



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

**“SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA
INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE
JURISDICCION Y COMPETENCIA”**

Tesis de Grado previa la obtención del título
de Abogado.

AUTOR:

FRANCISCO BUÑAY VILLA

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mg. CARLOS MANUEL RODRIGUEZ

LOJA – ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

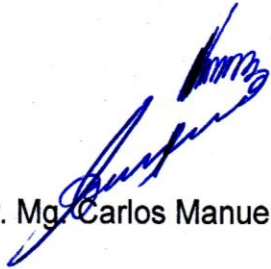
Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez.

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que he dirigido y revisado la Tesis sobre **“SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA”**, elaborada por el señor **FRANCISCO BUÑAY VILLA**, además cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja, octubre del 2014.



Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez.

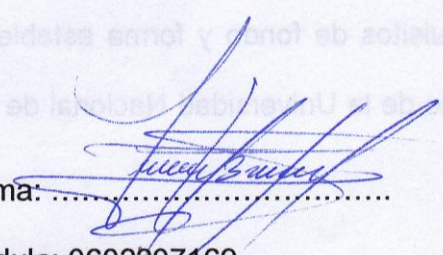
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **FRANCISCO BUÑAY VILLA**, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional Biblioteca Virtual.

Autor: FRANCISCO BUÑAY VILLA

Firma: 

Cédula: 0602207169

Fecha: Loja, Noviembre del 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, FRANCISCO BUÑAY VILLA, declaro ser autor del presente trabajo de tesis titulada **“SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE JURISDICCION Y COMPETENCIA”**, como requisito para optar al grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para con fines académicos; muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio con la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 14 días del mes de Noviembre del 2014, firma el autor.

Firma: 

Autor: FRANCISCO BUÑAY VILLA

Cédula: 0602207169

Dirección: Comuna Pachagsi – Cantón Alausi- Provincia de Chimborazo

Correo electrónico: bunayf@yahoo.com

Teléfono: 0990030335

DATOS COMPLEMENTARIOS

Directora de Tesis: Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez

Presidente del Tribunal: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda

Miembro del Tribunal: Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller

Miembro del Tribunal: Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

AGRADECIMIENTO

Al culminar mi carrera profesional, quiero dejar constancia de mi profundo agradecimiento a todos quienes de una u otra manera coadyuvaron para alcanzar con éxito las metas propuestas.

Quiero agradecer de manera particular a la Universidad Nacional de Loja en las personas de sus directivos, profesores y personal que labora en tan prestigiosa institución quienes mantienen viva la misión y visión para la que fue creada, al permitir que tantas personas accedan a una educación de calidad.

Quiero dejar constancia de un especial agradecimiento al Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez, Director de la presente tesis, quien con mucha paciencia ha sabido guiar sabiamente su elaboración.

FRANCISCO BUÑAY VILLA

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis padres a mi esposa e hijos, razón de mi vida y aliento de superación, quienes siempre han estado apoyándome a lo largo de mi carrera y durante toda mi vida.

FRANCISCO BUÑAY VILLA

ESQUEMA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

ESQUEMA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
 2. RESUMEN
 - 2.2. ABSTRACT
 3. INTRODUCCIÓN
 4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
 5. MATERIALES Y MÉTODOS
 6. RESULTADOS
 7. DISCUSIÓN
 8. CONCLUSIONES.
 9. RECOMENDACIONES.
 10. BIBLIOGRAFÍA
 11. ANEXOS
- ÍNDICE**

1. TÍTULO:

“SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE JURISDICCION Y COMPETENCIA”

2. RESUMEN

El sistema jurídico indígena en la concepción del Estado Constitucional de derecho, intercultural y pluricultural, nos permite afirmar la existencia de un sistema jurídico indígena y por ende de la práctica de la administración de justicia de acuerdo a la tradición ancestral o derecho propio.

En el Art. 171 de la Constitución de la República, establece la plena vigencia del pluralismo jurídico en el Ecuador, y por lo tanto garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por todas las Instituciones y autoridades del Estado sin especificar.

Consecuentemente, en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas del derecho, unos sujetos a derecho positivo y otros basados en el derecho propio o consuetudinario, éste último debido a la presencia de varios pueblos y nacionalidades indígenas, para ello es necesario tener presente normas jurídicas como son la propia Constitución de la República, Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Las transformaciones que se han operado, a nivel social y político, en nuestro país, están estrechamente relacionadas con los procesos de movilización de los pueblos indígenas. Ello ha hecho que dichos pueblos hayan estado al centro de la agenda social y política en diversos asuntos y la exigencia de convocatoria

de un espacio de transformación jurídica del Estado, cual se pretendía que fuese la Asamblea Constituyente.

Sin embargo en este ámbito, uno de los problemas más álgidos de la relación pueblos indígenas – Estado, ha sido el tema de la justicia indígena, la cual si bien es cierto se aplica en diversa forma en las distintas comunidades indígenas, requiere tener una mínima norma procesal que impida los excesos y por lo tanto garantice el reconocimiento de los derechos constitucionales de las personas.

En los últimos años, los Estados latinoamericanos y el ecuatoriano en particular han consignado una serie de normas jurídicas para la “protección” de derechos de los pueblos indígenas. Se trata de una serie de normas y políticas de Estado; que pretenden permitir la inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras estatales.

Frente a la construcción del sistema de dominación estatal, los pueblos indígenas plantearon la propuesta del Estado plurinacional. El Estado plurinacional es una propuesta que rompe la hegemonía del Estado-nación, disputa el monopolio de poder de la clase capitalista y de la oligarquía, sectores privilegiados que han creído siempre ser los *constructores* de la nación.

Sin embargo y pese a que su existencia está legalmente reconocida, existen vacíos que impiden o retardan su reconocimiento y aplicación; tal es el caso de la falta de reconocimiento expreso del tipo de jurisdicción al que pertenece la

justicia indígena en el derecho procesal civil por lo cual hoy generalizan los casos; materia que en la práctica constituye norma supletoria en todos los casos.

El Código de Procedimiento Civil en su Art. 3 determina los tipos de jurisdicción legalmente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de los cuales no se hace mención a la jurisdicción indígena; aspecto que propicia confusión al momento de realizar un juzgamiento ya que no se señala en forma expresa el tipo de jurisdicción y competencia de que goza la justicia indígena, circunstancia que debe reformarse urgentemente, con las competencias claras.

En la jurisdicción indígena existen jerarquía de autoridades, para hacer cumplir y vigilar el sistema jurídico ancestral; cuyas ejecutorias se basan en el consejo, la palabra, las cláusulas de aseguramiento, la vergüenza pública y en la reincorporación del sujeto infractor en la comunidad y como fin último, lograr y mantener la paz social, la armonía y el equilibrio.

2.1. ABSTRACT

The Indian legal system in the conception of the constitutional rule of law, intercultural and multicultural, allows us to assert the existence of an indigenous legal system and therefore the practice of the administration of justice according to ancestral tradition or their own right.

In Article 171 of the Constitution of the Republic establishes the full force of legal pluralism in Ecuador, and thus ensures that the decisions of indigenous jurisdiction are respected by all institutions and authorities of unspecified.

Consequently, in the same geographical area there are different systems of law, subject to a positive law and others based on their own or common law, the latter due to the presence of various indigenous peoples and nationalities, for it is necessary to consider legal rules are the Constitution of the Republic, the ILO Convention 169 and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

The transformations that have taken place, to social and political level, in our country, are closely related to the processes of mobilization of indigenous peoples. This has meant that these peoples have been at the center of the social and political agenda on various issues and the need to call for a space of legal transformation of the state, which was intended to be the Constituent Assembly.

However, in this field, one of the most critical problems of indigenous peoples - State relationship, has been the subject of indigenous justice, which although

applied in different ways in different indigenous communities have a minimum required procedural rule that prevents excesses and thus ensure the recognition of the constitutional rights of individuals.

In recent years, Latin American States and Ecuador in particular have recorded a number of legal rules for the "protection" of rights of indigenous peoples. This is a set of rules and policies of the State; intended to allow for the inclusion of indigenous peoples in state structures.

In front of the building system state domination, the indigenous peoples raised the proposal multinational state. The multinational state is a proposal that breaks the hegemony of the nation-state dispute the monopoly power of the capitalist class and the oligarchy, privileged sectors that have always believed to be the builders of the nation.

However despite their existence is legally recognized, there are gaps that prevent or delay its recognition and implementation; Such is the case of the lack of explicit recognition of the type of jurisdiction to which the indigenous justice in civil procedural law so widespread today where it belongs; matter in practice is a default rule in all cases.

The Code of Civil Procedure in its Article 3 determines the types of jurisdiction legally recognized in our legal system, in which no mention is made of indigenous jurisdiction; aspect that fosters confusion when making a judgment as it is not expressly stated in the type of jurisdiction and authority enjoyed by

the indigenous justice, a fact which must be urgently reformed, with clear responsibilities.

In the hierarchy of indigenous jurisdiction authorities exist to enforce and monitor the ancestral legal system; whose executions are based on the advice, the word, the terms of insurance, public shame and reintegration of the offender into the community and subject as the ultimate goal, achieving and maintaining social peace, harmony and balance.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, que pongo a vuestra consideración tiene como fundamental objetivo contribuir a la ciencia de la investigación científica, por lo que he requerido de gran esfuerzo para contribuir al enriquecimiento del acervo académico de la carrera; y, comprende una propuesta de cambio a la legislación incongruente que mantiene el sistema jurídico vigente en el Estado Ecuatoriano.

Con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, se otorga un reconocimiento trascendental a los derechos colectivos de las nacionalidades indígenas y reconoce a las autoridades de los pueblos, que se autodefinen como nacionalidades indígenas, la facultad de ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario.

En virtud del reconocimiento de derechos, pueden determinar libremente su condición política y persiguen en forma libre su desarrollo económico, social y cultural, por tanto los pueblos indígenas en ejercicio de su libre autodeterminación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. Asimismo, sin perder el derecho de igualdad y dependiente del Estado, uno de los derechos establecidos es el sistema jurídico indígena, tradición ancestral o derecho propio, que permite el control social y el ejercicio de la autoridad en las jurisdicciones indígenas.

Sin embargo en este ámbito, uno de los problemas más álgidos de la relación pueblos indígenas – Estado, ha sido el tema de la justicia indígena, la cual si bien es cierto se aplica en diversa forma en las distintas comunidades indígenas, requiere tener una mínima norma procesal que impida los excesos y por lo tanto garantice el reconocimiento de los derechos constitucionales de las personas.

Posteriormente nuestro Código de Procedimiento Civil, en su Art. 3, que como he venido señalando constituye la base fundamental de la presente investigación; determina las clases de jurisdicción; a saber:

“...La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional”¹

Como podemos observar se clasifica a la jurisdicción en siete tipos diferentes cada uno con sus propias naturalezas.

Sin embargo, y, pese a que como he manifestado tantas veces la justicia indígena se encuentra plenamente reconocida en la Constitución y demás leyes; surgen muchas dudas como: ¿La justicia indígena constituye un tipo de jurisdicción?; y, de ser así: ¿Qué tipo de jurisdicción constituye la justicia indígena?; o, ¿No constituye ningún tipo especial y determinado de jurisdicción y forma parte de los diversos tipos ya establecidos?

¹ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Civil, Art. 3

Todas estas interrogantes son las que constituyen la base fundamental de esta investigación; ya que a las mismas no se ha dado ninguna respuesta y se sigue considerando a la justicia indígena como un apéndice de la justicia tradicional, en donde solamente se ejercen actos de tradición y cultura, mas no juzgamientos de los cuales sus sanciones y efectos sean legalmente reconocidos; llegando incluso a nombrar por ejemplo fiscales indígenas, quienes en realidad imparten justicia ordinaria; por lo que no tiene ningún sentido su nombramiento como autoridades indígenas.

Por ello la presente investigación va dirigida a dotar de una base procedimental jurisdiccional a la Justicia Indígena que contemple entre otras cosas, a qué tipo de jurisdicción corresponde la justicia indígena; y, el ámbito o competencia en el que se desenvuelve; incluiré también en la reforma que se presente la determinación de competencias de las autoridades indígenas; y, la relación del derecho estatal y el consuetudinario lo cual no pretende en ningún momento sustituir al Derecho Indígena aplicado en las comunidades; sino más bien rescatar un derecho reconocido constitucionalmente.

Identificado el problema, objeto de estudio, luego de efectuar la investigación debidamente planificada, redacté el presente Informe Final el cual en su estructura sigue los lineamientos establecidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja; y, que me ha permitido contar con una información doctrinaria y jurídica establecida dentro de tres marcos importantes como son el **Marco Conceptual**, a través del cual establezco en

orden de tratamiento los conceptos de cada una de las variables utilizadas en la elaboración de la presente investigación; el **Marco Doctrinario** a través del cual me permito incluir en este trabajo el análisis; y, los criterios de diferentes autores que han realizado diversos estudios en relación a la problemática; y, el **Marco Jurídico** en el que utilizando la normativa legal vigente, abordo los temas, materia del trabajo de investigación.

Avanzando con la estructura del presente trabajo, encontrarán el punto de **Materiales y Métodos**, en donde explico la forma en que se ha utilizado cada uno de los métodos, las técnicas de investigación; y, los materiales que se han empleado en el desarrollo de la investigación de campo, en donde se realiza un análisis y presentación de los resultados de las treinta encuestas aplicadas, dentro de este trabajo las mismas que se encuentran establecidas por el procesamiento de datos que fueron aplicados a Abogado en libre ejercicio quienes con conocimiento de causa nos brindan su posición respecto a este tema.

Posteriormente en el punto denominado **Discusión** verifiqué los objetivos, contrasté la hipótesis y expreso los fundamentos jurídicos del proyecto de reforma.

En las **Conclusiones** se presenta una síntesis de los resultados obtenidos después de la investigación realizada. Además establezco algunas **Recomendaciones** a más de incluir el **Proyecto de Reforma** como el punto

principal a plantear, al Código de procedimiento Civil; respecto del Art. 3 referente a los tipos de jurisdicción y competencia.

Finalmente la **Bibliografía** cuenta con una descripción en una lista de todas las obras consultadas que me ha servido para poder culminar mi trabajo de tesis.

En los **Anexos** incluyo los modelos de encuesta y entrevista realizados a profesionales del derecho, a los diferentes grupos relacionados con la materia además del Proyecto de investigación; y, el Índice

Con esta investigación aspiro no solamente haber cumplido con un requisito de graduación, sino más bien con la aspiración de haber contribuido con un aporte jurídico y social para las futuras generaciones de abogados en el campo del Derecho Procesal Civil y principalmente del Derecho consuetudinario indígena.

4. REVISIÓN DE LITERATURA:

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. JUSTICIA INDIGENA.- Según Manuel Abastos, en su obra Necesidad de una legislación especial indígena; respecto de la justicia indígena señala:

“La justicia indígena es un conjunto de elementos inherentes a la existencia y aplicación de las normas de origen consuetudinario, que busca restablecer el orden y la paz social. La autoridad indígena será la encargada de cumplir y hacer cumplir las normas, valores y principios comunitarios; Principios Fundamentales: ama killa, ama llulla, ama shua; Solidaridad, Reciprocidad y Colectividad”.²

Como señala el autor la justicia indígena constituye el origen del derecho consuetudinario, es decir en las costumbres propias de las comunidades indígenas; las mismas que se aplican únicamente en los miembros de la comunidad en cada uno de los conflictos que se presentan con la finalidad de resolver los contratiempos e inconvenientes entre los miembros comunados.

Si bien en nuestro país, escasamente podemos encontrar textos legales e incluso normativa relacionada con el tema de la justicia indígena; no es menos cierto que gracias a la vinculación de origen de nuestra población indígena con

² Abastos, Manuel G. "Necesidad de una legislación especial indígena", ASUNTOS INDÍGENAS, Perú, Instituto Indigenista Peruano, 1949, núm. 1., pág. 17

la de países vecinos, en donde el indigenismo tiene un protagonismo evidente; podemos encontrar breves definiciones respecto a la Justicia Indígena.

El sistema de Justicia Indígena, es el conjunto de disposiciones, órganos Jurisdiccionales y procedimientos que garantizan a los integrantes de las comunidades indígenas en acceso a la jurisdicción del estado en materia de justicia, sustentando en el respeto a los usos, costumbres y tradiciones propios de su comunidad. Todo el procedimiento se realiza de manera oral, a excepción de un acta transaccional, esto se hace solamente por hacer constar los compromisos de las partes y como memoria de la asamblea.

La Justicia indígena, sin embargo no existe como resultado de una decisión de política legislativa motivada en criterios técnicos o de eficiencia, sino que nace del reconocimiento de un derecho, cuyo titular es un ente colectivo: el pueblo indígena.

Es un producto de un pueblo o comunidad indígena que por muchos años ha reservado su sistema de administrar justicia de acuerdo a sus usos y costumbres.

Pero podemos decir que en mucho de los casos el juzgamiento de varios se encuentra parcializado por parte de la directiva o cabildo, ya que influye en mucho de los casos los grados de afinidad, parentesco o el agrado que parte por parte de los supuestos acusados en los delitos que se les va a juzgar.

4.1.2. DERECHO CONSUETUDINARIO.- “El Término Consuetudinario, implica que el patrimonio indígena tiene su origen en el conocimiento, prácticas y creencias tradicionales que han sido transmitidas y reinterpretadas por sucesivas generaciones, aunque las costumbres están en armonía con las tradiciones que las han originado, también abarcan y reflejan las prácticas y creencias indígenas contemporáneas...”³

Se puede afirmar entonces, que el Derecho Consuetudinario no es patrimonio únicamente de los pueblos indígenas, por eso precisamente, existe el Sistema de Derecho Consuetudinario Inglés que se basa en la costumbre, la misma que nace de los dictámenes jurisprudenciales o Sistema de Derecho Consuetudinario de Andorra que es uno de los menos influenciados por el Derecho Positivo.

El Derecho Consuetudinario Indígena, para la mayoría de la sociedad no tiene igual valoración que el derecho positivo estatal; es por esta razón los miembros de los distintos pueblos indígenas, están obligados en detrimento de su cultura y poniendo en peligro la continuidad de su existencia, a someterse al imperio de la tradición jurídica de la sociedad mayoritaria, que concibe al Derecho Estatal Positivo, como la expresión jurídica superior.

4.1.3. JURISDICCION.- También se llama fuero común. “Es la jurisdicción principal en razón de la amplitud de su radio de acción, de su labor permanente

³ ILICACHI Raúl, Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en el Ecuador Estudio de Caso, Quito. 2006, Pág. 14

y del rol que cumple en la tarea de administrar justicia en el país. Tiene sus propios principios, objetivos y características así como su organización, previstos y propuestos por la Constitución del Estado y de su Ley Orgánica. Está representada, pues, por el Poder Judicial”⁴.

