



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS
SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO

TÍTULO:

“EL DERECHO A LA RESISTENCIA COMO GARANTÍA
CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS PARA
MANTENER Y APLICAR SU DERECHO CONSUECUDINARIO
FRENTE A LAS ACCIONES DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN LA
PARROQUIA SALINAS.”

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

AUTORA: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

DIRECTOR DE TESIS: ABG. ROLANDO NÚÑEZ

Guaranda - Ecuador
2013

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS


ESCUELA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TESIS

ABG. ROLANDO NÚÑEZ, en mi calidad de Director de tesis, designado por disposición del Consejo Directivo, CERTIFICO: Que la señorita GABRIELA GAIBOR LÓPEZ, egresada de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho, ha cumplido con su trabajo de tesis previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; con el Tema: "EL DERECHO A LA RESISTENCIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS PARA MANTENER Y APLICAR SU DERECHO CONSUECUDINARIO FRENTE A LAS ACCIONES DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN LA PARROQUIA SALINAS.", quien ha cumplido con todos los requerimientos exigidos por la institución, siendo la misma de su propia autoría, por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte del jurado respectivo.

Atentamente,



Abg. Rolando Núñez
DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

Dedico a mi hijo y a mi madre que aunque no este en cuerpo desde el cielo me ha dado la fuerza para salir adelante y cumplir con mi meta ,a mi esposo mi familia y todas las personas que me apoyaron, por las horas de ausencia y paciencia que me han brindado para poder culminar con mis estudios, y obtener un título profesional.

Gabriela Gaibor López

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Estatal de Bolívar, por haberme acogido en sus aulas y a los catedráticos que hicieron posible que cumpliera con mí objetivo.

Al Abg. Rolando Núñez Minaya, Director de Tesis, por su tiempo y paciencia para que mi trabajo tenga éxito.

A mis compañeros y a todas las personas que me colaboraron para la elaboración del presente trabajo académico

Gabriela Gaibor López

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO

**DECLARACIÓN JURAMENTADA
DE AUTENTICIDAD DE AUTORIA**

YO, GABRIELA ELIZABETGAIBOR LOPEZ, egresado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria que la presente Tesis, con el tema: "EL DERECHO A LA RESISTENCIA COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS PARA MANTENER Y APLICAR SU DERECHO CONSUECUDINARIO FRENTE A LAS ACCIONES DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN LA PARROQUIA SALINAS.", es de mi propia autoría, así como las expresiones vertidas en la misma, que lo he realizado basado en recopilación bibliográfica de la Legislación Ecuatoriana, libros, revistas, folletos, doctrina y jurisprudencia, dejando a salvo los derechos de terceros sobre la bibliografía consultada y puntos de vista de los autores citados en el presente trabajo investigativo.

Atentamente,

f) 

Sra. Gabriela Gaibor López

PROTOCOLIZACION

En la cabecera cantonal de San José de Chimbo, República del Ecuador, hoy día MIERCOLES DOS DE OCTUBRE del año dos mil trece, ante mí Víctor Hugo Mejía Veloz, Notario Público de este cantón, procedo a protocolizar, TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA, solicitado por la señora GABRIELA ELIZABETH GAIBOR LÓPEZ; en un tomo de ciento cincuenta y cinco páginas; de todo lo cual DOY FE.

EL NOTARIO,



RESUMEN

El presente trabajo se basa en un estudio investigativo sobre: “El derecho a la resistencia como garantía constitucional de las comunidades indígenas para mantener y aplicar su derecho consuetudinario frente a las acciones de la justicia ordinaria en la parroquia Salinas, cantón Guaranda.”

Desde esta perspectiva jurídica, recabé información mediante el uso de las técnicas de acopio científico (fichas bibliográficas y nemotécnicas), que permitieron el desarrollo de la parte teórica, contenida en dos capítulos; en el primero, trato sobre el marco jurídico histórico y actual que reconoce el derecho a la resistencia de los pueblos indígenas para mantener y aplicar su derecho consuetudinario, siguiendo el orden jerárquico de ley, previsto en la Constitución de la República del Ecuador; en el segundo capítulo, trato sobre el marco doctrinario referente al tema y subtemas que tienen que ver con el derecho a la resistencia indígena; la justicia indígena, y la justicia ordinaria, con sus respectivos análisis y criterios jurídicos; y, mediante la aplicación de la técnica de campo (encuesta), recabe información de una muestra poblacional de cuatrocientas personas que habitan en la parroquia Salinas del cantón Guaranda, Provincia de Bolívar; quiénes en su mayoría sostienen que: “el baño con agua fría, la ortiga y el látigo empleados por los indígenas no constituyen medios o técnicas de tortura.”

Sobre la base de este marco teórico, jurídico y de opinión de la información recabada, se concreta una propuesta legal que permite una posible reforma legal al Título VIII Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria, del Código Orgánico de la Función Judicial, sobre la necesidad de mejorar la normativa jurídica que regula la aplicación del ejercicio de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria, estableciendo normas claras, previas y públicas a ser observadas y aplicadas por autoridad competente, adecuando material y formalmente a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales, para garantizar los derechos de las Comunidades y Pueblos Indígenas a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario.

TABLA DE CONTENIDOS

Pág.....	#
I Caratula	
II Certificación de Tesis	
III Dedicatoria	
IV Agradecimiento	
V Declaración Juramentada	
VI Resumen	
VII Índice de Contenidos	
VIII Índice de Cuadros, Diagramas y Figuras	
Introducción	1
Tema.....	3
Antecedentes Históricos	4
Problema	10
Objetivos	24
Hipótesis.....	25
Variables.....	26
Diseño Metodológico.....	26
Técnicas	28
Instrumentos técnicos	29
Universo.....	30
Muestra.....	30
Capítulo I	32
Base normativa.....	33

Derecho indígena	34
Justicia indígena.....	37
Características de la administración de justicia	
Indígena.....	43
Código orgánico de la Función Judicial.....	46
Ley orgánica de garantías jurisdiccionales	
Y control constitucional	53
Ley de organización y régimen de la comunas	57
Derecho de las comunidad, pueblos y	
Nacionalidades	61
Código de procedimiento penal ecuatoriano.....	67
Capítulo II	68
Resistencia como acción popular frente a la	
Poder	69
La resistencia	72
Antecedentes históricos del derecho de oposición	
Y resistencia	75
Derecho de resistencia en la actualidad.....	77
Derecho a la resistencia en el pensamiento.....	78
Derecho a la revolución	79
Desobediencia Civil.....	79
Ambiguo y contradictorio derecho a la resistencia.....	80
Justicia indígena.....	83
Administración.....	84
Derecho consuetudinario indígena	88
Raíces.....	91

Significado	92
Órganos administración	94
Jurisdicción	102
Competencia	105
Características de la justicia indígena ecuatoriana	107
Constitucionalización del derecho indígena	111
Justicia ordinaria.....	119
Función judicial.....	121
Derechos humanos	124
Capítulo III	128
Análisis e Interpretación de Resultados.....	129
Conclusiones	137
Recomendaciones.....	139
Capítulo IV	141
Propuesta jurídica	142
Bibliografía.....	149
Anexos	152

Índice de Cuadros, Diagramas y Figuras

Cuadro 1	
Pueblos indígenas.....	129
Cuadro 2	
Medios o técnicas de tortura	130
Cuadro 3	
Procedimiento indígena	131
Cuadro 4	
Defensa de la persona	132
Cuadro 5	
Principio de oportunidad	133
Cuadro 6	
Intromisión de la Justicia ordinaria	134
Cuadro 7	
Justicia indígena.....	135
Cuadro 8	
Justicia ordinaria.....	136

INTRODUCCIÓN

El sistema de administración de justicia es uno de los elementos culturales importantes de la identidad indígena y constituyen la riqueza invaluable de nuestros pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, al igual que el idioma, los saberes, los valores, las vestimentas, etc. la desaparición o pérdida de éstos, constituiría la desaparición de la identidad indígena.

Un pueblo que ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. En los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio.

El Derecho Consuetudinario es el derecho no escrito que está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes, esto es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso. Esta práctica tradicional debe ir en armonía con la moral y las buenas costumbres, encaminadas a la convicción de que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de ley amparada por el Derecho Consuetudinario.

El Código Civil ecuatoriano estipula que para la costumbre sea considerada como un derecho, la ley debe emitirse a ella, de tal manera que algunos cuerpos legales han estipulado plazos de 10 años hasta 40 años para considerarla como una costumbre jurídica. En la parroquia Salinas se viene cotidianamente poniendo énfasis en el derecho consuetudinario, en base a las costumbres que tienen cada comunidad, así por ejemplo la comunidad de Pachancho sus normativas impuestas por los miembros son distintas a las de otras comunidades, ciertas exposiciones las aplican a través del Cabildo que viene a constituirse en la máxima autoridad, su forma de designación es el dirigente máximo u autoridad que es elegida en forma democrática y directa a través de una asamblea con la intervención de cada uno de sus miembros.

TEMA

“EL DERECHO A LA RESISTENCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS PARA MANTENER Y APLICAR SU DERECHO CONSUECUDINARIO FRENTE A LAS ACCIONES DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN LA PARROQUIA SALINAS ”

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Derecho Positivo Comparado encontramos, que el Derecho Indígena o Consuetudinario y la Jurisdicción Especial, muestran algunos rasgos comunes, que se señalan a continuación:

“Los países andinos que han reformado la Constitución para este reconocimiento son: Colombia (1991), Perú (1993, Bolivia (1994) y Ecuador (1998 - 2008). Estos Estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT “Organización Internacional del Trabajo”, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento de carácter Pluricultural y Multiétnico de la configuración Estatal o de la Nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígena específicos.”¹

Hace pocos años, los pueblos y nacionalidades indígenas no eran considerados dentro de las Constituciones de los países, con decir que ni siquiera se las mencionaba y peor aún eran sujetos derechos. A partir del año 1990 países latinoamericanos como:

¹ WRAY, Alberto "El convenio 169 de la OIT. sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Régimen Constitucional Ecuatoriano" Pág. 10.

Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, ratificaron el Convenio 169 de la OIT. Estableciéndose derechos y garantías en beneficio directo, de estos pueblos y nacionalidades. Con la designación de países pluriculturales y multiétnicos se abrió paso al reconocimiento de todos los elementos culturales que distinguen a los pueblos indígenas y por lo tanto, al Derecho Consuetudinario que es sustento de sus logros jurídicos en materia de justicia.

"Las constituciones mencionadas reconocen funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo a su derecho consuetudinario, o a sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento es no vulnerar los derechos fundamentales de las personas, como señala la Constitución Peruana, a no violar la Constitución y las Leyes, como indica las demás Constituciones. Adicionalmente, todos los textos Constitucionales hacen referencia a una Ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado".²

² IRIGOYEN, Raquel, "Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los países Andinos" Pág. 6.

La aplicabilidad de la Justicia Indígena en países Latinoamericanos está limitada por las condiciones que determinan los instrumentos Jurídicos Internacionales y otras Leyes Nacionales.

Por lo general son opuestos a la praxis de la Justicia Indígena las prácticas de crueldad, humillación, menoscabo de la integridad física, la muerte, etc., es decir toda forma de trasgresión a los derechos humanos, sin embargo, es necesario que las prácticas de ajusticiamiento indígena sean comprendidas desde una óptica de limpieza espiritual que sirve para convertir al infractor nuevamente en un individuo positivo para su comunidad.

ANTECEDENTES CONCEPTUALES Y REFERENCIALES

El movimiento indígena se ha venido forjando desde la década de los cuarenta con la Líder indígena Dolores Cacauango, una lucha por la tierra, la educación y a una vida digna con identidad, sus luchas venia pegadas al sindicalismo de ese entonces, el mismo que se ha ido fortaleciendo ya por los años setenta, ochenta y el año 1990. Aparecen actores sociales de este país, para ser actores políticos en la actualidad, este espacio de tiempo ha permitido ir formulando propuestas alternativas para la reconstrucción del Estado que se ha caracterizado por ser homogenizador, desconociendo la diversidad étnica, cultural y lingüística de la población.

Para los pueblos indígenas, la justicia indígena, “es la forma propia de resolver y solucionar conflictos a través de sus propias autoridades, que mediante la aplicación de medidas conciliadoras en algunos casos ejemplarizadoras, en otros, se establece la armonía colectiva, para ello se basan en sus propios usos y costumbres, además de un procedimiento preestablecido y conocido por todos”.³

Mucho se habla de Derecho Consuetudinario como sinónimo de Justicia Indígena, porque evidentemente sobre estos términos se sustenta el reconocimiento constitucional de la aplicación de la Justicia en las comunidades o nacionalidades indígenas. Ahora, es importante analizar que el Derecho Consuetudinario no es único, ni exclusivo, e invariable, y obedece más bien a la realidad de cada nacionalidad; por ejemplo el Derecho Consuetudinario del pueblo de los NUKAK MAKU en Colombia, es distinto al Derecho Consuetudinario del pueblo SHWAR de Ecuador, porque tiene a su favor, diferentes características que los identifican, los hacen únicos e irrepetibles.

A pesar de todos los intentos para desaparecer, nuestro sistema de administración de justicia, ha permanecido vigente y conservado con cierto recelo frente a la población no indígena y a las autoridades estatales, esto ha permitido que en la actualidad aún podamos observar, en nuestras comunidades la aplicación de la

³ TIBAN, Lourdes; ILAQUICHE, Raúl.- “Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”

justicia basándose en normas, principios y procedimientos propios, con la intervención de las autoridades comunitarias mediante el cual se ha logrado mantener la armonía y el orden social al interior de nuestros pueblos y nacionalidades.

Los pueblos indígenas conciben el derecho a la justicia como un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de sus propias autoridades y de un conjunto de normas basados en sus costumbres, regula los más diversos aspectos del convivir colectivo, y permite ejercer un control social efectivo en sus territorios y entre sus miembros.

En esta última década se ha venido hablando de un pluralismo jurídico a diferencia del monismo jurídico, lo cual reconoce “La coexistencia de varios sistemas normativos, estén o no reconocidos, legalmente dentro del Estado o del espacio geopolítico en el que existan”.

Sin embargo cuando no son reconocidos por el Estado y no existe la voluntad política de los gobernantes para la aplicación, no pasa de ser simples enunciados teóricos y es subvalorado y menospreciado.

El derecho consuetudinario es la base fundamental de la aplicación de la justicia indígena, es así que sus usos y costumbres

ancestrales han determinado la praxis de la justicia aplicable a todos y cada uno de sus miembros.

Cuando se habla de los usos y costumbres de los pueblos o nacionalidades indígenas debemos considerar las diferencias que existen entre una y otra nacionalidad, ante esta realidad se podría afirmar que cada pueblo tienen usos, costumbres muy propias y arraigadas.

PROBLEMA

El 20 de octubre del 2008 los ecuatorianos dimos un paso trascendental al aprobar una Constitución innovadora en relación a otras Constituciones que en las últimas Décadas han sido aprobadas que por ende al incorporar derechos colectivos a las comunidades como la base para la construcción de un nuevo Estado Garantista se ha priorizado a la comuna a la que se le ha cobijado de un sinnúmero de derechos que son a consecuencia de procesos profundos de luchas sociales, económicas, políticas y culturales etc.

Para Julio Cesar Trujillo, en su análisis determina que la institucionalidad de la Constitución del 2008 hace una extracción de las instituciones de la que le antecedió, que de un cierto modo han sido reestructuradas y fortalecidas pero no "lo suficiente como para que faciliten su ejercicio".¹

Dentro del modelo garantista de Luigi Ferrajoli dio gran importancia al análisis del papel indispensable que debe cumplir el Estado en especial a lo referente al derecho que es la garantía de los más débiles en relación a los más poderosos.²

Dentro del conjunto de innovaciones estipuladas en esta nueva era Constitucional que transformo radicalmente el Estado Legal a un Estado Constitucional de derechos, entre ellas está el Sumak

Kawsay que es la agrupación de derechos encaminados a establecer el vivir bien que permita acceder a servicios y beneficios con el único fin de emponderar al ciudadano como eje central del desarrollo social, pero la cosmovisión del legislador se enfoca en la priorización de los derechos.

El desarrollo globalizado del derecho indígena conlleva a la par un proceso de transformación social desde lo más recóndito del ciudadano como es su dignidad hasta la vinculación de normas internacionales que sin mayores barreras protegen y tutelan los derechos fundamentales para que no sean vulnerados ni sometidos a normas que puedan desagregarlos he ahí que interviene la Constitución del 2.008 que da un giro inesperado en la legislación mundial al considerar y establecer no solo derechos al ciudadano, pues ninguna Constitución del mundo ha insertado en el marco constitucional derechos para la naturaleza. El pensamiento neoconstitucional en Ecuador ha tenido gran influencia en especial en el proceso de elaboración de la nueva Constitución en la que señalo tres elementos como fundamentales: Sometimiento de los Poderes del Estado a los derechos, interpretación Constitucional bajo la ponderación y la proporcionalidad y las leyes deben delimitarse a la protección de los derechos.

