



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

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADO**

TITULO:

**“OTORGAR LAS COMPETENCIAS A LA JUSTICIA
ORDINARIA POR PARTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN
LOS CASOS DE ABIGEATO; CON LA FINALIDAD DE
GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL IMPUTADO”**

Postulante: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Director de Tesis: Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

LOJA-ECUADOR

2014

II. CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR

Loja, octubre del 2014.

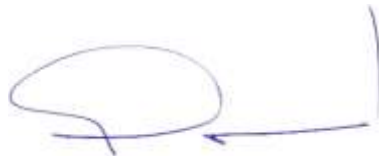
Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CERTIFICA:

Que, el presente trabajo de grado intitulado: "OTORGAR LAS COMPETENCIAS A LA JUSTICIA ORDINARIA POR PARTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN LOS CASOS DE ABIGEATO; CON LA FINALIDAD DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL IMPUTADO", elaborado por el señor Alex Antonio Cuenca Elizalde, previo a optar el título de Abogado, ha sido orientado, revisado y corregido, por lo que autorizo la impresión y presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Atentamente.



Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

DIRECTOR DE TESIS

III. DECLARACIÓN DE AUTORIA

Yo, Alex Antonio Cuenca Elizalde declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles 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: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Cédula: 1103499941

Fecha: Loja, enero del 2015

Correo: alexantoniocuenca.11@gmail.com

Firma:



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

Yo, Alex Antonio Cuenca Elizalde, declaro ser el autor de la tesis titulada: "OTORGAR LAS COMPETENCIAS A LA JUSTICIA ORDINARIA POR PARTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN LOS CASOS DE ABIGEATO; CON LA FINALIDAD DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL IMPUTADO". Como requisito para optar al grado de Abogado; autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que 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 la Universidad.

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja a los 8 días del mes de enero del 2015, firma el autor.

Firma:



Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Cédula: 1103499941

Dirección: Ciudadela Héroes del Cenepa

Correo electrónico: alexantoniocuenca.11@gmail.com

Teléfono: 2582887

Celular: 0994919273

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de tesis: Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

Tribunal de Grado: Dr. Mg. Sc. Mario Alfonso Guerrero González. - Presidente

Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. - Vocal

Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller. - Vocal

IV. DEDICATORIA

A Dios, el todopoderoso, motivador principal, el que me ha permitido concluir con éxito lo que anhelaba, fortaleciéndome en los tiempo de mayor necesidad de mi vida. Con todo amor te dedico este trabajo y el resto de mi profesión Papá.

A mis padres, hermanos y abuelos, por motivarme y darme la mano cuando sentía que el camino se terminaba, a ustedes, por siempre mi agradecimiento, mi amor y mi corazón.

A mis amigos y compañeros, quienes con una palabra de motivación fueron impulso necesario para poder lograr esta meta.

Alex Cuenca

V. AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, a la Carrera de Derecho, en la Modalidad de Estudio a Distancia, a sus Directivos, Docentes, Empleados y en los Docentes que con su entrega y dedicación me brindaron sus conocimientos durante el periodo de estudios de mi carrera.

Al Director de Tesis que me ha sido designado en la persona del Dr. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso, quien ha sido un aporte muy valioso para lograr la culminación de la misma.

A todos mis amigos, familiares y quienes se sumaron para que este trabajo culmine con éxito, gracias.

Alex Cuenca

1. TÍTULO

OTORGAR LAS COMPETENCIAS A LA JUSTICIA ORDINARIA POR PARTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN LOS CASOS DE ABIGEATO; CON LA FINALIDAD DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

2. RESUMEN

Cuando me refiero a otorgar las competencias al sistema jurídico estatal por parte de la justicia indígena en los casos de abigeato, es con la finalidad de garantizar los derechos humanos primordiales y constitucionales del infractor.

El Código Orgánico de la Función Judicial prevé las competencias que les son atribuidas a las juezas y jueces de garantías penales, entre las cuales esta garantizar los derechos de la persona acusada, situación que no sucede en los procesos de ajusticiamiento indígena.

Cuando el infractor es aprehendido por la comunidad indígena, este es sometido a un proceso poco garantista y menos aún se ve los derechos constitucionales que poseemos todos los ciudadanos. Al ser subordinado el infractor a un linchamiento frente a toda la comunidad y bajo una humillación total, se anula por completo los derechos humanos y constitucionales que este por naturaleza posee y que abusivamente los comuneros despojan.

El haber cometido una infracción, no es una razón para que se nuliten, bajo ninguna causa, los derechos humanos y constitucionales que cada ser humano ostenta por naturaleza. Los linchamientos no solo que van al abuso físico del acusado, sino que, en más de una ocasión terminan en salvajismos que lesionan seriamente al acusado.

El hecho de no tener, en la gran mayoría de comunidades, un documento o reglamento escrito, que sirva como fundamento para impartir justicia, resulta bastante negligente e irónicamente injusto.

La justicia indígena a través de la denominada “purificación”, pretende expiar la culpa del imputado por el acto delictivo cometido, y con ello dar un escarmiento para que no lo vuelva a cometer; más en la práctica, se comete un sin número de arbitrariedades e injusticias que van desde, el aislamiento del individuo, la privación de una buena alimentación, es expuesto en público para determinar su castigo y finalmente el flagelo o sanción física, invalidando por completo el derecho constitucional a la integridad personal que poseemos todos los ciudadanos.

2.1. ABSTRACT

When I refer to the powers granted to the state legal system by the indigenous justice in cases of cattle rustling, it is in order to ensure the primary and constitutional human rights violator.

The Organic Code of the Judiciary provides the powers they are attributed to the judges of the criminal, among which is ensuring the rights of the accused, which is not happening in indigenous execution processes.

When the offender is apprehended by the Indian community, it is subjected to some process let alone guarantor of constitutional rights that all citizens possess seen. To be subordinated to a lynching offender against the whole community and low total humiliation, vanishes human and constitutional rights it possesses by nature and commoners abusively stripped completely.

Having committed an offense, is not a reason for them to nullify, for any cause, the rights of citizenship that holds every Ecuadorian nature. Lynchings are not just physical abuse of the accused, but in more than one occasion end in savagery that seriously injured the defendant.

Failure to have, in most communities, document, or written policy, to serve as a basis for dispensing justice, is quite negligent and ironically unfair.

Indigenous justice through the so-called "purification", intended to expiate the guilt of the accused by the criminal act, and thereby give a warning to not to commit them again; more in practice, countless abuses and injustices ranging from the isolation of the individual, the privation of good nutrition, is exposed in public to determine his punishment and finally the scourge or physical punishment by invalidating completely committed the constitutional right to personal integrity that all citizens possess.

3. INTRODUCCIÓN

El reglamento de régimen académico de la Universidad Nacional de Loja a través de la Modalidad de Estudios a Distancia, la Carrera de Derecho, exige a sus estudiantes ser parte integrante de la sociedad mediante la investigación científica en el derecho positivo para optar por el Título de Abogado.

Cuando un ciudadano infringe las normas que regulan el buen vivir en un estado, y más aún cuando la infracción cometida es de carácter penal; es necesario que se le dé un correcto seguimiento judicial, posterior a eso, es mucho más imperante el proceso de rehabilitación.

El objetivo principal de este trabajo investigativo es lograr armonizar lo que establece la justicia ordinaria con la justicia indígena, respecto al abigeato; en razón de esta problemática se pretende enfocar una sola alternativa, poder delegar a la justicia ordinaria las competencias absolutas para que realice los procesos necesarios y poder generar una sentencia acorde a los derechos del infractor.

Es necesario delimitar los factores primordiales que intervienen en estos casos. El abigeato es el hecho de apoderarse de una o más cabezas de ganado sea caballar, vacuno, porcino o lanar. El Art. 199 del Código Orgánico

Integral Penal establece la sanción para dicho acto, con una pena privativa de la libertad de uno a tres años.

Independientemente del delito que haya sido cometido por un ciudadano, este no deja de serlo, por el hecho de haberlo cometido. En otras palabras, un ciudadano no pierde sus derechos primordiales por haber transgredido las normas de carácter penal; precisamente es ahí cuando la justicia se encarga de establecer las sanciones, bajo un procedimiento garantista, que asegura no solo el cumplimiento de su sentencia, sino que también garantiza la rehabilitación.