En pocas palabras la jurisdicción ordinaria es lo que entendemos como la acción de la Justicia a través de la Función judicial; ya que esta es la que se cumple y se acepta más ampliamente por parte de los ecuatorianos.

Los principios que más identifican a esta jurisdicción, son los de unidad y exclusividad y el de independencia.

Como sabemos la Función Judicial a través de su Corte Nacional y Cortes Provinciales, ejercen la función de administrar justicia; ya que así lo manda la Constitución de nuestro país; y en la práctica es como se evidencia. Sin embargo, desde mi punto de vista, la función judicial no ha cumplido en forma efectiva su función de administrar justicia ya que los procedimientos en que funda su accionar han dejado de surtir los efectos deseados, como disminuir los actos delictivos, o solucionar los conflictos entre vecinos. Por ello es que desde nuestra cosmovisión andina el pueblo indígena considera que la justicia debe basarse en una cuestión de equidad, de salvar al individuo de un comportamiento alejado de las buenas costumbres.

⁴ <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst1.html>

4.1.4. COMPETENCIA.- Según Calamandrei, el Derecho Procesal se basa en el estudio de tres conceptos fundamentales: la jurisdicción, la acción y el proceso.

Los jueces, que actúan en representación del órgano jurisdiccional deben ser imparciales. El ejercicio de la función jurisdiccional se delega a un juez, quien además de ser independiente debe ser imparcial, no debe poseer ninguna vinculación con las partes. En el caso de que le reste imparcialidad a un juez para la solución de un conflicto, se entenderá que éste no posee competencia de carácter subjetiva.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 156, dice: “Es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas Cortes, Tribunales y juzgados en razón de las personas, del territorio, de la materia y de los grados”. De modo que es la esfera fijada por el legislador para que la jurisdicción se ejerza, con ello bien se puede señalar que la competencia señala el ámbito en el que actuará un juzgador; delimita su accionar en cuanto a su materia.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. ANTECEDENTES GENERALES

4.2.1.1. La cuestión indígena en América.

Se impone en este estudio un vistazo investigador acerca de la situación social en que se encuentra el indio en algunos de los países suramericanos, y en especial, en México, en donde se ha producido un movimiento revolucionario agrario, cuyas características es preciso conocer.

Si nos atenemos a los estudios sociológicos publicados en diversas naciones del continente americano, puede decirse que el problema del indio solo prevalece en la zona geográfica que baña el mar Pacífico, pues la inmigración europea abundante, que ha plantado sus tiendas en las tierras próximas al Atlántico, si no ha extinguido, ha atenuado con el cruzamiento, la situación del trabajador aborígen de los campos. Parece que el Paraguay ha ofrecido mayores resistencias a la influencia europea de los inmigrantes. En la Argentina ya ha desaparecido el tipo del gaucho, cincelado en Facundo, por Sarmiento. El centauro de las pampas se ha convertido en el paisano rural y en el compadrito, especie de chulo de los suburbios de Buenos Aires.

Con ingenua añoranza nos cuenta José M. Salavarría, en su estudio *El Poema de la Pampa*, (1918): “Después, al visitar la Argentina, y buscando la imagen del gaucho, entrevisto en las primeras lecturas infantiles, hube de recibir una pésima explicación, ya no había gaucho en el país... Pero no hay que creer

mucho a los criollos que piensan ufanos, ante el esplendor de Buenos Aires, que toda la Argentina es idéntica a la gran metrópoli. Indudablemente, la marca inmigratoria va borrando muchas características criollas: el paisano ya no viste chiripa. Pero separándose un poco de Buenos Aires, el viajero encuentra unos hombres singulares que son bien parecidos al gaucho tradicional. Unos hombres de hermosa figura, buena talla, rasgos físicos firmes, actitud un tanto grave, color pálido. La sangre india alarga sus ojos hacia las sienas, y agranda las alillas de la nariz, dándoles un aire particular, que en el país llaman achinado”⁵.

Para conocer el tipo auténtico del gaucho, del gaucho malo, como lo llama Sarmiento al famoso mestizo de las pampas, es preciso buscar en las páginas de Facundo la descripción de ese personaje misterioso: mora en las pampas, son su albergue los cardales; vive de perdices y mulitas; si alguna vez quiere regalarse con una lengua, enlaza a una vaca, la voltea solo, la mata, saca su bocado predilecto y abandona lo demás a las aves mortecinas. De repente se presenta al Gaucho Malo en un pago, de donde la partida (policía), acaba de salir; conversa pacíficamente con los buenos gauchos, que lo rodean y lo admiran, se provee de los vicios, y si divisa la partida, monta tranquilamente en su caballo, y lo apunta hacia el desierto, sin prisa, sin aparato, desdeñando volver la cabeza.

⁵ JARAMILLO ALVARADO, Pio.- El indio Americano; Edit. Tierra nueva; Quito; 1998; Pág. 7

Y quién podría dar alcance a un gaucho auténtico. Si por casualidad cae de improviso en las manos de la justicia, él sabe abrirse paso con su cuchillo: mata, corta, estropea, y dueño de su caballo, se tiende sobre el lomo y desaparece en su morada sin límites.

Ingenieros observa en sus disquisiciones sociológicas, que la etapa actual del gaucho es el estanciero, y que al feudalismo agrario, reemplaza el período agropecuario del industrialismo moderno.

Esto no quiere decir que el indio haya desaparecido, como raza pura, del territorio argentino, pues, además de las misiones del gran Chaco, hacia el sur, en los territorios magallánicos que comparte con Chile, a donde la inmigración no ha llegado, el problema del indio se presenta intacto. La Opinión Nacional de Buenos Aires, inserta esta noticia: “El 25 de mayo (1922) se llevará a cabo en Chacahua-Ruca, territorio del Río Negro, el segundo Congreso de cuestiones indígenas, organizado por la Asociación Nacional de Aborígenes”⁶.

A la Asamblea asistirán delegaciones del Río Negro, Chubut y Neuquen, además de los representantes del gobierno especialmente invitados. Las gestiones de los aborígenes del sur ante el Gobierno de la nación, se concretan a pedir tierras para vivir, cultivar y mantener sus ganados, escuelas para sus hijos y las consideraciones sociales y políticas que merece la población autóctona como el resto de la población de la República. Concluye el diario

⁶ JARAMILLO ALVARADO, Pio.- El indio Americano; Edit. Tierra nueva; Quito; 1998; Pág. 9

bonaerense manifestando que la Asamblea fracasará si el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo, no se ocupan de resolver eficazmente la cuestión.

“Me he detenido en la consideración del problema indígena en la Argentina, porque su situación, con ser tan progresista, indica que las otras naciones de las riberas del Atlántico se hallan en condiciones más o menos iguales, según la intensidad de la inmigración europea, que aún no dirige su gran corriente a las costas y serranías del Pacífico”⁷.

“Entre las tesis publicadas por la Universidad de Chile en 1901, se encuentra la muy notable del Licenciado Manuel J. Fajardo, acerca de la Civilización Indígena de Chile. En este estudio, se hace la revisión de cuanto se ha trabajado en dicha nación en favor del indio. Se rememora que la Recopilación de Leyes de Indias, contuvo leyes benéficas en favor de araucanos, pero que se burlaron por los conquistadores. Recapitula la legislación republicana y anota que desde 1813, el gobierno se preocupó de la fundación de pueblos de indios, y estableció un Protector de Naturales que residía en Santiago y tomaba la representación de ellos en su defensa. En 1823, dispuso la legislatura: que lo actualmente poseído según ley por los indígenas, se les declara en segura y perpetua propiedad”⁸.

En 1852, se creó la provincia Araucanía, concediendo una suma de garantías a los indígenas, para obtener por este medio la pacificación de la raza aguerrida,

⁷ OLIVERA, M.- Formación Histórica de la Nacionalidad Brasileña, Brasil, 1999; p. 41.

⁸ JARAMILLO ALVARADO, Pio.- El indio Americano; Edit. Tierra nueva; Quito; 1998; Pág. 7

dictando para el efecto leyes muy eficaces, entre las que merece especial mención la que prohibió la enajenación, hipoteca o arriendo de las tierras por los indígenas, dentro de un período de años. Por lo que toca a la instrucción, se fundó en 1774, en Santiago, un colegio de naturales, que fue clausurado en 1810, ordenando que los indígenas pudieran ingresar a cualquier establecimiento de enseñanza de la República.

En Colombia se ha operado un cruzamiento rápido, el indio está ya modelado en el tipo de nuestro chagra, y en los lugares en que existen las comunidades de indios, se ha facultado por el Congreso la adjudicación de las tierras en parcelas, con resultado contrario al indio.

Pero donde el problema del indio tiene una actualidad que exige contemplación y estudio atento, es en México. Siempre creí que las revoluciones mejicanas tenían una profunda complicación socialista, y los libros que han publicado historiando el proceso de las administraciones de Porfirio Díaz hasta Carranza y Obregón, confirma que la revolución mejicana entraña una dolorosa cuestión social, que con mayor o menor gravedad palpita en varios países suramericanos: la reivindicación agraria del indio.

Esta investigación exige un capítulo especial, y concluiré subrayando la inquietud que existe en todas partes al preocuparse de la suerte del indio, en lo que toca a la devolución de las tierras.

“Desde el extremo sur de la Argentina hasta Chile, Perú, Colombia y México, se invoca el prestigio de las leyes para llegar a una fórmula que sea el desiderátum. Se piensa que el indio aún no está incorporado a la vida nacional. Y la opinión pública ecuatoriana, se ha preocupado de las sublevaciones de los indígenas ocurridas en estos tiempos en las provincias del Azuay, del Chimborazo, de León y de Imbabura”⁹

Pero no se ha querido ahondar la investigación de las causas, en las que existe el principio de una reivindicación humana, la defensa de un derecho de propiedad, que no se conjura a balazos, sino con el reconocimiento oportuno de esa reivindicación, concediendo el único bálsamo que mitiga los grandes dolores: la justicia.

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

“Vemos que durante la colonia estaba diferente las Leyes de Indias, dictadas por la Corona española. No obstante, dichos derechos solo existían en

⁹ Informe Histórico Oficial del Ministerio de Gobierno, publicado en 1924. Refiriéndose a los levantamientos de Incito, Urcuquí, Pichibuela, Sinincay y Jadán, en las provincias de Tungurahua, Pichincha y Azuay

papeles, con poco o ninguna aplicabilidad por la defensa de los “indios” (“Acato pero no cumplo”).¹⁰

De hecho, en muchas ocasiones, la colonia llevó a cabo acciones que pueden ser definidas como etnocidio o genocidio, es decir, acciones de exterminio contra los pueblos indígenas. En el período de la independencia y la República rigió una política integracionista, de aculturamiento y desconocimiento de la diversidad cultural, el Estado ecuatoriano asumió una actitud pasiva, de ignorancia, de indiferencia y pecó hasta de negligencia sobre los pueblos indígenas. Esto es lo que revela la historia nacional. Esta política se expresa a través de la educación, la religión, imposición de la legislación, de ciudadanización, etc.

De ahí que se puede concluir que no hubo una política concreta de estado a favor del respeto y desarrollo de los pueblos indígenas, cuando menos, solo acciones aisladas de carácter paternalista y asistencialista.

Después del levantamiento de junio de 1990, el movimiento indígena entró al escenario nacional como actor político con una sólida estructura basada en las organizaciones de base articuladas entre regiones, Costa, Sierra y Amazonía.

“Entre los componentes y logros de la propuesta – proyecto político, fue importante la lucha por la inclusión y defensa de los temas como: territorio, derechos humanos fundamentales, derechos colectivos y el reconocimiento del

¹⁰ CODENPE, Legislación Indígena, octubre 2007, PÁG. 17

Estado Pluricultural y Multiétnico, estos conceptos fueron incorporados en la Constitución Política de 1998, capítulo V de los Derechos Colectivos, Arts. 83 y 84, además se armonizaron las normas y leyes con los Convenios y Acuerdos Internacionales que expresan sensibilidad con los derechos de los pueblos indígenas”.¹¹

De hecho, en las últimas décadas se han conseguido algunos logros; al punto de plasmar en la nueva Constitución del 2008, pasar del Estado Pluricultural y Multiétnico al Estado Intercultural y Plurinacional, con ello se genera un nuevo pacto social post-colonial que crea las condiciones para superar el empobrecimiento y la discriminación que por siglos han vivido las poblaciones indígenas, afroecuatorianas y montubias en el país. Construye una sociedad inclusiva.

En el marco de la actual división política del Ecuador posibilita la creación de circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas o pluriculturales con las competencias del respectivo gobierno local, por tanto cuentan con recursos económicos asignados por el Estado. Ya que establece el “Sumak Kawsay” o buen vivir como el objetivo a alcanzar en el proceso de desarrollo.

Se reconocen los distintos tipos de democracia y la democracia comunitaria. Reconoce además a las comunidades, pueblos y nacionalidades como sujetos de los derechos del buen vivir y se amplían sus derechos colectivos.

¹¹ Manual de capacitación en derechos humanos individuales y colectivos para defensores indígenas. Pg. 3 y 4

4.2.1.2. La organización social de los pueblos indígenas y sus comunidades.

El Ecuador es el espacio físico, territorial en donde convergen múltiples formas de organización social, cada una matizada por las diversas concepciones étnicas culturales, económicas y políticas, integrados al Estado unitario e indivisible.

“Al momento de la invasión Española las formas socio organizativas indígenas eran radicalmente diferentes en su forma y contenido, a las organizaciones actuales. Sin embargo, algunos rasgos esenciales de la visión política y de organización social, con toda la influencia y cambios generados por el Estado Colonial y la República, continúan vigentes (los gobiernos comunitarios núcleos de la organización curacal antigua, estructuradas en relaciones de reciprocidad y equidad), teniendo gran influencia en las formas organizativas, como la comunidad y muy especialmente desde el año de 1937 en el que se constituyen las comunas, (forma organizativa impuesta por el estado para integrar y controlar al sector rural), a partir de la promulgación de la Ley de Comunas”¹².

La Ley de Comunas, marcó el establecimiento de una forma de relación jurídica entre el Estado y los Pueblos Indígenas; con su vigencia el Estado se aseguró su presencia en aquellos grupos sociales que con la conquista y en la época colonial habían sido desplazados y reducidos en espacios marginales, para

¹² JARAMILLO ALVARADO, Pio.- El indio Americano; Edit. Tierra nueva; Quito; 1998; Pág. 19

afianzar el aislamiento y sometimiento de quienes expresaban una visión de vida que diferían con el modelo de sociedad y política de esa época; sin embargo los Pueblos Indígenas adoptaron el modelo de organización Impuesta desde el Estado y acomodaron a éste a los criterios de organización propios.

Los Pueblos Indígenas organizados en sus comunidades, entraron posteriormente en un proceso de recuperación y afianzamiento como sujetos colectivos, lograron mantener concepciones y percepciones propias del mundo. El cabildo es un claro ejemplo de la capacidad de adaptación de Organización indígena, siendo una forma de autoridad Impuesta por el Estado a las poblaciones rurales es aceptado por la población indígena como una de sus autoridades que actúan dentro de los criterios de autoridad que manejan los Pueblos Indígenas, hasta concebirla como una autoridad tradicional indígena, elegida en Asamblea General, a la manera propia. La autoridad comunitaria es elegida de entre los miembros de la comunidad, a la persona más respetable, por sus conocimientos y práctica de la cultura propia, por tener gran influencia en la vida social, político-administrativa y cultural de la comunidad, especialmente en la sierra ecuatoriana en donde se concentra mayoritariamente a población indígena del país. El proceso organizativo de los pueblos indígenas es diverso, tanto como son sus procesos históricos y su articulación geográfica y ambiental; mientras para los años 30 en la sierra se generó una gran agitación social, en razón de que el sector indígena luchaba por el acceso a la tierra, en la amazonia para los años 60 se aplicó la política de colonización de esta región, a través de la cual se entregaron tierras a

colonos. Con esta política se pretendía ampliar la frontera agrícola, ocupando territorios los pueblos indígenas de la amazonia y facilitar de esta manera la presencia del Estado interesado en la explotación de los recursos naturales especialmente del petróleo.

Esta situación generó por parte de los pueblos indígenas mecanismos de resistencia y defensa de sus territorios para lo cual adoptaron formas de organización ciudadinas (Centros) diferentes a la forma de vida nómada e itinerante que fue su forma tradicional de organización social y política, para presentar al Estado una forma efectiva de posición de sus territorios y de defensa frente a la abrumadora colonización que diezmaban sus territorios ancestrales.

La lucha por el acceso a la tierra fue una de las motivaciones que articuló en sus inicios a la población del sector rural que en su mayoría estaba constituido por indígenas trabajadores de las haciendas y en comunidades libres articuladas a las mismas, este proceso generó una interrelación entre los huasipungueros y las comunidades de hacienda, las mismas que fueron constituyéndose en las primeras organizaciones gremiales campesinas que plantearon reivindicaciones de carácter social y cultural, como la educación, salarios justos, el derecho a organizarse, etc.

El paso de la lucha sindical, reivindicativa a una lucha de carácter cultural y política fue resultado de un largo proceso de articulación de estas comunidades que alcanzaron a constituir y consolidar organizaciones al nivel cantonal,

provincial, regional y nacional, las mismas que tuvieron una Influenciada importante de los partidos políticos especialmente de izquierda (socialistas y comunistas) y algunos sectores progresistas de la iglesia católica, razón por la cual se constituyeron tendencias políticas que se expresaron en las centrales sindicales y campesinas.

Para los años 80, se logra una gran alianza entre las organizaciones agrupadas en el ECUARUNARI, organización que agrupa a comunidades de la sierra y la CONFENIAE que agrupa a las organizaciones indígenas de la Amazonia, dos procesos históricos regionales diferentes que también generaron ideologías diferentes, la una clasista y la otra étnica. Estos dos procesos, luego de varios años de acercamiento, constituyeron la CONAIE, dando como resultado también un nuevo discurso político que dio origen a la idea de las Nacionalidades Indígenas, en la que se cuestiona la existencia de una "Nación Ecuatoriana" y de un Estado excluyente que oprime a los pueblos indígenas. Se afirma de esta manera la existencia de entidades históricas culturales milenarias anteriores al Estado Ecuatoriano y la necesidad de constituir un Estado Plurinacional incluyente, que se constituya con la participación de todas las entidades históricas y sociales, propendiendo la Igualdad, la solidaridad, la equidad y aboliendo toda forma de opresión y explotación.

En la actualidad existen varias organizaciones indígenas de carácter nacional, como la FEINE, la FENOCIN, la CONAIE, entre las más representativas, sin

embargo algunas de ellas todavía mantienen un sesgo de carácter gremial e incluso religioso y solo una de ellas realmente responde desde sus inicios al proyecto político de reconstitución de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas. Esta organización nacional es la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) que se conforma integrando a las OSG u organizaciones de segundo grado las mismas que agrupan a las comunidades de los pueblos y nacionalidades indígenas, es decir a organizaciones territoriales que cuentan con autoridades propias, no incluye a organizaciones campesinas, gremiales o sociales que no sean parte de las comunidades. En las últimas décadas se han constituido organizaciones urbanas que reproducen de alguna manera las formas comunitarias en las ciudades más grandes del país que también integran esta estructura organizativa.