Los derechos de las comunidades que han transformado el Estado Ecuatoriano producto de un sismo social que termino en una asamblea constituyente de la que nació una Constitución garantista

de derechos sociales, culturales, ambientales entre otros, que a raíz de una demanda comunitaria ha consagrado la equidad observando anhelos de mejores condiciones de vida mediante una estructura constitucional.

"La argumentación sin duda alguna que es el conjunto de actividades que consisten en dar las razones favorables o desfavorables para una determinada tesis a la que se trata de sostener"⁴

Como mencionaba Hobbes "LA SOBERANIA RESIDE ORIGINALMENTE EN LOS INDIVIDUOS"⁵ y de este criterio que por mucho años por no decir por siglos ha evolucionado llevando a adquirir un poder sustancial de una magnitud.

Nadie puede poner en tela de duda el gran progreso de los derechos comunitarios que hoy en día son palpables en un Estado de justicia social, el enfoque al termino justicia social no es con la finalidad de perfeccionar el dogma teórico basado en las nuevas tendencias constitucionales por lo contrario la finalidad es consolidar un estado protector de derechos y garantías

⁴ ATIENZA, M., 2.010, Bioética, Derecho y Argumentación, Segunda Edición, Bogota - Colombia, Editorial Temis S. A, Pág. 17.

⁵ RODRIGUEZ Z. J., Estado de Derecho y Democracia, Pág. 24

constitucionales hacia la igualdad de condiciones que permitan el cumplimiento del Buen Vivir de las ciudadanas y ciudadanos.

Una de las funciones primordiales que debe cumplir el Estado Ecuatoriano para garantizar la justicia social es proteger a las comunidades a través de los derechos constitucionalizados⁵, pues son la base para la construcción de un Estado Garantista en la que se prioriza al ciudadano como ser humano cobijado de un sinnúmero de derechos que son a consecuencia de procesos profundos de luchas sociales, económicas, políticas y culturales etc. Hablar hoy en día del derecho consuetudinario o justicia indígena necesita de una investigación para lo que es necesario proceder de una forma responsable, ética y sobre todo real pues el problema en enfoca el presente proyecto de tesis se centra la diferencia entre lo que conocemos en el común de nuestro vocabulario que en ocasiones hacemos una mala interpretación de justicia indígena que la hacemos mención como sinónimo de linchamiento popular que viola derechos humanos y constitucionales, termino muy alejado que no tiene ninguna relación ni constitucional, social o legal.

Desde la perspectiva indígena su derecho se basa en la aplicación de todos los procesos que buscan armonizar el comportamiento con el espíritu para que las relaciones sociales de la comuna sean acorde a los principios que la pacha mama necesita para la supervivencia en armonía y paz, que fueron sus abuelos quienes

les dejaron y a ellos les dejaron sus abuelos y así sucesivamente por cientos de años.

Por lo contrario para el sector mestizo que en la mayoría de los casos de justicia indígena la hemos satanizado por múltiples componentes entre ellos: religión, desconocimiento, temor a aprender de costumbres y tradiciones ajenas a nuestros pensamientos y sentimientos etc., por eso que al escuchar, ver o leer ya sea por la TV, radio o el periódico lo primero que se nos viene a la mente es pensar que ese tipo de proceso es atentatorio para con los derechos humanos, pues como el Estado puede garantizar que a una persona se le someta a un baño con agua helada, a la ortiga y lo peor es al castigo que desde la visión de justicia ordinaria es deprimente a la dignidad humana.

La **Plurinacionalidad** no implica únicamente una declaratoria formal en el artículo primero de la Constitución Política, sino un cambio de estructura del Estado y del modelo económico, en el marco del reconocimiento de niveles importantes de autogobierno territorial del manejo y protección de los recursos naturales, en el ejercicio de la autoridad sobre las instituciones que manejan asuntos de vital importancia como la educación y la salud, en el reconocimiento de la pluralidad jurídica, en la oficialización de los idiomas indígenas y la construcción de una verdadera interculturalidad sin imposiciones.

Haciendo un breve análisis de las luchas sociales del pueblo indígena representado por la CONAIE que iniciaron a inicios de la década de los noventa cuando surgieron las primeras marchas hacia Quito con un propósito de que el Estado reivindique sus derechos colectivos como el de la protección Estatal para sus principios y costumbres, entre las que se despejan el respeto a la justicia indígena, anhelos que se impregnaron en un proceso constitucional que vio nacer en 1998 una Constitución que reconocía a las nacionalidades indígenas como parte del Estado y poseedores de derechos de identidad basado en su derecho consuetudinario, pero que existió un principio general que de una manera se consideró como un aporte al sector indígena para la aplicación de la justicia dentro de sus circunscripciones que se prescribió en el art. 191 inciso segundo en especial en el término comunitarios o vecinales.

Los derechos colectivos reconocidos en la Constitución de 1998 del art. 84, mas lo mencionado en el art. 191 inciso 4 "Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes".

La práctica y el conocimiento sobre administración de justicia y más conocido como Derecho Indígena, son los conocimientos, normas y

principios que han sido conservados y transmitidos de generación en generación en forma oral, no se ha buscado desconocimiento por parte del Estado para su conservación, sino que ha sido suficiente la validación y la aplicación dada por nuestros pueblos, así como no ha sido necesario escribirlos para que no desaparezcan, en su totalidad, el derecho indígena se encuentra en la memoria de cada uno de los miembros de un pueblo y nacionalidad.

Lo mencionado en el párrafo anterior luego de muchas luchas sociales se consolidaron con un neoconstitucionalismo transformador en el 2008 que da un giro importante al blindar a la justicia indígena como un proceso constitucional para el juzgamiento de actos contrarios a las buenas costumbres y a la convivencia dentro del sector indígena primeramente al establecer que el Ecuador es un Estado intercultural y plurinacional con un enfoque hacia la justicia social, reconociendo la jurisdicción de los pueblos indígenas, por estos preceptos es indudable que justicia indígena tiende a ejercer una administración hacia la solución sin mayores contratiempos y demoras pero siempre manteniendo un orden y fortalecer los principios de convivencia armónica.

Traducido a los artículos de la Constitución del 2008 puedo obtener para el presente trabajo como fundamentación lo mencionado en el art. 57 numeral 10 que reconoce el derecho para aplicar y practicar el derecho propio o consuetudinario, art. 171 que reconoce a las

autoridades indígenas para que apliquen normas y procedimientos propios de sus tradiciones para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarias a la Constitución y a los derechos humanos. Cuadro: Reconocimiento Constitucional a nivel Internacional en relación a la Jurisdicción indígena.

Bolivia (1995)	Colombia (1991)	Ecuador (2008)
<p>Art. 171. III: Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las Leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.</p>	<p>Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. De conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y Leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.</p>	<p>Art. 171: Se reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas el derecho de ejercer funciones de administración de justicia y aplicación de normas y procedimientos propios en la solución de conflictos en conformidad a sus costumbres o Derecho Consuetudinario siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con el sistema judicial nacional y las atribuciones de los poderes del Estado.</p>

En mayo de 1.998 el Ecuador ratifica el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales que reconoce derechos a las nacionalidades en especial en los arts. 8, 9, 10, 11 y 12 sobre su derecho a aplicar sus tradiciones y prácticas producto de sus costumbres para solucionar sus conflictos y sancionar los delitos que puedan cometerse dentro de sus comunidades.

Además en el Código de la Función Judicial determina en el art. 7 que las autoridades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

A pesar de los grandes avances constitucionales sobre derechos para los pueblos indígenas existe un desconocimiento sobre su convivencia y solución de conflictos, pero que entre el proceso ordinario y el indígena existen similitudes entre ellas tenemos:

Justicia Ordinaria	Justicia Indígena Denuncia o
Demanda	Queja o demanda
Audiencias	Asamblea de los comuneros
Peritos	Comisión de recuperación
Sentencia	Decisión comunitaria

En los últimos años han surgido procesos de Justicia indígena que han pasado los límites de la administración jurisdiccional de la

comuna entre esos casos tenemos: Caso de la Cocha, Caso de la comunidad de El Topo, Caso Sarayaku desde mi criterio he llegado a determinar que pueden haber sido a causa de una confusión o por la falta de un análisis y argumentación a mayor profundidad por parte de la autoridades ordinarias que tienden a confundir entre sanción indígena (baño de agua helada, ortiga, látigo, servicios comunitarios) con el de linchamiento popular (quemar a los presuntos infractores, maltratos físicos). Las sanciones indígenas tienen su sustento en un derecho consuetudinario de cientos de años que han sido los reguladores de las relaciones dentro de las comunas que mantienen su propia cosmovisión basado en cuatro puntos específicos para su juzgamiento.

Utilización de la ortiga. Esta planta tradicional de la serranía es sin duda una de las herramientas que se utilizan para proceder a aplicar la Justicia indígena, pero no tiene un fin de castigo o de causar un dolor, sino que se aplica para armonizar al espíritu con el cuerpo.

El baño con agua. La figura con la que se aplica este proceso es la de establecer una purificación del cuerpo de las malas acciones contrarias a los principios de la comuna.

Látigo. Se utiliza como una amonestación y un ejemplo para los demás miembros de la comuna y de ahí establecer un precedente (para los pueblos indígenas es preferible recibir unos pocos

latigazos y que la persona recapacite sobre su mala actuación que en lo posterior se reintegre a las buenas costumbres comunales y no que reciba la pena de prisión o reclusión en la que no podrá ser rehabilitado como un miembro del pueblo indígena).

Servicios comunitarios. Es la forma de reconocimiento de los daños que causo hacia la persona afectada que pueden variar dependiendo de la infracción u acción cometida (entre reconocimiento de una cantidad de dinero, servicios sociales ad-honoren).

Pero dentro del avance de los derechos en el Estado Ecuatoriano tenemos que la figura de la administración pública toma un gran papel protagónico al pasar de un sistema permisivo a uno rígido en el que no existe la mínima posibilidad de establecer acciones en contra de la integridad personal y en relación al presente proyecto el de la tortura, que por el que lo tomo como base o un criterio para la ponderación, la respuesta está en que han existido muchos casos en los que la justicia ordinaria ha juzgado a las autoridades indígenas por las decisiones que han dictado dentro de sus jurisdicciones comunales para el conflicto social que se ha afectado por un comunero.

La tortura se concibe como el o los actos que llevan a denigrar la integridad física, psicológica, sexual, moral, ética, intelectual etc., causados por la acción u omisión contrarias a los derechos

humanos, pero desde la cosmovisión indígena el régimen disciplinario (ortiga, látigo, baño y servicios comunitarios) no son considerados como una tortura pues como ya lo explique son elementos ancestrales con un fuerte significado espiritual que busca establecer la armonía espiritual con los comportamientos contrarías a las buenas costumbres que atraen peligros para la unión de la comuna.

Dentro del proceso indígena como ya lo mencione no busca sancionar o castigar el cometimiento de un delito por parte de un comunero, sino es rehabilitarlo mediante el uso de símbolos que son aplicados por décadas y décadas, que da cumplimiento con lo prescrito en la Constitución sobre la dignidad e integridad personal, pues en ninguna etapa del juzgamiento indígena se viola las garantías a la defensa y en el caso del dictamen no se dicta por costumbre sino que proceden bajo las circunstancias de cada caso.

La justicia indígena es procedente pues ella busca reinsertar al comunero que violento las normas de comportamiento comunitario mediante rituales ancestrales de purificación, que no son medidas coercitivas o sancionativas, claro que para la visión de las personas no indígenas esto es un acto atroz en contra de los derechos humanos, al analizar el procedimiento se desprende fácilmente que lo que se busca no es sancionar sino es buscar la armonización entre el espíritu, persona y la pacha mamá. No podemos seguir con la vieja visión de que a todo delito se debe buscar castigar con

duras y largas penas que priven de la libertad al ciudadano que en algunas ocasiones pueden ser a causa de un error pase a estar recluido en una cárcel que no le garantiza su rehabilitación.

- OBJETO

El objeto del presente proyecto es establecer un estudio investigativo sobre el derecho a la resistencia de los pueblos indígenas frente a la injerencia de la justicia ordinaria en relación a la cosmovisión comunitaria como una garantía constitucional buscando determinar si la justicia indígena tiene coherencia con los derechos humanos, tratados internacionales y la constitución frente a la regulación de las relaciones entre miembros de la comuna y su impacto social en un Estado Constitucional de Justicia Social, además indagare sobre la evolución de los mecanismos utilizados por las comunas para mantener sus costumbres y tradiciones y la protección internacional a los que son sujetos.

❖ Posibles causas que originan el problema

- Desconocimiento de la evolución del Estado Ecuatoriano del Legal al Constitucional.
- Falta de estudios investigativos sobre el derecho consuetudinario indígena.

- Falta de aplicación de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Ecuatoriano.
- Falta de fuentes bibliográficas de consulta.
- Desconocimiento del significado de los instrumentos, métodos y técnicas indígenas utilizadas.

OBJETIVOS

GENERAL

- Estudiar el conjunto normativo consuetudinario indígena bajo el neo constitucionalismo ecuatoriano y su protección frente a la intromisión de la justicia ordinaria por medio del derecho constitucional a la resistencia.

ESPECÍFICOS

- Determinar la eficacia y validez de los instrumentos internacionales en aplicación del derecho consuetudinario indígena.
- Auscultar la cosmovisión indígena referente a mecanismos de convivencia social.
- Analizar la simbología de los instrumentos aplicados en el desarrollo de derecho consuetudinario indígena.

- Estudiar la evolución de la resistencia como garantía constitucional.

- CAMPO

Nadie puede dudar hoy en día el desarrollo constitucional de los derechos colectivos de las comunidades indígenas que han tornado una trascendencia universal, las conquistas sociales han llegado a su esplendor al constitucionalizarse tal desarrollo se ha basado en las luchas sociales que demandan de su análisis y estudio desde un enfoque social, cultura, político, económico y jurídico.

El actual sistema de Justicia Social que rige el Estado Ecuatoriano necesita del garantismo neoconstitucional que utiliza y se nutre de principios que consolidan derechos como el medio para alcanzar el Sumak Kawsay, en el presente proyecto de investigación se hondara una serie de áreas desde el Derecho Internacional Publico al Constitucionalismo Ecuatoriano.

- HIPÓTESIS

“El derecho a la resistencia constituirá un mecanismo constitucional para la protección del derecho consuetudinario indígena de la parroquia Salinas frente a las acciones de la Justicia ordinaria en un Estado de Justicia Social.”

- VARIABLES

- Variable Independiente
 - El derecho a la resistencia

- Variable Dependiente
 - Las acciones de la Justicia ordinaria

DISEÑO METODOLÓGICO

MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Para realizar mi investigación, utilice los siguientes métodos:

Método histórico o metodología de la historia. Es la forma de método científico específico de la historia como ciencia social. Comprende las metodologías, técnicas y las directrices mediante las que los investigadores usan fuentes primarias y otras pruebas históricas en su investigación y luego escriben la historia; es decir, elaboran la historiografía.

Método descriptivo. Es el que utilice para recoger, organizar, resumir, presentar, analizar y generalizar los resultados de la observación. Este método implica la recopilación de datos para dar una idea clara de una determinada situación. Las ventajas que tiene

este método es que la metodología es fácil, de corto tiempo y económica.

Método inductivo. Utilice este método científico porque me ayudó a obtener conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, que se caracteriza por cuatro etapas básicas: la observación y el registro de todos los hechos; el análisis y la clasificación de los hechos; la derivación inductiva de una generalización a partir de los hechos; y la contrastación.

Método deductivo. Este método científico considera que la conclusión está implícita en las premisas. Por lo tanto, supone que las conclusiones siguen necesariamente a las premisas: si el razonamiento deductivo es válido y las premisas son verdaderas, la conclusión solo puede ser verdadera. El método deductivo infiere los hechos observados basándose en la ley general (a diferencia del inductivo, en el cual se formulan leyes a partir de hechos observados). En todos los casos, los investigadores que siguen el método deductivo comienzan con el planteamiento del conjunto axiomático de partida (donde los supuestos deben incorporar solo las características más importantes de los fenómenos, con coherencia entre los postulados) y continúan con el proceso de deducción lógica (partiendo siempre de los postulados iniciales).

- **Técnicas**

La observación es una técnica de investigación que consiste en observar personas, fenómenos, hechos, casos, objetos, acciones, situaciones, etc., con el fin de obtener determinada información necesaria para una investigación. Para poder usar esta técnica, en primer lugar debemos determinar nuestro objetivo o razón de investigación y, en segundo lugar, determinar la información que vamos a recabar, la cual nos permita cumplir con nuestro objetivo. Es una técnica que consiste en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis.

La Entrevista. Es una técnica para obtener datos que consisten en un dialogo entre dos personas. Normalmente se tiende a restringir la entrevista del abogado, desde lo conceptual, a un proceso de recolección de datos, en términos que se reduce su objetivo a la simple obtención de la información que, acerca del problema, puede proporcionar el cliente o un tercero. En efecto la entrevista como interacción comunicacional nos permite recolectar antecedentes y datos sobre un caso o problema específico.

