.

LALVAY, Rosario. Miembro de la comunidad de Tiopamba, del cantón Nabón.

DUCHI, Patricio. Miembro de la comunidad de Quilloac, del cantón Cañar.

REMACHE, José. Miembro de la comunidad de Rañas del cantón Nabón.

YUNGA, Angelina. Miembro de la comunidad de Chunazana del cantón Nabón.

Entrevistas Anónimas

Documentación reservada