Actualmente en las comunidades indígenas se han generado, como es normal en toda sociedad, distintas posturas políticas, en agrupaciones que responden a intereses políticos y religiosos, que van resquebrajando la sólida cohesión organizativa social y política del Movimiento Indígena Ecuatoriano, alcanzado con gran esfuerzo, e incluso se ha alterado el proyecto político original. Este proceso de desarticulación tiene sus orígenes en la influencia de las políticas estatales y la acción de los gobiernos como también cooperación internacional, que a través de sus intereses y rectos de desarrollo, fraccionan a las comunidades.

Sin embargo, la comunidad sigue siendo la forma generalizada de organización social, es la base del tejido social de las Nacionalidades indígenas de la sierra. A pesar de que la concepción que tiene el Estado sobre la comunidad (que para él es la comuna) no coincide con la que tienen los pueblos indígenas, estos le han dado un uso funcional, pragmático, en el sentido de que hoy es el ámbito jurídico que ampara la reproducción y practica de su cosmovisión, ejercen sus formas de gobierno y de vida y reconstruyen y recrean el **ayllu**¹³ que fue su organización social básica, precolombina; proporcionándoles identidad, continuidad histórica y una noción territorial como pueblos.

"Se pueden apreciar etapas diversas de valorización de la comuna como forma organizativa: para los indigenistas, la comuna se presentaba como una sólida línea de defensa de valores culturales. En ciertos momentos, los funcionarios que tratan con la población indígena en los años treinta y cuarenta, conciben la comuna como un tipo organizativo que puede ser superado y recuperado por las cooperativas agrícolas. Para la Misión Andina, en los años sesenta, la comuna es vista como un eje aglutinador de la población para apoyar la ejecución de políticas y modernizar la vida rural, introduciendo la educación cívica para cambiar el rol de las autoridades tradicionales..."¹⁴

¹³ KOROVKIN, Tanya.- "Comunidades Indígenas", pág. 130

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 24

Si entiendo a la comuna como una entidad que congrega a individuos que viven y comparten sus concepciones y reglas, la comunidad ha trascendido en los tiempos a pesar de la ley de comunas, los pueblos indígenas de la sierra han usado este recurso legal y han reproducido con algunas variaciones, sus formas organizativas anteriores a la colonia.

Las comunidades de la sierra son fundamentalmente familias ampliadas, pues en ella conviven grupos familiares, que entrelazados con otros grupos similares forman un grupo amplio en donde reproducen sus elementos de identidad particulares. Este proceso de organización social generó procesos de resistencia ante el aislamiento y la marginación en la que permanecieron por mucho tiempo, manteniendo su continuidad cultural. Sin embargo en la actualidad las comunidades son sociedades más complejas, conservan los elementos básicos de su identidad cultural y étnica, pero también se ha incorporado las formas de organización social, política, económica y jurídicas occidentales, sin que ello implique la pérdida de su identidad.

Si bien es cierto, que la comunidad está dentro las estructuras estatales de administración seccional territorial, es decir; provincias, cantones y parroquias, así como regidas por la ley de comunas. Sin embargo, sus pautas organizativas obedecen a lógicas diferentes a la estatal. En las comunidades se manejan criterios y formas propias (autogobierno) para el nombramiento de sus autoridades como el cabildo que están reconocidas por la ley, pero también y fundamentalmente por la potestad, reconocimiento y legitimidad que los

miembros que la comunidad le otorga a través de sus formas propias de designación y gobierno.

Su nominación no obedece necesariamente a perfiles políticos partidistas o académicos, sino más bien a cuestiones de convivencia, como honorabilidad, solidaridad, rectitud y la práctica de la reciprocidad.

Es por esta razón, que quienes son reconocidos como autoridades cumplirán con requisitos como la edad, por la experiencia que esta les puede ofrecer al momento de guiar a la comunidad; el buen vivir, entendiéndose este como haber logrado manejar a lo largo de su vida las relaciones interpersonales y con su medio natural de manera armónica; el conocimiento y conservación de los valores y la cultura; Promover la organización y haber cumplido con las responsabilidades políticas y sociales, es decir, lograr a través del servicio a la comunidad, elevar las condiciones de vida de toda la comunidad mediante la participación de sus miembros y la gestión de medios y recursos económicos en la entidades públicas para lograr este objetivo. El uso del Idioma propio, al igual que el conocimiento ancestral sobre distintos aspectos de la vida cotidiana como la medicina natural, manejo de las tecnologías agrícolas, la aplicación de la administración de justicia, el uso de los recursos naturales, son algunos de los atributos que se exigen a las autoridades para ser designados.

4.2.1.3. Plurinacionalidad y Justicia Indígena

Resulta sumamente arriesgado hablar de las formas de organización política y social de comunidades humanas, como son las indígenas y afrodescendientes, desde el ángulo de otra comunidad humana diferente, como es la mestiza. Por esta razón, y por el respeto que guardo para las nacionalidades y pueblos indígenas, no he de hablar, sino de modo meramente descriptivo, de lo que es la justicia indígena ni de cuál es su Derecho propio. Me ocupo de ellos desde la perspectiva del trato que a ellos da la Constitución y de lo que se podría hacer para que el trato constitucional sea desarrollado de buena fe en la ley y en la práctica de nuestra sociedad.

Sin pretender decir la última palabra, sino como una simple opinión que puede servir para motivar el debate, no creo que desde la dogmática jurídica quepa discutir si la forma en que los indígenas resuelven sus conflictos pueda llamarse función jurisdiccional, ni cabe tampoco discutir si las reglas conforme a las cuales resuelven esos conflictos son Derecho, y si, por lo mismo, en el Ecuador se debe hablar del pluralismo jurídico, que algunos niegan.

Cabe la investigación y el debate en la Teoría General, en la sociología y aun en la antropología del Derecho, pero no en el Derecho positivo porque la Constitución zanja la discusión y opta por reconocer la existencia del pluralismo jurídico, al reconocer al Derecho indígena al que, bien o mal, llama también Derecho propio o consuetudinario (art. 57.10), y a la solución de los conflictos por la autoridad indígena otorga la categoría de función jurisdiccional (art. 171).

Es a partir de este reconocimiento que las autoridades del Estado, incluso el legislador, deben expedir las normas y realizar sus actividades para que merezcan ser respetadas por ser constitucionales y, por lo mismo, legítimas a los ojos de todos los habitantes del país y de la comunidad internacional.

Las normas jurídicas y las actividades del Estado y sus instituciones solamente cuando se enmarquen en esos parámetros constitucionales merecen el respeto de los indígenas, y su acatamiento puede ser legítimamente exigido aun con el concurso de los tribunales jurisdiccionales y la fuerza pública cuando se las viole por las autoridades indígenas.

Mutatis mutandi lo que decimos de los pueblos y nacionalidades indígenas es aplicable a los pueblos afrodescendientes, en cuanto portadores de una cultura que no es idéntica a la de los mestizos que, por un largo proceso de hegemonización, está encamada en las normas, instituciones y prácticas del Estado, hasta ahora organizado como un Estado uninacional y monocultural.

Tras largas batallas políticas, no exentas de violencia sobre todo verbal, los indígenas han logrado que el Estado se defina en el art. 1 de la Constitución como plurinacional. Esta definición no es otra cosa que el reconocimiento de la realidad o del hecho de que en el territorio del Ecuador coexiste con la mayoría mestiza alrededor de trece naciones, o nacionalidades indígenas como prefieren autodenominarse, amparados en el reconocimiento que la constituyente de 1998 hiciera de su derecho a denominarse según ellos decidan.

No he de enfrasarme en la dilucidación de lo que ha de entenderse por noción o nacionalidad, ya que ni siquiera en Europa, lugar de origen del término, han podido ponerse de acuerdo. Lo que no debemos dejar de anotar es que cualquiera que sea el concepto, la verdad es que todos coinciden en reconocer a la nación como sujeto portador de una cultura propia lo que va desde la cosmovisión y creencias religiosas, la forma de organizarse social y políticamente hasta los términos de relacionarse con la naturaleza para extraer de ella sin degradarla o destruirla, sino más bien enriquecerla, lo necesario para su vida, de los suyos y de la comunidad, con respeto del derecho de las futuras generaciones.

Habida cuenta de que coexisten, en el mismo espacio físico varias naciones, o lo que es lo mismo varias culturas, lo obvio es que han de comunicarse entre ellas. Si esa comunicación es con el reconocimiento, expreso o implícito, de que es un diálogo de iguales, no para imponerse una o algunas ellas invocando su calidad de superiores respecto de las otras, sino para respetar recíprocamente la identidad de todas y, con esta previa admisión de la diversidad, realizar un proyecto con el aporte de todas y en beneficio de todas y de todos los miembros de ellas, creo que, solo entonces, podemos hablar de una comunidad intercultural.

Tampoco he de detenerme en el análisis de las condiciones económicas, sociales y aun políticas que se requieren para que la igualdad pase de la

retórica a la cotidianidad y para que entonces sea realidad la comunidad intercultural.

Sin entrar a discutir con los antropólogos, sostengo que una de las manifestaciones de la cultura es la forma en que las comunidades culturales se organizan social y políticamente que, a su vez, comprende quiénes y cómo ejercen la autoridad, cómo y cuándo mantienen la convivencia pacífica de sus miembros entre sí y de todos con la autoridad; en esto, como en otras materias que no viene al caso analizar ahora, hay diferencias entre lo que sucede en los pueblos y las nacionalidades indígenas con lo que ocurre en el Estado.

Por cierto, en la vida de los pueblos y nacionalidades indígenas no reina la anarquía, y no reina porque todos actúan conforme a reglas que son conocidas y respetadas por todos; tampoco hemos de caer en la ingenuidad o hemos de exigir con torpeza que las relaciones interpersonales en ellos sean siempre y en todo armoniosas; lo real es que también entre ellos hay individuos que se apartan de las reglas de convivencia pacífica y, por lo mismo, hacen falta autoridad y procesos para resolver los conflictos interindividuales y los de los individuos con la comunidad y con la autoridad, y todo esto tienen las colectividades indígenas.

De lo que he podido conocer acerca de las culturas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, estas cuentan con instituciones políticas y sociales que compiten en generosidad con las instituciones del Derecho y de la sociedad mestiza. Para confirmar esta afirmación bastaría analizar la institución

del huiñachisca, en la familia, o de la minga, en materia laboral y de solidaridad, y por esa vía podríamos prolongar la referencia a otras instituciones relacionadas con el matrimonio, la convivencia social, etc.

“Nosotros (los mestizos) tributarios como somos de la organización política de Europa continental y, en algunas materias, de los Estados Unidos de América, y herederos del Derecho romano germánico les hemos impuesto, según dice Luis Macas con lucidez y profundidad que perturba y duele, la terminología de la que somos tributarios y herederos y lo que no es sino continuación del colonialismo; con buena voluntad antes que perversidad, queremos que las instituciones, reglas y formas de resolver sus conflictos de los indígenas no sean sino la reproducción de las que, con dificultades, el Estado ha adoptado y así buscamos, con no inocente soberbia, la equivalencia de los conceptos, categorías, clasificaciones e instituciones “nuestras” en el Derecho indígena, propio o consuetudinario y en cuanto no los encontramos les negamos el derecho a existir, en una especie de etnocidio no doloso, pero no por eso no culposo”¹⁵.

Obligados a respetar la Constitución, más allá de lo que acaso pensaron los constituyentes, debemos reconocer, en las leyes y en la vida cotidiana, a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas la función jurisdiccional y, en ejercicio de ella, la facultad de resolver los conflictos internos

¹⁵ KOROVKIN, Tanya.- “Comunidades Indígenas”, pág. 17

mediante la aplicación de las normas y procesos vigentes en su Derecho propio; a esto se puede llamar “justicia indígena”.

4.2.1.4. La función jurisdiccional de la Autoridad Indígena

Tres cuestiones previas debemos resolver antes de analizar lo que es la justicia indígena y estas cuestiones son: primera, autoridad indígena es aquella persona, grupo de personas o colectivos a quienes la respectiva comunidad, pueblo o nacionalidad reconoce como tal, por haber sido designado de acuerdo con sus tradiciones ancestrales.

Debemos estar claros que los indígenas nombrados por el Estado para un cargo cual quiera de los previstos en el Derecho estatal, como fiscales, miembros del Consejo de participación Ciudadana y Control Social, etc. son funcionarios del Estado, si se prefiere son indígenas en funciones de estatales y no autoridades indígenas.

A la inversa, las autoridades estatales no son competentes para aplicar el Derecho indígena, propio o consuetudinario y si alguien se excediera en sus atribuciones y lo hiciera, no por eso se constituye en autoridad indígena, sigue siendo autoridad estatal incompetente para aplicar el Derecho propio de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas; más cuando, dentro de sus competencias la autoridad estatal (sea o no juez) tuviera que aplicar la ley estatal a una persona o colectividad indígena deberá proceder de conformidad con el art. 344.e) del Código Orgánico de la Función Judicial y, en

consecuencia, apreciar los hechos e interpretar la norma “interculturalmente” y para el efecto.

Segundo, los linchamientos con los que los vecinos de un barrio, recinto o anejo, etc. se hacen justicia, por si mismos, cansados de la delincuencia que los azota y decepcionados de la incompetencia de los jueces y policías del Estado; es tos son simple y llanamente linchamientos al margen, por igual, del Derecho estatal y del Derecho propio de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, y sin que haya precedido decisión judicial o decisión de la autoridad indígena.

Tercero, es cierto que en el Estado liberal primitivo, el único capacitado para crear derecho era el Estado; pero ni entonces, la forma de hacerlo era única o idéntica en todos los que se constituyeron a raíz de las revoluciones del siglo XVIII, no era igual el Estado constitucional de derecho que se organizó en los Estados Unidos de América y el Estado de derecho legal que prevaleció en Europa continental, ni fue lo mismo el Common Law del primero y el derecho escrito de es la última. Asimismo, no son del todo iguales las clasificaciones en todas las familias del Derecho conocidas y mucho menos las categorías y conceptos que usan a diario para la creación, ejecución y aplicación de las normas que, en cada país, integran el Derecho positivo. ¿Podríamos decir que Estados Unidos de América no tiene Derecho porque no tiene Derecho del trabajo, como tenemos nosotros?

En el moderno Estado social y democrático de derecho, o “constitucional de derechos y justicia”, como prefiere identificarse el Estado ecuatoriano, los creadores de Derecho objetivo son múltiples interna e internacionalmente, esto es lo que ha dado ocasión para que lúcidos estudiosos del fenómeno jurídico en el mundo contemporáneo propongan la re conceptualización del Derecho que comprenda al Derecho estatal junto a otras normas jurídicas; se atreven a sostener, con el respaldo de los hechos, que “el pluralismo jurídico es una característica universal de la organización social”, y que, para su estudio, distinguan el pluralismo clásico propio de las sociedades coloniales y poscoloniales, como la nuestra, y el nuevo pluralismo jurídico, muy extendido en las sociedades industrializadas.

En la justicia indígena intervienen, en primer lugar, la autoridad que frente al conflicto es un tercero, interesado en restablecer la armonía en la colectividad, perturbada por el conflicto y no en satisfacer sus intereses propios de la autoridad, ni los de una de las partes solamente; en segundo lugar, la víctima de los actos u omisiones que han infringido las reglas de la convivencia armoniosa o pacífica; y, tercero, el responsable de los actos u omisiones dañosos. No hay, pues, justicia por propia mano.

Ya hemos dicho que la autoridad es aquella a la que la comunidad, pueblo o nacionalidad le reconoce su condición de tal; esta puede ser un individuo, un grupo o una colectividad mayor. Con arreglo a la cultura comunitaria de los indígenas, la autoridad, a veces, es toda la comunidad, pueblo o nacionalidad

que, más que dictar la decisión, interviene para juzgar el acierto o el desacierto, la equidad o desproporción de la decisión, etc., y para estimular al arreglo, la conciliación de la víctima y del culpable, y para forzar a la solución equitativa de los perjuicios causados por los actos u omisiones dañosos.

El Derecho propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas no conoce las clasificaciones del Derecho estatal y, por lo mismo, aunque la autoridad llamada a conocer los diferentes conflictos no siempre es la misma, ni las reglas aplicables son iguales en todos los casos, la distinción no obedece a las clasificaciones y categorías del Derecho estatal. Por esto resultan violatorias de la autonomía indígena las pretensiones de dejar a las autoridades indígenas los conflictos que a juicio del legislador estatal son de menor cuantía y sustraer de ellas las que juzga de mayor importancia.

Todos los conflictos, cualquiera sea la materia y cualquiera la importancia son de competencia de la autoridad indígena, salvo aquellos para los que la misma autoridad indígena competente decline su competencia y la remita al juez estatal.

El juzgamiento, si así hemos de llamar, al ejercicio de la función jurisdiccional por la autoridad indígena no es arbitrario; sigue un proceso en el que los interesados tienen todas las oportunidades de hacer valer, en igualdad de condiciones, su derecho; el proceso es público, mucho más que el estatal, puesto que, con frecuencia, la comunidad no es el convidado de piedra, como en los procesos ante los tribunales del Estado, sino que tiene participación

activa y, a veces, protagónica. Lourdes Tibán, Raúl Ilaquiche, Raúl Llasag y otros, con mejores conocimiento de la realidad, han detallado los procesos en los que se juzgan las causas de los indígenas, e incluso demuestran que las fases de este proceso, lo mismo que los derechos, obligaciones y cargas de las partes, en el proceso, son tales que las asimilan, sin mayor dificultad, con el debido proceso constitucional.

Lo que también caracteriza al proceso indígena, en materia penal sobre todo es la participación de la que nosotros llamaríamos víctima, al extremo de que la solución del conflicto no culmina si es que ella no está satisfecha, aunque para moderar sus pretensiones y persuadirla está presente la comunidad que actúa, según ya hemos dicho, como interesada en el restablecimiento de la armonía y, en términos nuestros diríamos, preocupada por el triunfo de la equidad.

A diferencia del rol que en la justicia indígena siempre se le otorgó a la víctima, solo en la Constitución actual, la de 2008, se la toma en cuenta y esperamos que el Derecho procesal le reconozca el papel que las más modernas corrientes del pensamiento jurídico le otorgan.

4.2.1.5. Justicia indígena y Estado

La Constitución, de modo expreso, manda que las autoridades del Estado, las que llama autoridades públicas, han de respetar las decisiones de la autoridad indígena en ejercicio de la función jurisdiccional, lo que tiene innumerables consecuencias; al menos he de destacar que eso significa que sus decisiones

son definitivas, que ninguna autoridad puede revisarlas o incumplirlas, lo que jurídicamente requiere decir que otra autoridad, juez o tribunal debe abstenerse de volver a juzgar el caso, pues de hacerlo violaría el art. 76.7.i) que prescribe que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma cusa y materia” y que en materia penal so conoce como el non bis in ídem.