La Encuesta. La encuesta, una de las técnicas de investigación social más difundidas, se basa en las declaraciones orales o escritas de una muestra de la población con el objeto de recabar información. Se puede basar en aspectos objetivos (hechos, hábitos

de conducta, características personales) o subjetivos (opiniones o actitudes).

Por lo expuesto, La investigación es documental, bibliográfica y de campo, por lo que, realice un diseño bibliográfico (temática) y de campo (empírica).

Diseño Bibliográfico: Utilicé fichas bibliográficas para obtener información de otros investigadores o tratadistas conocedores de la temática; para lo cual, acudí a fuentes bibliográficas confiables y seguras.

Diseño de Campo: Utilicé encuestas y entrevistas para recoger opiniones valederas y directas de expertos profesionales del derecho, con relación a la falta de un procedimiento penal para determinar la declinación de competencia con relación a la justicia indígena.

INSTRUMENTOS TÉCNICOS:

Para la encuesta: Utilicé un cuestionario previamente elaborado.

Para la entrevista: Utilice un pliego de preguntas de acuerdo a la temática

Para el procesamiento de la información utilizaré los programas tecnológicos: Excell, Word, y Power Point

- **Universo**

La población hace referencia al conjunto de ciudadanas y ciudadanos de la parroquia Salinas que participaran en la presente investigación contribuyendo en la indagación para exteriorizar su punto de vista que servirán para la emisión de las conclusiones obtenidas en la investigación. El Instituto Nacional de Estadística y Censos en el último Censo Poblacional del año 2.010 determine que a nivel de Secundaria, Post Bachillerato, Superior, Post Grado dentro del sector urbano existen un total de 9.4491 ciudadanos que constituyen el universo en la que se desarrollara la investigación.

- **Muestra**

Por no ser numerosa la población de ciudadanas y ciudadanos que residen en la parroquia Salinas, cantón Guaranda, provincia de Bolívar, aplique una formula estadística.

La muestra estadística es una parte de la población seleccionados científicamente donde cada uno de ellos es un elemento del universo. Una muestra es una parte representativa del universo, seleccionada según ciertos criterios en forma estadística o aleatoria.

Para el estudio de la demanda hemos considerado a todos los habitantes de la Parroquia Salinas del cantón Guaranda, que según

el censo del 2.010 son 5.821 ciudadanas y ciudadanos. Con la formula se toma la muestra de:

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

n= Tamaño de la muestra

N= Población

e2= 0.05 Error máximo admisible

Al desarrollar la formula se obtiene el tamaño:

$$n = \frac{5.821}{0.05 (5.821-1)+1}$$

$$n = \frac{5.821}{0,0025 (5.820)+1}$$

$$n = 400$$

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

**LINEAMIENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO A LA RESISTENCIA,
LA JUSTICIA INDÍGENA FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA.**

1. Base normativa

1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Aprobado el 13 de septiembre del 2007).

Art. 34. “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

En este contexto, si bien los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas históricamente siempre han existido y no surgen de la legalidad ni de la Constitución, podemos decir que a partir de agosto de 1998, lo que hace la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es ratificar y reconocer lo que los pueblos indígenas han practicado a lo largo de la historia, y por consiguiente garantiza y fortalece su vigencia.

DERECHO INDIGINA

La constitución política en el artículo 1ro identifica al Estado Ecuatoriano como un estado constitucional de Derecho y Justicia Social, y entre sus características menciona la interculturalidad y plurinacionalidad, lo que indudablemente motiva que en la sección. Segundo el capítulo IV, del título IV de la misma carta magna, conste la declaración de que los pueblos indígenas que se autodefine como nacionalidades de raíces ancestrales forman parte del Estado Ecuatoriano, único e indivisible , reconociéndoles además y garantizándoles algunos derechos colectivos , entre los que se destaca los consignados en el numeral 9 del artículo 57, “ conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia organización social , y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral ”⁶

La práctica de la propia justicia es un espacio de identidad y por lo tanto un derecho, este derecho consagrado en la Constitución a favor de los pueblos indígenas no es otorgado por el estado puesto que existe antes que estén, desde que los pueblos son pueblos y se constituyeron sus propias autoridades.

Es verdad que históricamente pueden sufrir cambios, como cualquier sociedad, por estos cambios lejos de significas su

⁶ Constitución de la República del Ecuador .Art.57. numeral 9. Pág. 42

destrucción constituyen su afirmación en cualquier sociedad que se mantenga en el transcurso del tiempo, bien tenga un sistema jurídico positivo consuetudinario.

Es evidente que en nuestro país a los indígenas la Constitución Política del Estado les reconoce el derecho de solucionar conflictos interno de acuerdo a sus costumbres ancestrales como lo establece el Art. 171, pero como en la actualidad dichos procedimientos han violentado los derechos humanos, el resto de la sociedad se siente preocupada por lo que pone en discusión el alcance y los límites de dichos derechos que otorga la constitución a los indígenas.

Mientras que los pueblos indígenas conciben el derecho a la justicia a como un derecho a la justicia como un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de sus propios autoridades y de un conjunto de normas basados en sus costumbres, regula lo más diversos aspectos de convivir colectivo, y permite ejercer un control social efectivo en sus territorios y entre sus miembros para una normal convivencia.

En la declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 21 de junio del 2006, cuyo artículo 2 declara que las +personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos y que tienen derecho a no ser objeto de ninguna

discriminación en el ejercicio de sus derechos fundamentales , en particular en su origen o identidad indígenas.

Reconoce en los Art. 4, 6 y 19 que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas , sociales y culturales , manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente , si lo desean , en la vida política , económica, social y cultural del Estado, que las personas indígenas tienen derecho a la vida, a la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona , que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos , la vida y destinos , por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos , así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Algunos derechos constitucionales que consagra el Art. 66 son de aplicación obligatoria en la administración de justicia , y por tanto debería serlo también en la justicia indígena , pues así se ha de entender de la Convención 169 de la Organización Internacional de trabajo y de la Declaración de las Naciones Unidas , que constituyen el precedente válido y obligatorio de esa justicia indígena.

Tales derechos son Inviolabilidad de la vida , Integridad personal , Igualdad ante la ley la Libertad , el derecho al debido proceso y a

una justicia sin dilaciones, también derechos q pueden ser lesionados con penas que constituyen tratos crueles y degradantes prohibidos por la legislación interna y las convenciones internacionales que no permite la tortura, bajo el pretexto de imponer sanciones.

Ahora bien la libertad es otro derecho que solo puede limitarse con orden judicial , y en casos especiales con sujeción a requisitos formales y de otra naturaleza que van desde la gravedad del delito, la peligrosidad la reincidencia la alarma social, e inclusive la necesidad de proteger a la víctima y aun al propio responsable , de manera que la autoridad de la comunidad indígena debe estar investido de aquella calidad y cuidar por respecto de ese derecho aun al aplicar el derecho consuetudinario.

La igualdad ante la ley por lo cual todos y todas serán consideradas iguales y gozaran de los mismos derechos, libertad y oportunidad, sin discriminación en razón de etnia entre otras.

JUSTICIA INDÍGENA

Al referirnos sobre la Justicia Indígena se debe considerar que esta simplemente mantiene el ampara que le otorga la Constitución Política en su Art. 171 que en lo pertinente dice, “ Las autoridades de la comunidad, 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 participar y decisiones 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 e instrumentos internacionales.

El estado garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”⁷

Para la aplicación de la justicia indígena es necesario que se den ciertas condiciones, al igual que existen para la justicia de paz y los procedimientos alternativos. Tales condiciones se infieren del propio Art. 171, y que se pueden resumir de la siguiente manera.

- Existencia de autoridad de pueblos indígenas que tengan capacidad de ejercer funciones de justicia.
- Existencia de normas y procedimientos propios de acuerdo con sus costumbres o derecho consuetudinario.

⁷ Constitución de la República del Ecuador. Art.171. Pág. 96

- Existencia de conflictos interno ya que solo sobre estos pueden aplicarse tales procedimientos.
- Que los procedimientos no concentraría a la Constitución y las leyes
- Necesidad de una ley que haga compatibles esas funciones con el sistema judicial nacional.

Según el Convenio 169 de la Organización Internacionales del Trabajo, aprobado el 27 de junio de 1989, se establece “ la obligación de los gobiernos de asegurar a los miembros de los pueblos indígenas a gozar, en igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.

Declara además que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculo ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicaran sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos Art. 3 ”⁸

De todas las disposiciones de este Convenio creo que el Art. 8 es de especial interés para el tema, ya que señala los parámetros

⁸ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

para la aplicación de la legislación nacional a los pueblos interesados.

- Tomar en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario
- Que dichos pueblos deben tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos .
- Que siempre que sea necesario se establecerán procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

De modo más concreto los Art. 9 y 10 se refieren a la justicia penal, y señalan que en la medida en que ellos sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos , deberán respectarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por su miembros .

Al realizar un análisis comparación de la Justicia indígena con la Justicia Ordinario me debe referir a los principios básicos de la Administración de justicia entre los que tenemos la independencia, Legalidad, Unidad, Publicidad , Jerarquización,

Estabilidad, Gradualidad, Permanencia , me permitiré analizar a lo más relacionados con la aplicación de la justicia indígena.

Unidad Jurisdiccional.- es la integración de todos los órganos jurisdiccionales a la función judicial , lo que significa que todos los jueces aun los especiales formaran parte de ella, por lo tanto la función judiciales es única ya que el poder o facultad de administrar justicia no puede estar en otras ramas del poder político, es la función judicial la que tiene el ejercicio de la potestad de administrar justicia.

En consecuencia al tratar el Art. 171 de la Constitución el tema de la unidad jurisdiccional y desarrollar inmediatamente el reconocimiento de otras formas de administrar justicia como la que se encarga a los jueces de paz , el arbitraje , la mediación y otros procedimientos alternativos para resolución de conflictos , y la denominada justicia indígena , es claro que todas las personas que administren ese tipo de justicia deben formar parte de la función judicial, en merito al principio de Unidad consagrado con rango constitucional.

Legalidad.- no solo surge del origen de los nombramientos de los jueces , está ligado al principio del juez natural, que es además un derecho de los usuarios de la justicia y también se vincula con la jurisdicción , que es la condición insustituible que caracterizan a un juez .

Este principio también debe ser considerado al tratar de compatibilidad la justicia ordinaria con la indígena.

Nótese que el propio Art. 171 consagra la necesidad de leyes que regulen la correcta aplicación de la justicia de paz, la justicia alternativa y la justicia indígena.

Gradualidad.- Este principio que hace relación a los cursos , si bien es verdad que constitucionalmente no se lo menciona , no es menos cierto que la Convención América de Derechos Humanos , consagra como un derecho de las personas el de acceder a la justicia y a la segunda instancia, o sea a la posibilidad de que un Juez Superior revise la resolución del inferior. Los propósitos son claros, logros la seguridad jurídica en las decisiones judiciales a efectos de su ejecución o la presentación del recurso especial de casación , o la acción de revisión.

Es importante tener en cuenta este principio ya que solo en la justicia ordinaria se podría aptar por este recurso dado que en la justicia indígena o la aplicada por las denominadas Juntas de Defensa del Campesino, la sanción es inmediata e impuesta con o sin aceptación del imputado no se da paso al recurso de apelación.

CARACTERÍSTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

- Las autoridades son propios de cada comunidad, pueblo o nacionalidad
- Tiene un procedimiento especial propio
- Aplicación de normas propias del derecho consuetudinario, basado en los sistemas jurídicos propios de cada pueblo o comunidad.
- La sanción es de carácter social , curativo y permite la reintegración y la rehabilitación instantánea del imputado
- Participación y decisión colectiva de la comunidad para resolver el conflicto
- Es gratuita
- Es oral y en su propia lengua
- La restitución inmediata de la armonía y la paz comunal o colectiva

1.2. Constitución de la República del Ecuador del 2008

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, tenemos que la actual Constitución de la República del Ecuador, establece que, “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder

público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Sobre esta premisa constitucional, revisaremos la normativa jurídica consagrada en la Constitución con relación a la justicia indígena, dado que actualmente el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

La Constitución de la República del Ecuador, reconoce ampliamente el "pluralismo jurídico" aunque es sabido que no existen leyes secundarias que ayuden a operativizarla.

El pluralismo jurídico hace que la aplicación de la justicia indígena tenga sus propias autoridades; sus propias sentencias, sus propios dictámenes, en razón a los usos y costumbres ancestrales que los identifican como pueblos y nacionalidades indígenas.

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

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

De éste precepto jurídico que contiene nuestra Constitución, se desprende que se reconoce la justicia indígena, y establece el derecho a ser juzgado por las autoridades indígenas dentro del ámbito de su territorio, y pueden dirimir y resolver sobre los distintos conflictos que se presentan al interior de los territorios indígenas, conforme a las normas, procedimientos y sanciones propias de la comunidad o pueblo indígena.

Este reconocimiento constitucional reafirma la heterogeneidad de las culturas y la existencia de un pluralismo jurídico en el país. Implica que en un mismo ámbito territorial conviven dos o más sistemas jurídicos. El sistema jurídico indígena no es estático, cambia históricamente y su vigencia depende del uso constante de las costumbres y de las normas de conducta social de los distintos pueblos que conforman el territorio nacional. Pero a su vez los dos

sistemas buscan un solo objetivo común: la armonía en la convivencia social de sus miembros.

1.3. Código Orgánico de la Función Judicial

EL Código Orgánico de la Función Judicial, en su TÍTULO VIII, establece las relaciones de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria, así tenemos:

ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, 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. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

Si bien este precepto jurídico guarda estrecha relación con el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, por no decirlo que es fiel copia de su original, sin embargo, es necesario resaltar en esta parte, que: "Las autoridades indígenas que ejercen la administración de justicia, obedecen a un procedimiento existente

desde tiempos atrás, la justicia indígena no sigue los procedimientos establecidos en las leyes o en los Códigos del sistema positivo, actúan por medio del sistema de rogación o petición de parte. Solo los afectados a sus familiares pueden hacer la solicitud de intervención al Cabildo y/o a los dirigentes de la organización para que se restablezca el orden en la comunidad y de la familia.

Es importante establecer en una ley especial o específica las características propias de la administración de Justicia Indígena, como podemos apreciar en el párrafo anterior, para solicitar la intervención de los organismos indígenas no es necesario el auspicio de un abogado, este trámite por lo tanto se vuelve más operativo y no requiere de recursos económicos como sucede en el sistema de justicia ordinaria, además se busca el solamente el castigo del delincuente o infractor, sino más que todo el objetivo primordial es restablecer la paz comunitaria.

El Código Orgánico de la Función Judicial, establece algunos PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL, que los jueces, juezas, fiscales, defensores, servidores judiciales, policías y demás funcionarios/as públicas deben observar, siendo los siguientes:

Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y practicas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el

fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

Esto significa que tanto los jueces y juezas, fiscales, y policía, deben conocer y entender sobre la diversidad cultural existente en nuestro país, y que tienen que conocer por ejemplo los usos, costumbres y prácticas ancestrales que tienen cada uno de los pueblos, ya que esas prácticas que tienen deben ser conocidas y consideradas al momento de resolver un hecho en donde se encuentre involucrado en un conflicto un miembro de un pueblo o nacionalidad indígena.

La mayoría de delitos en la jurisdicción ordinaria son sancionados con prisión, las mismas que deben ser cumplidas en los Centros de Rehabilitación Social, sin embargo la prisión o la cárcel para los pueblos indígenas, es considerado como tortura y es lo último que puede pasar, ya que el indígena es libre por naturaleza.

Además, en la práctica los Centros de rehabilitación es un lugar en donde se fomenta el ocio, lo que contraviene el principio de ama killa (no ser ocioso), y es castigado. De manera que esta circunstancia también deberá ser considerada por los jueces comunes al dictar sentencias, debiendo emitir sentencias modulativas que pudieran ser sentencias donde se combinen prisión con trabajos comunitarios u otros, que puedan contribuir a la verdadera rehabilitación del individuo.

Está previsto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el Art. 8 y 9, que en la solución de un caso donde participe un miembro de un pueblo indígena, deberán considerar la adopción de otro tipo de sanción.

En el proceso de resolución de conflictos, tanto por la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción indígena siempre se tendrán en cuenta el sentido de pertenencia y la territorialidad,

Igualdad.- La autoridad tomara las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas procedimientos y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

Es difícil entender las terminologías existentes y utilizadas a nivel de la justicia ordinaria, por ejemplo: En un juicio penal, se habla de la indagación previa, de la instrucción fiscal, del dictamen fiscal y de la audiencia de juicio, se habla de plazos para la evacuación de pruebas y términos, pero si estos términos son utilizados a miembros de los pueblos indígenas o alguien que no conozca del derecho lamentablemente no entenderá, no por su rudeza o por ser analfabeto, sino por cuanto son términos jurídicos que no son de fácil comprensión, en estos casos las autoridades sean estos los

Jueces, Fiscales o Policías tendrán que utilizar palabras mucho mas entendibles y de fácil comprensión ya que si los hay, o si hay personas que definitivamente no hablan el idioma dominante que es el español, deberán contar con traductores o interpretes, eso permitiría conocer sobre el hecho a cabalidad y se estaría dando cumplimiento al debido proceso y al derecho a la defensa prevista en la Constitución de la República del Ecuador.