Si bien la purificación es una forma de regular la mala conducta de un individuo en las comunidades y pueblos indígenas de nuestro país como una forma de expiar la culpa por la infracción cometida; esta no debe de ser impartida de igual forma a todas las infracciones, es decir, para cada transgresión a las normas establecidas por la comunidad, se debe dar distintas sanciones. Así por ejemplo, quien cometa un abigeato, se le imponga una sanción distinta y acorde a dicho delito; no así, a quien cometa adulterio. En estos dos casos mencionados, se dan las mismas sanciones. El hecho de no tener plasmadas las leyes o normas en un documento, deja en tela de duda las sanciones impartidas en las comunidades indígenas y da pie a la vulneración de los derechos primordiales de un ciudadano. Entonces es ahí cuando es imperante la unificación de la justicia en los casos de carácter penal, pero concretamente

el que es materia de mi investigación; en donde la justicia ordinaria sea la encargada de impartir una sentencia coherente y garantista.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 Marco Conceptual

4.1.1. Definición general de abigeato

El abigeato es un [delito](#) punible y estipulado en muchos códigos legales de la mayoría de los países ganaderos y que consiste en el robo o hurto de [ganado](#) o animales domésticos, principalmente [caballos](#) y [vacas](#), aunque también se da en [ovinos](#).

*“Abigeato proviene de las palabras latinas “ab” y “agere”, que significa echar por delante, arrear o aguijar. Hurto de ganado o bestias. El abigeato es un delito que consiste en el robo de animales, especialmente de ganado, con el fin de comercializarlos o faenarlos. También es llamado cuatrерismo”.*¹

Suele ocurrir en zonas rurales. Los animales son robados cuando se los transporta y moviliza de una zona a otra. El abigeato se da cuando se roba el ganado mayor que comprende el ganado bovino, mular, equino, y el menor, que es el porcino, caprino u ovino. El hurto de bípedos como gallinas, patos, pavos (aves de corral), etc. no es abigeato.

¹ Página de consulta web: <http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/abigeato.php>

“En la antigüedad, por ejemplo entre los romanos, el abigeato era considerado un hurto agravado, dado la importancia de la actividad del campo, una fuente de riquezas y alimentos. Se podía condenar con trabajos forzados en minas e incluso se llegaba a condenar con la muerte del delincuente”.²

Según las normas de vida del antiguo imperio romano, era fuertemente castigado el robo de animales que servían para la alimentación y el trabajo de los campesinos o ganaderos. Los castigos eran fundamentados en el hecho de que se le quitaba la herramienta de trabajo o subsistencia del ganadero, en virtud de ello, era condenado a realizar trabajos forzados y en el peor de los casos su condena era la muerte.

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres, el abigeato se denomina a:

“Hurto de ganado o bestias, conocido también con el nombre de cuatrero. Tanto abigeo como abigeato proceden de la palabra latina abigere, que equivale a aguijar las bestias para que caminen. El abigeato es una especie de robo; pero se diferencia de éste en que la cosa no se coge con la mano y se transporta a otro lugar, sino que se la desvía y se la hace marchar a distinto destino, con objeto de aprovecharse de ella”.³

² Página de consulta web: <http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/abigeato.php>

³ Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 11; Edi. Heliasta.

El aguijar a las bestias, es el hecho de arrear al ganado con una vara larga de madera con punta de hierro, para que el animal ande.

4.1.2. Breve evocación sobre los Derechos Humanos

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

*“Los derechos humanos son aquellas condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización”.*⁴

“Aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier

⁴ Hernández Gómez, José Ricardo. *“Tratado de derecho Constitucional”*. Editorial Ariadna, 2010.

*otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.*⁵

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

“Para autores [iusnaturalistas](#) los derechos humanos son independientes o no dependen exclusivamente del [ordenamiento jurídico](#) vigente, por lo que son considerados [fuente del Derecho](#); sin embargo desde el [positivismo jurídico](#) la realidad es que solamente los países que suscriben los [Pactos Internacionales de Derechos Humanos](#) o [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#) (PIDCP) y el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) (PIDESC) y sus Protocolos -[Carta Internacional de Derechos Humanos](#)- están obligados jurídicamente a su cumplimiento.

En relación con la [pena de muerte](#), contraria a la [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#), el [Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos](#), destinado a abolir la pena de muerte no ha

⁵ Papacchini, Ángelo. “Filosofía y derechos humanos, creados y ratificados en el año de 1945” pág. 44.

sido firmado por países como la [República Popular China](#), [Irán](#), [Estados Unidos](#), [Vietnam](#), [Japón](#), [India](#) o [Guatemala](#).

*Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la [persona](#) y la [sociedad](#), que permita a los [individuos](#) ser [personas jurídicas](#), identificándose consigo mismos y con los otros”.*⁶

Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos de cada individuo, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos en contra del individuo y de las colectividades o grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el pleno disfrute de los derechos humanos de cada ciudadano. En el plano individual; debemos hacer respetar nuestros derechos y también debemos respetar los derechos de los demás.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es una resolución adoptada por unanimidad en diciembre de 1948 por la Asamblea General de

⁶ Héctor Morales Gil de la Torre (1996). “*Derechos humanos: dignidad y conflicto*”. Universidad Interamericana de México; pág. 19

la [Organización de las Naciones Unidas](#) (ONU). El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 artículos, es promover y potenciar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Dicha declaración proclama los derechos personales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del hombre, los cuales sólo se ven limitados por el reconocimiento de los derechos y libertades de los demás, así como por los requisitos de moralidad, orden público y bienestar general. Entre los derechos citados por la Declaración se encuentran el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal, a no ser víctima de una detención arbitraria, a un proceso judicial justo, a la presunción de inocencia hasta que no se demuestre lo contrario, entre otros. La Declaración fue concebida como parte primera de un proyecto de ley internacional sobre los derechos del hombre. La Comisión de los Derechos Humanos de la ONU dirigió sus esfuerzos hacia la incorporación de los principios más fundamentales de la Declaración en varios acuerdos internacionales.

“En 1955 la Asamblea General autorizó dos pactos de Derechos Humanos, uno relativo a los derechos civiles y políticos y el otro a los derechos económicos, sociales y culturales. Ambos pactos entraron en vigor en enero de 1966, tras una larga lucha para lograr que fueran ratificados”.⁷

⁷ [“Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano”](#); Tabla de Contenidos de la Enciclopedia Jurídica Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano.

La redacción de Pactos pretendía ofrecer el texto de unos tratados que pudieran ser reconocidos y ratificados por los miembros de la Organización y que presentaran, de una manera más jurídica y con las correspondientes instituciones titulares, los derechos de la Declaración. La Asamblea General decidió en 1951 que se articulasen los posibles pactos en dos Convenios. La comisión de Derechos Humanos de Consejo Económico y Social tuvo preparados los textos en 1955 y sus proyectos pasaron a ser discutidos en la Asamblea General. Pero, debido a las dificultades de llegar a un texto aceptado por distintos bloques de la ONU y a la complejidad de un derecho que debía ser más concreto que una declaración que se movía en un plano casi pragmático y sin garantías, la preparación se prolongó bastante tiempo.

Los textos fueron finalmente aprobados en la Asamblea General el día 16 de diciembre de 1965 y puestos en vigencia en enero de 1966. Eran dos pactos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por 106 votos de los 122 miembros en aquel tiempo; y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por 105 votos (los mismos que el anterior excepto Perú), de los 122 miembros.

4.1.3. Definición doctrinaria de Competencia, Jurisdicción y Justicia

4.1.3.1. Definición general de Competencia

*“Según el Doctor en derecho egresado de la facultad de Londres, Juan Carlos Beristain Cruz, La competencia es la atribución jurídica otorgada a ciertos y especiales órganos del Estado de una cantidad de [jurisdicción](#) respecto de determinadas pretensiones procesales con preferencia a los demás órganos de su clase. Ese órgano especial es llamado [tribunal](#). En España, al existir jurisdicción única, se entiende el desempeño de la misma jurisdicción por todos los tribunales, en lugar de por cantidades”.*⁸

La competencia tiene como supuesto, el principio de pluralidad de tribunales dentro de un territorio jurisdiccional. Así, las reglas de competencia tienen como objetivo determinar cuál va a ser el [tribunal](#) que va a conocer, con preferencia o exclusión de los demás, de una controversia que ha puesto en movimiento la [actividad jurisdiccional](#). Por ello se ha señalado que, si la [jurisdicción](#) es la facultad de administrar [justicia](#), la competencia fija los límites dentro de los cuales se ejerce tal facultad. O, dicho de otro modo, los [jueces](#) ejercen su [jurisdicción](#) en la medida de su competencia.

Mientras los elementos de la [jurisdicción](#) están fijados, en la [ley](#), prescindiendo del caso concreto, la competencia se determina en relación a cada [juicio](#) (a cada caso concreto).

⁸ Página de consulta web: [http://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_\(derecho\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_(derecho))

Además, no sólo la [ley](#) coloca un asunto dentro de la esfera de las atribuciones de un [tribunal](#), sino también es posible que las partes (prórroga de competencia o competencia prorrogada) u otro tribunal (competencia delegada, vía [exhorto](#)).