Esta norma constitucional está correctamente recogida en el art. 344. c) del Código Orgánico de la Función Judicial; esperemos que se lo respete en la práctica y no presentemos el espectáculo, triste para quienes nos importa la imagen internacional del Ecuador, de que mientras la opinión pública internacional respaldaba al juez Poveda que, en Cotopaxi, aplicó este principio, en el ámbito nacional al mismo juez se lo perseguía y se pretendía sancionarle por la misma decisión que en el extranjero se le aplaudía.

El mandato del art. 171, inciso 2o. de la Constitución quiere decir también que las autoridades estatales han de prestar a la autoridad indígena la colaboración necesaria para que las decisiones de esta sean cumplidas.

La misma Constitución prescribe que la Asamblea Nacional, como órgano legislativo, ha de dictar una ley para establecer “los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”; o sea que mediante ley, y solo mediante ley, debe delimitar la competencia entre estas dos jurisdicciones, a la vez que ha de fijar la forma como han de colaborar y cooperar para bien del país. Pero no es que la ley sea necesaria para investir de jurisdicción y fijar la competencia de la autoridad

indígena; esta jurisdicción y competencia están reconocida en la Constitución y, por tanto, la ley tan solo fijará los límites, pero, mientras no los fije la ley, la autoridad indígena conocerá cuanto juzgue, según su Derecho propio, que es de su competencia.

Por esta razón juzgamos acertado el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial que prescribe que “Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido”¹⁶.

Echamos de menos, tanto la autoridad que ha de resolver el conflicto de competencias y los criterios o parámetros con arreglo a los cuales ha de hacerlo, y aunque el primer vacío puede ser llenado por el art. 436.7 de la Constitución, que faculta a la Corte Constitucional dirimir los conflictos de competencia, el segundo vacío tan solo puede ser llenado por la ley que prevé la misma Constitución.

El Art. 171 de la Constitución de la República señala un tope o límite al Derecho propio o consuetudinario y a la autoridad indígena; este límite son los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los instrumentos internacionales sobre la materia. El control para que se respete este límite compete a la Corte Constitucional.

¹⁶ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.- Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 345

En virtud de esta norma, cuando una de las partes del conflicto resuelto por la autoridad indígena, en ejercicio de su función jurisdiccional y con la aplicación del Derecho consuetudinario, considerara que se han violado sus derechos reconocidos constitucionalmente, puede apelar para ante la Corte Constitucional, la cual, de comprobar que efectivamente hay tal violación, declarará sin valor la decisión de la autoridad indígena, que no podrá invocar a favor de su decisión el Derecho propio o consuetudinario. Los derechos humanos que la autoridad indígena debe respetar son así los que se hallan enunciados en el texto constitucional, lo mismo que los que consten en los instrumentos internacionales.

4.2.2. LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA.

4.2.2.1. Naturaleza jurídica.

“Jurisdicción (del latín iurisdicio, «decir o declarar el derecho») es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes.

Uno de los principales rasgos de la potestad Jurisdiccional es su carácter irrevocable y definitivo, capaz de producir en la actuación del derecho lo que técnicamente se denomina cosa juzgada.

En sentido coloquial, la palabra "jurisdicción" es utilizada para designar el territorio (estado, provincia, municipio, región, país, etc.) sobre el cual esta potestad es ejercida. Del mismo modo, por extensión, es utilizada para designar el área geográfica de ejercicio de las atribuciones y facultades de una autoridad o las materias que se encuentran dentro de su competencia; y, en general, para designar el territorio sobre el cual un Estado ejerce su soberanía¹⁷.

La jurisdicción entonces, se entiende como el imperio del estado para solucionar problemas particulares haciendo uso de la exigencia de la Ley y el Derecho. Por lo tanto ese imperio o potestad a fin de que se ejecute está encargada a una entidad propia del estado; en nuestro caso la Función Judicial, otorgándole lo que se denomina potestad jurisdiccional. Es decir, el estado le otorga a la Función Judicial la facultad de imponer la norma jurídica para resolver un conflicto particular cuyo objetivo final es lograr la convivencia jurídica o restaurar el orden quebrantado.

La jurisdicción y competencia ordinaria, también se llama fuero común.

“Es la jurisdicción principal en razón de la amplitud de su radio de acción, de su labor permanente y del rol que cumple en la tarea de administrar justicia en el país. Tiene sus propios principios, objetivos y características así como su

¹⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci3n>

organización, previstos y propuestos por la Constitución del Estado y de su Ley Orgánica. Está representada, pues, por el Poder Judicial”¹⁸.

En pocas palabras la jurisdicción ordinaria es lo que entendemos como la acción de la Justicia a través de la Función judicial; ya que esta es la que se cumple y se acepta más ampliamente por parte de los ecuatorianos.

Los principios que más identifican a esta jurisdicción, son los de unidad y exclusividad y el de independencia.

“Efectivamente, la jurisdicción ordinaria concentra todas las especialidades de la labor Jurisdiccional, a diferencia de lo que acontecía en décadas anteriores. Precisamente por mandato de la Constitución, no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente o separada del Poder Judicial”¹⁹

Como sabemos la Función Judicial a través de su Corte Nacional y Cortes Provinciales, ejercen la función de administrar justicia; ya que así lo manda la Constitución de nuestro país; y en la práctica es como se evidencia. Sin embargo, desde mi punto de vista, la función judicial no ha cumplido en forma efectiva su función de administrar justicia ya que los procedimientos en que funda su accionar han dejado de surtir los efectos deseados, como disminuir los actos delictivos, o solucionar los conflictos entre vecinos. Por ello es que desde nuestra cosmovisión andina el pueblo indígena considera que la justicia

¹⁸ <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst1.html>

¹⁹ <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst1.html>

debe basarse en una cuestión de equidad, de salvar al individuo de un comportamiento alejado de las buenas costumbres.

La jurisdicción indígena, al igual que la jurisdicción ordinaria, es la acción de la justicia a través de los órganos encargados, que en el caso de la justicia indígena se trata de las comunidades indígenas a través de sus cabildos; jurisdicción que está reconocida y otorgada por la Constitución de la República; por lo que la actuación de la justicia indígena y su vigencia, es perfectamente legal; obviamente que como en todo acto existen límites hasta donde puede actuar la justicia indígena dentro de su jurisdicción.

Al respecto sabemos que:

“En lo que respecta a los límites de la jurisdicción indígena serán las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas quienes ejercerán funciones jurisdiccionales (potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), dice la Constitución y serán ellos quienes fijen los límites de su actuación y el proceso o procedimiento como el camino por el cual debe transitarse para materializar el debido proceso y la garantía de la defensa de los derechos; la solución de los conflictos no debe ser contraria a la Constitución ni a los derechos humanos, no puede haber trato inhumano, cruel o degradante amparándose en normas de la justicia indígena. No hay pena de muerte, aunque en algunas nacionalidades tengan esta como parte de sus

castigos dentro de sus tradiciones. Todo va de acuerdo con la costumbre y procedimiento de la cultura en que se vive. Eso es norma²⁰.

Entonces, reconocidas como están las autoridades indígenas; y, sabiendo vigente constitucionalmente su actuación jurisdiccional; los límites de la actuación de la justicia indígena, vienen dados por las mismas autoridades, pero siempre dentro de las costumbres de cada comunidad indígena.

Es decir que aquí se hace uso exclusivo del derecho consuetudinario, el cual aunque no esté escrito, viene siendo utilizado de generación en generación; y es este uso continuado lo que establece un límite primario.

Ya posteriormente, se debe considerar otro límite importantísimo que viene dado en forma definitiva por la misma Constitución, cuando nos establece que la actuación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en uso de sus costumbres, viene dado dentro de la misma comunidad, por lo que es importante saber, que en el caso de la justicia indígena se hará uso de la misma solamente dentro de nuestras comunidades.

4.2.2.2. La justicia indígena como un tipo especial de jurisdicción y competencia.- De manera general he podido explicar cómo se estructuran y funcionan las comunidades indígenas, dejando la cuestión jurídica para tratarlo con un poco más de profundidad, más adelante.

²⁰ Cerda Grefa, Flabio Félix.- COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS PARA APLICAR JUSTICIA INDÍGENA A UN NO INDÍGENA EN CONFLICTOS INTERNOS DENTRO DE LOS TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS, USFQ, 2011, Pág. 32

La comunidad es en realidad una familia ampliada, formada a partir de las diversas relaciones y alianzas familiares de carácter político, social o económico, realizada por varias generaciones, las mismas que han desarrollado su particular visión sobre la vida, que determina hasta la actualidad sus formas de organización, ejercicio autoridad y administran justicia.

"¿Qué es la comunidad para nosotros, los indios?...se dé una palabra no indígena, pero que es /a más cercana a lo que queremos decir, la comunidad indígena es geométrica, por oposición al concepto occidental. No se trata de una definición en abstracto... No se entiende una comunidad solamente como un conjunto de casas con personas, sino de personas con historia pasada, presente y futura, que no solo se puede definir concretamente, físicamente, sino también espiritualmente en relación con la naturaleza toda. Pero lo que podemos apreciar de la comunidad es lo visible, lo tangible, lo fenoménico... Quiere decir que cuando hablamos de organización, de reglas de principios no estamos refiriéndonos solo al aspecto físico y a la existencia material de los seres humanos, sino a su existencia espiritual, a sus códigos éticos , e ideológicos, y, por consiguiente a su conducta política, social, jurídica, cultural, económica y civil..."²¹

Para occidente la comunidad es únicamente una suma de individuos, es decir, tiene connotación aritmética, una simple asociación de personas. Para los

²¹ KOROVKIN, Tanya.- "Comunidades Indígenas", pág. 138

pueblos indígenas la comunidad comprende las relaciones interpersonales que en ellas desarrollan, los procesos de recreación cultural, el "mantenimiento y creación de sus instituciones, sus visiones cosmogónicas, valores y prácticas sociales y espirituales. Estas características me permiten entender la dimensión indígena del control social en las comunidades, como el mecanismo de vigilancia permanente que posibilita la Continuación de un sistema de convivencia propio de un Determinado conjunto social.

El control social representa la práctica social de participación que permite mantener su identidad cultural y la estructura política, jurídica y administrativa. No es un organismo especializado a la manera occidental. Es un proceso de un grupo social cohesionado, que se constituye en una unidad (sujeto colectivo) en el que la cultura es el elemento cohesionador, la existencia de reglas o normas bajo las cuales se preserva la tranquila convivencia, aceptadas libremente por los integrantes de ese mismo sujeto colectivo, configura una entidad o instancia que vigile el cumplimiento de dichas normas de interés tanto particular como común.

Ahora bien, un hecho histórico innegable es la existencia de pueblos con altos grados de organización social y política existieron en América Latina, anteriores a la llegada de los españoles al continente americano. En nuestro país, pueblos como los Otavalo, Panzaleo, Puruhua y Cañari son pueblos que tenían sistemas de autogobierno político y consecuentemente un sistema jurídico, existente antes de la existencia del actual Estado. Con la expansión del imperio

Inka, desde el sur de nuestro continente avanzó a las tierras del norte, es decir a lo que hoy es el Ecuador, muchos de los pueblos originarios trastocaron de manera importante por esta poderosa presencia cultural y política, sus estructuras político-administrativas, que obviamente influyo en las nociones jurídicas

El debate sobre la existencia del Estado Nación y sobre una realidad ecuatoriana diversa cultural y étnica, ha trascendido la idea de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos; que consistía con respecto a los pueblos indígenas en aspectos estrictamente puntuales y a veces hasta folclóricos. El debate ha avanzado de tal manera que los Pueblos Indígenas son entendidos como entes históricos poseedores de todo un aparataje social, político, jurídico particularizado y distinto elevado inclusive al nivel Constitucional. Este proceso implica también la existencia de sistemas jurídicos de los pueblos indígenas distintos que convive con el sistema jurídico formal-estatal.

En este sentido se han intensificado los esfuerzos por describir los sistemas normativos y procedimentales, del Derecho que poseen estos pueblos y que difieren del Derecho positivo y de las formas normativas de autoridad y de procedimiento del Estado. El Derecho Positivo en nuestro país ha sido a lo largo de los años de constitución del Estado nacional la única expresión válida, incuestionable y suprema, y los valores sociales que en él se protegen, como las únicas aceptables y lógicas.

En nuestro país la supremacía del Estado sustentado en una nación homogénea, como la forma de organización social, ha sido la base de este Derecho, es por ello que sus instituciones son las únicas encargadas de crear, aplicar y modificar su Derecho positivo, sin embargo históricamente en nuestro continente, antes de la presencia colonial y del Estado nación, se generaron formas diversas de organización social y política, estructuradas con una visión particular del mundo y la sociedad, con normas, valores, y esquemas conceptuales distintos. Estas concepciones, instituciones y prácticas jurídicas existen y están vigentes y gozan de gran prestigio en la actualidad en la población indígena.

Existe entonces una estrecha vinculación entre cultura y Derecho ya que estos dos aspectos van determinándose mutuamente en un proceso histórico y social, como podemos apreciar en la siguiente cita;

"Los antropólogos han explorado también la relación entre derecho y cultura, viendo al primero como constitutivo de las prácticas culturales y definido, a su vez, por la cultura....En consecuencia analizar el sistema legal de una sociedad brinda una manera de comprender sus sistemas de valores y órdenes normativos fundamentales. El derecho define identidades tales como las de ciudadano y criminal, y establece reglas de ordenamiento social...Lo que es y hace el derecho es el resultado de los complejos procesos sociales..."²²

²² TIBAN Lourdes, Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, IWGIA, 2004, pág. 12

En este sentido afirmar que sociedades distintas poseen cada una su concepción del Derecho es de elemental lógica; en nuestro caso, por ejemplo para la sociedad mestiza por su gran influencia y herencia europea, el Derecho debe ser escrito, basado en leyes emanadas de órganos competentes, además de cumplir con formalidades previstas en las mismas leyes; y sus normas e instituciones actúan fundamentalmente en defensa de los individuos. Para las sociedades indígenas por su parte el Derecho no es escrito sino oral y sus normas e instituciones se rigen por la costumbre sustentada en lo colectivo como visión primigenia, aunque incorporando al individuo en el marco de la comunidad.

En nuestro país el Derecho consuetudinario ha tomado relevancia debido a las reivindicaciones de los pueblos indígenas que exigieron el reconocimiento de sus propios sistemas de justicia y porque la Constitución del 98 incorpora al Derecho consuetudinario, como Derecho indígena. A partir de estos hechos se han desarrollado varios conceptos y definiciones vinculando al debate, la administración de justicia indígena y el Derecho Indígena, así por ejemplo:

"El Derecho consuetudinario es el Derecho que los pueblos van creando por soluciones que dan a los problemas" y a los conflictos que se les presentan, la creación está a cargo de las mismas autoridades que resuelven los problemas; Es Derecho las resoluciones y los

argumentos en que ella se fundamentan las unas y otras, pueden ser recogidas en documentos escritos...”²³

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, encaminada a la convicción que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de la ley está amparada por el Derecho consuetudinario. Sin embargo, la costumbre, a más de suplir los vacíos legales, puede llegar a derogar una ley siempre que ésta sea inconveniente o perjudicial.

El Derecho consuetudinario es un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso etc.) y es propio de sociedades sin Estado, o que simplemente operan sin referencia del Estado.

En base a lo anterior emito un ejercicio de definición que nos permita aproximarme al derecho indígena; El Derecho Consuetudinario Indígena es el sistema jurídico basado fundamentalmente en la costumbre, que es el resultado de la convivencia bajo esquemas culturales, espirituales y filosóficos

²³ ILICACHI Raúl, Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en el Ecuador Estudio de Caso, Quito. 2006, Pág. 11

propios de las sociedades dinámicas, preexistentes a la instauración de los actuales Estado y actuales; y que regula todos los aspectos de la convivencia permitiendo el orden y el mantenimiento la sus particulares formas organización social.

A pesar de que se ha avanzado en la definición en cuanto al Derecho consuetudinario vinculando al Derecho que practican los pueblos Indígenas, no se ha explicado aún, por qué se ha realizado esta abstracción entre el Derecho Consuetudinario en general y el Derecho indígena.

Es evidente que las sociedades indígenas cuentan con un sistema de autoridades, normas y procedimientos que rigen y ordenan su convivencia en todo los ámbitos de su vida y que permiten el mantenimiento del orden, aunque la noción de orden tal vez no sea similar a otras sociedades, han estado en vigencia y han tenido validez y han logrado eficacia sin ser escritas, ni estar codificadas como lo está el derecho positivo estatal.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. El reconocimiento constitucional en la codificación de 1998 y en la Constitución del 2008.

El artículo 191 inciso cuarto de la anterior Constitución reconoció a las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia para la resolución de los conflictos suscitados en el ámbito de sus comunidades, mediante la aplicación de sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre en concordancia con las disposiciones constitucionales y legales. La norma determinó la necesidad de expedir una ley que armonizara esta potestad con la estatal; la ley, sin embargo, no ha llegado a dictarse.

Bien ha expuesto Trujillo que en este inciso se contenían cinco disposiciones, cada una con identidad propia: “Relacionó cada una con diversos reconocimientos o consecuencias: 1. que la autoridad indígena puede ejercer funciones de justicia, pero a diferencia de la autoridad estatal, que aplica derecho estatal, aquella se sustenta en el derecho propio o consuetudinario; 2. la potestad entregada a la autoridad indígena no nace del Estado, sino de la comunidad, consecuencia lógica del artículo 84.7, que reconoció el derecho de estos pueblos para conservar y desarrollar su formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad; 3. las autoridades de los pueblos indígenas son competentes para resolver los conflictos internos de la comunidad, que son aquellos que afectan o “amenazan romper” la armonía o las formas de vida de la comunidad (nacionalidad); 4. La

necesidad ineludible de dictar una ley de armonización para que los ámbitos estatal y de los pueblos indígenas converjan y se complementen.”²⁴

En la “Constitución de Montecristi”²⁵ la concepción de este derecho colectivo es distinta. En primer lugar, ya no se trata de una excepción al principio de unidad jurisdiccional, como lo era en la anterior carta política. Y ello puede deducirse fácilmente al contrastar los términos justicia ordinaria como aquella que se identifica con lo estatal (léase función judicial) y justicia indígena. En segundo término, hay una referencia expresa a la aplicación de estas funciones dentro de un ámbito territorial (se va más allá del término comunidad). Finalmente, se hace alusión expresa al control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas, cuestión que demuestra la necesidad de hacer compatible un orden jurisdiccional considerado por la Constitución ecuatoriana como autónomo, con los preceptos de ella.