Muchos cometen el error de explicar o hacer conocer al abogado y creemos que es suficiente que el abogado entienda y punto, más no nos preocupamos que el ciudadano común y corriente entienda lo que está sucediendo y es lo que nos hace falta, llegar al ciudadano que está siendo procesado y entienda que está pasando con un juicio que se le está siguiendo, caso contrario se estaría vulnerando los derechos que todos los ciudadanos tenemos como es a ser tratados con igualdad, y sin discriminación.

No bis ídem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

Este principio está reconocido a nivel internacional, podemos encontrar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales, y a nivel nacional encontramos como un principio constitucional lo que significa que: “Nadie puede ser juzgado dos veces por una misma acción”, esto implica que aquellos casos resueltos en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por las autoridades indígenas, se trata de una cosa juzgada o de una sentencia ejecutoriada, cualquier resolución que fuese tomada será definitiva o pondrá fin al proceso, lo que implica que un caso resuelto en la comunidad no podrá ser apelado o revisado por la Corte Provincial de Justicia, o por uno de los Jueces, sino que, esta sentencia es inapelable, lo que sí cabe, es que sea sujeto de revisión por parte de la Corte Constitucional, conforme lo prevé la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 171.

El Dr. Vicente Ninabanda, miembro activo de la Fecabrunari, con asiento en esta ciudad de Guaranda, dice: *“Este principio es importante porque evita que los casos resueltos por las autoridades indígenas sean sujetas a revisión por autoridades de la justicia ordinaria, hecho que si ocurría antes del 2008, ya que no se consideraba como una sentencia lo resuelto por las autoridades indígenas, de ahí que quien se encontraba inconforme con la resolución dada en la comunidad iniciaba en forma inmediata una acción legal en contra de las autoridades indígenas, y hasta eran sentenciados por diversos delitos entre ellos de Plagio, y hasta fueron encarcelados los compañeros y compañeras, lo cual llevo a tener cierto temor en la aplicación de este derecho, es decir no*

*tenía ningún efecto lo resuelto por la comunidad indígena para las autoridades de la justicia ordinaria.*⁹

Por lo tanto la aplicación de este principio es un avance muy trascendental y que es necesario vigilar por el cumplimiento de este derecho.

Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible;

Esto implica que por alguna circunstancia llega a conocimiento de la autoridad de la jurisdicción ordinaria o al sistema ordinario un caso donde intervienen miembros de los pueblos indígenas, y que conozcan que este mismo caso ha sido ya conocido por una autoridad indígena, pues la autoridad de la jurisdicción ordinaria remitirá para que la autoridad indígena sea la que resuelva por tratarse de un caso donde están involucrados miembros de los pueblos indígenas, por lo tanto se archivara el caso en la jurisdicción ordinaria.

Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos

⁹ Nota.- Tomada de la entrevista realizada al Dr. Vicente Ninabanda, miembro activo de la FRECABRUNARI.

controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurara tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

1.4. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

En la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales encontramos también un capítulo que abarca sobre el ejercicio del sistema de administración de justicia indígena, las mismas que me voy a permitir señalar:

Capítulo IX

Acción Extraordinaria de protección contra decisiones de la Justicia indígena.

Art. 65.- **Ámbito.-** La persona que estuviese inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.

Art. 66.- Principios y procedimiento:- La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas:

1.- Intercultural.- El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.

2.- Pluralismo jurídico.- EL Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.

3.- Autonomía.- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígena, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones

jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio.

No obstante el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.

4.- Debido proceso.- La observancia de las normas, usos y costumbres y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.

5.- Oralidad.- EN todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.

6.- Legitimación activa.- Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece.

7.- Acción.- La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días.

Tal como se puede observar en los artículos antes mencionados esta Ley también norma sobre los procedimientos a seguirse en caso de que una de las partes este inconforme por la decisión adoptada por la autoridad indígena, siempre y cuando hubieren vulnerado derechos garantizados en la Constitución de la República del Ecuador.

El Dr. Vicente Ninabanda, dice: *“En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se establece varios principios que deberán ser observados por la Corte Constitucional, cuando resuelvan casos que tienen relación o intervengan miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas, hecho que constituye un avance como resultado de la continua lucha de todos nuestros pueblos y nacionalidades”*.¹⁰

¹⁰ Nota.- Tomada de la entrevista realizada al Dr. Vicente Ninabanda, miembro activo de la FECABRUNARI

1.5. Ley de Organización y Régimen de las Comunas

"Los principios que están recogidos en esta Ley son: garantizar el desarrollo económico sustentable, con equidad, potenciando nuestras culturas comunitarias, la administración de justicia desde las mismas comunidades en su ámbito, la aplicación y pleno desarrollo de la Medicina Ancestral e indígena, todas estas posibilidades desde nuestras propias concepciones, autoridades y estructuras desde nuestras propias concepciones, autoridades y estructuras, y así mismo, mediante nuestro gobierno comunitario".¹¹

La ECUARUNARI, hace hincapié en el conjunto de principios que forman parte de la ley de Comunidades Indígenas del Ecuador, ley en la cual, se destaca que las nacionalidades indígenas pueden administrar la justicia desde las mismas comunidades, respetando siempre el poder de sus autoridades y la importancia de las decisiones tomadas por la Asamblea General de la Comunidad.

La Ley de Comunidades Indígenas del Ecuador, es un referente que fortalece la aplicabilidad de la Justicia Indígena y el respeto al Derecho consuetudinario.

"1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente

¹¹ REPÚBLICA DEL ECUADOR. "Ley de Comunidades Indígenas del Ecuador". Pág. 4

reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".¹²

Cuando se habla de compatibilizar el sistema jurídico nacional con la aplicación de la justicia indígena con base al derecho consuetudinario y al mismo tiempo respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, nos enfrentamos a un grave problema, porque para la mayoría de personas los castigos físicos, los baños de agua fría, los azotes, la humillación pública, son acciones que atentan contra la dignidad de las personas irrespetando sus derechos humanos más importantes, consecuentemente, la óptica de la sociedad de respeto a la justicia indígena debe transformarse, al igual que, la participación de las autoridades y los tribunales correspondientes.

"Los conceptos de jurisdicción y competencia aplicadas al ámbito de Derecho Indígena, resulta ser completamente diferente, en tanto y en cuanto al interior de este derecho no podemos hablar de casos de fuero, ni de diversos tipos de jueces, con supremacía de unos sobre otros; sino de diversos niveles, acorde, eso sí a las

¹² REPÚBLICA DEL ECUADOR. CONAIE, Ley de Comunidades Indígenas del Ecuador". Pág. 4.

particularidades del caso a tratar. En lo que tiene que ver a la competencia, entendiéndose esta al parámetro físico del campo de aplicación de potestad de administrar justicia, esto aún no se lo ha determinado claramente por parte de la Constitución o del Derecho Positivo, más sin embargo en lo que concierne al aspecto meramente costumbrista, si hay competencia, pues ello, deviene del campo de aplicación que tienen las autoridades al interior de sus comunidades".¹³

Las afirmaciones realizadas por Raúl Ilaquiche, tiene absoluta correspondencia con la realidad de las comunidad indígenas, en ellas no existen magistrados o jueces que tengan jerarquía unos sobre otros, más bien existen autoridades a nivel familiar y comunitario; por eso es importante señalar el valor que tienen los padres, padrinos y familiares en la resolución de problemas puntuales como la mala conducta, infidelidad, etc., ellos impondrán sanciones que deben ser cumplidas; en otro nivel, las infracciones más graves involucran a las autoridades del cabildo y la comunidad en general quienes son miembros activos que pueden imponer castigos y sanciones de acuerdo a la gravedad de las faltas.

"1. Al aplicar la legislación a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o sus derechos consuetudinarios.

¹³ ILAQUICHE, Raúl "Administración de Justicia indígena en la ciudad "Revista Yachaykuna" Pág. 6.

2. 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 sean necesarios, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio,

2. La aplicación de 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".¹⁴

Es importante considerar que el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo, a través de sus disposiciones, que han sido acatados y ratificados por la mayoría de países en los cuales existen pueblos y nacionalidades indígenas, reconocen y valoran la importancia de los usos y costumbres de cada pueblo que han dado paso a la formación de un derecho consuetudinario, que a la postre se constituye en la base fundamental de sus sistemas propios sean de justicia o socio culturales.

Sin embargo, también el derecho consuetudinario tiene un límite que son los derechos humanos y sus respectivas leyes nacionales entonces, se puede aplicar la justicia indígena sin menoscabar los

¹⁴ REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ley de Comunidades del Ecuador. Art. 8

derechos y garantías fundamentales en un marco de pertenencia e identidad nacional.

Derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Art.- 56 .Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígena, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art-57. Se reconoce y garantizara a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos n los siguientes derechos colectivos.

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación funda en su origen, entidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, en embargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa , libre e informada , dentro de un plazo razonable , sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente .,participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas , con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y de ejercicio de la autoridad , en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.
10. Crear, desarrollar, aplicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
12. Mantener , proteger y desarrollar los conocimientos colectivos .,sus ciencias , tecnologías y saberes ancestrales., los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad ., sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar , promover y proteger los lugares rituales y sagrados , así como plantas , animales , minerales y ecosistema dentro de sus territorios ., y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y flora.
Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.
13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del

patrimonio del Ecuador. El Estado preverá los recursos para el efecto.

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.

Se garantizara una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

15. Construir y mantener organizaciones que las representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa.

El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.
18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.
19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.
20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.
21. Que la dignidad y la diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación, la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observación de sus derechos. La violación de estos

derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizara la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Art-58 .Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

Art-59 .Se reconoce los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley.

Art-60 .Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulara su conformación.

Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

1.6. Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano

Es necesario que la Asamblea Nacional adecue formal y materialmente el Código de Procedimiento Penal a los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales y Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de viabilizar el reconocimiento constitucional de la justicia indígena, debiendo establecer ciertas limitaciones y prohibiciones para la declinación de competencia cuando se trate de delitos graves o de la prevención en el conocimiento de la causa, o cuando se trate de vulneración de derechos, o cuando se trate de infracciones cometidas en otra jurisdicción territorial por miembros de su Comunidad.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, no contiene normativa jurídica alguna que establezca que un proceso penal pueda suspenderse o concluir cuando conozcan de la existencia de un proceso sometido a conocimiento de las autoridades indígenas.

Tanto, establece excepciones en el ámbito de la jurisdicción penal, con relación a los sujetos que pueden ser juzgados por la justicia indígena dentro de su ámbito territorial. Tampoco establece excepciones a las reglas de la competencia territorial con relación a la justicia indígena. Vacíos jurídicos que deben ser normados por la Asamblea Nacional.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO II

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO A LA RESISTENCIA, DE LA JUSTICIA INDÍGENA FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA.

2.1. Resistencia como acción popular frente a la acción Estatal

La Resistencia Civil es un tipo de acción política que se apoya en la utilización de métodos no- violentos. “En buena medida puede decirse que el termino es sinónimo de otros como “acción no violenta”, “resistencia no violenta” y “poder popular” (people power). Abarca una amplia gama de actividades que requieren de un compromiso amplio y sostenido con el fin de desafiar al poder, una fuerza, una política o un régimen particular, de ahí el término "resistencia".¹⁵

El término "civil" en este contexto se refiere a lo que afecta a los ciudadanos o a la sociedad, lo que significa que los objetivos del movimiento son "civiles" ya que son ampliamente compartidos en el seno de la sociedad. "Civil" también indica que la acción en cuestión es de naturaleza no-militar o no-violenta. La resistencia civil, con un

¹⁵ RANDLE, Michael. Resistencia Civil. La ciudadanía ante las arbitrariedades de los gobiernos, Editorial Paidós, Barcelona, España, 1998.

gran recorrido histórico y muchos protagonistas, ha sido utilizada en variadas batallas de los tiempos modernos, por ejemplo, contra el colonialismo, la ocupación extranjera, golpes de estado, dictaduras, situaciones de fraude electoral, de corrupción, de discriminación racial, religiosa o sexual. Se ha utilizado no sólo contra el poder tiránico, sino también contra los gobiernos democráticamente elegidos en relación a cuestiones tales como el mantenimiento del orden constitucional, la preservación de la autonomía regional dentro de un país, la promoción las minorías, la protección del medio ambiente y la oposición a las guerras e intervenciones militares concretas.

2.2. Poder

2.2.1. Tipos de poder

El Poder, como sinónimo de fuerza, capacidad, energía o dominio, puede referirse a: Ciencias políticas, sociales y del derecho, y dentro de esta clasificación podemos encontrar los siguientes tipos de poder:

- “Poder (sociología): la capacidad de elegir o de influir sobre resultados:
- Poder político (véase también Auctoritas y Potestas)
- Poder absoluto.
- Poder constituyente, el poder que elabora la Constitución o que la reforma o enmienda.

- Poder público.
- Los tres poderes clásicos descritos por Montesquieu:
 - Poder legislativo.
 - Poder ejecutivo.
 - Poder judicial.
- Cuarto poder, el de los medios de comunicación.
- Quinto poder el uso de las empresas públicas y la capacidad de intervención económica (según otros, sería Internet, como superadora de los medios de comunicación).
- Sexto poder, en España, el poder territorial o el ejercicio del poder por las comunidades autónomas.
- Poder fáctico, el que se ejerce fuera de los cauces formales. Habitualmente usado en plural: los poderes fácticos en España durante el Franquismo y la Transición eran la Iglesia, el Ejército y la Banca (o los capitalistas).
- Poder económico
 - Poder duro (hard power), en las relaciones internacionales, la fuerza militar.
 - Poder blando (soft power), en las relaciones internacionales, la influencia económica e ideológica.
- Poder militar
- Poder religioso
- Poder temporal.
- Poder civil o autoridad civil (no debe confundirse con gobierno civil).

➤ Poderes universales”¹⁶

2.3. La resistencia

2.3.1. Introducción

En las 20 Constituciones y sus Reformas que se han aprobado en la vida de la República, a excepción de la que se encuentra en vigencia, no aparecen en forma directa dos derechos necesarios e insustituibles para que el pueblo, en forma individual o colectiva, pueda ejercer su natural derecho de defensa, sobre todo de la arbitrariedad y el abuso de los poderes públicos; más aún, en la vida del Estado Constitucional Moderno, hoy conocido como Estado Social de Derecho, que predomina en la mayoría de países democráticos que han organizado a esta clase de Estado sobre la base de la libertad, convertido en algunos países en estado totalitario sin respeto a la Constitución y la Ley.

2.3.2. Derechos de resistencia y oposición

Los derechos de resistencia y oposición se encuentran previstos en los artículos 98 y 111 de la Constitución de la República del Ecuador; cuyo contenido, redacción e intención ya invitan al pueblo ecuatoriano a la resistencia y a la oposición.

¹⁶ www.wikipedia/poder

Por mandato constitucional la normativa legal vigente deberá guardar conformidad con las disposiciones legales señaladas y el legislador deberá adecuar formal y materialmente el llamado Código de la Democracia y las demás Leyes que se dicten a futuro; ya que de lo contrario sólo favorecerán al Régimen, polemizarían el espíritu de la Ley y en el plano de la acción, se constituirían en el germen de una “lucha encarnizada” y en el comienzo de una confrontación de funestas consecuencias, encontrándose el pueblo soberano desprotegido por el mismo instrumento que aprobó en aras de encontrar la forma de gobierno de la que hablaba Bolívar: “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”, ideal que hasta ahora los ecuatorianos no hemos podido tener, pese a las declaraciones de la Constitución en vigencia, que más parece el texto instructivo de la revolución que difunde el gobierno, olvidándose del evangelio del Libertador.

El Art. 98 de la referida Constitución, señala: *“Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.”*

El precepto descrito se refiere al derecho a la resistencia, previsto a favor de los individuos y colectivos frente a acciones del poder público, o de las personas naturales que vulneren en el presente y en el futuro los derechos constitucionales de éstos en forma muy ambigua y al mismo tiempo da lugar a una expectativa de naturaleza muy general, que permitiría interpretaciones de carácter discrecional al juez de primera instancia de la Función Judicial y aún a quienes actúan como jueces de última instancia de la Corte Constitucional, como se puede comprobar en su texto:

El Art. 111 de la Constitución, dice: *“Se reconoce el derecho de los partidos y Movimientos políticos registrados en el Consejo Nacional Electoral a la oposición política en todos los niveles de gobierno.”*

Del contenido constitucional se desprende claramente el derecho de oposición de manera restringido, exclusivamente para los Partidos y Movimientos Políticos registrados en el Consejo Electoral, aunque demagógicamente y en forma ilusoria se lo enfoca a todos los niveles de gobierno, como refiriéndose al pueblo; al que se lo excluye, si no se encuentra agrupado en un movimiento o partido de esa naturaleza; lo que, vulnera el principio a la libertad ciudadana y al principio de igualdad consagrado en la Constitución.