El jurista Guillermo Cabanellas de Torres establece en el Diccionario Jurídico Elemental, respecto a la competencia lo siguiente:

“Contienda, disputa. Oposición, rivalidad; sobre todo en el comercio y la industria. Atribución, potestad, incumbencia. Idoneidad, aptitud. Capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto. Derecho para actuar. DE JURISDICCION.

*Contienda suscitada entre dos jueces, tribunales o autoridades, respecto al conocimiento y decisión de un negocio, judicial o administrativo. DESLEAL. Abusiva práctica del comercio por quien trata de desviar, en provecho propio, la clientela de otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo equívocos, fortuitas coincidencias de nombre, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonesta”.*⁹

⁹ Dr. Cabanellas, Guillermo; *“Diccionario Jurídico Elemental”*; Pág. 78, Edit. Heliasta

4.1.3.2. Definición general de Jurisdicción

*“La Jurisdicción (del [latín](#) iuris dictio, «decir o declarar el derecho a su propio gobierno») 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”.*¹⁰

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 [soberanía](#).”

¹⁰ Página de consulta web: <http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci%C3%B3n>.

*En palabras del distinguido profesor, Eduardo Couture: “Es la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan los derechos de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones bajo autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.*¹¹

La palabra jurisdicción proviene de las palabras latinas “ius dicere”, que significan declarar el derecho, y por lo tanto la jurisdicción en sentido amplio, designa a la función de administrar justicia, para impedir la autodefensa violenta de los intereses particulares.

“Jurídicamente, aunque no de manera estricta, posee distintas acepciones, aunque la primera que ya hemos mencionado es la técnicamente correcta:

1. Como ámbito territorial donde los organismos estatales de gobierno ejercen sus [funciones](#) judiciales o administrativas o espacios territoriales donde el estado ejerce su [soberanía](#). Así se habla de aguas jurisdiccionales, por ejemplo.

*2. Como facultad de un órgano estatal, ya sea judicial, legislativo o ejecutivo”.*¹²

¹¹ Página de consulta web: <http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci%C3%B3n>

¹² Página de consulta web: <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/jurisdiccion>

Si bien muchas veces se habla de jurisdicción como sinónimo de [competencia](#), ambos vocablos tienen diverso significado. La competencia es el conjunto de asuntos que le son asignados a un juez, y sobre esos asuntos posee jurisdicción, o sea, aptitud de juzgar.

*“La Jurisdicción es la Potestad que tiene el Estado en su conjunto para solucionar conflictos particulares a través de la imposición de la Ley y el Derecho. Esa potestad es encargada a un órgano estatal, el Judicial”.*¹³

4.1.3.3. Definición general de Justicia

*“El concepto tiene su origen en el término latino iustitia y permite denominar a la virtud cardinal que supone la inclinación a otorgar a cada uno aquello que le pertenece o lo concierne. Puede entenderse a la justicia como lo que debe hacerse de acuerdo a lo **razonable**, lo **equitativo** o lo indicado por el **derecho**”.*¹⁴

Por otra parte, la justicia hace referencia al Poder Judicial y a las sanciones o penas. De esta forma, cuando la sociedad “pide justicia” frente a una transgresión o falta, lo que hace es pedir al Estado que garantice que el crimen

¹³ CALAMANDREI, Piero, "Instituciones del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Argentina: EJE, 1986, pág. 81; 3 vol.

¹⁴ Página de consulta web: <http://definicion.de/justicia/>

sea juzgado y castigado con la pena que se merece de acuerdo a la ley vigente.

En este sentido hay que subrayar que de manera habitual la justicia se simboliza con la figura de una mujer que porta en la mano una balanza equilibrada y que tiene sus ojos tapados con una venda. De ahí que en varias ocasiones se utilice de manera habitual la expresión “la justicia es ciega”.

“La justicia es la concepción que cada época y [civilización](#) tiene acerca del sentido de sus normas jurídicas. Es un valor determinado como bien común por la sociedad. Nació de la necesidad de mantener la armonía entre sus integrantes. Es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones.

Este conjunto de reglas tiene un fundamento cultural y en la mayoría de sociedades modernas, un fundamento formal, que intervienen dentro del mismo concepto y que son explicados de la siguiente manera:

- *El fundamento cultural se basa en un consenso amplio en los individuos de una sociedad sobre lo bueno y lo malo, y otros aspectos prácticos de cómo deben organizarse las relaciones entre personas. Se supone que*

en toda sociedad humana, la mayoría de sus miembros tienen una concepción de lo justo, y se considera una virtud social el actuar de acuerdo con esa concepción.

- *El fundamento formal es el codificado formalmente en varias disposiciones escritas, que son aplicadas por jueces y personas especialmente designadas, que tratan de ser imparciales con respecto a los miembros e instituciones de la sociedad y los conflictos que aparezcan en sus relaciones”.¹⁵*

4.1.4. Definición doctrinaria de imputado

Respecto al demandado, en el Diccionario Jurídico Elemental del jurista Guillermo Cabanellas se establece la siguiente denominación:

“Aquel contra el cual se pide algo en juicio civil o contencioso administrativo; la persona contra la cual se interpone la demanda. Se le denomina asimismo parte demandada o reo, aunque esta última calificación se va tornando privativa del proceso penal”.¹⁶

¹⁵ Marvin Harris (2004) pág. 111: *“Introducción a la Antropología General”*.

¹⁶ Dr. Cabanellas, Guillermo; *“Diccionario Jurídico Elemental”*, pág. 117, edit. Heliasta

El imputado es la persona a la cual se atribuye participación en un [hecho](#) punible, quien puede ejercer los derechos que le concede la legislación desde que se realice la primera actuación del [procedimiento](#) en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

“El imputado es, en el Derecho penal, aquella [persona](#) a la que se le atribuye participación en un [delito](#), siendo uno de los más relevantes sujetos del proceso penal.

El imputado es aquel interviniente contra quien se dirige la pretensión punitiva del Estado”.¹⁷

“Capaz penalmente. Individuo a quien cabe atribuirle un delito por la conciencia, libertad, voluntad y lucidez con que ha obrado”.¹⁸

Se designa con el término de imputado a aquella persona a la cual se le atribuye la participación en un delito o hecho punible, siendo entonces uno de los más relevantes sujetos procesales.

¹⁷ Horvitz Lenon María otros. Derecho procesal penal chileno. Principios, Sujetos procesales. Tomo I. Editorial. Jurídica. 2002. Pág. 223

¹⁸ Dr. Cabanellas, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, pág. 197, edit. Heliasta

El delito será toda conducta, acción u omisión tipificada por la ley y absolutamente contraria al derecho, es decir, que la misma se encuentre penada legalmente

4.1.5. El daño a la propiedad privada

El [delito](#) de daños supone la destrucción o menoscabo de un bien que es de [propiedad](#) ajena, pudiendo ser esta propiedad pública o privada. El detrimento o destrucción que el bien ajeno sufre al ser dañado, no conlleva que el sujeto activo del delito se apodere de él, sino únicamente el perjuicio que el bien sufra. Cualquier objeto o bien, ya sea [mueble](#) o [inmueble](#) puede ser susceptible de sufrir daños, independientemente del valor económico que este tenga, sin embargo en la mayoría de las [legislaciones penales](#), la [sanción](#) por el delito de daños varían de acuerdo al valor de lo dañado.

El daño ha sido definido como:

*“todo lo que produce la pérdida o disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés humano”.*¹⁹

¹⁹ “L’Oggetto del reato e della tutela Giurídica Penale”, pág. 278. Ed. 1913, citado por F. Pavón Vasconcelos y G. Vargas, “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, pág. 12, Editorial Porrúa S.A. 2 ed. 1971.

“En sentido jurídico el daño se entiende como la substracción o disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés ajeno garantizado por una norma jurídica, sea objetivamente, respecto al sujeto, sea subjetivamente, en forma de un derecho subjetivo concebido mediante el reconocimiento jurídico de la voluntad individual que aquel interés persigue.

En el daño, el patrimonio aparece elocuente y únicamente protegido en la sanción penal a esta conducta atentatoria de bienes concretos que lo componen, sea mediante la destrucción, sea mediante el deterioro, destacando en este caso, aquello que acarree la privación o disminución del ejercicio de derechos inherentes a la propiedad sobre la cosa, es la disminución de su valor penal lo que aparece penalmente protegido”.²⁰

Entonces, este tipo de contravención es aquella que es cometida o perpetrada por un individuo, utilizando cualquier medio o forma y que este cause un daño, destrucción o deterioro de un bien ajeno sea mueble o inmueble.