Para Trujillo, la definición del Estado ecuatoriano como pluricultural en el artículo 1 de la anterior Constitución “le ha llevado a concluir que en el país conviven diversos ordenamientos jurídicos que están sujetos, no obstante, a una organización común”.²⁶ “También ha advertido que el reconocimiento fue tímido, porque -a su juicio- el constituyente de 1998 pudo ir más allá e incorporar, de una vez por todas, el término “plurinacional” como seña de una

²⁴ TRUJILLO, Julio César.- Administración de justicia indígena, UASB, 2009; p. 94

²⁵ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Artículo 171.

²⁶ TRUJILLO, Julio César.- “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, en Fernando Flores Giménez, coord., *Constitución y pluralismo jurídico*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004, p. 14.

identidad que es consustancial al país”.²⁷

Es evidente que esta postura se inscribe en el plano de la doctrina del pluralismo jurídico, la cual destaca que el Estado no es la única fuente de producción normativa, y que rescata -en el caso particular que se está analizando- como seña de identidad de los pueblos indígenas la existencia de un derecho autónomo y ancestral, el cual representa un quiebre con “la lógica alienante de la juridicidad abstracta de la modernidad”.²⁸

Algunos han sostenido que la propia Constitución ecuatoriana, al denominar al Estado como constitucional de derechos y justicia, propugna la existencia de otros sistemas de derechos, que conviven con el estatal y son igualmente válidos. Así, junto a la administración de justicia ordinaria (o la que incumbe a los órganos jurisdiccionales estatales), coexisten otros sistemas de resolución de controversias, que son resueltos por otros estamentos que no integran el poder judicial.

En los términos defendidos por Trujillo, “la adopción del pluralismo jurídico implica no solamente reconocer la existencia de un derecho propio, de carácter ancestral y consuetudinario (aunque no por ello de carácter estático)”²⁹.

Si el Estado admite esta fórmula, también debe garantizar a los pueblos

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, Alcalá de Guadaíra, Sevilla, Editorial Mad, 2006, p. 181.

²⁹ *En Justicia indígena en el Ecuador*, pp. 12-18; “Administración de justicia indígena”, pp. 94-104; “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, pp. 16-24.

indígenas el derecho a resolver controversias suscitadas en el ámbito de sus comunidades, mediante la aplicación de aquel derecho, y sus autoridades deben respetar aquellas decisiones. Pero, ya con el vigente marco constitucional, el Estado ecuatoriano finalmente debería modificar radicalmente la organización misma del poder para garantizar a los indígenas el pleno ejercicio de sus derechos ancestrales.

La convivencia de dos sistemas jurídicos parece, como el solo enunciado lo dice, una cuestión peligrosa para la unidad del Estado. ¿Cómo llegar, entonces, a resolver la paradoja? Por un lado, es imposible negar la existencia de una realidad de interculturalidad (si no quiere utilizarse el término plurinacionalidad); por otro, tampoco puede desconocerse que, a momentos, la aplicación del derecho propio de los pueblos indígenas, sobre todo en lo concerniente a la resolución de conflictos propios, parece desdibujarse cuando quienes promovieron un reconocimiento más amplio de ese derecho en la Asamblea de Montecristi (concretamente, el presidente de la República) hoy critican fuertemente la aplicación de la justicia indígena.

También es necesario preguntar si derecho indígena equivale a sistema jurídico. La definición de lo que es un sistema jurídico depende, en gran medida, del enfoque metodológico que se utilice, como de la noción de norma que el intérprete utilice. Es evidente que muchos de los elementos que pueden considerarse tradicionales están presentes, de distintas formas, en cada sistema. Y también es indiscutible que no todos los sistemas jurídicos son

homogéneos. Cada uno tiene normas, instituciones y procedimientos; pero lo definitorio, a efectos de considerarlo ya en un plano ontológico, es determinar si esas normas, procedimientos e instituciones constituyen un conjunto debidamente articulado y coherente, que se identifica con categorías conceptuales plenamente identificables.

Una de las críticas más acerbas al pluralismo jurídico radica en que no distingue, adecuadamente, los límites entre lo jurídico y lo social. De esta forma, cualquier ordenamiento puede asumirse como ordenamiento jurídico; sus definiciones -en especial la de derecho- son imprecisas y vagas y, a la larga, los pluralistas terminan, paradójicamente, en donde empezaron y de donde querían rápidamente partir: el monismo jurídico liberal. En el tema que se está estudiando, hay que decirlo, las más de las veces los conceptos jurídicos se confunden con nociones culturales y sociales. Y sin negar que ello sea posible -al final de cuentas, el derecho es un producto social-, hay que advertir del peligro que representa asignar, a cualquier sistema de normas, las características de un sistema jurídico.

Por ello, es preciso coincidir con Fernando de Trazegnies en que “si bien es inevitable aceptar la convivencia de múltiples ordenamientos jurídicos, el pluralismo jurídico no puede representar una especie de desorganización axiológica, social y jurídica; mucho menos, una especie de conservación de fueros o multiplicidad de derechos según cuantas comunidades existan. Se requiere, por tanto, adoptar una visión posmoderna del pluralismo jurídico, la cual proclama

la necesidad de conservar la unidad jurídica del Estado, pero con la flexibilidad suficiente para permitir la integración de la diversidad y el rescate del derecho consuetudinario.”³⁰

En la realidad multiétnica del Ecuador, el camino de la integración no debería estar trazado por una superposición de ordenamientos jurídicos, ni por una aparente competición entre derecho estatal y derecho indígena. Muy sensata -y se la acoge- es la senda propuesta por Enrique Ayala, que sugiere la construcción de un derecho común de todos los ecuatorianos, que incorpore las especificidades propias de los pueblos indígenas, y que acopie, en sus principios y disposiciones, aquellos elementos culturales de raíz indígenas que nos son comunes, pues, si las instituciones del Ecuador no son capaces de incorporar la diversidad de culturas y prácticas jurídicas, entonces no son ecuatorianas, estamos fracasando como país.

Trujillo ha sostenido que al derecho indígena no le son aplicables las mismas categorías que al derecho ordinario. Desde la anterior Constitución se ha reconocido, dice, la existencia de un derecho que crea soluciones a los conflictos, conforme estos se presentan dentro de la comunidad. A este derecho es ajena la distinción entre normas de derecho sustantivo y adjetivo, propia del derecho tradicional o estatal, entendiéndose más bien por derecho indígena al conjunto de disposiciones que la comunidad indígena, reunida en asambleas o cabildos, determina han de regir para resolver los conflictos

30 “Postmodernidad y pluralismo jurídico”, en *Iuris Dictio*, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año III, No. 5, p. 33.

comunitarios, y para ello, la comunidad es la que determina “lo que es correcto, socialmente malo o inconveniente”. Al ser consuetudinario, no es un derecho escrito; por lo demás, al tomar en cuenta las costumbres de la comunidad, es por ello respetado por esta.

“Por último -y es puntal esencial en la doctrina del profesor Trujillo-, las autoridades de los pueblos indígenas tienen potestad para resolver toda clase de conflictos en el ámbito de sus comunidades, ya que por conflicto interno ha de entenderse cualquier conducta u omisión que amenace con romper o de hecho altere “la armonía o las formas de vida y valores que la identifican con la nacionalidad” Se trata, así, de una competencia que se ejerce en razón de las personas y esporádicamente en razón del territorio.”³¹

El tratamiento de este tema no es, se insiste, pacífico, y desde ya se advierte también aquí una confrontación de posiciones. Defender la existencia de un derecho consuetudinario propio de cada comunidad, conlleva a afirmar que hay tantos sistemas jurídicos como grupos indígenas; derecho consuetudinario que, como ya se dijo, no distingue entre normas sustantivas y procesales, y que sería aplicable a todo conflicto que se suscite en la comunidad, en el que puede estar involucrado cualquier persona que se halle dentro de esta, sin que sea necesariamente indígena. Otra corriente, de carácter intercultural, sostiene que la administración de justicia por parte de las autoridades de los pueblos indígenas alcanza únicamente a aquellos conflictos de carácter intracomunitario

31 Cfr. “Administración de justicia indígena”, *ibíd.*, p. 95.

(relativos a la vida misma de la comunidad, a su convivencia pacífica), y que es, por lo tanto, aplicable únicamente a los miembros que la integran (indígenas), excluyéndose de esta competencia a otras personas que no pertenezcan a la comunidad, para quienes rigen las disposiciones del derecho estatal.

Lo que concernía al legislador en 1998, y le corresponde también hoy con la Constitución de 2008, es compatibilizar ambos sistemas de administración de justicia (el indígena con el estatal), pues decía el artículo 191 de la anterior Carta Política, como el artículo 171 de la vigente, el ejercicio de esta potestad ha de conciliarse con la propia Constitución y la ley. Últimamente -se dijo ya- existe una reticencia incluso por parte de las esferas del poder estatal, especialmente del Ejecutivo; quizá porque ello podría suponer una especie de cesión de espacios de poder público.

Sin que estos enfrentamientos y manifestaciones desde el poder Ejecutivo (que no pueden calificarse de jurídicas estrictamente, desde luego) dejen de tener su importancia, es preciso retomar la importancia de encontrar la tan ansiada conciliación o imbricación entre este derecho fundamental de los pueblos indígenas y la potestad del Estado para administrar justicia, respetándose siempre el derecho a la igualdad de todos los ecuatorianos. Claro que hoy parece más complicado llegar a esa tan ansiada ley, sobre todo porque la Constitución de Montecristi amplía, sin duda alguna, el espectro de aplicación de la justicia indígena, cuando se refiere, por ejemplo, a territorio en vez de comunidad.

En todo caso, es preciso encontrar en primer lugar un límite externo, que pro-

híba vulnerar cualquiera de las garantías previstas en la Constitución, sobre todo en temas tan delicados y complejos como, por ejemplo, el juzgamiento de faltas que comportan infracciones penales. En este punto, no se comparte el pensamiento de Trujillo en cuanto “el conflicto interno abarca, igualmente, la imposición de sanciones para castigar delitos tipificados en el Código Penal, y se coincide, en cambio, con Ayala en que admitir esta posibilidad como ámbito de la justicia indígena puede conducir en algún momento a la impunidad del infractor”.³²

En cuanto al límite interno para la aplicación de esta potestad, existen algunos puntos para clarificar. Así, ¿puede generalizarse la aplicación del derecho consuetudinario indígena a quienes no son integrantes de la comunidad?, ¿cómo controlar la regularidad de las decisiones de las autoridades indígenas?, ¿a quién puede considerarse como “autoridad competente” en la comunidad indígena para imponer las sanciones previstas por el derecho consuetudinario de la comunidad? En ambos casos, lo que debe primar es una cultura de diálogo, que permita entender que ambos sistemas de justicia han de coexistir pacíficamente, respetando la forma de vida de cada comunidad, evitando cualquier abuso de la dignidad de la persona en la aplicación de sanciones o medidas. Aquí, es evidente, tendrá un papel estelar la justicia constitucional, la cual es de esperar que no opte por el fácil camino de tomar doctrinas extranjeras sobre la materia y se decante finalmente por construir tesis propias sobre el ámbito y límites de aplicación de la justicia indígena.

³² Cfr. “No existe una justicia indígena paralela”.

4.3.2 Normativa legal ecuatoriana respecto de la justicia indígena como jurisdicción y competencia.

El nuevo Código Orgánico contiene disposiciones que armonizan la actividad de la Función Judicial con los principios y derechos humanos contenidos en la Constitución. Debo destacar el realce que se da a principios como el de responsabilidad del Estado por retardo injustificado, error judicial o negligencia en la administración de justicia; el de acceso universal a la justicia, mediante la eliminación de formalidades y la creación de sistemas como el año de prácticas para obtener el título de abogado el de sencillez de la administración de justicia, ya que sin importar la materia los casos podrán ser presentados con la sola alusión a la norma constitucional.

El nuevo Código Orgánico establece obligadamente la Escuela Judicial. En primera instancia es una obligación de los jueces que se encuentran donde hay población indígena en forma prioritaria.

Además señala sobre las relaciones de la Justicia Indígena con la Jurisdicción Ordinaria: El nuevo Código Orgánico de la Función Judicial recoge un importante avance en cuanto al desarrollo de la relación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria. Partiendo del respeto a la diversidad cultural y la plurinacionalidad, el Código no trata de reglar ni limitar el ejercicio del Derecho Indígena y la Administración de Justicia Indígena, sino que las reconoce como parte de la administración de justicia nacional. La relación entre ambas administraciones de justicia (la indígena y la ordinaria) está basada en

el respeto, no son relaciones jerárquicas. El Código recoge que en caso de control constitucional se deberá dar una lectura intercultural a los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales. Se estipula, además, los principios pro justicia indígena y non bis in idem en relación a la aplicación de la justicia indígena, lo cual aclara las preguntas que jueces y abogados se hacían sobre los problemas de competencia que podrían darse entre la Justicia Indígena y la Ordinaria.

Sin embargo y a pesar que el artículo 171 de la Constitución establece con mayor claridad la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, como dos espacios de administración de justicia y prevé la necesidad de realizar una ley de coordinación y cooperación entre los sistemas jurídicos vigentes en el país, la justicia indígena ha sido minimizada y sus actos se han visto como actos de salvajismo y retrógrados, pese a que los convenios internacionales y la Constitución señalan que constituye un sistema jurídico vigente, es por ello que las funciones Jurisdiccionales de las distintas formas de las autoridades indígenas están establecidas en la Constitución, y en el art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y en otras normativas jurídicas internacionales, serán ejercidas dentro del marco de la norma Constitucional y de conformidad con sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.

Manifiesta entonces que cuando la justicia indígena viola derechos consagrados en la Carta Magna, se puede presentar un recurso extraordinario de protección en la Corte Constitucional (CC). Acerca de este tema, también se

puede presentar en la Corte una acción de competencias, mediante ésta, la CC puede determinar, haciendo un análisis constitucional, cuál de las dos Jurisdicciones (ordinaria o indígena) tenía la competencia para juzgar.

4.3.3. Código de Procedimiento Civil.- El Código de Procedimiento Civil señala respecto de la Jurisdicción:

“Art. 1.- La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”³³.

Genéricamente, la jurisdicción significa Autoridad, Potestad, Dominio, Poder. Conjunto de atribuciones que corresponde a una materia y en cierta esfera territorial. Poder para gobernar y aplicar las Leyes. La potestad para conocer y fallar en asuntos civiles y criminales.

Cabanellas, la define como “Territorio en que un juez o tribunal ejerce su autoridad. Termino de una provincia, distrito, municipio o barrio”³⁴.

³³ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.- Código de Procedimiento Civil, Art. 1

³⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo.- Diccionario jurídico elemental; Editorial Heliasta; 1998; Pág. 220

La jurisdicción es el acto de JUZGAR.- El Diccionario de la Real Academia de la lengua española señala en su parte pertinente: “Territorio en el que el juez ejerce sus funciones”³⁵.

Jurisdicción viene del latín ius-dicere, que significa: “Declaración de derecho”. El tratadista Alcina dice: “Potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver, mediante sentencia las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”³⁶.

El Dr. Rubén Elías Moran Sarmiento, en su Obra Derecho Procesal Civil Práctico, manifiesta: “En sentido lato es la Función de Administrar Justicia, es la soberanía del estado expresada en su justicia, a través de sus jueces y leyes. Los que adquieren jurisdicción- Jueces – o Magistrados, reciben una cuota de ese poder y con su ejercicio administran justicia en nombre de la Republica”³⁷.

La jurisdicción entonces, es la función jurídica legalizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factible de ejecución.

³⁵ www.rae.edu.ec

³⁶ ALCINA.- Manual de derecho civil; 1898; Pág. 345

³⁷ MORAN, Rubén.- Derecho procesal civil práctico; 2007; Pág. 27

El código de procedimiento civil ecuatoriano en el libro primero título primero establece lo relativo a la jurisdicción y del fuero que correlativamente en la sección primera manifiesta sobre la jurisdicción y competencia y su artículo 1.- nos tipifica, la jurisdicción, esto, es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad publica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde tribunales y jueces establecidos en las leyes.

De lo citado podemos manifestar que la jurisdicción es conjunto de facultades que otorga el estado al juez legamente posesionado, para que ejerza facultades de conocer y resolver asuntos civiles, penales, laborales, tributarios, aduaneros, administrativos, y hacer ejecutar lo juzgado, siempre que tenga la competencia constitucional y legal

La jurisdicción tiene algunas características:

Es una función pública, porque es el Estado, hoy el soberano que es el pueblo quien tiene la potestad de administrar justicia, a través de los órganos de la Función Judicial, señalados por la Constitución de la República; de tal modo que estas atribuciones no las tiene las otras cuatro funciones del Estado que son: Ejecutivo, Asamblea Nacional, Función Electoral ni la Función de Control Social.

De tal modo que la jurisdicción es de derecho público y de orden público y solamente la tienen los jueces y tribunales de justicia, aún cuando hay que

señalar que si todos ellos tienen jurisdicción, pero no todos ellos tienen la misma competencia.

Es improrrogable, esto es las partes pueden designar árbitros y mediadores, pero no jueces diferentes; esto es como por ejemplo no podrían designar a un Gobernador de Provincia para que administre justicia;

Es indelegable, pues los jueces no pueden inhibirse y delegar a otro funcionario que no es competente;

La competencia por su parte, se puede entender como una “Contienda. Disputa. Oposición. Rivalidad sobre todo en el comercio y la industria. Atribuciones potestad incumbencia, idoneidad. Actitud. Capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto. Derecho para actuar”³⁸.

Es el límite de la jurisdicción, esto es la medida de distribución entre los diversos órganos jurisdiccionales; y cuya resolución produce el efecto de cosa juzgada.

La competencia está señalada de manera detalla en el Código Orgánico de la Función Judicial señala los siguientes jueces; además hay que señalar que la competencia se divide por materias, por cuantía, por territorio; además se puede perder, suspender la competencia, la misma que puede ser también internacional.

³⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo.- Diccionario jurídico elemental; Editorial Heliasta; 1998; Pág. 78

4.4. LEGISLACION COMPARADA

4.4.1. La jurisdicción especial indígena en Colombia

La Constitución Política De Colombia 1991 en su artículo 88 señala: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”³⁹.

También regulará las acciones populares en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los

³⁹ http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/acciones_populares.html

Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función Jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

“Artículo 228.- La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Artículo 229.- Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Artículo 230.- Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”⁴⁰.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Artículo 248.- Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

Artículo 152.- El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.

Artículo 153.- Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo, y contencioso-administrativas así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

Artículo 154.- El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos.

⁴⁰ http://www.encolombia.com/derecho/Constitucion_Colombia/TITULO_VIII_CAP1,2

Artículo 155.- Ningún tribunal puede abocar el conocimiento de causas pendientes ante otro. Únicamente los tribunales del Poder Judicial podrán solicitar los expedientes ad efféctum videndi.

Artículo 166.- En cuanto a lo que no esté previsto por esta Constitución, la ley señalará la jurisdicción, el número y la duración de los tribunales, así como sus atribuciones, los principios a los cuales deben ajustar sus actos y la manera de exigirles responsabilidad.