Por lo tanto, corresponde a todos los ecuatorianos, hombres y mujeres libres de todos los sectores, demandar el reconocimiento de nuevos derechos, por el bienestar y la seguridad individual y

colectiva, y porque es necesario e imprescindible que no se obstruyan derechos ciudadanos como la seguridad jurídica, el derecho de defensa, el derecho a la oposición, el derecho de resistencia, entre otros; teniendo en cuenta que: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” y, “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución”.

2.4. Antecedentes históricos del derecho de oposición y resistencia

Desde otro ángulo, por el hecho de no haberse incorporado estos derechos en las Constituciones pasadas, no quiere decir que no se los conocía ni que no hayan estado presentes, porque han existido de hecho, desde antes del nacimiento de nuestro Estado a la vida republicana. Esta opinión se comprueba con la resistencia y oposición de los Cañaris a la invasión de los Incas. La resistencia y oposición de los Cuzqueños y pueblos aborígenes no solo a la conquista Española por las armas, sino también a su cultura, costumbres, etc.

Ya, en la República, la oposición y resistencia de Rocafuerte y de militares ecuatorianos al extranjerismo y las intenciones de perpetuarse en el poder de J. J. Flores; después, nuestra Revolución

del 6 de marzo de 1845 al mismo gobierno de Flores, para mencionar unos pocos casos de resistencia.

En la Historia Universal, son incontables los casos en los que los pueblos de todas las épocas de la humanidad, han recurrido a la resistencia y a la oposición, cuando han sido conculcados y violados sus sagrados derechos a la vida, a la libertad de expresión, al trabajo, a una vida digna, a las actitudes omnímodas y dictatoriales de ciertos personajes enfermos de poder, que han claudicado ante la generosidad de sus pueblos. La Biblia los cuenta, como el caso de los judíos al mando de Moisés frente a los egipcios. Bien podría decirse que la crucifixión de Cristo, fue el resultado de la resistencia que encabezó al orden social de aquella época y aún al gobierno y las leyes del Imperio Romano. Es que estos derechos son parte consustancial del ser humano y por tanto han existido y permanecido conjuntamente, desde que éste apareció sobre la faz de la tierra, en forma primitiva y difusa. Por tal razón, cuando se produjo el cambio del Estado feudal al Estado Moderno, con el avance del Estado de Derecho y el Constitucionalismo, la presencia de nuevas formas de gobierno dictatoriales, déspotas, tiránicas y totalitarias, sobre todo a raíz de la segunda guerra mundial, el derecho resistencia, se convierte en “Derecho reservado a los ciudadanos frente a la tiranía, que legitima la insurrección contra los poderes ilegítimos y la eliminación física de quienes los ejercen”. En breve, debo ilustrar que a lo largo de la historia, la resistencia ha sido utilizada en formas muy diversas, como la ha podido concebir el ser humano y las

innumerables circunstancias especiales de cada caso, pero puede advertirse tres formas básicas: pasiva o del “aguante” como la que actualmente vivimos los ecuatorianos, la activa que es la que nos hace falta para corregir el totalitarismo y autoritarismo del gobierno de la RC y, la ofensiva, que también nos hace falta para organizarnos mediante un plan claro y definido, que podría ejecutarse por la vía de la no violencia.”

2.5. Derecho de resistencia en la actualidad

El derecho de resistencia a las decisiones políticas es un asunto que hoy día tiene gran actualidad en todo el mundo y no es propiedad de alguna cultura en particular.

Lo que he manifestado se afianza y adquiere solidez con la siguiente transcripción “El derecho de resistencia a la opresión, el *JUS RESISTENDI*, ha sido eterno, como lo dejamos demostrado...sirviéndonos del estudio de Osorio. Pero, no siempre se comprendió que la más dura de las opresiones tenía que ser, fatalmente de naturaleza económica. De esto se olvidaron los pueblos en muchos casos de sus insurgencias políticas. Pero hora, siglos después de haber comenzado la lucha, hasta por instinto los pueblos saben que van hacia una nueva proclamación de los Derechos del Hombre: a una declaración que tenga por base el principio de la justicia económica.” La cita se refiere al distinguido jurista español Dr. Miguel Ángel Osorio, que además, se refiere al

derecho de resistencia frente a otros problemas y fenómenos políticos que deben tomarse en cuenta en el momento actual y los que obligadamente aparecen en el camino del totalitarismo, gobiernos que siempre se encuentra en la orilla de la más alta expresión del engaño a base de la utopía de la igualdad, y en sentido opuesto; a la otra orilla de los problemas sociales, ese valor llamado Libertad, que no es materia ni de naturaleza etérea, sino sustancia del mismo ser humano sin el cual éste no puede vivir, sobre el que se afianzan los gobiernos democráticos en el Estado Social de Derecho. Hoy venido a menos.

2.6. Derecho a la resistencia en el pensamiento

La influencia de la opinión pública es sin duda uno de los ingredientes clave del éxito de las acciones de la resistencia civil no-violenta. Los actores en ella se refuerzan mutuamente con el objetivo de “explotar” el choque emocional de dramatizar el conflicto, de suscitar una emoción en la opinión, de crear una unidad para presionar sobre el adversario.

Pero para que la mediatización sea difundida y llegue a formar parte de la opinión pública, es necesario pasar por acciones de tipo simbólico. El símbolo constituye un medio de expresión y de reagrupación, al tiempo que resulta difícil de destruir por la represión. La resistencia no violenta debe además, en un momento u otro, abrirse al exterior para hacer de la comunidad internacional

testigo de la relación entre dominados/dominantes, y hacer de la opinión pública una fuerza de contra-poder. La influencia de personas externas al conflicto que apoyan a la resistencia puede ser a menudo suficiente para debilitar la represión, sobre todo cuando la legitimidad de las autoridades que la ejercen comienza a ser cuestionada internacionalmente.

2.7. Derecho a la revolución

El derecho de rebelión, derecho de revolución o derecho a la resistencia “es un derecho reconocido a los pueblos frente a gobernantes de origen ilegítimo (no democrático) o que teniendo origen legítimo (democrático) han devenido en ilegítimos durante su ejercicio, que autoriza la desobediencia civil y el uso de la fuerza con el fin de derrocarlos y reemplazarlos por gobiernos que posean legitimidad.”¹⁷

2.8. Desobediencia civil

La resistencia civil es una especie de fenómeno global más amplio que la "acción no violenta". Entre otros cuasi-sinónimos de la resistencia civil se incluyen, la "resistencia pasiva", la "resistencia civil", la "desobediencia civil" y "*Satyagraha*".

¹⁷ www.wikipedia/Derecho a la resistencia

Cada uno de estos términos se refiere a sus propios usos y connotaciones. Sin embargo, la "resistencia civil" es el término general más adecuado para las luchas que son "civiles" en el sentido de que son de la calidad cívica en relación con los intereses y aspiraciones de la sociedad en su conjunto.

El concepto aborda así mismo las reacciones de las poblaciones ante situaciones de injusticia. La resistencia de una población a una situación de conflicto responde a menudo a un sentimiento de injusticia compartido por toda o parte de la sociedad que llegado un momento se moviliza para reclamar sus derechos o para poner fin a una dominación coercitiva, sea esta ejercida por el régimen en el poder, o por una potencia extranjera invasiva.

2.9. Ambiguo y contradictorio derecho a la resistencia

Este tipo de resistencia civil puede ser armada. De ser así, la resistencia se traduce en actos de violencia y su estrategia incluye el acercar la acción al interés mediático, donde el uso de la violencia constituye a veces la única manera de ser escuchados. Sin embargo, este método presenta una limitación importante: la pérdida de la legitimidad de la población y su reclamo a los ojos de la comunidad internacional donde, al final poco importan los principios, lo único que queda son los resultados de la violencia, el número de muertos resultado de la acción de resistencia.

Así, por ejemplo, los “hombres/mujeres bomba” palestinos que causan la muerte de civiles en territorio israelí y se clasifican como actos de terrorismo, tienen por objetivo final el alertar a la opinión pública internacional sobre la expropiación de tierras de la cual la población palestina es víctima.

Estas demostraciones de resistencia violenta traen consigo una respuesta militar igual o mayormente violenta, legitimadas igualmente a su vez por un Estado que argumenta defenderse de los ataques perpetrados sobre su territorio y que, en el caso del ejemplo, a la larga ha llevado a Israel a adjudicarse un derecho de injerencia en los territorios palestinos.

La resistencia armada conduce a menudo a una represión nefasta para la población oprimida que busca la valorización de sus derechos.

La resistencia civil es, por lo tanto, mucho más eficaz cuando actúa de acuerdo a los principios de la no violencia. Rechaza toda forma de violencia que un grupo o individuos puedan llevar a cabo sea cual sea el argumento o la justificación para ello. Las formas de violencia pueden ser físicas y traducirse en actos de privación de libertad, tortura o ejecución. Pero también pueden estar latentes y ser por lo tanto más difíciles de demostrar y denunciar. La represión económica puede consistir en matar de hambre a una población mediante la imposición de un embargo, o bien expulsando de su

empleo a los individuos comprometidos en una lucha. Por último, los procesos de exclusión de las minorías, bajo el principio del color de la piel, su creencia religiosa o cultura, ejercen una violencia psicológica enorme que viola los derechos humanos y la dignidad.

Para combatir estas situaciones de conflicto, la resistencia civil por la paz se basa en el concepto de la no violencia, una filosofía que deslegitima la violencia, promueve una actitud de respeto del otro en el conflicto y constituye una estrategia de acción política para combatir las injusticias. Este concepto difiere del pacifismo, a menudo identificado con la idea de no-fuerza, pasividad o resignación. La acción no-violenta por su parte expresa una demanda activa, apoyada por variadas formas de protesta.

Los partidarios de la resistencia no-violenta se pueden clasificar de acuerdo a dos tendencias:

- Aquellos que abogan por la no-violencia como método político y social, y que la consideran como un método real para alcanzar sus reivindicaciones;
- Aquellos que viven la no-violencia como una meta espiritual en si misma, estrechamente ligada a una práctica moral y/o religiosa.

2.10. Justicia Indígena

2.10.1. Introducción

En el Ecuador hablamos de la vigencia de dos jurisdicciones, la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena; dentro de la jurisdicción indígena contamos con una diversidad de sistemas jurídicos, que poseen cada nacionalidad y pueblos existentes en el país y son sus propias autoridades comunitarias las que tienen potestad de administrar justicia; mientras la jurisdicción ordinaria es regentada por la Corte Nacional de Justicia, con sus respectivas Cortes Provinciales de justicia y los juzgados en las diversas materias.

Este reconocimiento hace posible que en el Ecuador exista el pluralismo jurídico, terminando con la teoría del monismo jurídico que imperaba hace algunos años atrás.

Debo resaltar que el primer reconocimiento que se da es en el año de 1998, cuando se reforma la Constitución Política del Ecuador, lo cual se mantuvo en la elaboración de la nueva Constitución de la República del Ecuador por parte de Asamblea Nacional Constituyente y que fue ratificada mediante referéndum que se realizó en el mes de septiembre del 2008.

Actualmente lo podemos encontrar en el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: *“Las autoridades de las*

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

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

2.11. Administración

Mucho se ha cuestionado el ejercicio de administración de justicia por parte de los pueblos y nacionalidades indígenas, bajo el argumento de que las autoridades indígenas no están capacitados o preparados para el efecto, que la forma de resolver los conflictos son atentatorios a los derechos humanos y la Constitución, que no existe un debido proceso y que no existe un solo procedimiento para resolver los conflictos, etc.

Al contrario de estos cuestionamientos, en la jurisdicción indígena y su sistema de administración de justicia, existes procedimientos que

regulan la administración de la justicia indígena, por lo general los momentos de la resolución de conflicto son los siguientes:

Un primer momento que se llama WILLANA, es cuando el afectado pone en conocimiento de la autoridad o de la asamblea sobre el hecho producido o el desequilibrio existente;

El segundo paso es el TAPUNA, momento en el cual se procede con la investigación del caso, por parte de una comisión encargada de realizar la investigación para recopilar informaciones o pruebas que contribuya a esclarecer la verdad de los hechos;

El tercer paso es el ÑAWINCHINA, o el CAREO, en el cual las partes exponen todo el caso, así como todas las pruebas que hubieren logrado recoger, sean estas pruebas materiales por ejemplo del objeto robado y recuperado, o a su vez los objetos que hubieren sido utilizados en el cometimiento del hecho, y si existe testigos estos darán su declaración en la asamblea general, en esta parte, intervienen todos los asambleístas, quienes proceden a realizar las preguntas al supuesto infractor, a los testigos, es decir que actúan todos los participantes, hasta lograr el esclarecimiento del acto que ha sido sometido a su conocimiento.

Cuando ya se logra llegar a la verdad de los hechos llega el momento que es conocido como el CUNANA, este es un espacio en el cual personas representativas de la asamblea de administración

de justicia proceden a dar diversos consejos al causante del conflicto que ha surgido en dicha comunidad.

De la misma forma concluida esta etapa se procede con la imposición de la sanción y/o mecanismos de reparación, este momento se la denomina WANACHINA etapa de arrepentimiento y compromiso de reparación del daño causado, la resolución de la sanción y reparación es determinada por la Asamblea y delegada a personas para que la ejecuten.

La Asamblea General resuelve quienes serán las personas indicadas para ejecutar la sanción y la reparación, no necesariamente son las personas quienes llevaron el proceso de justicia indígena quienes ejecutan esta decisión, es en el seno de la asamblea donde se escoge a las personas probas para este fin, para la selección de las personas se considera varias características que deben tener como son: Una trayectoria responsable y honrada, poder de convocatoria, liderazgo destacado, vida ejemplar entre otros, con esto se da la real importancia, legitimidad, y las sanciones sean ejemplarizadoras tengan la validez requerida.

Con respecto a las SANCIONES impuestas por las autoridades comunitarias indígenas de la parroquia Salinas, cantón Guaranda, provincia de Bolívar, señala: “Frente a la imposición de las sanciones también ha habido varias calificaciones que se han dado,

por ejemplo se ha dicho que somos salvajes, torturadores, violadores de los Derechos Humanos, precarios, etc, sin embargo en la imposición de las mismas se busca no atentar contra los derechos humanos de las personas, y se busca principalmente aplicar sanciones que han sido aplicadas históricamente en la resolución de conflictos.”¹⁸

Con las sanciones que se imponen lo que se busca es lograr la sanación y el arrepentimiento de la persona que ha infringido las normas existentes al interior de la comunidad, pueblo y nacionalidad, por cuanto se considera que la persona infractora ha ocasionado el mal o ha generado el desequilibrio social al interior de la comunidad, posiblemente invadido de mala energía, por lo tanto el objetivo es sacar esa mala energía con el cual se encuentra y rehabilitar al ser humano, y restablecer la armonía social, familiar, comunal, etc., quitar el mal de la persona, y el resarcimiento del daño causado.

En la imposición de la sanción se utiliza las plantas medicinales, elementos que son sagrados e importantes en la vida de los pueblos indígenas, así como instrumentos con mucho significado, de tal forma que todo este proceso tiene una connotación espiritual.

Entre las sanciones que se aplican en la comunidad indígena de queseras de la parroquia Salinas, son:

¹⁸ Nota.- Tomado de la entrevista realizada al señor Pablo Enrique Chamorro, autoridad de la comunidad de las queseras de la parroquia Salinas, cantón Guaranda, provincia de Bolívar.

- El baño con agua fría. (Tinku)
- Fuede con acial;
- Fuede con ortiga;
- Jalones de la oreja;
- Consejos;
- Trabajos comunitarios;
- Expulsión de la comunidad.

De acuerdo a la actual Constitución de la República del Ecuador, todas las resoluciones que fueren tomadas por las autoridades indígenas, ponen fin a una causa, ya que son sentencias, y estas resoluciones son inapelables, y deben ser respetadas por todas las autoridades de la justicia ordinaria, porque se trata de una cosa juzgada.

La Constitución prevé que solo serán revisadas por la Corte Constitucional, esto en aquellos casos en que exista alguna vulneración a uno de los derechos, caso contrario la decisión que surja de las autoridades indígenas no pueden ser revisadas por las autoridades de la jurisdicción ordinaria.