²⁰ Laura T A Damianovich de Cerredo, Delitos contra la propiedad, pág. 12. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983.

4.2 Marco Doctrinario

4.2.1. Formas de sancionar o corregir por el cometimiento de una transgresión

A continuación pondré a consideración dos formas de sancionar el cometimiento de una infracción o daño a terceros. Estos pueden ser solucionados con la intervención de las autoridades y un proceso que garantice la remediación del daño causado al perjudicado, como la sanción rehabilitadora del infractor. O en su defecto, tratar de enmendar el daño causado con el castigo físico y psicológico, y sin lograr en muchos de los casos la reposición de los daños causados al perjudicado y mucho menos garantizar derecho alguno al infractor.

4.2.1.1. El castigo físico y psicológico como método remediador

El castigo físico, disciplina física o castigo corporal es la aplicación deliberada de dolor corporal a una persona, aún en deterioro de su condición mental, con la intención de disciplinar para que cambie su conducta en una orientación positiva para la persona que recibe dicha tortura. Usualmente se aplica, suministrando golpes con las [manos](#) o con algún objeto, y puede llegar a

ocasionar daños irreparables. También se recurre en ocasiones a tirar de partes del cuerpo, tales como el cabello o las orejas.

*“Los castigos físicos han sido aplicados a lo largo de la historia como método de [educación](#) tanto con niños por parte de sus padres, como con personas adultas por parte de las autoridades estatales, pero representan la ignorancia de parte de los adultos en métodos más acordes al desarrollo infantil y de la psicología. La admisibilidad de su aplicación y legalidad, tanto en sistemas pedagógicos como en el campo jurídico han ido cambiando con el tiempo, por lo general, ya que la sociedad reconoce los derechos de la infancia a no ser lesionados "ni por un instante". En la actualidad, el castigo físico en general está legalmente prohibido en un 12% de los países del mundo, considerando el resto de países que no conviene hacer ilegal esta práctica”.*²¹

El castigo físico causa daño, lesiones que los padres esconden, generalmente se desarrolla rebeldía en la adolescencia que enjuicia de mejor forma estos actos contra su integridad.

A decir de esta práctica como método para subsanar o remediar un acto delictivo, genera varios criterios en la colectividad y con mayor resalto en los juristas. Para la gran mayoría de profesionales del derecho, la justicia indígena

²¹ Página de consulta web: http://es.wikipedia.org/wiki/Castigo_f%C3%ADsico

necesita tener respaldo en una norma escrita, en donde se plasme las sanciones que han de recibir los infractores.

“Por su parte Washington Pesántez, ex fiscal general de la Nación, señala que la justicia indígena debería ser regulada y plantea que las reformas deben enfocarse a que únicamente los casos civiles, agrarios, problemas de agua y delitos menores, deberían ser juzgados en las diferentes comunidades, mientras que los casos penales, sin importar el territorio donde se hayan cometido, deberían ser conocidos por la justicia ordinaria y sancionados en base al Código Orgánico Integral Penal.

Pesántez señala que el poder legislativo nunca ha establecido una ley secundaria dentro de la ley ordinaria, para establecer parámetros de aplicación de la justicia indígena ancestral, esto ha hecho que las comunidades interpreten la justicia indígena de manera diversa.

El ex fiscal general asegura que debe haber un cuerpo legal que regule la aplicación de la ley indígena, con el cual se pueda establecer sus competencias. “Ningún caso de asesinato o violación debe quedar impune a nombre de la justicia indígena”, señala el exrepresentante de la Fiscalía.

*Añade que no se puede concebir que las personas involucradas en actos penales queden exoneradas mediante acuerdos verbales o económicos a los que llegan los familiares de las víctimas”.*²²

Entre las más notables consecuencias perjudiciales del castigo físico están las que a continuación enumero:

- *“Produce ansiedad y sentimiento de culpa, incluso cuando se considera correcta la aplicación de este tipo de castigo;*
- *La violencia se expande. El empleo del castigo físico aumenta la probabilidad de que el castigado muestre comportamientos violentos en el futuro en otros contextos con mayor frecuencia y más intensidad;*
- *Impide la comunicación y deteriora las relaciones familiares;*
- *Cuando usan el castigo físico porque carecen de recursos alternativos, aparece una necesidad de justificación ante sí mismo y ante la sociedad;*
- *La aplicación del castigo físico aumenta y legitima ante las nuevas generaciones el uso de la violencia en la sociedad;*
- *Genera una doble moral. En estos casos sí y otros no, dejando en tela de duda porque si es aplicable en unos casos y en otros no; estas dudas sobre todo las malinterpretan los menores; y,*

²² Publicación del diario “El Telégrafo”; Segmento Justicia, 27 de mayo del 2013.

- *Se educa ciudadanos sumisos, condicionados a ser siempre víctimas*”.²³

4.2.1.2. Los centros de Rehabilitación Social como método remediador

Es una manera de reaccionar del estado frente a una violación del ordenamiento jurídico en una sociedad que convive bajo una derecho penal positivo. Podría también definirse como una sanción que conlleva la pérdida temporal o definitiva de derechos civiles o de ciudadanía de la persona que cometiesen el delito, todo esto tendría que estar contemplado en las leyes y en los respectivos códigos para que puedan ser de esta manera ejecutados por los organismos correspondientes, sobre los cuales recaiga la jurisdicción de dichos delitos, así se llegaría a un proceso que determinaría la responsabilidad del individuo.

Si bien los centros de rehabilitación en nuestro país tenían mala fama de ser verdaderas escuelas de perfeccionamiento delincencial, hoy por hoy, por obligación y derecho tienen que cumplir a cabalidad lo estipulado en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal (Libro III). En nuestra Carta Magna, se garantiza la aplicabilidad de los derechos humanos adherentes a cada ciudadano, también se consagra el derecho a un debido proceso para con las personas que hayan cometido una transgresión, se da protección antes, durante y después de haber cumplido la pena al infractor, dándole

²³ “Consecuencias del castigo físico”; página de consulta web: www.guiainfantil.com/educación/castigo/efectos.htm

asistencia durante el proceso judicial, una vez privado de su libertad es obligación de los centros de rehabilitación de todo el país, generar un informe o expediente donde se detalle:

- a) *“Datos estadísticos;*
- b) *Resumen procesal;*
- c) *Investigación socio-familiar;*
- d) *Estudio somatométrico y antropológico;*
- e) *Estudio médico;*
- f) *Estudio psicológico y psiquiátrico;*
- g) *Estudio del delito; y,*
- h) *Índice de peligrosidad”*.²⁴

La presentación de este expediente es obligatorio y necesario para la ubicación poblacional y para poder saber si el individuo recluido tiene avances en el comportamiento dentro del centro de rehabilitación.

Si bien el recluido está privado de su libertad, este no deja de ser acreedor de sus derechos primordiales como ser humano, de hecho hasta no tener en firme su sentencia este aún goza de algunos de sus derechos civiles.

El Art. 51 de la Constitución, reconoce algunos de los derechos que gozan las personas privadas de su libertad:

²⁴ Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; Art. 42, pág. 8

“Se reconoce a las personas privadas de la libertad los siguientes derechos:

- 1. No ser sometidas a aislamiento como sanción disciplinaria.*
- 2. La comunicación y visita de sus familiares y profesionales del derecho.*
- 3. Declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad.*
- 4. Contar con los recursos humanos y materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad.*
- 5. La atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas.*
- 6. Recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.*
- 7. Contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia”.*²⁵

Finalmente, es importante hacer mención que es derecho para el procesado acogerse a las rebajas de su sentencia, esto en virtud a su buen comportamiento y de las circunstancias atenuantes o agravantes de acuerdo lo establece el Art. 492 del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano. Consecuentemente, para quien cometiese el delito de abigeato y que su sanción es la de privarlo de su libertad de uno a tres años como lo determina

²⁵ Constitución del Ecuador; Art. 51, pág. 29

el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 199; podrá obtener su libertad en seis meses si su condena es de 12 meses o un año. Tiempo en el cual se le garantizara el cumplimiento de sus derechos antes mencionados y de todos aquellos que establecen la Constitución y los Tratados Internacionales.

4.2.1.3. Consecuencias: castigo físico y la rehabilitación social

En este punto me permito diferenciar y aclarar cada una de las consecuencias que acarrear tanto el castigo físico como la rehabilitación social. Sean pocas o numerosas las consecuencias, estas no dejan de afectar para bien o para mal en el comportamiento del individuo.