4.4.2. La jurisdicción especial indígena en Venezuela.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Capítulo III sobre el Poder Judicial y el Sistema de Justicia, en la Sección Primera: De las Disposiciones Generales, manifiesta en el “Artículo 253.- La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley”⁴¹.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de

⁴¹ http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/gerencia_participacion2.htm

justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio. “Artículo 254.- Se establece la autonomía funcional, financiera y administrativa del Poder Judicial”⁴². A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará al sistema de justicia una partida anual variable, no menor del dos por ciento del presupuesto ordinario nacional, para su efectivo funcionamiento, el cual no podrá ser reducido o modificado sin autorización previa de la Asamblea Nacional. El Poder Judicial no está facultado para establecer tasa, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios.

El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces. Los jueces o juezas sólo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley.

La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente.

⁴² http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/gerencia_participacion2.htm

Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.

“Artículo 256.- Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y la independencia en el ejercicio de sus funciones, los magistrados o magistradas, jueces o juezas, fiscales o fiscalas del Ministerio Público y defensores públicos o defensoras públicas, desde la fecha de su nombramiento y hasta su egreso del cargo respectivo, no podrán, salvo el ejercicio del voto, llevar a cabo activismo político partidista, gremial, sindical o de índole semejante, ni realizar actividades privadas lucrativas incompatibles con su función, ni por sí ni por interpuesta persona, ni ejercer ninguna otra función pública a excepción de actividades educativas”⁴³.

Los jueces y juezas no podrán asociarse entre sí. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

⁴³ http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/gerencia_participacion2.htm

5. MATERIALES Y METODOS

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, referente a la **“SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE JURISDICCION Y COMPETENCIA”**, utilicé el método científico y dentro de él y como métodos auxiliares se utilizará la inducción que intenta obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados. De esta manera pude analizar el problema como parte principal del estudio lo que nos ayudará a realizar un análisis crítico de los aspectos que lo constituyen y lo rodean.

Apliqué además, algunas referencias históricas para lo cual se hará uso del materialismo histórico lo que permitirá conocer los aspectos que encierran la evolución histórica desde los inicios del universo hasta los actuales momentos, para caracterizar objetivamente el tema planteado con la finalidad de entenderlo como un proceso histórico que aún sigue evolucionando en todos sus aspectos.

En lo referente a las técnicas de investigación, utilice, las siguientes técnicas:

Lectura científica.- Para recolectar datos de la bibliografía especializada de una manera objetiva.

Encuestas.- Con esta técnica investigativa obtuve la información mediante un cuestionario de cinco preguntas aplicadas a treinta abogados en libre ejercicio

profesional. La información recogida fue tabulada manualmente para obtener datos estadísticos para verificar la hipótesis planteada.

Con la finalidad de obtener suficiente información que me permita desarrollar el sumario de la investigación jurídica, utilicé la técnica del fichaje, con fichas bibliográficas, hemerográficas y mnemotécnicas.

Recogida toda la información, procedí a analizarla objetivamente mediante tablas y cuadros estadísticos, para verificar los objetivos e hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones y de la propuesta jurídica de reforma.

6. RESULTADOS

6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS

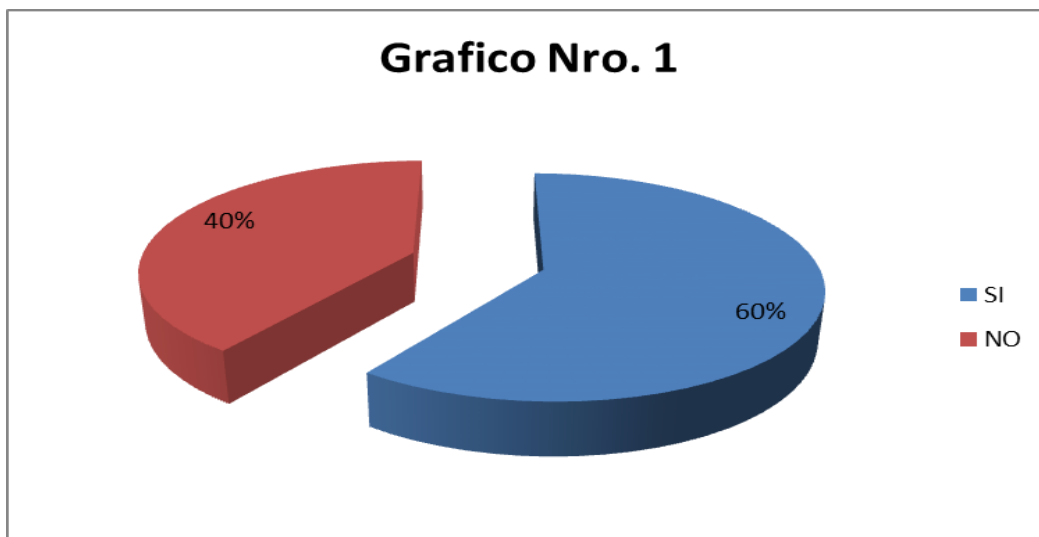
Primera Pregunta.

¿Considera usted que el nuevo ordenamiento jurídico contempla en forma efectiva la vigencia del derecho consuetudinario y la justicia indígena?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	60%
NO	12	40%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Buñay Villa.

Fuente: Población encuestada



Análisis: De las y los 30 profesionales encuestados, 18 personas que representan el 60% respondieron positivamente; mientras que 12 personas que representan el 40%, respondieron que no; es decir que no están de acuerdo.

Interpretación: La justicia como esta hasta ahora es centralizada en el élite de poderes oligárquicos y es necesario descentralizarla, además la Justicia Indígena es una realidad bastante anterior al de la justicia occidental que es amorfa y simbiótica, debemos rescatar y respetar las costumbres de nuestros antepasados, el reconocimiento los derechos humanos de los cuales todos y todas estamos protegidos; las opiniones vertidas en las encuestas da énfasis en que la justicia es para todos, pues todos somos iguales ante la ley, sin distinción de raza, credo, religión, etc. y su reconocimiento permite que todos coexistamos con acuerdos claros, se ha tomado en cuenta como el pueblo y las comunidades hacen justicia a través de sus autoridades, pone a la justicia en las manos del mismo pueblo para que haya disciplina y control desde la comunidad, ya que la costumbre se hace ley y las leyes se basan en los actos consuetudinarios; y, estas fórmulas de aplicación permite que se ahorran tiempo y recursos, y, una vez que consta en la Constitución se convierte por ende en una luz que de igual forma tiene que ser regulada para evitar que en cierta forma se vulneren los DD.HH.

Las personas que han manifestado no estar de acuerdo dicen que la función Judicial es una sola, la justicia, las leyes del estado son una sola, y rige para

todos los ecuatorianos, que la justicia debe darse por igualdad, y no puede dividirse de un lugar a otro, sobre todo este reconocimiento puede mal aplicarse ya la gente indígena puede hacer lo que a bien tenga y no respeten jueces ni magistrados ni derechos humanos ya que puede romperse el principio de todos somos iguales ante la ley.

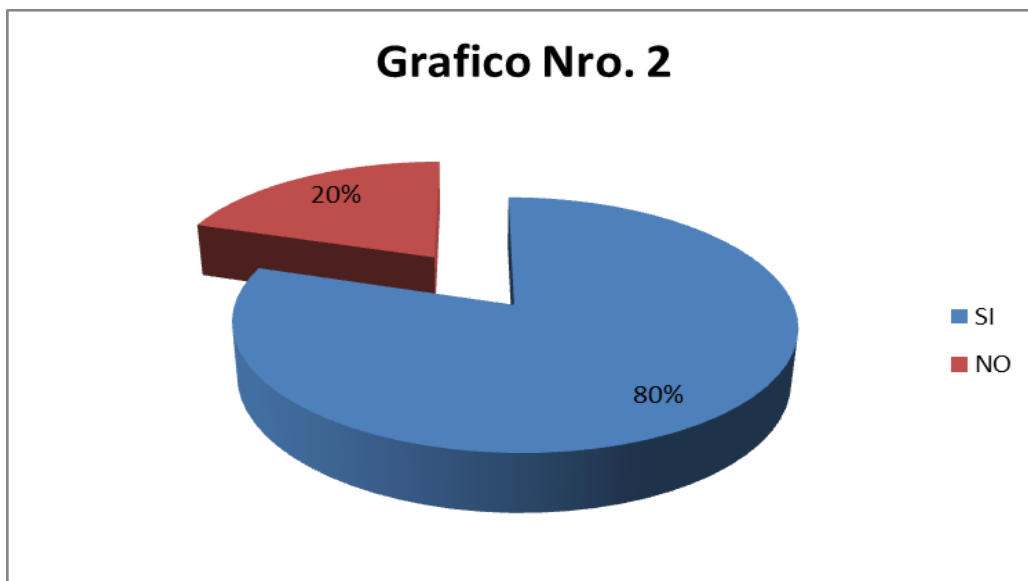
Segunda Pregunta.

¿Según su criterio si la Constitución de la República del Ecuador reconoce plenamente a la justicia indígena, debe también armonizarse otras normas legales que permitan la aplicación eficaz de la norma constitucional?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Buñay Villa.

Fuente: Población encuestada



Análisis: Del universo encuestado el 80 % es decir 24 encuestados respondieron positivamente; y, los 6 encuestados es decir el 20% dicen que no es pertinente.

Interpretación: Es necesaria conocer todos los antecedentes de la justicia indígena , que se reconozca todo el proceso de aplicación de la justicia indígena que están en cada pueblo y nacionalidad, es necesario realizar un estudio minucioso para comprender sus actuaciones y sus relaciones con el grupo social de las que son parte, el estudio doctrinario se debe basar en el pensamiento crítico e instructivo de la comunidad bajo el estudio pormenorizado de las practicas ancestrales que permitirá aplicar de ser posible a nivel nacional, con los cuales se establezcan mecanismos claros que garantice el derecho a la defensa, exista el respeto como seres humanos, a fin de evitar los malos tratos psicológicos y físicos en sus procedimientos, que en la actualidad a pretexto de la supuesta Administración de justicia trasgrede los

principios fundamentales de las personas consagradas en la Constitución, tratados internacionales y leyes nacionales. Este estudio pasa por fijar claramente la jurisdicción, competencia, fijaría los elementos de juicio, las reglas de procedibilidad en la unidad Jurisdiccional, clarifica los contenidos, el esquema y metodologías de aplicabilidad de la justicia indígena, en actos particulares que procederían sobre la justicia ordinaria,

Definiría los niveles de participación no solamente de las autoridades del cabildo, sino también todo criterio que se hace necesario analizar, practicar, probar, para que sea sustentable y se pueda aplicar de manera correcta. Desde nuestra cultura oral se cree urgente y necesario que las reglas deben estar por escrito y publicado para que se pueda llevar a efecto y no realizarlo así solamente porque ellos o ciertas autoridades de criterio sesgado quieran, para que no se permita la utilización política o electorera de estos mecanismos, y no se produzca ambigüedad entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, y que por su aplicación no se permitan formas de corrupción, o cometa las infracciones involuntarias o violar leyes ordinarias

Genera una justicia sin distinciones de ninguna clase, en donde exista doctrina y la normativa para conocer la raíz de cómo para y porque impartir justicia, con equidad para crecimiento.

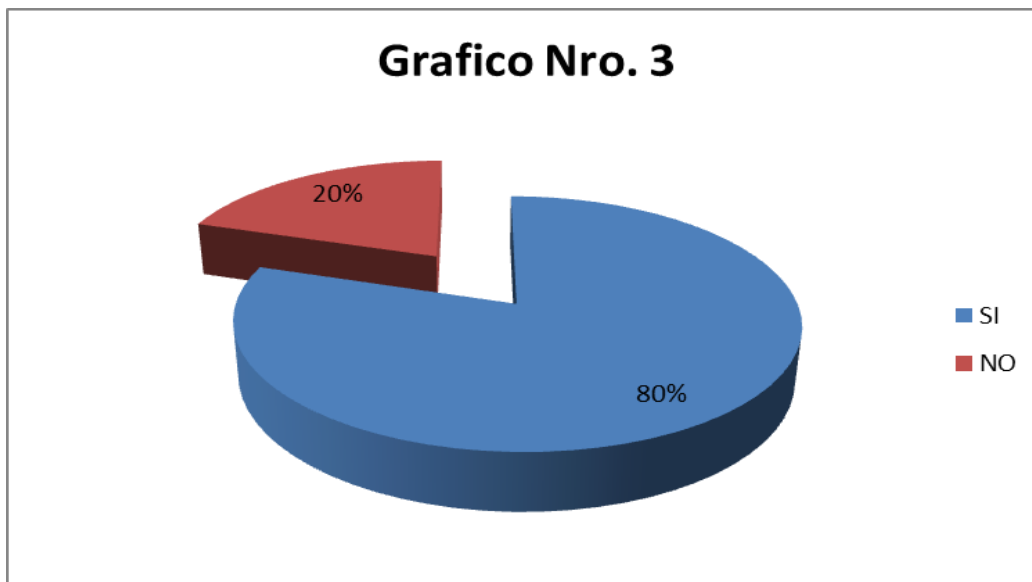
Tercera Pregunta.

¿Considera usted que la justicia indígena constituye una forma de jurisdicción especial?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Buñay Villa.

Fuente: Población encuestada



Análisis: De las y los 30 profesionales encuestados, 24 personas que representan el 80% respondieron positivamente; mientras que 6 personas que representan el 20%, respondieron negativamente

Interpretación: Desde la codificación constitucional de 1998, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha otorgado a las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas el derecho a administrar justicia para resolver conflictos de carácter interno. Tal reconocimiento tiene como antecedente directo el compromiso que el país adquirió al suscribir en Ginebra, en junio de 1989, el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales; en efecto, dicho instrumento señala que aquellos pueblos han tenido -y tienen, cabe decir-justas aspiraciones de “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”⁴⁴.

En la Constitución de Montecristi, la concepción de este derecho colectivo es distinta. En primer lugar, ya no se trata de una excepción al principio de unidad jurisdiccional, como lo era en la anterior carta política. Y ello puede deducirse fácilmente al contrastar los términos justicia ordinaria como aquella que se identifica con lo estatal (léase función judicial) y justicia indígena. En segundo término, hay una referencia expresa a la aplicación de estas funciones dentro de un ámbito territorial (se va más allá del término comunidad). Finalmente, se hace alusión expresa al control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas, cuestión que demuestra la necesidad de hacer compatible un orden jurisdiccional considerado por la Constitución ecuatoriana como autónomo, con los preceptos de ella.

⁴⁴ OIT.- Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo; 1989.

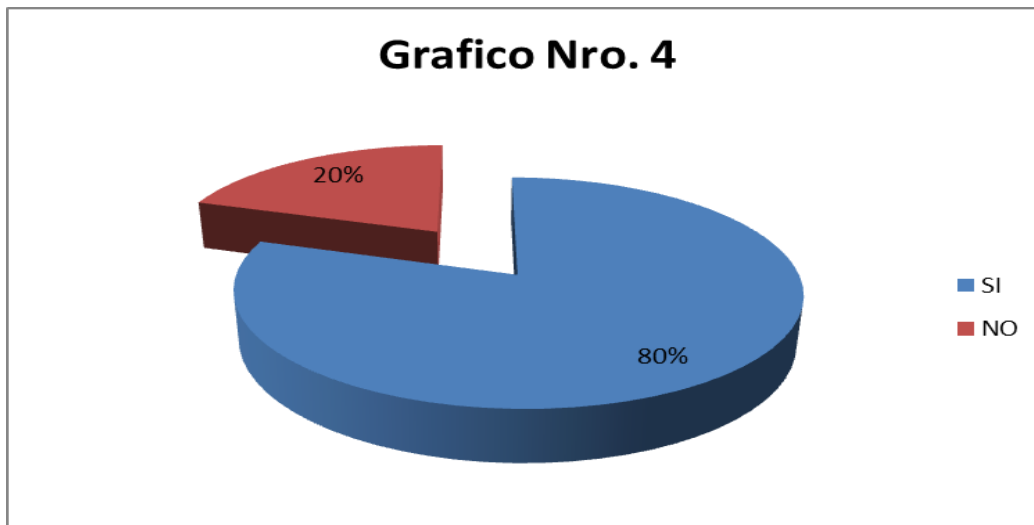
Cuarta Pregunta.

¿Considera usted que al tenor de la norma constitucional respecto de la justicia indígena, la misma también puede considerarse una competencia especial?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	80%
NO	3	20%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Buñay Villa.

Fuente: Población encuestada



Análisis: A efecto de análisis contabilizamos los criterios de las personas encuestadas entonces manifestamos que 90 % es decir 27 personas han

contestado afirmativamente; mientras que solamente el 10% es decir 3 encuestados respondieron a esta pregunta en forma negativa

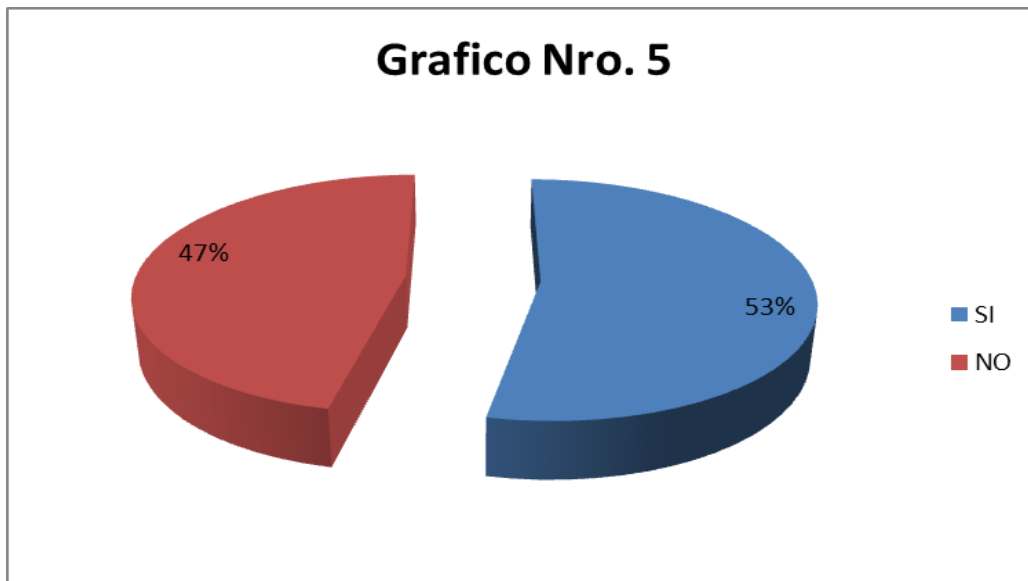
Interpretación: Se debe clasificar su alcance, autoridades, medios de aplicación de la justicia, jurisdicción y competencia, aclarar su procedibilidad. Los encuestados consideran que si ahora se pudiese capacitar al poder judicial desde la cosmovisión indígena que es diversa pero complementaria esta preparación adecuada de todo el personal aportaría para enriquecer y fortalecer la Administración de Justicia a fin de que se cumpla con los principios del debido proceso, su agilidad y eficiencia, relación de equidad en el marco legal.