2.12. Derecho consuetudinario indígena

"El Derecho Consuetudinario aparece como el derecho que proviene por la práctica de la gente, aún sin ser oficial o estar

reconocido. En síntesis, el uso del término "Derecho Consuetudinario" no resulta adecuado para calificar los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas, dado que estos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son sistemas con gran capacidad de adaptación y cambio. Sin embargo, el término es empleado tanto en Convenios Internacionales, como en normas internas para referirse a los sistemas de minorías, distintos del derecho estatal y se la utiliza de modo sinonímico a derecho indígena".¹⁹

Mucho se habla de Derecho Consuetudinario como sinónimo de Justicia Indígena, porque evidentemente sobre estos términos se sustenta el reconocimiento constitucional de la aplicación de la Justicia en las comunidades o nacionalidades indígenas. Ahora, es importante analizar que el Derecho Consuetudinario no es único, ni exclusivo, e invariable, y obedece más bien a la realidad de cada nacionalidad; por ejemplo el Derecho Consuetudinario del pueblo de los NUKAK MAKU en Colombia, es distinto al Derecho Consuetudinario del pueblo SHWAR de Ecuador, porque tiene a su haber, diferentes características que los identifican los hacen únicos e irrepetibles.

"Los pueblos y nacionalidades indígenas, como toda colectividad humana tiene un derecho, pero no un derecho como lo conocemos, sino un derecho llamado costumbre jurídico, derecho

¹⁹ SACHEZ BOTERO, Esther.- "La Jurisdicción Especial Indígena".-Pág. 59

consuetudinario o derecho indígena, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes, con la característica de oralidad y de que no está codificado, con autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las jurisdicciones o territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes. Este sistema jurídico propio de los indígenas, se sustentan y se fundamentan en la preexistencia de un derecho o costumbre jurídico entre los indígenas".²⁰

El derecho consuetudinario es la base fundamental de la aplicación de la justicia indígena, es así que sus usos y costumbres ancestrales han determinado la praxis de la justicia aplicable a todos y cada uno de sus miembros.

Es rescatable verificar que cuando se juzga la comisión de un delito o contravención, la oralidad es considerada como un principio procesal que permite la defensa del imputado, así como la argumentación de las víctimas.

Cuando se habla de los usos y costumbres de los pueblos o nacionalidades indígenas debemos considerar las diferencias que existen entre una y otra nacionalidad, ante esta realidad se podría afirmar que cada pueblo tiene a su haber, usos y costumbres muy propias y arraigadas.

²⁰ ILAQUICHE LICTA, Raúl.- "Administración de la Justicia Indígena en la ciudad: Estudio de un caso".- Pág.2

Nuestra sociedad es dialéctica y su permanente cambio requiere que los diferentes grupos que la conforman se adapten de acuerdo a su evolución, y así lo afirma la distinguida Antropóloga Colombiana Esther Sánchez, al señalar que el Derecho Consuetudinario también ha tenido que adaptarse paulatinamente a los cambios de los diferentes pueblos y nacionalidades indígenas, de ahí, que el reconocimiento de este tipo de derecho exige que todos los miembros de los mencionados pueblos indígenas se encuentran conscientes del valor de sus prácticas ancestrales.

2.13. Raíces

El derecho indígena por su naturaleza misma se ha conservado y transmitido de generación en generación de manera oral, en vista de que el derecho indígena 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 administración de justicia indígena.

Los principios generales que norman la vida de los pueblos indígenas y que en la actualidad están incorporados en la Constitución de la República del Ecuador, son los siguientes: Ama Llulla; Ama Shuwa; y Ama Killa.

Los pueblos indígenas que habitan en nuestro país Ecuador, conservan modelos de vida comunitaria basados en los principios de solidaridad, respeto, redistribución, equilibrio, consenso, además de una convivencia armónica del hombre con la naturaleza (Pachamama) a quien se la considera como nuestra madre.

Existen normas y principios supremos que han sido los ejes que regulan la vida de los pueblos, a pesar de que no se encuentran escritos en leyes, reglamentos u otros, sin embargo son respetados y acatados por toda la población indígena.

2.14. Significado

Ama Llulla. No mentir. Es prohibido mentir en vista de que hace daño a los demás y desarmoniza la familia, comunidad, pueblo o nacionalidad.

Ama Shuwa. No robar. La madre tierra nos proporciona productos necesarios para la subsistencia del hombre, de allí que debe tomar únicamente lo que necesita sin perjudicar a los demás, este principio pretende proteger los bienes de los hermanos.

Ama Killa. No ser ocioso. Todos tienen la responsabilidad de trabajar nadie debe disfrutar del trabajo ajeno, la madre naturaleza da a quien trabaje lo que se merece.

Esto significa que aquellos casos que están siendo sometidos a conocimiento de las autoridades indígenas, y que por cualquier circunstancia también llega a conocimiento de las autoridades de la jurisdicción ordinaria, la autoridad legitimada de las comunidades indígenas podrá solicitar a la autoridad ordinaria la declinación de su competencia, solicitando se inhiba del conocimiento de la causa, debido a que este caso ya está siendo objeto de conocimiento de la autoridad comunitaria o está siendo resuelta dentro de la jurisdicción indígena, hecho que no será negada por ninguna causa, ya que deberá ser demostrada por la autoridad indígena, siguiendo el procedimiento previsto en el Art. en mención, debiendo realizar la petición sea esta oral o en forma escrita, luego del mismo el Juez que conoce la causa abrirá un término de prueba de tres días dentro del cual demostrara, primero el hecho de que es la autoridad legitimada que se encuentra viabilizando la solución del conflicto comunitario, así mismo, el hecho de que han realizado algunas diligencias previo a resolver el caso, es decir deberá demostrar que el caso fue conocido con anterioridad del conocimiento de la autoridad indígena, así como que se está realizando una verdadera aplicación del sistema de administración de justicia, respetando los principios constitucionales así como los derechos previstos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Hecho lo cual el Juez Ordinario, resolverá y ordenara el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena, a

fin de que concluya con la solución del hecho sometido a su conocimiento.

2.15. Órganos de administración

En el marco del reconocimiento constitucional, podemos ver que dentro de la jurisdicción indígena, son todas las autoridades de las diversas nacionalidades y pueblos indígenas las que tienen la potestad jurisdiccional de administrar justicia.

De la misma forma en el Art. 57, numeral 8 de la Constitución dispone que los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador tienen el derecho de *“Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus Territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.”*, de manera que las autoridades indígenas reconoce la propia forma de convivencia social y la generación y ejercicio de la autoridades indígenas, sin necesidad de que el Estado les reconozca sino que a través de procesos internos de los pueblos y nacionalidades sean designados y legitimados.

Según el Dr. Vicente Ninabanda, señala: “Las autoridades que intervienen en la administración de justicia, al interior de la nacionalidad kichwa de la sierra, son principalmente: El cabildo, el Yachac, el Consejo de Ancianos, el Consejo de Gobierno de la Organización, el padrino, el compadre, etc, dependiendo del nivel

de gravedad del conflicto, en muchos casos al momento de resolver el conflicto, problema o infracción, la propia Asamblea Comunitaria designa a las autoridades indígenas para que facilite el proceso de administración de justicia e integran un especie de Comisión integrada en ocasiones por los mismos dirigentes de las comunidades y otras personas de reconocida trayectoria o los más ancianos de las comunidades, de prestigio o que tienen experiencia de haber resuelto algún otro caso, o a su vez puede ser un Yachac, un ex dirigente, etc. estas autoridades son las que conducen todo el proceso de administración de justicia.”²¹

Por lo tanto, hay que tener claro que no siempre el Presidente, el Vicepresidente, el tesorero y los Vocales de una Comunidad son los que resolverán un conflicto, sino que será la Asamblea General de la Comunidad la que resuelva, sin embargo, estas autoridades designadas por la asamblea, en muchos casos, solo facilitan el proceso de resolución ya que la decisión final (sentencia) con respecto a las medidas de reparación y sanción lo dictamina la Asamblea General

En los casos en que el conflicto surja entre dos comunidades, son las autoridades de estas comunidades las que resuelven, o a su vez las autoridades de la organización de Segundo Grado.

²¹ Nota.- Tomada de la entrevista realizada al Dr. Vicente Ninabanda, Dirigente activo de la FRECABRUNARI

Otra de las características que es necesario tener en cuenta, es que no siempre será esta comisión constituida la que resolverán todos los conflictos que surjan en dicha comunidad, sino que, por cada conflicto es una autoridad la competente y será la que viabilizara la resolución del conflicto, por lo tanto, en la justicia indígena no podemos hablar de la existencia de una autoridad única a donde siempre se acudiría a resolver un conflicto que afecte a la comunidad o comunidades.

Como quedo mencionado anteriormente es importante recalcar que la comisión o las autoridades designadas no son las que realmente toman la decisión final en la resolución del conflicto, la responsabilidad de estas es facilitar y encaminar la resolución del conflicto, es decir organizan la investigación, la recolección de las pruebas existentes en un determinado caso, coordinan con las autoridades comunitarias y familiares de los implicados en el conflicto, etc son ellos los que llevan adelante los procedimientos existentes, dentro del sistema de administración de justicia indígena, es la asamblea general la máxima autoridad quien toma la resoluciones finales y observan el desarrollo de todo el proceso.

La justicia indígena ecuatoriana, tiene las siguientes características al momento de aplicar o ejercer la administración de justicia indígena.

Padres de Familia

Para los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, los padres juegan un rol importante como es el de mantener el orden y armonía familiar, ellos tienen la facultad de encaminar por los mejores senderos a sus hijos y en caso de que surjan problemas y dificultades intervienen buscando bienestar y la unidad familiar ya sea mediante consejos o imponiendo algún tipo de castigo, generalmente participan en la solución de los problemas matrimoniales de sus hijos, desobediencia de los hijos hacia los padres o cualquier otra persona respetada.

Padrinos

Los padrinos también intervienen en la solución de los problemas de sus ahijados, cuando exista conflictos matrimoniales, de allí que su función es orientar a la familia, emitir consejos, imponer castigos, y si el caso fuere demasiado grave poner en conocimiento de las autoridades comunitarias.

Además, los padrinos son los que asumen toda la responsabilidad de un padre de familia en caso de ausencia de los verdaderos padres.

Consejo de Gobierno Comunitario

A quienes se les conoce también como los dirigentes y sus atribuciones son los siguientes:

Atender los casos que llegaren a su conocimiento sea en forma verbal o por escrito.

Convocar a una sesión ampliada de todos los miembros del Consejo a fin de analizar y buscar la mejor solución de los problemas.

Vigilar el control social comunitario y la armonía entre los habitantes.

En caso de existir problemas tiene la obligación de intervenir para garantizar la tranquilidad y la paz interior.

Vigilar el cumplimiento de las sanciones impuestas o las medidas correctivas.

Ejecutar los castigos impuestos a los involucrados en determinados casos.

Asamblea General

Es la máxima instancia de análisis, deliberación y decisión para la solución de cualquier tipo de conflicto.

La asamblea general es el máximo órgano tanto en la comunidad de base como en la organización de segundo y tercer grado.

Los problemas son presentados para que toda la asamblea analice y busque la mejor solución.

Es la que se encarga de imponer la medida correctiva que sea necesaria.

Intervienen en la ejecución mismo del castigo.

Las resoluciones que son tomadas en ella son acatados y cumplidos por todos los miembros de las comunidades, no pueden irrespetar las decisiones tomadas en asamblea general, en caso de incumplimiento son sancionados.

Consejo de ancianos y demás autoridades reconocidas

Ellos tienen la responsabilidad de:

Intervenir en la solución de conflictos

Son los asesores en la administración de justicia así como en otros aspectos inherentes a la comunidad.

Intervienen en la asamblea general de la comunidad con consejos que son escuchados y valorados por los asistentes.

Los ancianos y ancianos están siempre vigilantes de la vida de los miembros de la comunidad y lo hace visitando continuamente a las familias.

Formas de resolución de conflictos

Vamos a partir viendo que es un conflicto, y si acudimos a un diccionario cualquiera que sea nos define al conflicto como: “Es un proceso de oposición a los intereses entre dos o más actores. Este proceso se puede deber a una dinámica de antagonismo llegando a manifestaciones violentas, a la conflictividad armada. La mayoría de los conflictos se van desarrollando y modificando en función de los contextos (locales e internacionales) del momento. Además, las causas son múltiples y se interrelacionan entre sí; de manera que no podemos encontrar una causa única como origen de un conflicto.”

Por lo tanto, podemos decir que el conflicto es parte natural de nuestras vidas, es así que desde que el ser humano (hombre/mujer) apareció en la faz de la tierra ha enfrentado el conflicto y siempre se ha ideado diversas formas de solución.

Se puede decir que a lo largo de la historia los diversos conflictos se han resuelto de dos formas que son muy conocidas la primera que ha sido en forma pacífica o amigable, a través del diálogo mientras la otra forma ha sido en forma violenta, prueba de ello es que en muchos de los países se han producido grandes guerras que han terminado con gran parte de la humanidad, y que se han producido a sabiendas de que se está violentando derechos humanos de las personas.

En este marco todos estamos sujetos a vivir conflictos en cualquier espacio en el que nos encontremos, de esta forma cuando los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad atraviesan dificultades, en un primer momento se busca las mejores alternativas para solucionar el problema, ya sea a nivel familiar, sin que los miembros de la comunidad conozcan y menos las autoridades comunitarias.

Un conflicto en una comunidad indígena equivale a una desarmonía que se genera al interior de una familia, comunidad u organización, y el objetivo de la solución de este problema o conflicto es restablecer la armonía en dichos espacios, ya que con el conflicto que ha surgido se rompe el equilibrio dentro de la comunidad, sea cual fuese.

Es de mencionar que en las Comunidades Indígenas, existen diversidad de conflictos que van desde conflictos conyugales, de robos, chisme, etc. cualquiera de estos problemas que atravesen son considerados como que la familia o el compañero o compañera ha “Caído en desgracia”, o lo que generalmente se dice “Ilaquipi urmashca”, entonces al acudir a nuestro sistema de administración de justicia, el objetivo es liberar o sacar a la persona de esa desgracia o problema en el que ha incurrido, a esto se agrega que, a la persona que ha roto el equilibrio dentro de la comunidad, no se lo considera como aquel individuo malo, y que por tanto hay que alejarlo de la sociedad, sino que se considera que esta con mala

energía y por eso es necesario sacar esa mala energía de su cuerpo y ese es el objetivo final del sistema de administración de justicia.

2.16. Jurisdicción

Para comprender lo que es el ámbito territorial o jurisdicción especial indígena, partiré dando una definición de lo que es la jurisdicción, según Guillermo Cabanellas, dice: “Genéricamente, autoridad, potestad, dominio, poder./ Conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial. / Poder para gobernar y para aplicar las leyes. / La potestad de conocer y fallar en asuntos civiles, criminales o de otra naturaleza, según las disposiciones legales o el arbitrio concedido./ Territorio en que un juez o tribunal ejerce su autoridad. / Término de una provincia, distrito, municipio, barrio, etc.”²²

Tomando en cuenta la definición dada por el tratadista Guillermo Cabanellas, diremos que, La Jurisdicción indígena es la potestad que tiene una determinada autoridad indígena dentro de un ámbito territorial, lo que los pueblos indígenas denominan circunscripción territorial, de allí que las autoridades tradicionales para ejercer lo determinado en el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, deberán respetar la jurisdicción interviniendo en la solución

²² CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario Elemental Jurídico.- Decimoquinta Edición. Editorial Heliasta. Argentina 2001. Pág. 220.

de los problemas que surjan dentro de su espacio territorial y no podría rebasar de este.

Para los pueblos indígenas, la jurisdicción indígena es el ámbito de ejercicio de la autonomía y del gobierno propio, implica un espacio territorial donde esta sea válida.

En el Art. 10 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Por mandato de la referida Constitución, son derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”²³

El Art. 227 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, establecía: “El territorio del Ecuador es indivisible. Para la administración del Estado y la representación política existirán provincias, cantones y parroquias. Habrá circunscripciones territoriales indígenas y afro ecuatorianas que serán establecidas por la Ley.”

²³ Constitución de la República del Ecuador, 2012.- Art. 57, numeral 10.

Del precepto constitucional se desprende que se reconocía, que los pueblos indígenas pueden constituir las circunscripciones territoriales, esto de alguna manera significa tener autonomía dentro de este espacio territorial que debía ser definido, y sería en este espacio en el que podían ejercer el derecho indígena o administrar justicia.

La actual Constitución de la República del Ecuador, establece: “En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afro ecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos.

Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.”

Actualmente surgen los conflictos de competencia, en virtud de que los casos que son conocidos por las autoridades indígenas, también

son conocidas por la justicia ordinaria, lo cual no debería ocurrir ya que la resolución tomada en la comunidad o por un determinado pueblo constituye la sentencia y debe ser respetado. Los conflictos surgen porque no se está respetando la jurisdicción de los pueblos indígenas.

2.17. Competencia

Previo a emitir un idea jurídica de los que es la competencia indígena, emitiré un concepto de "**Competencia**, es la medida dentro de la cual la referida potestad distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados".²⁴

Determinar la competencia indígena, es uno de los objetivos principales de la elaboración de la presente tesis, pues su aplicación no se encuentran bien definida, esto sin duda, origina inconvenientes al momento de aplicar la justicia, haciéndose imperante la urgencia de determinar con claridad la competencia en la justicia indígena.