El castigo físico. Demostrado está, que el castigo físico, aplicado a una temprana edad, es decir, a los niños y adolescentes, genera secuelas de carácter psicológico, entre los cuales están los siguientes:

- *“Resentimientos para quien aplica los castigos.*
- *Falta de autoestima y desvalorización.*
- *Resentimiento hacia la sociedad pero principalmente a quien actúa agresivamente.*
- *Rebeldía en la etapa de adolescencia y malos comportamientos.*
- *Contrariedad al cumplimiento de reglamentos, normas o parámetros de buen comportamiento.*

- *Por lo general, opta por la agresividad como un parámetro normal a ejecutar o a seguir, en el caso de resolver un conflicto.*
- *Ansiedades y sentimientos de culpa.*
- *Bloquea o impide una fluida comunicación.*
- *La aplicación del castigo físico aumenta y legitima ante las nuevas generaciones el uso de la violencia en la sociedad.*
- *Genera una doble moral. En unos casos si y en otros no.*
- *Se educa ciudadanos sumisos, condicionados a ser siempre víctimas”.*²⁶

Ahora bien, no es que el “encierro” sea la solución plena y efectiva para solucionar o remediar una agravante; pero en los casos judiciales, es mucho más efectiva y hoy por hoy garantiza la plena rehabilitación de los individuos reclusos. Más adelante, podre demostrar en base a un testimonio REAL, que si existe la rehabilitación cuando se pone de parte y se deja tratar por los sistemas implantados en los centros de rehabilitación social del país.

La rehabilitación social aparte de garantizar los derechos del individuo y de no optar ni recurrir a la violencia para disuadir al infractor; se basa en la aplicación de todo un proceso que no afecte la integridad física y personal del imputado, y a medida de las posibilidades que no haya afectación a la psiquis del mismo. El hecho mismo de estar en asinamiento ya puede ser una causa para que exista alguna reacción contraria. Es precisamente ahí cuando se pretende

²⁶ Página de consulta web: Servicio de promoción de la salud; www.serviciodepromociondelasalud.es
 Artículo: “¿por qué el castigo no es una estrategia efectiva para disciplinar?; del 04-10-2013; asesora de psicología Gabriela Poveda

aplicar los métodos o terapias ocupacionales y recreativas, que si existen en los centros de rehabilitación social.

Finalmente diré a manera de conclusión, que la violencia no es la solución para resolver los problemas; siempre se tiene que basar por principios y dejar en las manos de las **Autoridades Competentes** el resolver los conflictos.

4.2.2. Sobre las Nacionalidades Indígenas del Ecuador

*“Son colectividades milenarias anteriores a la existencia del Estado, que viven en un territorio determinado, tiene una identidad histórica, idioma, cultura, sus instituciones propias como es la organización social, económica, política, jurídica y el ejercicio de autoridad propia”.*²⁷

En el Ecuador se han identificado catorce nacionalidades indígenas, de los cuales la Nacionalidad Kichwa está conformada por varios pueblos. La Constitución de la República, recoge estos términos con los que se identifican los sectores indígenas de nuestro país, mismos que han conservado sus territorios, organización social, actividad económica, costumbres, etc.

²⁷ Dr. ILAQUICHE, Raúl y Dra. TIBÁN, Lourdes; en su obra: *“Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”*, Pág. 16, Quito - Ecuador, 2004.

El afianzamiento de una ideología consumida por el movimiento indígena en la que los indios son distintos, diferentes y que están enfrentados a una sociedad que es esencialmente diferente, con la que poco o nada tienen que ver y con la que están opuestos y en una relación de contradicción abierta o latente, ha sido un tema tan discutido y controversial en el Ecuador y el resto de Latinoamérica; con esta consideración está apostada la idea de que los indios y el pensamiento indígena es completamente diferente que el del resto del país, de una cultura diversa, un sistema de creencias y una diversa concepción del mundo. En tanto que un sin número de aspectos han adquirido un estatuto altamente relevante y representativo para los indígenas, en el que se subraya que el pensamiento indígena es opuesto al pensamiento no indígena que por desplazamiento discursivo, se ha identificado a partir de este punto, como "lo occidental".

Las colectividades indígenas son entidades milenarias que se han desarrollado como instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas y lógicamente jurídicas; en ese sentido, se puede afirmar que son sociedades desarrolladas en proceso permanente de perfeccionamiento.

Parte fundamental de la supervivencia de estas colectividades ha sido la existencia y pleno ejercicio de su sistema jurídico, aquello les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas.

*“Desde luego, un aspecto central será enfrentar el conjunto de mega proyectos que se pretenden impulsar en territorios indígenas, de los que hay poca información; asimismo, no se desarticula como movimiento indígena para seguir impulsando un país que tome en cuenta a los Pueblos Indígenas. Desde los Acuerdos de San Andrés se proponía la construcción de las Autonomías a partir del fortalecimiento de la autonomía comunitaria, municipal y regional; si bien, la actual reforma Constitucional Indígena no estableció el marco jurídico para posibilitar esta aspiración, consideramos que es posible construirlo en los hechos. Esta es la esperanza”.*²⁸

En el sector indígena se intenta difundir los derechos primordiales del hombre y así evitar su violación por desconocimiento como sucede en la actualidad, sociabilizando también la normativa legal existente acerca del tema, su obligatoriedad de cumplirla, la competencia de quienes deben aplicarla y su relación con la justicia indígena, sus excepciones y la correcta aplicabilidad de la misma.

Hay que conocer las necesidades y exigencias más requeridas dentro de las comunidades indígenas y campesinas para que el legislador disponga de bases concretas para la creación de nuevas leyes y reglamentos tendientes a solucionar estos inconvenientes, hasta hoy poco tratados.

²⁸ PÉREZ GUARTAMBEL, Carlos, Dr.; Justicia Indígena, Pág. 126, segunda edición, 2008.

Es inaudito que en pleno siglo XXI se escuchen casos de barbarie en donde no se puede concebir como el hombre atenta contra los derechos del hombre, acaso la sociedad está regresando a la época de que quien sobrevive es el más fuerte?, o se está promoviendo nuevamente la era del que “Quién a hierro mata a hierro muere”; por esta razón, hay que enseñar a toda la población ecuatoriana y mundial, sin importar la clase social, etnia, nacionalidad, religión o cualquier otro tipo de diferencia, que el respeto a los derechos humanos está por encima de cualquier otra situación sea esta legal o ilegal, moral o inmoral, lo que importa es respetar los derechos humanos a cualquier costo.

4.2.3. El Derecho Consuetudinario

"El Derecho Consuetudinario aparece como el derecho que proviene por la práctica de la gente, aún sin ser oficial o estar reconocido. En síntesis, el uso del término "Derecho Consuetudinario" no resulta adecuado para calificar los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas, dado que estos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son sistemas con gran capacidad de adaptación y cambio. Sin embargo, el término es empleado tanto en Convenios Internacionales, como en normas internas para referirse a los sistemas de minorías, distintos del derecho estatal y se la utiliza de modo sinonímico a derecho indígena".²⁹

²⁹ SACHEZ BOTERO, Esther.- “La Jurisdicción Especial Indígena”. Pág. 59.

Mucho se habla de Derecho Consuetudinario como sinónimo de Justicia Indígena, porque evidentemente sobre estos términos se sustenta el reconocimiento constitucional de la aplicación de la Justicia en las comunidades o nacionalidades indígenas.

Es importante analizar que el Derecho Consuetudinario no es inicio, ni exclusivo, e invariable, y obedece más bien a la realidad de cada nacionalidad; por ejemplo el Derecho Consuetudinario del pueblo de los NUKAK MAKU en Colombia, es distinto al Derecho Consuetudinario del pueblo SHWAR de Ecuador, porque tiene a su haber diferentes características que los identifican los hacen únicos e irrepetibles.

Para explicar de una manera adecuada lo que significa el derecho consuetudinario para el tratadista y jurisconsulto del derecho, Guillermo Cabanellas es: *"... el que nace de la costumbre, el derecho no escrito"*.³⁰

"Los pueblos y nacionalidades indígenas, como toda colectividad humana tiene un derecho, pero no un derecho como lo conocemos, sino un derecho llamado costumbre jurídico, derecho consuetudinario o derecho indígena, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes, con la característica de oralidad y de que no está codificado, con autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las

³⁰ Diccionario Jurídico Elemental; CABANELLAS, Guillermo, actualizado y aumentado por Cabanellas Guillermo, Edición Heliasta, Pág. 21.