Quinta Pregunta

¿Considera usted que la falta de una norma específica que regule la vigencia eficaz de la Justicia Indígena como una forma especial de jurisdicción y competencia, ha provocado una aplicación dispersa de la norma constitucional?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	16	53.33 %
NO	14	46.66%
TOTAL	30	100%

Autor: Francisco Buñay Villa. **Fuente:** Población encuestada



Análisis:

A esta pregunta el 53.33 % de los consultados contesta afirmativamente; mientras que un 46.66 % de los consultados contesta negativamente

Interpretación:

De los criterios de los encuestados podemos establecer que es necesario establecer en forma clara la legislación que rige cada aspecto judicial en nuestro país, y que determine que la justicia indígena y el derecho consuetudinario como su base principal, constituyen un tipo de jurisdicción y competencia especial aplicada a lo interno de las comunidades indígenas por jueces primarios que se constituyen en aplicadores normativos; circunstancia que debe regularse.

La pluralidad jurídica es parte de la pluralidad nacional; como hay una concepción occidental del derechos sobre todo desde la concepción germano romanística de la que somos sus fieles seguidores; en donde está el quehacer individualista, está presente en todas sus instituciones; la concepción ancestral de derechos en América son su antípoda en él, se privilegia el colectivismo, por lo que se considera que la justicia indígena es propicia y explicable por si misma, ya que es social colectiva y las sanciones son consensuadas, mientras en el otro ordinario es individual tiene abogados y jueces la ley es ley, y la justicia ordinaria todo queda en sanciones no mira las causas ni la raíz del problema. En la justicia indígena se investiga la raíz del problema con un gran Kunai (consejos de ancianos y más autoridades del ramo, se da sanciones espirituales y sociales).

La comunidad es la responsable de mantener la disciplina, principios y normas, las personas mayores que son ejemplo de vida son los encargados y considerados para impartir justicia; el Consejo de Ancianos.- (Amautas), la palabra.- es la ley, en lo relacionado a derechos y deberes en bienes raíces, y la conducta no inmoral. En la cultura indígena desde el nacimiento se da valores.

Se establecerá Jurisdicción y competencia, jueces con la debida especificación, evaluación de resoluciones, mayores funciones y atribuciones. Capacitación permanente de los administradores de justicia para ser un procedimiento

especial y exclusivo del campesino y garantizar que la ley sea para todos ya que no puede haber dos leyes para un mismo objetivo.

7. DISCUSION

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Los objetivos planteados en el proyecto para la realización de esta investigación se han visto conseguidos en la información teórica y doctrinaria que he desarrollado, así el objetivo general que se refería a:

- Realizar un estudio doctrinario y jurídico del pluralismo jurídico garantizado en la Constitución de la República; con especial consideración al estudio de la justicia indígena como derecho colectivo.

Este objetivo ha sido cumplido con el estudio de la legislación ecuatoriana referente al tema y que consta principalmente en la información doctrinaria en general, en el cual con la ayuda de la opinión de diferentes tratadistas, así como con el análisis personal de la normativa legal existente en nuestro país me ha sido posible dar cumplimiento a este objetivo.

En el inicio de mi trabajo de investigación me planteé cuatro objetivos específicos así:

- 1.- Determinar que la justicia indígena ha existido todo el tiempo desde que han existido las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

2.-Determinar que cada uno de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas mantiene su propio sistema jurídico de administrar justicia en sus respectivas circunscripciones territoriales.

3.- Establecer que han existido casos en las cuales ciertas personas han recibido dos procesos y sanciones, siendo una de ellas por parte de la justicia indígena.

4.- Proponer un proyecto de reforma que viabilice una ley de Coordinación y Cooperación entre la justicia ordinaria y la indígena, cumpliendo con el mandato constitucional.

Como se puede deducir de mi trabajo investigativo, estos han sido cumplidos a cabalidad tanto en el desarrollo de los capítulos con contenido teórico como con la investigación de campo.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Al iniciar mi trabajo de investigación, me propuse la siguiente hipótesis:

- En el Ecuador no ha existido un reconocimiento y garantismo material del pluralismo jurídico ecuatoriano, y no se ha considerado como titulares de derechos colectivos a los indígenas y su administración de justicia, lo cual no ha permitido que sus resoluciones se cumplan y evitar el doble juzgamiento y sanción de los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

Al concluir el trabajo investigativo realizado, puedo corroborar que esta hipótesis es positiva; lo cual se puede comprobar con la información teórica aportada, y con la investigación de campo. Por lo que puedo expresar que en efecto pese a que nuestra Constitución reconozca la existencia de la Justicia Indígena, este reconocimiento no garantiza su vigencia; por lo que es urgente y necesario un ordenamiento jurídico especial al respecto.

8. CONCLUSIONES.

- PRIMERA.- El nuevo Estado Plurinacional requiere cambios en la planificación, diseño y cumplimiento de las políticas públicas y que se replacen los modelos burocráticos que también han vivido las instituciones indígenas.
- SEGUNDA.-El sector indígena deberá propender en primer lugar a concientizar a los miembros de sus organizaciones a luchar por sus derechos, así como a los profesionales del Derecho.
- TERCERA.- Considero necesario y comparto el criterio de varios indígenas y constitucionalistas del país que coinciden en que solamente una norma llamada Ley de Compatibilización impedirá que la justicia indígena choque con la justicia común u ordinaria y será útil para aclarar posibles conflictos sobre la competencia, a la vez se debería iniciar un proceso educativo intenso sobre el tema, para magistrados, policías, jueces, abogados y ciudadanía en general.
- CUARTA.- El reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas y su aplicación, es decir, la jurisdicción indígena, es un hecho de gran trascendencia. No sólo por lo que representa para los pueblos indígenas, sino sobre todo para el propio Estado, ya que rompe con uno de los grandes paradigmas del derecho moderno: el monismo jurídico.
- QUINTA.-Este reconocimiento del pluralismo jurídico es importante, pues reconoce que el fenómeno jurídico no se agota en el derecho estatal y que los

pueblos indígenas poseen una jurisdicción propia, un sistema jurídico que les permite organizar su vida en comunidad y resolver los conflictos que se derivan de la misma.

- SEXTA.-Una de las grandes ventajas de la justicia indígena es que las normas son conocidas por todos, las autoridades, además de ser conocidas, han sido elegidas por la comunidad, no hay costas procesales, lo cual la hace más accesible y asequible, en el proceso no existen dilaciones y se realiza en lengua indígena.
- SEPTIMA.- El Convenio 169 OIT condicionan el ejercicio de la jurisdicción indígena a su compatibilidad con el sistema jurídico nacional y con el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.
- OCTAVA.- Los mecanismos de elección de autoridades indígenas rompen con el paradigma de la democracia liberal representativa; llevada a cabo en Asambleas Comunitarias, con la participación de todos los adultos, hombres y mujeres.

9. RECOMENDACIONES.

- PRIMERA.- Recomiendo que se socialice estos logros alcanzados entre toda la población ecuatoriana, las expectativas y los límites.
- SEGUNDA.- Dentro de un curso de especialización en derecho Procesal deberá existir un módulo con especialidad en Justicia Indígena, para crear razonamientos en la aplicación de una realidad existente mucho más antes que el derecho Positivo.
- TERCERA.-Iniciar un proceso intensivo de información, capacitación y sensibilización del derecho indígena, la aplicación de la justicia indígena sus alcances y límites.
- CUARTA.-El Estado debe garantizar a los pueblos y personas indígenas su derecho al debido proceso legal en sus modalidades habituales: un tribunal constituido con anterioridad, ser juzgados por leyes anteriores al hecho, con defensa privada o proporcionada por el Estado, con respeto a los principios de igualdad procesal y controversia, etc. Es decir, deben gozar del derecho al debido proceso legal como el resto de los habitantes del Estado.
- QUINTA.-El Estado debe garantizar que la población indígena pueda gozar de los derechos en igualdad de circunstancias: acceso a intérpretes, defensores y jueces conocedores de la lengua o cultura indígenas, y en especial estos últimos, deberán tomar en cuenta las especificidades culturales al momento de juzgar a un individuo indígena sobre el hecho lingüístico y cultural que requiere medidas concretas.

- SEXTA.-Se debe concienciar a los pueblos indígenas que existen dos fórmulas para limitar la acción de la jurisdicción indígena, la conceptual (derechos humanos) y la de jerarquía de leyes (Constitución, leyes y derechos fundamentales reconocidos).
- SÉPTIMA.-Las leyes estatales en diversos ámbitos deberán estructurar el reconocimiento de la jurisdicción indígena y coordinar la acción de ésta.
- OCTAVA.-Conminar a las comunidades y pueblos indígenas que apliquen las costumbres jurídicas tradicionales con el más estricto respeto a los derechos humanos individuales universales establecidos en la legislación internacional y nacional, con especial atención a los derechos de las mujeres.

9.1 PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

QUE, el artículo 1 de esta Constitución vigente 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;

QUE, el Art. 82 de la Constitución de la República dentro de los derechos de protección establece el derecho a seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

QUE, es además, indispensable que este nuevo diseño transformador permita romper las barreras económicas, sociales, culturales, generacionales, de género, geográficas y de todo tipo que hacen imposible el acceso a una justicia, efectiva, imparcial, expedita para la defensa de los derechos de toda persona o colectividad, de acuerdo a lo que establecen los artículos 75, 76 de la Constitución de 2008;

QUE, es un deber primordial del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales y desarrollar progresivamente el contenido de los

derechos a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3.1, 11.8;

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 120 numeral 6 de la Constitución vigente, expide la siguiente.

“PROYECTO DE REFORMA AL ART. 3 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL RESPECTO DE LOS TIPOS DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA”.

Art. 1.- A continuación del artículo 3, agréguese los siguientes artículos innumerados que digan:

Art 3.1.- Se observará además con respecto a la justicia indígena los siguientes aspectos:

Jurisdicción indígena.- Constituye el establecimiento y reconocimiento de la justicia indígena teniendo como base el derecho consuetudinario. Esta jurisdicción operara únicamente a lo interno de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; y constituye la aplicación de sus costumbres entre los miembros pertenecientes a dicha comunidad.

Competencia indígena

a) **Material.-** El derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas.

b) Territorial.- la competencia para la regulación del derecho indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, puede haber situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad o pueblo indígena cuyos sujetos o materia son de competencia de los pueblos indígenas dichos casos podrían remitirse a la justicia indígena. Para garantizar el derecho a la propia vida cultural de las personas indígenas comprometidas en la situación que se trate.

c) Individual.- en los casos de indígenas cometieren un delito se les aplicará el derecho que ellos conocen y del cual participan.

Si un tercero no-indígena realiza un hecho dañino contra personas o bienes indígenas dentro del ámbito territorial indígena, en estos casos y en toda situación en general, estos pueden demandar que se vele por sus derechos, y tanto los hechos como el derecho deberían ser interpretados interculturalmente.

d) Colectiva y temporal.- Una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, este no puede ser sometido al derecho o la justicia estatales.

Si por el contrario, una situación o caso hubiese sido visto por el derecho y la justicia ordinaria y luego las partes de común acuerdo quieren someterlo a su propio sistema indígena, ello sería legítimo, debido al reconocimiento legal del derecho indígena.

Art. 2.- A continuación del artículo 3.1., agréguese el siguiente artículo innumerados:

Art. 3.2.- Prohibición de pena de muerte.- Esta ley, no podrá conocer ni sancionar con la pena de muerte, cualquier forma de esclavitud, o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Art 3.3. – Penas crueles y degradantes.- No se considerarán penas crueles, inhumanas o degradantes las que cumplan la función ritual de reincorporación a la comunidad y que no causen para el infractor un sufrimiento, lesión o privación menor que el que le significaría la pena en la jurisdicción ordinaria.

Art.3.- La presente ley entrará en Vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial

Es dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano en la sala del Plenario de la Asamblea Nacional; a los trece días del mes octubre del año dos mil catorce.

LA PRESIDENTA

LA SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA

- Abastos, Manuel G. "Necesidad de una legislación especial indígena", ASUNTOS INDÍGENAS, Perú, Instituto Indigenista Peruano, 1949, núm. 1.
- CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental". Argentina, Editorial Heliasta 1957.
- Informe del relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sistema de las Naciones Unidas en el Ecuador, Grupo Técnico Intergerencial de Interculturalidad.
- TIBAN Lourdes, Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, IWGIA, Quito 2004.
- Manual de Capacitación En Derechos Humanos Individuales Y Colectivos Para Defensores Indígenas. MAGMA,
- Constitución Política del Ecuador, Ediciones Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito actualizada 1998.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Código Orgánico de la Función Judicial, Reglamentos y Legislación Conexa. Quito 2008-2009.
- TIBAN Lourdes, Ilcachi Raúl, Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador, IWGIA-Dinamarca 2004.
- YAMAY PACHA, Asamblea Nacional Constituyente, Contenidos IDESIC, Quito, 2008.

- SANCHEZ Botero Esther, Los derechos Indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador.
- SERRANO César. Módulo I Introducción. Conceptos generales y tendencias constitucionales en América Latina.
- SERRANO César. Derecho Internacional y Pueblos indígenas.
- STAVENHAGEN Rodolfo, derechos humanos y cuestiones indígenas.
- STAVENHAGEN Rodolfo, el Sistema Internacional de los derechos indígenas.
- GARCIA Ramírez Sergio Los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los derechos humanos.
- LASTRA, José Manuel, "Fundamentos de derecho", Ed. Porrúa, México 2005, p.45.
- YRIGOYEN Fajardo Raquel "Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal" Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999. Capítulo IV.2.

BIBLIOGRAFÍA INTERNET

http://es.wikipedia.org/wiki/Doctrina_jur%C3%ADdica Categorías: [Fuentes del Derecho](#) | [Educación jurídica](#)

<http://geocities.com/alertanet4/f2-proy-venezuela.htm>

www.juristas.unam.mx

<http://www.hoy.com.ec/category/3/deportes/> Publicado el 10/Septiembre/2002
Diario HOY.

Manual de capacitación en derechos humanos individuales y colectivos para defensores indígenas. Pg. 3 y 4.

¹ <http://html.rincondelvago.com/metodo-comparativo-constante.html> Análisis del Método Comparativo Constante. Richard W. Grove. Universidad estatal de Pensilvania. Traducción de Freddy, Rodríguez

11. ANEXOS

ANEXO 1: MODELO DE LA ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Por lo que he planteado el tema de mi tesis: **“SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE JURISDICCION Y COMPETENCIA”** En tal virtud requiero de su valioso aporte que me servirá de insumo para concluir mi trabajo investigativo.

ENCUESTA

1. **¿Considera usted que el nuevo ordenamiento jurídico contempla en forma efectiva la vigencia del derecho consuetudinario y la justicia indígena?**

Sí

No

¿Porque?.....

.....

2. ¿Según su criterio si la Constitución de la República del Ecuador reconoce plenamente a la justicia indígena, debe también armonizarse otras normas legales que permitan la aplicación eficaz de la norma constitucional?

Sí

No

¿Porque?.....

...

3. ¿Considera usted que la justicia indígena constituye una forma de jurisdicción especial?

Sí

No

¿Por

qué?.....

4. ¿Considera usted que al tenor de la norma constitucional respecto de la justicia indígena, la misma también puede considerarse una competencia especial?

Sí

No

¿Porque?.....

.....

5. ¿Considera usted que la falta de una norma específica que regule la vigencia eficaz de la Justicia Indígena como como una forma especial de jurisdicción y competencia, ha provocado una aplicación dispersa de la norma constitucional?

Sí

No

¿Por

qué?.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO 2: PROYECTO DE TESIS

1. TEMA.

“SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE JURISDICCION Y COMPETENCIA”

2. PROBLEMA:

Con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, se otorga un reconocimiento trascendental a los derechos colectivos de las nacionalidades indígenas y reconoce a las autoridades de los pueblos, que se autodefinen como nacionalidades indígenas, la facultad de ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario.

En virtud del reconocimiento de derechos, pueden determinar libremente su condición política y persiguen en forma libre su desarrollo económico, social y cultural, por tanto los pueblos indígenas en ejercicio de su libre autodeterminación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales. Asimismo, sin perder el derecho de igualdad y dependiente del Estado, uno de los derechos establecidos es el sistema jurídico indígena, tradición ancestral o derecho

propio, que permite el control social y el ejercicio de la autoridad en las jurisdicciones indígenas.

El sistema jurídico indígena en la concepción del Estado Constitucional de derecho, intercultural y pluricultural, nos permite afirmar la existencia de un sistema jurídico indígena y por ende de la práctica de la administración de justicia de acuerdo a la tradición ancestral o derecho propio.

En el Art. 171 de la Constitución de la República, establece la plena vigencia del pluralismo jurídico en el Ecuador, y por lo tanto garantiza que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por todas las Instituciones y autoridades del Estado sin especificar.

Consecuentemente, en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas del derecho, unos sujetos a derecho positivo y otros basados en el derecho propio o consuetudinario, éste último debido a la presencia de varios pueblos y nacionalidades indígenas, para ello es necesario tener presente normas jurídicas como son la propia Constitución de la República, Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo y pese a que su existencia está legalmente reconocida, existen vacíos que impiden o retardan su reconocimiento y aplicación; tal es el caso de la falta de reconocimiento expreso del tipo de jurisdicción al que pertenece la justicia indígena en el derecho procesal civil por lo cual hoy generalizan los

casos; materia que en la práctica constituye norma supletoria en todos los casos.

El Código de Procedimiento Civil en su Art. 3 determina los tipos de jurisdicción legalmente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, dentro de los cuales no se hace mención a la jurisdicción indígena; aspecto que propicia confusión al momento de realizar un juzgamiento ya que no se señala en forma expresa el tipo de jurisdicción y competencia de que goza la justicia indígena, circunstancia que debe reformarse urgentemente, con las competencias claras.

En la jurisdicción indígena existen jerarquía de autoridades, para hacer cumplir y vigilar el sistema jurídico ancestral; cuyas ejecutorias se basan en el consejo, la palabra, las cláusulas de aseguramiento, la vergüenza pública y en la reincorporación del sujeto infractor en la comunidad y como fin último, lograr y mantener la paz social, la armonía y el equilibrio.

3. JUSTIFICACIÓN

Las transformaciones que se han operado, a nivel social y político, en nuestro país, están estrechamente relacionadas con los procesos de movilización de los pueblos indígenas. Ello ha hecho que dichos pueblos hayan estado al centro de la agenda social y política en diversos asuntos y la exigencia de convocatoria de un espacio de transformación jurídica del Estado, cual se pretendía que fuese la Asamblea Constituyente.