Lourdes Tiban, y Raúl Ilaquiche, dirigentes indígenas, señalan: "Las Organizaciones, autoridades y las colectividades indígenas no pueden seguir tolerando y permitiendo que los derechos colectivos

²⁴ REPUBLICA DEL ECUADOR, Código de Procedimiento Civil. Art. 1

y particularmente este derecho de administrar justicia sea quebrantado y obstaculizado con el argumento de que, en el Ecuador hay un solo ordenamiento jurídico, una sola función judicial, consiguientemente una sola autoridad judicial dotada de potestad para solucionar conflictos. Hemos demostrado la existencia de dos ámbitos de aplicación de justicia y los dos están plenamente reconocidos en la Constitución Ecuatoriana".²⁵

Los mencionados dirigentes indígenas, exponen uno de los criterios jurídicos más importantes con respecto a la aplicación de la Justicia Indígena, siendo éste, el que se relaciona con el MONISMO jurídico tan definido por el sistema de justicia ordinaria. Sin embargo sabemos y estamos conscientes que el "*pluralismo jurídico*" amparados en todas las leyes pertinentes garantiza la aplicación del sistema de justicia indígena ecuatoriano, independientemente de las organizaciones, autoridades y jueces que lo defienden, porque saben que con la aceptación universal de la pluralidad jurídica se verá reducido su campo de acción e incluso de recursos económicos.

"De acuerdo al precepto constitucional del Art. 171, es necesario la adopción de una ley que haga compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. Aunque los pueblos indígenas no necesitan y no han necesitado durante la historia una ley nacional que norme sus usos y costumbres. Así, una ley secundaria servirá

²⁵ TIBAN, Lourdes; ILAQUICHE, Raúl.- "Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador". Pág. 49.

para limitar la jurisdicción y competencia de las autoridades judiciales o de las autoridades indígenas en un caso determinado, o resolver conflictos en algunos casos prácticos que pueden presentarse".²⁶

La inexistencia de una Ley Secundaria que norme la aplicación de la justicia indígena, es uno de los graves *inconvenientes jurídicos* que afrontan los pueblos o nacionalidades indígenas, no solo en el Ecuador sino en otros países en los cuales se ha reconocido constitucionalmente este sistema de justicia.

Pero también, debemos tomar en consideración que nunca hasta ahora los mencionados pueblos requirieron de una tipificación expresa en el Derecho Positivo para imponer sanciones a los infractores, es así que debido a la necesidad de evitar ciertas fallas en el debido proceso, considero que es necesario la elaboración y aprobación de una Ley secundaria que busque mejorar y objetivizar, más aún, la aplicación de la Justicia Indígena.

2.18. Características de la justicia indígena ecuatoriana

La Constitución de la República del Ecuador, no establece ningún principio para la administración de la justicia indígena, solo le limita a señalar en el numeral 10 del Art. 57, como derechos de las

²⁶ TIBAN, Lourdes; ILAQUICHE, Raúl.- “Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”. Pág. 31

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

El Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, prevé ciertos principios de la justicia intercultural, que regulan la actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, y que deben ser observados en los procesos judiciales bajo los siguientes principios:

- a) **Diversidad.-** Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) **Igualdad.-** La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) **Non bis in idem.-** Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas

de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) **Pro jurisdicción indígena.**- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) **Interpretación intercultural.**- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Como podemos ver el Código Orgánico de la Función Judicial establece ciertos principios aplicables para la actuación y decisiones de los servidores judiciales en procesos penales.

Otro aspecto, primordial es que el derecho consuetudinario nace de los usos y costumbres propios de cada nacionalidad y en base a

ello se establecen sus propias sanciones y castigos, finalmente el procedimiento indígena es absolutamente gratuito, oral y en su propia lengua lo que le imprime un sentido de respeto a los elementos culturales que lo distinguen de otros grupos sociales.

La justicia indígena ecuatoriana tiene las siguientes características:

- "Las autoridades son propias de cada comunidad, pueblo o nacionalidad,
- Tiene un procedimiento especial propio,
- Aplicación de normas propias del derecho consuetudinario, basado en los usos
- y costumbres de cada pueblo o comunidad,
- La sanción es de carácter social, curativo y permite la reintegración y la rehabilitación instantánea del o la acusada,
- Participación colectiva de la comunidad para resolver el conflicto,
- Es gratuita,
- Es oral y en su propia lengua,

- La armonía y la paz comunal o colectiva se restituyen instantáneamente.

La aplicación de la Justicia Indígena, tiene ventajas que la diferencian de la justicia ordinaria, partimos analizando que contrariamente al sistema común, las autoridades indígenas en su gran mayoría no poseen títulos académicos que los acrediten como magistrados, jueces o fiscales, y sin embargo pueden dictar sentencias que siempre e invariablemente son cumplidas.

2.19. Constitucionalización del derecho indígena

Actualmente podemos encontrar el reconocimiento del derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a ejercer la justicia indígena en el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: *“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.*

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

La propia Constitución prevé que se contara con una Ley de coordinación y cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, a esto se agrega que el Art. 1 de nuestra Constitución de la República del Ecuador, reconoce al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos, Plurinacional e Intercultural, por lo tanto, tenemos que trabajar hacia esa construcción de un Estado verdaderamente Plurinacional, y en ese marco, al no ser Estados independientes, lo que implica que debemos entender que no somos pueblos ni nacionalidades aisladas del mundo occidental y de todo el otro sistema que rige en nuestro país, por lo tanto, no será la excepción en el campo de la justicia, pues para fortalecer este Estado único, requerimos establecer ciertos puntos de encuentros y de coordinación entre los dos sistemas de administración de justicia, y considero que los puntos de encuentro sería, que dicha cooperación y coordinación se desarrollara en condiciones de equidad, igualdad, transparencia, reciprocidad, solidaridad, participación y control social, y sin costo alguno.

La cooperación se realizará en forma viceversa, esto es si las autoridades de la jurisdicción indígena requiere ayuda o información que deberá ser proporcionada por las autoridades de la jurisdicción ordinaria, esta deberá ser proporcionada considerando los principios antes mencionados, de la misma forma si las autoridades de la jurisdicción ordinaria requiere para lograr llegar a la verdad de un hecho información que por a, o b, circunstancia posea las autoridades del sistema de justicia indígena, pues esta deberá concederlo en forma oportuna.

En el país existe la fuerza pública, la misma que se encuentra para controlar el orden nacional, dentro de ellos están los policías y la denominada policía judicial, este personal también podría ser utilizado por las autoridades de la jurisdicción indígena, cuando así lo crea necesario, y si es requerido tendrá que brindar toda la asistencia que las autoridades lo requieran.

La Constitución de la República del Ecuador, no establece ningún límite para conocer y resolver los conflictos, simplemente se dice todos los conflictos que surjan al interior de las comunidades, esto significa que pueden conocer todo tipo de delitos, sin embargo considero que aquellos delitos de lesa humanidad, de crimen de estado, de peculado, serán las instancias de la jurisdicción ordinaria las que resolverán, sin embargo considero que en estos casos serán nuestras autoridades también las llamadas a intervenir en

este proceso, es decir coordinaran la solución de este tipo de delitos, siempre y cuando un pueblo tenga conocimiento, etc.

2.20. Justicia indígena en la Constitución de la República del Ecuador del 2008

Nuestra Constitución de la República del Ecuador vigente, reconoce derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades, establecidos en los Arts. 57, 59 y 60 de la citada norma constitucional, todas estas disposiciones, que amparan, protegen determina beneficios y derechos a los pueblos indígenas se encuentran en el Convenio 169, su principal fundamento jurídico, este convenio contiene 44 artículos en las cuales se determinan la importancia de los pueblos indígenas con todos los elementos culturales, sus usos, costumbres ancestrales y todas las características propias que los definen como tales.

Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible, y como tales, en el Art. 57 de la citada Constitución, se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, varios derechos colectivos, entre estos en el numeral 10, dice: “Crear,

desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 171, establece:

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

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

De éste precepto jurídico que contiene nuestra Constitución, se desprende que se reconoce la justicia indígena, y establece el derecho a ser juzgado por las autoridades indígenas dentro del ámbito de su territorio, y pueden dirimir y resolver sobre los distintos conflictos que se presentan al interior de los territorios indígenas,

conforme a las normas, procedimientos y sanciones propias de la comunidad o pueblo indígena.

Este reconocimiento constitucional reafirma la heterogeneidad de las culturas y la existencia de un pluralismo jurídico en el país. Implica que en un mismo ámbito territorial conviven dos o más sistemas jurídicos. El sistema jurídico indígena no es estático, cambia históricamente y su vigencia depende del uso constante de las costumbres y de las normas de conducta social de los distintos pueblos que conforman el territorio nacional. Pero a su vez los dos sistemas buscan un solo objetivo común: la armonía en la convivencia social de sus miembros.

En los preceptos jurídicos invocados, se ampara la aplicación de la Justicia Indígena, recalcando que la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza el respeto hacia sus derechos humanos y a la conservación y desarrollo de sus formas tradicionales de convivencia que son parte del Derecho Consuetudinario que los identifica como pueblos y nacionalidades indígenas.

El articulado constitucional asegura que el ejercicio de la autoridad indígena irá o estará acorde a las costumbres ancestrales comunitarias, eso, sin contradecir los derechos humanos amparados en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales.

Otra característica de la jurisdicción indígena es que en los procesos de solución de los conflictos intervendrán las mujeres, hecho que no es necesario que se haya establecido, ya que en el sistema de administración de justicia indígena siempre participan las mujeres, los niños y niñas, ya que las asambleas de solución de conflictos son abiertas y no se restringe la participación de nadie.

La misma disposición constitucional establece sobre la necesidad de contar con una Ley de Coordinación y cooperación entre las dos jurisdicciones, sin que ello implique que no se puede continuar con el pleno ejercicio de este derecho.

Además de este reconocimiento a nivel constitucional, las normas secundarias contienen articulados que viabilizan el ejercicio de este derecho, tal es así que el Código Orgánico de la Función Judicial, establece la declinación de competencia, que dice: *“Declinaran su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrara sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.”*²⁷

Esto significa que aquellos casos que están siendo sometidos a conocimiento de las autoridades indígenas, y que por cualquier

²⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, 2012.- Art. 343

circunstancia también llega a conocimiento de las autoridades de la jurisdicción ordinaria, la autoridad legitimada de las comunidades indígenas podrá solicitar a la autoridad ordinaria la declinación de su competencia, solicitando se inhiba del conocimiento de la causa, debido a que este caso ya está siendo objeto de conocimiento de la autoridad comunitaria o está siendo resuelta dentro de la jurisdicción indígena.

La petición de declinación de competencia no será negada por ninguna causa, ya que deberá ser demostrada por la autoridad indígena, siguiendo el procedimiento previsto en el citado Art., debiendo realizar la petición sea esta oral o en forma escrita.

El Juez que conoce la causa abrirá un término de prueba de tres días dentro del cual se demostrara:

Primero: El hecho de que es la autoridad legitimada que se encuentra viabilizando la solución del conflicto comunitario

Segundo: El hecho de que se ha realizado algunas diligencias, previo a resolver el caso, es decir deberá demostrar que el caso fue conocido con anterioridad por la autoridad indígena.

Tercero: Que se está realizando una verdadera aplicación del sistema de administración de justicia, respetando los principios constitucionales así como los derechos previstos en el Convenio

169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Hecho lo cual el Juez Ordinario, resolverá y ordenara el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena, a fin de que concluya con la solución del hecho sometido a su conocimiento.

2.21. Justicia ordinaria

La justicia ordinaria guarda relación o tiene que ver con lo referente a la Función Judicial, la misma que está regulada por la Constitución de la República del Ecuador y por el Código Orgánico de la Función Judicial como pilares fundamentales para la aplicación de la misma.

La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos.

EL Código Orgánico de la Función Judicial determina su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y son los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.

3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.

4. Los juzgados de paz.

La Función Judicial tiene como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

Las juezas y jueces establecidos en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial, son quienes conocen todos los asuntos que se promueven dentro del territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que intervengan en ellos, sean nacionales o extranjeros, sin perjuicio de lo establecido por la Constitución, tratados y convenios internacionales vigentes.

Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público.

La jurisdicción nace por el nombramiento de las juezas y jueces efectuados conforme lo manda la Constitución y la ley.

El ejercicio de la jurisdicción empieza en el momento en que la jueza o el juez toman posesión de su función y entra a su servicio efectivo.

Con estos antecedentes trataremos de emitir una definición de lo que encierra la figura jurídica “justicia ordinaria”.

La jurisdicción ordinaria, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

2.22. Función judicial

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 499 con fecha 20 de octubre del 2008, establece en el Título IV Participación y Organización del Poder, Capítulo IV Función Judicial y Justicia Indígena. Tornándose necesario establecer en este capítulo, qué es la Función Judicial y la Justicia Indígena.

Función Judicial.- “La Potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial.”²⁸

²⁸ REPÚBLICA DEL ECUADOR.- Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 1.

Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia y de ejecutar lo juzgado, y son los siguientes: las juezas y jueces de paz, los tribunales y juzgados que establece el Código Orgánico de la Función Judicial, las Cortes Provinciales de Justicia y la Corte Nacional de Justicia.

Con relación a la aplicación de la Justicia Indígena, conforme los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, garantizados en los numerales 9 y 10 del Art. 57 de la Norma Suprema del Estado Ecuatoriano en concordancia con el Art. 171 ibídem, que establece: *“Las autoridades de las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus funciones ancestrales y su derecho propio, dentro de sus ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.”*

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

Del contexto constitucional, se desprende claramente que la justicia indígena se basa en funciones ancestrales y de derecho propio, que se ejercen dentro de su ámbito territorial y no fuera de él, con aplicación de normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos; normativa jurídica que debe ser observada por los jueces y juezas de garantías penales, para declinar su competencia con relación a la justicia indígena.

La actual Constitución de la República del Ecuador, dentro del Título IV, Capítulo IV, Sección Primera, se refiere a los “Principios de la Administración de Justicia”, y en forma explícita, señala: “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios”:

1. El principio de independencia interna y externa, que los órganos de la Función Judicial gozan;
2. Autonomía Administrativa, Económica y Financiera;
3. Unidad Jurisdiccional,
4. Acceso gratuito a la administración de justicia,
5. Juicios y decisiones públicos,
6. Sustanciación de procesos mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Además, dice: “El Sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.²⁹

En su Art. 1 de la Constitución, establece que, el Ecuador es un Estado constitucional de Derechos y justicia, por lo que la actuación de servidoras y servidores de la justicia debe responder a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, limitación del poder estatal y la realización de la justicia.

2.23. Derechos Humanos

Una de las principales controversias originadas por la aplicación de la Justicia Indígena es el irrespeto a los derechos humanos de los acusados, sin embargo para las nacionalidades involucradas y sus autoridades estos castigos obedecen a un proceso de limpieza espiritual que busca reintegrar a los acusados a su vida normal.

Para la mayoría, por no decir para la totalidad de los pueblos u nacionalidades indígenas, el respeto a la vida es un límite muy bien definido y respetado, entonces sus leyes guardan concordancia con

²⁹ REPUBLICA DEL ECUADOR.- CONSTITUCIÓN 2008.- Art. 169.

el respeto a los principios constitucionales que garantiza la Legislación ecuatoriana.

En la mayoría de estados Latinoamericanos que reconocen la aplicación de la Justicia Indígena, se encuentra estipulado la congruencia que deben tener con las leyes vigentes, así con el respeto a los Derechos Humanos, equivocadamente, se cree que los baños, el fuste, etc., son castigos inhumanos que atentan contra la integridad física de los imputados, sin embargo no es más cruel encerrar a los acusados en sendas celdas, sin los servicios básicos fundamentales, rodeados de otro tipo de delincuentes que los violan, maltratan y humillan?.

Analizar la incidencia y aplicación de la Justicia Indígena, requiere de un profundo análisis que implique consideraciones emitidas desde diferentes puntos de vista.

"En los últimos años se ha adoptado la nueva Constitución Política de Colombia que consagra el principio de diversidad étnica y cultural de la nación.

La manera en que el estado nacional colombiano enfrenta la necesidad de favorecer progresivamente este nuevo orden social, a través de una ruptura con sus orientaciones monoculturales anteriores, implica que la cedido de forma significativa a las demandas de los pueblos indígenas, pero ante todo que ha venido

reconociéndolos como "sujeto colectivo de derecho" es decir, diferente del "sujeto individual del derecho" el cual era el único existente hasta la Constitución de 1991".³⁰

Evidentemente el Estado colombiano tiene a su haber, importantes reivindicaciones en el campo de aplicación de la Justicia Indígena. Nuestro vecino país ha implementado leyes y reglamentos que ya son utilizados como parte del pluralismo jurídico que reconoce ampliamente la Constitución de la República. Se ha desterrado por completo el monismo jurídico y más bien el Estado ha tenido que implementar estrategias de diferente tipo para atender algunos aspectos y efectos que han provocado los usos y costumbres de estos pueblos tribales.