*jurisdicciones o territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes. Este sistema jurídico propio de los indígenas, se sustentan y se fundamentan en la preexistencia de un derecho o costumbre jurídico entre los indígenas”.*³¹

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

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

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

Nuestra sociedad es dialéctica y su permanente cambio requiere que los diferentes grupos que la conforman se adapten de acuerdo a su evolución, y así lo afirma la distinguida Antropóloga Colombiana Esther Sánchez, al

³¹ ILAQUICHE LICTA, Raúl.- “Administración de la Justicia Indígena en la ciudad: Estudio de un caso”.- Pág.2.

señalar que el Derecho Consuetudinario también ha tenido que adaptarse paulatinamente a los cambios de los diferentes pueblos y nacionalidades indígenas, de ahí, que el reconocimiento de este tipo de derecho exige que todos los miembros de los mencionados pueblos indígenas se encuentran conscientes del valor de sus prácticas ancestrales.

4.2.3.1. El derecho consuetudinario indígena

Los juristas, antropólogos y sociólogos nominan a la justicia indígena como derecho indígena, derecho propio o derecho consuetudinario. Por su parte, los pueblos indígenas recogen varias denominaciones: *“derecho indígena, derecho kichwa, derecho mayor, justicia tradicional, derecho consuetudinario, mecanismos alternativos de solución de conflictos, sistema legal indígena, derecho originario, ley indígena, etc.”*³²

Frente a esta acepción es preciso aclarar los conceptos considerados como principales: el derecho consuetudinario y el derecho propio o derecho indígena.

La razón por la que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas es porque este, es considerado

³² ECUARUNARI: *“Estructura legal y sistemas jurídicos de los pueblos de la nacionalidad kichwa del Ecuador”*; Quito, ECUARUNARI, 2008, pág. 43.

como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo indígena, por lo que su estudio es un elemento fundamental para mejor conocimiento de las culturas indígenas.

Pero, ¿qué es el derecho consuetudinario indígena?; se puede manifestar como el conjunto de costumbres ancestrales que rigen la convivencia de los pueblos indígenas y que no tienen sustento en ningún documento escrito o hecho norma.

*“La falta de conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indios daba por resultado situaciones en la que eran violados con frecuencia los derechos humanos de los indígenas”.*³³

Si bien la Constitución vigente de nuestro país reconoce y permite la justicia indígena bajo parámetros incluyentes, donde sean partícipes todos los miembros de la comunidad para el arreglo de sus conflictos; esto no debe dar riendas sueltas a linchamientos, que, por estar bajo la denominada “purificación” se pase por encima los derechos humanos del infractor, que por el mero hecho de haber cometido una falta dentro de la comunidad, no deja de tener su condición como ser humano y por ende los derechos que le atañen como tal.

³³ STEVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego: *“Entre la Ley y la Costumbre, El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”*. Pág. 68; 1990.

4.2.4. La Justicia indígena

*“El derecho indígena es de naturaleza comunitaria y se define como un sistema, jurídico-normativo, de procedimientos y autoridades que regulan la vida social, productiva y política de los pueblos originarios, tiene como característica básica, ser un derecho histórico propio y de ejercicio comunitario, basado en tres principios: respeto, verdad e igualdad”.*³⁴

Partiendo de esta proposición conceptual, que quizá no alcanza a definir el sistema y ejercicio de la justicia indígena, y haciendo uso de la oralidad y del juego simbólico, debemos necesariamente analizar la acción jurídica indígena, que nos permita analizar, todos los elementos que forman parte fundamental del derecho indígena: autoridades, sanciones, procedimientos, territorio, autonomía, sujeto de derecho, etc.

Los elementos fundamentales del derecho indígena y de cualquier estructura jurídica, son **el territorio y la soberanía**, es decir el espacio territorial donde se ejerce y el nivel de autonomía del ejercicio.

Ahora ¿quién es la autoridad en los pueblos y nacionalidades indígenas? La autoridad es pluripersonal, es decir no recae en una sola persona, sino en toda la comunidad.

³⁴ Boletín del Instituto Científico de Culturas indígenas Amawta Runakunapak Yachay; “Justicia Indígena” abril del 2009, Dr. Patricio del Salto; Edit. Marck Becker

Es necesario reflexionar sobre **el ejercicio de la sanción**, porque es en este elemento donde hay confusiones, errores y mal procedimiento del derecho indígena, es donde precisamente muchas comunidades campesinas, comunidades barriales e inclusive comunidades indígenas, confunden y caen en actos violentos que van en contra no solo de los derechos humanos, sino que van inclusive en contra del mismo derecho indígena.

El objetivo del ejercicio de la sanción es retornar al individuo a su ser comunitario, sanción que jamás lo cumplirá a solas, siempre estará acompañado y vigilado por la comunidad. Pese a que varios juristas indígenas han descartado a la pena de muerte como una práctica del derecho indígena; se han podido constatar que en más de una ocasión la denominada justicia indígena ha acabado con la vida del aprehendido. Situación que ha sido reportada por los diarios escritos y televisivos del país; mostrando la crueldad con la que es tratado el infractor.

Para la justicia ordinaria y los derechos humanos, el castigo de la ortiga y el baño de un infractor, con su cuerpo semidesnudo frente a la comunidad, es un delito, una violación al derecho del individuo; para el derecho indígena, la ortiga y el baño son un mecanismo curativo integral de la salud indígena, entendida ésta como el estado corporal y espiritual de un individuo con su comunidad, el acusado necesita ayuda para reintegrarse sano a la comunidad por medio de la ortiga que es una planta que ayuda a relajar los músculos, circular la sangre de tal manera que el oxígeno y la sangre lleguen a la cabeza

de manera ideal, esto ayudará al acusado a pensar bien antes de actuar; el baño con agua fría complemento ideal para un cuerpo apresado en la zozobra del miedo por haber actuado fuera de la ley, y la desnudez frente a la comunidad, porque la sanción es abierta y es comunitaria, de allí que el sujeto del derecho indígena es un sujeto comunitario, la comunidad-individuo a diferencia del derecho positivo, el sujeto de derecho es el individuo, concepciones totalmente diferentes.

El reconocimiento de la justicia indígena como parte del quehacer jurídico de un Estado Plurinacional, es avanzar hacia un pluralismo jurídico que norme el comportamiento de relación intercultural de las naciones que coexisten en el Estado ecuatoriano. El propósito de mi trabajo de tesis no es deslegitimar lo establecido por la Constitución en el Art. 171, al reconocer a la justicia indígena como método regulador dentro de sus comunidades. La finalidad es esclarecer si las autoridades que imparten justicia tienen la suficiente preparación, si realmente se hace justicia para con los aprehendidos y si existe el debido proceso que respete y garantice los derechos humanos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales. Personalmente estoy convencido que la justicia indígena tiene aspectos positivos, como el consejo y reprensión que se da por parte de los mayores de las comunidades para con el infractor indicándole que lo actuado es una falta y que cualquier desavenencia es sancionada; o el trabajo comunitario en compensación a una infracción. Aspectos como estos hacen que concuerde con la justicia indígena,

pero cuando se llega a la barbarie o el linchamiento, deja mucho que pensar de las comunidades.

Considero firmemente que la justicia indígena tiene que ceder las competencias al sistema jurídico estatal cuando los casos son de carácter penal. En donde una jueza o juez de garantías penales, sean los encargados de impartir bajo un proceso garantista, la sentencia al transgresor.

4.2.4.1. Justicia indígena o simples linchamientos

No trato de escandalizar ni mucho menos denigrar a las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, es un trabajo investigativo que trata de lograr la armonización entre la justicia ordinaria con la justicia indígena, respecto a las competencias en los casos de abigeato, mediante la reforma al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial; sobre las competencias y jurisdicción.

Es necesario indicar que no siempre se dan abusos o linchamientos, ni mucho menos es esa la forma de proceder cotidiana en las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas; son mecanismos de protección utilizados milenariamente para mantener el equilibrio y la tranquilidad en una determinada sociedad. Si bien no es una situación diaria o repetitiva, sí existen datos documentados que dan fe de la mala práctica de la denominada justicia

indígena, en donde se puede ver claramente el abuso y exceso en la aplicación de métodos ancestrales y de “purificación”.

El fenómeno de la justicia indígena se ha puesto, lamentablemente, muy de moda debido a la cantidad de ajusticiamientos que se han venido dando en el Ecuador en los últimos meses, las estadísticas indican que al menos 176 personas han muerto en linchamientos y quemas en el transcurso de procesos de ajusticiamiento popular (desde 1994 hasta el año 2013).