Sin embargo en este ámbito, uno de los problemas más álgidos de la relación pueblos indígenas – Estado, ha sido el tema de la justicia indígena, la cual si bien es cierto se aplica en diversa forma en las distintas comunidades indígenas, requiere tener una mínima norma procesal que impida los excesos y por lo tanto garantice el reconocimiento de los derechos constitucionales de las personas.

La Investigación que me propongo desarrollar constituye un problema jurídico de trascendencia social y política en nuestro medio que marca su importancia jurídica para su análisis, estudio, y su consecuente transformación para garantizar los derechos de las personas dentro del ámbito de la aplicación de los derechos colectivos.

Mi proyecto de tesis intitulado: “SE DEBE REFORMAR EL ART. 3 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, INCLUYENDO A LA JUSTICIA INDIGENA COMO UN TIPO ESPECIAL DE JURISDICCION Y COMPETENCIA”, es factible de desarrollarlo como tema de investigación porque es un problema de la realidad social y jurídica que tiene pertinencia académica, actualidad y que está vigente en nuestro derecho positivo.

La problemática que pretendo investigar, encuentra su justificación social, jurídica y académica en los siguientes aspectos:

Socialmente, es común enterarnos a diario de situaciones que ponen en grave conflicto la convivencia social debido a la aplicación de la justicia indígena; a

través de acciones que constituyen y forman parte intrínseca de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y que lejos de constituirse en una agresión o un acto de barbarie, más bien se traducen en acciones purificadoras. Sin embargo esta circunstancia depende de la forma en que se observe y se considere las tradiciones indígenas en poblaciones, comunidades y autoridades no indígenas; lo cual sin lugar a dudas debido a la falta de normas legales expresas genera discordia entre grupos diversos.

En el ámbito jurídico, mi proyecto de investigación se justifica por cuanto debemos considerar, que la justicia indígena se encuentra reconocida expresamente por la Constitución de la República del Ecuador; y, también en el Código Orgánico de la Función Judicial; sin embargo nos hace falta contar con un reconocimiento expreso que nos permita ubicar a la justicia indígena en un tipo de jurisdicción especial que permita aplicar el derecho consuetudinario en la práctica jurídica.

En el ámbito académico; de acuerdo a la problemática planteada, la presente investigación jurídica, previa a la obtención del Título de Abogado; se enmarca dentro de los parámetros del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja; trabajo cuya elaboración me permitirá profundizar en un nuevo campo del derecho, que en nuestro país no ha convocado al estudio de muchos tratadistas; por lo que me permitirá poner en práctica la formación académica e investigativa inculcada por nuestra Universidad.

Estimo cumplir con todos los requisitos establecidos en la reglamentación vigente y por lo tanto me considero apto para presentar, elaborar y exponer mi tesis de investigación.

4. OBJETIVOS.

4.1. OBJETIVO GENERAL.

Realizar un estudio doctrinario y jurídico de la Constitución de la República del Ecuador; Código Orgánico de la Función Judicial; y, Código de Procedimiento Civil, respecto de la justicia indígena como derecho colectivo.

4.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS.

1.- Determinar la existencia y vigencia de la justicia indígena desde tiempos antiguos al interior de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

2.- Establecer el procedimiento mínimo generalizado que cada una de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas mantiene como forma de administrar justicia.

3.- Determinar el tipo de jurisdicción y competencia que en la práctica tiene la justicia indígena.

4.- Proponer un proyecto de reforma que viabilice la inclusión de la Justicia Indígena como un tipo de jurisdicción y competencia especial, determinando en

forma específica el procedimiento que en estos casos debe seguir la Autoridad que conozca este tipo de casos.

5. HIPÓTESIS.

En el Ecuador no ha existido un reconocimiento y garantismo material del pluralismo jurídico ecuatoriano, y no se ha considerado dentro de los tipos de jurisdicción y competencia a la justicia indígena; circunstancia que no ha permitido que Autoridades indígenas puedan ejercer dichos aspectos; por lo que sus resoluciones no siempre se cumplen.

6.- MARCO TEÓRICO.

En los últimos años, los Estados latinoamericanos y el ecuatoriano en particular han consignado una serie de normas jurídicas para la “protección” de derechos de los pueblos indígenas. Se trata de una serie de normas y políticas de Estado; que pretenden permitir la inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras estatales.

Frente a la construcción del sistema de dominación estatal, los pueblos indígenas plantearon la propuesta del Estado plurinacional. El Estado plurinacional es una propuesta que rompe la hegemonía del Estado-nación, disputa el monopolio de poder de la clase capitalista y de la oligarquía, sectores privilegiados que han creído siempre ser los *constructores* de la nación.

Las transformaciones que se han operado, a nivel social y político, en el Ecuador de las últimas dos décadas, están estrechamente relacionadas con los procesos de movilización de los pueblos indígenas. Ello ha hecho que dichos pueblos hayan estado al centro de la agenda social y política en asuntos como la demanda territorial, los planteamientos de recuperación de recursos estratégicos para el país y la exigencia de convocatoria de un espacio de transformación jurídica del Estado, cual se pretendía que fuese la Asamblea Constituyente.

No obstante, dichas políticas han situado en el debate del escenario nacional el tema de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución del Estado. En ella, el Estado ecuatoriano reconoce el ejercicio de derechos colectivos y la existencia de la justicia indígena, insisto sin límites.

Para el caso que aquí nos ocupa es importante señalar, además, que pese al reconocimiento constitucional de la justicia indígena, varios son los inconvenientes que se han presentado, principalmente derivados del ejercicio ancestral en el juzgamiento mismo; aspectos que no son bien concebidos por la justicia ordinaria y que han llevado a la presencia de un grave roce entre ambos sistemas.

Circunstancia que se sigue agravando, tomando en consideración que a pesar del reconocimiento de la justicia indígena en el orden constitucional y como estructura jurisdiccional, todavía existen normas jurídicas que no se han avocado a este reconocimiento, tal es el caso de la clasificación que nuestro

sistema procesal realiza de la jurisdicción, en donde específicamente en el Art. 3 del Código de Procedimiento Civil, no se reconoce en forma alguna a la justicia indígena.

Como bien señala la enciclopedia virtual Wikipedia: *“La jurisdicción (del latín iuris dictio, «decir o declarar el derecho») es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes. Uno de los principales rasgos de la potestad jurisdiccional es su carácter irrevocable y definitivo, capaz de producir en la actuación del derecho lo que técnicamente se denomina cosa juzgada”*⁴⁵.

Esta definición nos conlleva a entender a la jurisdicción como la autoridad de aplicar la normativa legal dentro de un espacio determinado el cual se establece en base a un asunto específico.

Al respecto el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil, determina:

*“La jurisdicción esto es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y juezas y jueces establecidos por las leyes”*⁴⁶

⁴⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci%C3%B3n>

⁴⁶ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Civil, Art. 1

Según la definición constante en la norma legal que antecede, por la jurisdicción se confiere el poder de administración de justicia a quienes investidos del cargo de jueces, pueden ejecutar las normas legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Para corroborar esta definición adoptada por nuestra legislación, señalo a JOAQUIN ESCRICHE; quien en su Diccionario Jurídico define a la Jurisdicción como:

“El Poder o Autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hayan revestidos los jueces para administrar justicia, sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a la leyes”⁴⁷.

Clara como está la definición de jurisdicción, corresponde hacer constar que como cualquier institución jurídica esta jurisdicción tiene una naturaleza jurídica propia que determina su vigencia y existencia legal, a saber:

Un criterio orgánico, al considerar que el fundamento de la jurisdicción está en la aplicación de la ley por parte del Poder Judicial. Este criterio hoy en día se ve restringido porque también el Poder Ejecutivo, por ejemplo con un acto de determinación como es la Notificación para el pago de multa por incumplimiento de deberes formales, y el Poder Legislativo a través de un Juicio De Responsabilidades, aplica leyes.

⁴⁷ <http://www.monografias.com/trabajos71/jurisdiccion-competencia/jurisdiccion-competencia.shtml>

Un criterio formal; en el que se encuentra la esencia de la jurisdicción buscando la presencia de las partes que tienen un litigio. Quienes al incitar al órgano jurisdiccional través de la acción, la pretensión y la demanda hacen que el Estado cumpla su labor jurisdiccional, y para ello requieren de una tercera persona, el juez. Entonces, la naturaleza estaría en la actividad que realiza un tercero imparcial, quien debe resolver el conflicto de las partes. Este tercero debe resolver el conflicto en una serie de actos llamado técnicamente: proceso y a este conjunto de actividades se llama procedimiento para determinar quien tiene la razón.

Por esto se desecha este criterio, porque toca otras instituciones, como ser el proceso, el procedimiento, haciendo que nos salgamos del ámbito jurisdiccional.

Y, finalmente un criterio funcional, considerando que es de contenido amplio encontrar materia jurídica sobre la base de la función. La naturaleza de la jurisdicción no es más que, según este criterio, restablecer el espíritu social y legal cuando existe un litigio (se dice así en materia civil) o un conflicto (en materia penal) Por tanto la jurisdicción cumple una función integradora del Derecho, porque cuando el juez aplica la ley no está aplicando a ciegas y, no aplica sin razonar, sino, tiene que pensar para aplicar al caso concreto.

Al realizar esa actividad de aplicar la ley al caso concreto le está añadiendo un valor agregado a la norma. Por eso la jurisdicción cumple una función integradora.

El juez sustituye la función de raciocinio que cumplen dos sujetos en juicio. Es decir el juez está razonando por los dos, al valorar las pruebas y al emitir la sentencia.

Por eso se dice que la jurisdicción, aparte de aplicar, integra la ley. Cumple un papel de sustitución, es decir realiza una actividad enteramente funcional; cosa que no está la de asuntos indígenas.

Chiovenda señala que *“la función pública sustituye a la actividad particular, al litigio de estas dos personas, el demandante y el demandado”*⁴⁸.

Calamandrei, dice que *“la jurisdicción cumple una actividad funcional de garantía que el demandante busca en el juez. Espera que este tercero imparcial vaya aplicar la ley correctamente. Es decir garantiza los derechos que puedan alegar cada uno de estos ciudadanos”*⁴⁹.

Finalmente, tan funcional es la actividad jurisdiccional que no puede desarrollarse si no existe persona que tenga una potestad que se llama acción traducida en una pretensión; y, que se materializa a través de una demanda (en materia civil) o querrela (en materia penal); caso que en la justicia indígena generaliza todo tipo de problema.

⁴⁸ Acuña Chopitea, Álvaro, "Exposición del sistema procesal en materia de asuntos indígenas", PERÚ INDÍGENA, Lima, Instituto Indigenista de Perú, 1963, Vol. 10, núms. 22, 23.

⁴⁹ Acosta Saignes, Miguel, "Los indígenas y la ficción jurídica", BOLETÍN INDIGENISTA, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1956, Vol. 16, núm. 3B.

Si no existe este ciudadano demandante no empieza a funcionar este tercero imparcial (juez). De ahí los aforismos latinos “Nemo iudex sine actore”, No puede actuar el juez si no hay demandante y “Nemo procedat juri ex officio”, el proceso no puede caminar de oficio, dependiendo del caso.

Acotando a este concepto por demás claro de jurisdicción, tenemos la institución jurídica de la COMPETENCIA.

Señala el inciso final del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil; que la competencia es: *“la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”*⁵⁰

La competencia es entonces un concepto por demás relacionado con la jurisdicción, sabiendo que la competencia no es sino una medida en que actúa la jurisdicción.

Posteriormente nuestro Código de Procedimiento Civil, en su Art. 3, que como he venido señalando constituye la base fundamental de la presente investigación; determina las clases de jurisdicción; a saber:

*“...La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional”*⁵¹

⁵⁰ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Civil, Art. 1

⁵¹ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código de Procedimiento Civil, Art. 3

Como podemos observar se clasifica a la jurisdicción en siete tipos diferentes cada uno con sus propias naturalezas.

Sin embargo, y, pese a que como he manifestado tantas veces la justicia indígena se encuentra plenamente reconocida en la Constitución y demás leyes; surgen muchas dudas como: ¿La justicia indígena constituye un tipo de jurisdicción?; y, de ser así: ¿Qué tipo de jurisdicción constituye la justicia indígena?; o, ¿No constituye ningún tipo especial y determinado de jurisdicción y forma parte de los diversos tipos ya establecidos?

Todas estas interrogantes son las que constituyen la base fundamental de esta investigación; ya que a las mismas no se ha dado ninguna respuesta y se sigue considerando a la justicia indígena como un apéndice de la justicia tradicional, en donde solamente se ejercen actos de tradición y cultura, mas no juzgamientos de los cuales sus sanciones y efectos sean legalmente reconocidos; llegando incluso a nombrar por ejemplo fiscales indígenas, quienes en realidad imparten justicia ordinaria; por lo que no tiene ningún sentido su nombramiento como autoridades indígenas.

Por ello la presente investigación va dirigida a dotar de una base procedimental jurisdiccional a la Justicia Indígena que contemple entre otras cosas, a qué tipo de jurisdicción corresponde la justicia indígena; y, el ámbito o competencia en el que se desenvuelve; incluiré también en la reforma que se presente la determinación de competencias de las autoridades indígenas; y, la relación del derecho estatal y el consuetudinario lo cual no pretende en ningún momento

sustituir al Derecho Indígena aplicado en las comunidades; sino más bien rescatar un derecho reconocido constitucionalmente.

7. METODOLOGÍA.

7.1 MÉTODOS

En el proceso investigativo que me propongo desarrollar esta orientado por el método científico como método general del conocimiento que permite el desarrollo teórico, empírico y técnico de la investigación científica como elemento fundamental para el análisis y resolución del objeto de estudio propuesto en el presente proyecto.

Método Inductivo y Deductivo.- Aplicando los métodos de la inducción y de deducción nos permiten partir de lo particular a lo general y de lo general a lo particular para extraer criterios, conclusiones preferentes y fundamentales para el desarrollo de la investigación.

Método Bibliográfico.- Permite el acopio de información necesaria para el desarrollo de la investigación.

Método descriptivo.- Permite describir y analizar todo el acopio teórico científico y empírico para su sustentación.

Método Histórico.- Que nos permitirá el análisis de los antecedentes históricos del tema en estudio

Método Hermenéutico.- Nos servirá para interpretar la norma para establecer los alcances y limitaciones.

Método Dogmático.- Consiste en el análisis de las normas legales relacionadas con el problema, además de opiniones de tratadistas y estudios del derecho societario

Método Dialéctico.- Describe y analiza científicamente los problemas aplicados al tema de estudio.

7.2 PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Entre las técnicas que se van a utilizar en el presente proceso investigativo tenemos:

1. La observación, la misma que permite obtener datos a través de la supervisión de las acciones del elemento central de la investigación.
2. El análisis, que consiste en reflejar el trabajo investigativo, con los datos debidamente recopilados, procesados y presentados en cuadros estadísticos.
3. El fichaje, que permite recoger información ordenada de textos relacionados con el tema en estudio a través de fichas.
4. La encuesta, misma que mediante cuestionario dirigido a treinta personas entre abogados en libre ejercicio, fiscales de asuntos indígenas; presidentes de cabildos, dirigentes de organización de segundo grado; y, miembros de comunidades indígenas de mi localidad,

por medio del cual obtendré información para verificar objetivos y contrastación de hipótesis.

5. Realizaré estudios de casos sobre el tema planteado.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

ACTIVIDADES	TIEMPO	AÑO 2012				AÑO 2013																			
		DICIEMBRE				ENERO				FEBRERO				MARZO				ABRIL				MAYO			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Problematización		■																							
Elaboración del Proyecto		■	■																						
Presentación y aprobación del Proyecto				■	■																				
Recolección de la información bibliográfica						■	■	■																	
Investigación de campo.										■	■	■	■												
Análisis de la información														■	■	■	■								
Elaboración del informe final																		■	■	■	■				
Sesión Reservada																						■	■		
Defensa Pública y graduación																								■	

9. PRESUPUESTO

9.1 Recursos Humanos:

Director de tesis: Por designar

Investigador: Francisco Buñay Villa.

Población a investigar:

- Abogados en libre ejercicio de la profesión.
- Fiscales de Asuntos Indígenas
- Autoridades de Cabildos y miembros de comunidades indígenas
- Corporación Zula- Comunidad Totoras.

9.2. RECURSOS MATERIALES:

MATERIALES	COSTO EN DÓLARES
Computadora (alquiler)	100
Materiales de Oficina:	
Suministros de escritorio	60
Otros	20
Compra y Copias de textos, revistas, boletines, etc.	100
Internet	50
Transporte y subsistencias	400
Impresión y empastados de tesis	120
Imprevistos	200
TOTAL	_____ 1.080 USD.

9.2 Financiamiento.

El financiamiento del presente trabajo será realizado con recursos propios del investigador.

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Abastos, Manuel G. "Necesidad de una legislación especial indígena", ASUNTOS INDÍGENAS, Perú, Instituto Indigenista Peruano, 1949, núm. 1.
- Acosta Saignes, Miguel, "Los indígenas y la ficción jurídica", BOLETÍN INDIGENISTA, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1956, Vol. 16, núm. 3B.
- Acuña Chopitea, Álvaro, "Exposición del sistema procesal en materia de asuntos indígenas", PERÚ INDÍGENA, Lima, Instituto Indigenista de Perú, 1963, Vol. 10, núms. 22, 23.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2008
- CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2006
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2009
- CURSO DE DERECHO CIVIL. Eduardo Carrión. Segundo Tomo. Quito Ecuador.
- DICCIONARIO ELEMENTAL JURÍDICO. Cabanellas Guillermo. Argentina. 2000.

- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Fundación Tomas Moro. Ediciones Espasa Calpe. Madrid – España. 2006
- DICCIONARIO RUY DÍAZ DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Dr. Néstor Rombola y Dr. Lucio Reboiras. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.
- EL DERECHO PARA TODOS. Dr. Gustavo García Unda, Dr. Jorge Sotomayor Unda. Editorial Jurídica. Guayaquil – Ecuador. 2008.
- MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. Dr. Juan Larrea Holguín. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2003
- MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Rubén Morán. Quito – Ecuador. 2005.
- REVISTA JURÍDICA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA “SANTIAGO DE GUAYAQUIL”. Marco Navas. Guayaquil - Ecuador. 2007

PAGINAS WEB.

1. www.derecho.com
2. www.legalessociedad.educ.ec
3. www.registrooficial.gov.ec

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
DEDICATORIA.....	VI
ESQUEMA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.2. ABSTRACT.....	5
3. INTRODUCCIÓN.....	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	13
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	13
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	18
4.3. MARCO JURÍDICO.....	58
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	73
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	79
6. RESULTADOS.....	81
7. DISCUSIÓN.....	93
8. CONCLUSIONES.....	96
9. RECOMENDACIONES.....	98
10. BIBLIOGRAFÍA.....	104
11. ANEXOS.....	107
ÍNDICE.....	131