Con respecto a los límites de aplicación del sistema jurídico indígena, en el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que las autoridades indígenas aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El ejemplo Colombiano plantea la interesante noción de los mínimos jurídicos, entendidos como aquellos límites básicos que no se pueden vulnerar en la administración de la justicia indígena. El derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, el derecho a no ser esclavizado y el derecho a un debido proceso constituye referentes importantes,

³⁰ SÁNCHEZ BOTERO, Esther "Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígena en una nación multicultural y multiétnica" Pág. 58.

incluso la observancia de estos mínimos obligaría a cambiar penas y sanciones propias de los grupos indígenas amazónicos ecuatorianos, como es la muerte por acusación de brujería, infidelidad o luchas internas de poder.

CAPÍTULO III
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

a) ENCUESTA APLICADA A LOS MORADORES DE LA PARROQUIA SALINAS DEL CANTON GUARANDA.

1. ¿Está de acuerdo que la Constitución de la República del Ecuador reconozca a los pueblos indígenas el derecho a la Justicia Indígena?

CUADRO 1

GRÁFICO

1

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	360	90,00%
NO	40	10,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada

(2012-06-12)

Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 90% de los encuestados que corresponden a trescientos sesenta moradores de la parroquia Salinas, del cantón Guaranda, afirman que están de acuerdo que la Constitución de la República del Ecuador reconozca a los pueblos indígenas el derecho a la justicia indígena; y, el 10% de los encuestados que corresponden a 40 moradores, dicen que no están de acuerdo, porque todos somos

iguales, y debemos estar sometidos a una sola administración de justicia.

2. ¿Considera usted que el baño con agua fría, la ortiga y el látigo empleados por los indígenas constituyen medios o técnicas de tortura?

CUADRO 2

GRÁFICO

2

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	100	25,00%
NO	300	75,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2012-06-12)

Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 75% de la población encuestada que corresponde a trescientos moradores de la parroquia Salinas del cantón Guaranda, afirman que el baño con agua fría, la ortiga y el látigo empleados por la justicia indígena no constituyen medios o técnicas de tortura, porque este tipo de castigo purifica sus malos hábitos; mientras que el 25% de los encuestados que corresponden a cien moradores, dicen que si constituyen medios de tortura que no deberían sufrir los seres humanos.

3. ¿Conoce usted cual es el procedimiento indígena que utilizan para sancionar o castigar el cometimiento de un delito en una comunidad?

CUADRO 3

GRÁFICO

3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
	a	e
SI	320	80,00%
NO	80	20,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada

(2012-06-12)

Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 80% por ciento de la población encuestada, que corresponde a trescientos veinte moradores de la parroquia Salinas del cantón Guaranda, afirman que si conocen cual es el procedimiento indígena que utilizan para sancionar o castigar el cometimiento de un delito en una comunidad, porque han estado presentes; mientras que el 20% de la población encuestada, que corresponde a ochenta moradores, afirman que no, porque cada comunidad tienen sus propios castigos.

4. ¿Sabe usted, si en el procedimiento indígena se garantiza el derecho a la defensa de la persona?

CUADRO 3

GRÁFICO

3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	300	75,00%
NO	100	25,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2012-06-12)

Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 75% de la población encuestada, que corresponde a trescientos moradores de la parroquia Salinas del cantón Guaranda se garantiza el derecho a la defensa de denunciados o procesados .,mientras que el 25 de los encuestados manifiestan lo contrario es decir que no se da el debido proceso en el derecho a la defensa de las personas .

5. ¿Se puede aplicar el principio de oportunidad en delitos de tránsito sancionados con reclusión? ¿Está usted de acuerdo, que la justicia ordinaria intervenga en la justicia indígena?

CUADRO 3

GRÁFICO

3

Variable	Frecuencia a	Porcentaje e
SI	380	95,00%
NO	20	5,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2012-06-12)

Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 95% de los encuestados, que corresponde a treinta profesionales del derecho, afirman que las víctimas de un accidente de tránsito puedan plantear la indemnización por la aplicación del principio de oportunidad en cualquier tiempo.

6. ¿Considera usted, una intromisión de la justicia ordinaria el establecer fiscales indígenas para la justicia indígena?

CUADRO 3

GRÁFICO 3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	200	50,00%
NO	200	50,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2012-06-12)

Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 50% de la población encuestada, que corresponde a doscientos moradores de la parroquia Salinas del cantón Guaranda, Considera que si, una intromisión de la justicia ordinaria el establecer fiscales indígenas para la justicia indígena, mientras que el otro 50% contesta que no.

7. ¿Considera usted que las comunas deben mantener sus costumbres y tradiciones propias para ejercer la justicia indígena?

CUADRO 7

GRÁFICO 7

Variabl e	Frecuenc ia	Porcentaj e
SI	360	90,00%
NO	40	10,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2012-06-12)

Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 90% de la población encuestada, que corresponde a trescientos sesenta moradores de la parroquia Salinas del cantón Guaranda, Considera que si las comunas deben mantener sus costumbres y tradiciones propias para ejercer la justicia indígena, mientras que el 10% que corresponde a 40 moradores contestan que no.

8. ¿Está de acuerdo que las comunas se acojan al derecho a la resistencia frente a la injerencia de la justicia ordinaria?

CUADRO 8

GRÁFICO 8

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	380	95,00%
NO	20	5,00%
TOTAL	400	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada (2012-06-12)
Autor: GABRIELA GAIBOR LÓPEZ

Análisis e interpretación:

El 95% de la población encuestada, que corresponde a trescientos ochenta moradores de la parroquia Salinas del cantón Guaranda, afirman que la aplicación del principio de oportunidad no soluciona los derechos e intereses de las víctimas sin necesidad de la acción penal, mientras que el 5% de los encuestados que corresponden a veinte moradores del derecho, dicen que no.

3.1. CONCLUSIONES

Del trabajo investigativo, se concluye, que:

1. La aplicación de la justicia de acuerdo a sus usos y costumbres para solucionar conflicto y encontrar armonía así fundamentado en el Derecho y el Art.171 de la Constitución Política.
2. El baño con agua fría, la ortiga y el látigo empleados por los indígenas constituyen medios o técnicas de tortura
3. El sistema jurídico ordinario se siente amenazado por la aplicación de la Justicia Indígena ya que en el pluralismo Jurídico una división de poderes.
4. En la Justicia Indígena no están la determinación de la Jurisdicción y competencia ya que en este tipo de justicia no existe supremacía de los jueces, ni casos de fuero y en cuanto a la competencia no está delimitada claramente.
5. Es una intromisión de la justicia ordinaria el establecer fiscales indígenas para la justicia indígena
6. Las comunas deben mantener sus costumbres y tradiciones propias para ejercer la justicia indígena

7. Las comunas se acojan al derecho a la resistencia frente a la injerencia de la justicia ordinaria
8. Los Derechos colectivos establecidos constitucionalmente garantizan el respeto, desarrollo, fortalecimiento, promoción y conservación de la identidad, tradiciones, usos, prácticas y procedimientos ancestrales de estos pueblos, con ello, la aplicación de la Justicia Indígena obedece a un sistema que se ha practicado de generación a generación y que ante todo busca purificar al acusado y restaurar la paz perdida a nivel Comunitario.
9. Las sanciones impuestas a través del procedimiento indígena, no obedece a criterios personales, sino que están amparados en sus costumbres ancestrales, no es objetivo de las asambleas comunitarias recluir al demandado en centros de rehabilitación sino más bien resarcir el daño causado.

3.2. RECOMENDACIONES

- El Pluralismo jurídico debe ser reconocido por toda la sociedad ecuatoriana para el cual tiene que plantearse una masiva difusión.
- Regular de mejor manera el derecho a la resistencia y a la oposición prevista en la Constitución de la República del Ecuador.
- Los asambleístas deberán presentar proyectos de ley para que a través de las torturas no se atente a la dignidad de las personas.
- Reformar el Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, estableciendo de mejor manera las características de la justicia indígena.
- Reformar el Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial, estableciendo los principios de la justicia indígena.
- Introducir reformas al Código de Procedimiento Penal, estableciendo competencias a la justicia indígena.
- Las comunas deben mantenerse en su derecho consuetudinario para mantenerse en sus leyes y costumbres.

- Según el art 171 las comunidades indígenas deben tener injerencia frente a la justicia ordinaria.

CAPITULO IV
PROPUESTA

4.1. PROPUESTA JURÍDICA

En el ítem que se presenta en este apartado, me corresponde presentar como corolario de mi investigación el proyecto de reforma al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

- TITULO DEL PROYECTO DE REFORMA JURÍDICA:

“REGULAR LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DE LA JUSTICIA INDIGENA EN RELACION CON EL PROCEDIMIENTO PENAL”

- FUNDAMENTACIÓN

El anteproyecto de reforma legal, regulará la declinación de competencia con relación a la Justicia de los pueblos y comunidades indígenas-campesinas del Ecuador, regulará el alcance, límites de la jurisdicción indígena, como resolver los conflictos de competencia y presuntas violaciones de los derechos humanos.

Esta reforma legal se caracteriza por los siguientes aspectos:

- Se definirá como pueblos indígenas y comunidades indígenas aquellos que se distinguen de la colectividad nacional por sus

condiciones culturales, sociales y económicas, regidos por sus propias costumbres y tradiciones.

- Se institucionaliza y ratifica el derecho consuetudinario.
- Las autoridades indígenas ejercen funciones jurisdiccionales y de administración.
- Las autoridades indígenas conocerán y resolverán asuntos en el territorio del pueblo indígena o comunidad indígena campesina en donde se haya producido el hecho.
- El no indígena puede someterse voluntariamente a este tipo de justicia.
- La competencia material no exime algún tipo de problema o delito en especial.
- Las autoridades son las designadas por tradición, usos, costumbres y prácticas culturales y tienen reconocimiento constitucional.
- La justicia indígena es obligatoria para los indígenas y campesinos que residan en sus comunidades.
- Su límite obedece a lo establecido en la Constitución del Estado.

- Las autoridades indígenas pueden declinar su competencia en algunos casos que considere necesario.
- En caso de conflicto de competencia prevalecerá la justicia indígena.
- Se ratifica la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos que los involucren, la utilización de traductores, y la implementación de programas de información, difusión y capacitación a los órganos encargados de administrar justicia.
- PROPUESTA se resume en tres fases:
 - ❖ Elaborar el Proyecto de Ley con las reformas planteadas.
 - ❖ Socializar el proyecto de Ley
 - ❖ Defender el mismo ante el Tribunal
- DESARROLLO DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

Que, es necesario regular la Declinación de Competencia de la jurisdicción ordinaria con relación a la Justicia Indígena dentro de la normatividad jurídica de nuestro Código de Procedimiento Penal, que garantice los derechos constitucionales.

Que, nuestro país actualmente se encuentra inmerso en un proceso de cambio y desarrollo, que requiere de la expedición de normas legales que permitan el ejercicio pleno de los derechos consagrados en la Constitución.

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República de Ecuador, expide la siguiente:

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Art. 1. Agréguese al final del numeral 1) del Art. 18, un inciso que dirá:

“Se exceptúa también a los que cometieren una infracción dentro del ámbito territorial de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, cuando los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido a conocimiento de las

autoridades indígenas, declinaren su competencia, salvo que el presunto infractor no sea indígena y no quiera someterse a este tipo de justicia.”

Art. 2. Agréguese al Art. 21 un numeral más, que dirá:

“9. Cuando el lugar en que se cometió la infracción fuere dentro del ámbito territorial de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, será competente la autoridad indígena en cuyo territorio hubiese sido aprehendido el infractor, salvo que hubiera prevenido el juez de garantías penales de la sección territorial donde ejerce sus funciones. Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, podrá declinar su competencia a solicitud de la autoridad indígena, en cuyo caso ordenará el archivo de la causa y todo lo actuado será enviado a la autoridad indígena.”

Art. 3. Sustitúyase los numerales 6) y 10) del Art. 27, y agréguese un numeral más, que dirán:

“6) Conocer y, de ser el caso, dictar correctivos en audiencia para subsanar posibles violaciones o limitaciones a los derechos del procesado, en razón de actuaciones ilegítimas de la Fiscalía, Policía o de las autoridades indígenas;

10) Tramitar y resolver en audiencias las solicitudes de declinación de competencia presentadas por las autoridades indígenas, y,

11) Las demás previstas en la ley.”

Art. 5. Agréguese un Art. Innumerado que dirá:

Art.- Competencia Indígena.- Para determinar la competencia indígena y la declinación de competencia, se seguirán las reglas siguientes:

- Se definirá como pueblos indígenas y comunidades indígenas aquellos que se distinguen de la colectividad nacional por sus condiciones culturales, sociales y económicas, regidos por sus propias costumbres y tradiciones.
- Las autoridades indígenas son las designadas por tradición, usos, costumbres y prácticas culturales y tienen reconocimiento constitucional y legal.
- Las autoridades indígenas conocerán y resolverán asuntos en el territorio del pueblo indígena o comunidad indígena campesina en donde se haya producido el hecho.
- La justicia indígena es obligatoria para los indígenas y campesinos que residan en sus comunidades.

- El no indígena puede someterse voluntariamente a este tipo de justicia.
- Su límite obedece a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador y en este código.
- Las autoridades indígenas pueden declinar su competencia en algunos casos que considere necesario.
- En caso de conflicto de competencia prevalecerá la justicia indígena.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de sesiones del Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador a los días del mes de del año 2012.

f)... Presidente.

f).. El Secretario General.

BIBLIOGRAFÍA

ARMAS, Antonio Vicente.- “Compendio de Derecho Penal”, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1982.

CABANELLAS, Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Eleosta S.R.L. Argentina 2001

CÓDIGO PENAL, actualizado a marzo del 2009, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, actualizado a marzo del 2009, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2009.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2010.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador. 2008

ILAQUICHE LICTA, Raúl “La costumbre como fuente del desarrollo” Quito-Ecuador 2000

ILAQUICHE LICTA, Raúl “La administración de Justicia Indígena en Tigua su evolución y práctica actual “FLACSO; Quito 2003.

SANCHEZ BOTERO, TITUAÑA, CHOQUE, María, “Las sociedades interculturales un desafío para el siglo XXI FLACSO IBIS. Quito-Ecuador 2000.

SANCHEZ BOTERO, Esther. “Religión, derecho y construcción de identidades” XVII Congreso Internacional de historia de las religiones.

SANCHEZ BOTERO, ESTHER “La jurisdicción especial indígena” Primera Edición Santa Fé Bogotá 2000.

TAYLOR, Charles “El multiculturalismo y la política del reconocimiento” Fondo de Cultura Económica México. Segunda Edición 1993.

TIBAN; Lourdes “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador, aplicabilidad, alcances y limitaciones “ INDESIC, 2001.

TIBAN, ILAQUICHE, Raúl “Manual de administración de Justicia Indígena en el Ecuador. FUDEKI 2002-2004.

RIEGO RAMÍREZ, Cristián; DUCE, Mauricio. El Nuevo Código Procesal Penal. Universidad. Diego Portales, 2000.

WITKER, Jorge, “Metodología de la Enseñanza del Derecho”, Editorial Nacional, México D.F., 1975.

ZAFFARONI, Eugenio, “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, Tomos I y V., Editorial Eliar, Argentina, 1988.

ANEXOS



ANEXO 1

a) ENCUESTA APLICADA A MORADORES DE LA PARROQUIA SALINAS, CANTON GUARANDA, PERTENECIENTE A LA PROVINCIA BOLIVAR.

ÁREA: Justicia Indígena

OBJETIVO: Recabar información sobre el derecho a la resistencia de los pueblos indígenas frente a la injerencia de la justicia ordinaria en relación a la aplicación de la justicia indígena en la parroquia Salinas, cantón Guaranda, provincia Bolívar.

INSTRUCCIONES: Sírvase contestar las siguientes preguntas, emita su criterio y marque con una (X), la respuesta que considere correcta, recuerde que es anónimo, por lo que tiene libertad para dar su opinión.

CUESTIONARIO

1. ¿Está de acuerdo que la Constitución de la República del Ecuador reconozca a los pueblos indígenas el derecho a la Justicia Indígena?

SI ()

NO ()

2. ¿Considera usted que el baño con agua fría, la ortiga y el látigo empleados por los indígenas constituyen medios o técnicas de tortura?

SI ()

NO ()

3. ¿Conoce usted cual es el procedimiento indígena que utilizan para sancionar o castigar el cometimiento de un delito en una comunidad?

SI ()

NO ()

4. ¿Sabe usted, si en el procedimiento indígena se garantiza el derecho a la defensa de la persona?

SI ()

NO ()

5. ¿Está usted de acuerdo, que la justicia ordinaria intervenga en la justicia indígena?

SI ()

NO ()

6. ¿Considera usted, una intromisión de la justicia ordinaria el establecer fiscales indígenas para la justicia indígena?

SI ()

NO ()

7. ¿Considera usted que las comunas deben mantener sus costumbres y tradiciones propias para ejercer la justicia indígena?

SI ()

NO ()

8. ¿Está de acuerdo que las comunas se acojan al derecho a la resistencia frente a la injerencia de la justicia ordinaria?

SI ()

NO ()

GRACIAS POR SU COLABORACION