Estadísticas de ajusticiamientos		
Registrados en los últimos 14 años en el Ecuador		
Año	Muertes	Rescatados con vida
1994- 1998 (marzo)	72	20
1998 (enero-diciembre)	44	53
1999 (enero-diciembre)	8	11
2000 (enero-diciembre)	11	44
2005 (enero-diciembre)	11	8
2006 (enero-diciembre)	4	22
2007 (enero-diciembre)	—	5
2008 (enero-diciembre)	3	2
Total	153	165

Fuente: (imagen) publicación del diario “El Comercio” enero del 2009.³⁵

Surgen además los cuestionamientos de conocer a ciencia cierta en qué consiste el Derecho propio de los indígenas, cuáles son sus fuentes, existencia o no de normas escritas, quiénes y por qué son autoridades que

³⁵ (imagen) publicación del diario “El Comercio” enero del 2009

puedan ejercer jurisdicción, y quizás la más profunda duda (amén de la más preocupante), qué entendemos por territorio indígena.

Nos hemos topado ya con letreros (en ciudad y en el campo) que indican, palabras más palabros menos, que “a delincuente atrapado, delincuente ajusticiado”, y esto en la praxis se ha traducido en la quema de personas, por lo que la primera pregunta es si los linchamientos (entiéndase por linchamiento quema de personas, azote, apaleo, arrastre, golpes en la vía, etc.), se entiende por justicia indígena, o, es acaso una tradición ancestral indígena este tipo de actos?.

Genera profunda preocupación que un “fallo” que provenga de la justicia indígena no sea susceptible de recurso alguno, hay una clara violación al derecho a la legítima defensa en los procesos de juzgamiento a los que les podemos llamar como indígenas, esto se ha venido traduciendo en la captura y juzgamiento de presuntos delincuentes en un estado de absoluta indefensión; más aún, es fuente de temor el principio “pro jurisdicción indígena”, que indica que la justicia indígena prevalecerá sobre lo ordinario. Espero no ver llegar el día en que un delincuente sea aprehendido por algún delito que cause profunda alarma social, y durante su proceso penal, presente alguna prueba o certificación de “juzgamiento” previo mediante justicia indígena, y las autoridades se vean en la obligación de liberarlo por aplicación de este principio.

El Fiscal General de la Nación, tiene que investigar actos que están más cerca de la barbarie que de la justicia indígena. Lo redactado en los artículos citados aquí, no han hecho otra cosa que no sea fomentar linchamientos e inseguridad, por lo que están atentando directamente contra aquello que se busca precautelar, es decir la seguridad ciudadana.

Por un lado, gracias a lo dispuesto en el Artículo 171 del texto constitucional, tenemos enunciados que la asamblea no la puede aclarar, y obviamente sus límites no están claramente determinados, con la consecuente duda que generará la aplicación de la justicia indígena.

Por otro lado, tenemos las inquietudes, cuya absolución recae obligatoriamente en los dirigentes indígenas, de conocer si las prácticas de ajusticiamiento provienen del derecho indígena o responden a la ira de la turba, a fin de aclarar el panorama a esta institución que ha nacido con sobresaltos.

De lo que no queda la menor duda, es de la falta de experticia y conocimiento jurídico de los asambleístas a la hora de elaborar normas, al no medir los efectos que las mismas causarían.

4.2.5. Tendencias doctrinarias sobre los Derechos Humanos

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

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

Como se ha explicado en las definiciones anteriores, un derecho es una libertad de algún tipo. Es algo a lo que se tiene derecho en virtud de ser humano.

Los derechos humanos se basan en el principio de respeto por el individuo. Su suposición fundamental es que cada persona es un ser moral y racional

que merece que lo traten con dignidad. Se llaman derechos humanos porque son universales. Mientras que naciones y grupos especializados disfrutan de derechos específicos que aplican sólo a ellos, los derechos humanos son los derechos que cada persona posee (sin importar quién es o dónde vive) simplemente porque está vivo.

“La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercer al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.

Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, en

*sentido estricto, solo él puede violarlos. Las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los derechos humanos. Este es un punto conceptualmente capital para comprender a cabalidad el tema de los derechos humanos”.*³⁶

Los Estados o Naciones están obligados a cumplir y hacer cumplir los derechos humanos para con cada ciudadano; valiéndose de mecanismos propicios y que coadyuven al cumplimiento de dichos derechos. Las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los derechos humanos. Este es un punto conceptualmente capital para comprender a cabalidad el tema de los derechos humanos.

4.2.6. La Función Legislativa y las reformas legislativas

La función legislativa por definición, es la institución que crea las leyes, facultad que implica la posibilidad de regular, en nombre del pueblo, los derechos y las obligaciones de sus habitantes en consonancia con las

³⁶ NIKKEN, Pedro: *“El concepto de Derechos Humanos”*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; pág. 1 y 13; Tomo I, Serie: Estudios de Derechos Humanos.

disposiciones constitucionales. Para ejercer dicha facultad está investida de una incuestionable autoridad que le otorga la representación de la voluntad.

Las figuras presentes más importantes son el senado, los diputados y en el caso concreto de nuestro país los asambleístas.

“[Montesquieu](#) propuso, en su célebre libro [El espíritu de las leyes](#), que era necesario que las funciones del Estado se dividieran entre distintos poderes (legislativo, [ejecutivo](#) y [judicial](#)), para que mediante los arreglos de las características el poder se autocontrole, a fin de evitar la [tiranía](#).”

*El Poder Legislativo desempeña hoy dos funciones separables, de distinta naturaleza y carácter, que son: la función legislativa propiamente dicha y la de órgano de control, que consiste en vigilar la acción del [poder ejecutivo](#) y la conducta de los funcionarios del mismo, y del [poder judicial](#) que estén sujetos a juicio político”.*³⁷

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador es el órgano que ejerce la Función Legislativa en nuestro País. Es un parlamento unicameral, formada por 137 asambleístas, repartidos en 10 comisiones. Su sede se encuentra en

³⁷ Página de consulta web: http://es.wikipedia.org/wiki/Poder_legislativo

la ciudad de [Quito](#) en el Palacio Legislativo. Es presidida por [Gabriela Rivadeneira](#).

Las facultades más importantes de un Estado son tres: crear las leyes que regulen el funcionamiento de la sociedad, administrar dichas normas y concretar el desarrollo de las políticas de carácter público. Esto permite dividir al Estado en cinco grandes funciones, ejercidos por distintas instituciones: Función Legislativa, Función Ejecutiva, Función Judicial, Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Elemental del tratadista Guillermo Cabanellas, se expresa sobre la reforma de la siguiente manera:

“Nueva forma; innovación, cambio. Modificación, variación. Corrección, enmienda. Restauración, restablecimiento. Extinción de un cuerpo administrativo”.³⁸

El significado de la palabra, según el tratadista, explica que da lugar al cambio, modificación, restauración de un cuerpo administrativo, en el caso planteado, sería a un cuerpo legal.

³⁸ Dr. Cabanellas, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, pág. 344; edit. Heliasta.

4.3 Marco Jurídico

4.3.1. La Constitución del Ecuador y la justicia indígena en relación a las sanciones

El Art. 171 de la Constitución del Ecuador establece:

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”³⁹

³⁹ Constitución de la República del Ecuador; Art. 171; pág. 75

Bajo este precepto se ha dado las plenas facultades para que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejerzan justicia en cualquier situación contraria que se manifestará en lo interior de sus sociedades e irrumpen con la tranquilidad de sus habitantes.

Conforme lo establece el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador:

*“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”*⁴⁰. Se dan costumbres locales amparadas por ciertos cuerpos legales, como es el caso específico de los pueblos indígenas, que por su uso consecutivo, uniforme y generalizado aceptado entre los miembros de la sociedad en general, se han constituido como costumbre jurídica que paulatinamente se ha enmarcado en la Constitución.

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 de que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de la ley estar amparada por el derecho consuetudinario. Sin embargo, la costumbre, a más de suplir los

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador; Art. 1, Pág. 9 (2008).

vacíos legales, puede llegar a derogar una ley siempre que ésta sea inconveniente o perjudicial.

Para los pueblos indígenas, la justicia indígena, *“es la forma propia de resolver y solucionar conflictos a través de sus propias autoridades, que mediante la aplicación de medidas moderadoras en algunos casos ejemplarizadoras, en otros, se establece la armonía colectiva, para ello se basan en sus propios usos y costumbres, además de un procedimiento preestablecido y conocido por todos”*.⁴¹

Del derecho consuetudinario se desprende con amplia relación la justicia indígena, en donde, ambas se compaginan al ser normas no escritas ni establecidas en un cuerpo legal. En la praxis no siempre son métodos moderadores que buscan la armonía de las comunidades lo que impera en la turba furibunda de los comuneros que han aprehendido al transgresor; en páginas anteriores ya traje a colación una tabla de estadísticas en donde se puede constatar, no en todos los casos, pero si en una gran mayoría, la forma como proceden al aplicar la justicia indígena.

4.3.2. Lo que establece el Código Orgánico Integral Penal sobre el abigeato

⁴¹ TIBAN, Lourdes; ILAQUICHE, Raúl: “Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”, pág. 19.

*“Es el delito consistente en el robo de animales de cría, o cuatrero, que sucede generalmente, aunque no en forma excluyente (ya que puede ser mientras es transportado) en las zonas de campo, afectando a los productores ganaderos. Dentro de estos animales se distingue el ganado mayor, que comprende el ganado bovino mular y equino; y el menor, que es el porcino, caprino u ovino”.*⁴²

El actual Código Orgánico Integral Penal, redacta en el Art. 199 respecto al abigeato:

“La persona que se apodere de una o más cabezas de ganado caballar, vacuno, porcino, lanar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Igual pena se impondrá a la persona que, con ánimo de apropiarse, inserte, altere, suprima o falsifique fierros, marcas, señales u otros instrumentos o dispositivos utilizados para la identificación de las cabezas de ganado.

Si la infracción se comete con fuerza, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si es cometida con violencia será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

⁴² Blog de consulta: definicionlegal.blogspot.com/2012/10/delito-de-abigeato.html

*Si a consecuencia del delito se causa la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.*⁴³

La sanción que se impone a quien se apodera del ganado caballar, vacuno, porcino o lanar es privativa de libertad y va de uno a tres años.

4.3.3. Las competencias en los casos punitivos

El Código Orgánico de la Función Judicial, respecto a las competencias de las juezas y los jueces de garantías penales, establece en el artículo 225, numeral uno lo siguiente:

“Las juezas y jueces de lo penal, además de las competencias atribuidas en el Código de Procedimiento Penal, son competentes para:

*1. Garantizar los derechos de la persona imputada o acusada y de la persona ofendida durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes que le otorga la ley;...”.*⁴⁴

El numeral uno establece rotundamente, que las juezas y jueces de garantías penales serán responsables de garantizar los derechos de la persona imputada o acusada. Será responsable también de generar un debido proceso

⁴³ Código Orgánico Integral Penal; Artículo 199; pág. 33

⁴⁴ Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 225, pág. 70

entorno al acto cometido por el imputado y con ello, garantizar que en ninguna instancia este, será sometido a agresiones de carácter físico ni psicológico. Es más, los centros de rehabilitación, son precisamente el lugar donde serán reeducados, para generar la inserción social posteriormente.

Esta situación no es efectuada en ninguna instancia por la justicia indígena; una vez aprehendido el infractor es llevado a las autoridades quienes en privado sesionan y establecen la sanción a aplicarse al transgresor.

Una situación que es de relevancia y que necesariamente debo hacer notar, es que, en el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el Art. 492 segundo inciso establece sobre las reducciones de pena:

*“...La reducción de la pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes generales que concurren de acuerdo con las reglas generales. La pena no podrá exceder los términos del acuerdo”.*⁴⁵

Se verán las circunstancias atenuantes o agravantes generales que concurren los procesados, para poder determinar si es factible la reducción de la pena.

⁴⁵ Código Orgánico Integral Penal (COIP); Art. 492 segundo inciso, Pág. 80 (2014)

4.3.4. Instrumentos internacionales sobre la justicia indígena

“En la esfera internacional según algunos analistas, el punto de partida de la internacionalización de los derechos indígenas se da con la Conferencia Internacional de organizaciones no gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas de América, llevada a cabo en Ginebra en el año de 1977, ya que los representantes indígenas a diferencia de lo esperado, no se calificaron como minorías étnicas, ni plantearon sus problemas desde la óptica de la discriminación y del racismo, sino que se autodefinieron como pueblos y naciones invadidas y colonizadas”.⁴⁶

Desde esta perspectiva, las organizaciones indígenas con el propósito de materializar sus derechos como pueblos, dirigieron su accionar en un doble sentido, por un lado planteando la revisión del Convenio 107 de la OIT de 1957, de lo que resultó la adopción del Convenio 169 de 1989, en el que se reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de Derecho y como tales, beneficiarios de una serie de derechos colectivos. Por otro lado, que los sistemas de protección a los Derechos Humanos tanto a nivel universal (ONU) como regional (OEA) adopten Cartas de derechos de los pueblos Indígenas, objetivo que se ha conseguido parcialmente con la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

⁴⁶ SANCHEZ BOTERO, Esther, en Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 37 y 38.

4.3.5. Jurisdicción y competencia de la justicia indígena

Adquiere vigencia el debate sobre la naturaleza de la jurisdicción indígena, la delimitación de sus competencias, su aplicabilidad a los migrantes urbanos, su compatibilidad con el sistema jurídico ordinario. Todos deben aportar como un comentario positivo y de orientación hacia varios sectores sociales, entre ellos autoridades indígenas, campesinas, policiales, eclesiásticas, legislativas, etc. para que se busque un acercamiento hacia el pueblo y se imparta el conocimiento sobre los derechos humanos que deben conocerse y a la vez aplicarse, sin dañar sus leyes, peor aún sus costumbres.

Por ello, la administración de justicia indígena obliga a repensar conceptos básicos del Estado, con los de justicia e igualdad, incluso la acepción de universalidad de los Derechos Humanos, las nociones del derecho, soberanía y territorio entran en el campo de la discusión. Con ello, el fenómeno étnico deja de ser un problema únicamente cultural y exige ser mirado en relación con el Estado, es decir con el poder, lo cual confiere a la cuestión indígena un carácter nacional.

En los últimos años suceden una serie de linchamientos en comunidades indígenas del Ecuador, las comunidades se integran en el espacio mediático, la violencia deviene un espectáculo público transmitido por la radio y la televisión y se establece un juego de fuerza con el Estado que desborda en el campo de lo político.

Los recientes linchamientos de presuntos antisociales cometidos en varias comunidades indígenas, en donde se ha llegado a matar a los antisociales por parte de los comuneros; ha dado paso al debate del tema de la justicia indígena (facultad que tienen los pueblos y comunidades indígenas para mantener un régimen ordenado de justicia en sus sociedades). Esta facultad no debe atentar contra la vida ni el pudor de ningún ciudadano bajo ningún concepto, de acuerdo lo establecido en la Constitución del Ecuador y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ni tampoco se afecte la vigencia de otras disposiciones legales al respecto.

Este tipo de crímenes cometidos a nombre de la “justicia por mano propia”, que no existe como ordenamiento legal, vienen de mucho antes que la actual Constitución, debido a una serie de circunstancias, entre ellas la ignorancia y liderazgos equívocos en algunas comunidades, que han causado y siguen causando estos crímenes, como incinerar a supuestos ladrones sorprendidos dentro de esas poblaciones, o someterlos a castigos bárbaros.

Se confunden los linchamientos producto de una barbarie colectiva, con la llamada Justicia Indígena, lo cual ha causado el descrédito de esta norma, por su peligrosa aplicabilidad en concreto. Por ello es preciso regular de una manera más explícita los alcances de la llamada Justicia Indígena, a fin de que no se confunda o sirva de pretexto para los linchamientos.

La justicia indígena es el respeto a las prácticas ancestrales de las etnias acomodándose al régimen del derecho vigente; es decir, esta forma de hacer justicia no debe estar en contradicción o pugna con la Constitución vigente.

Además tiende a la investigación de los delitos cometidos dentro de lo que es su jurisdicción territorial con hechos inherentes a una comunidad o sector indígena, es a lo que se refiere el respeto constitucional.

Pero de ahí a darle la competencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, imponer penas, tener cárceles propias, decidir sobre la vida o la muerte de personas, no es la concepción constitucional. Hay una grave confusión que se está extendiendo aceleradamente a lo largo y ancho de este país, como es la idea de que se puede hacer lo que venga en gana, en donde quiera y contra quien quiera.

El término ajusticiamiento es utilizado usualmente en el sector indígena y hace alusión a la forma de castigo popular que ellos imponen a un infractor; a pesar de que el término, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, quiere decir dar muerte al reo, condenado o condenar a alguna pena; y según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, ajusticiar significa, ejecutar una condena de muerte.

Pero para los indígenas ajusticiar no es matar, sino impartir su justicia mediante una sentencia a la que se llega por común acuerdo entre los miembros de la comunidad en donde se cometió la falta.

4.3.5.1. Sistema legal indígena

Los derechos indígenas proponen una sociedad más justa y digna, los derechos indígenas no son una construcción teórica que se quiere establecer en las comunidades y pueblos, son la adecuación de los conceptos jurídicos occidentales a cada realidad, y que curiosamente el Estado pretende despojar de sus contenidos originales.

Cada uno de los derechos fundamentales de los pueblos: Derecho a ser Pueblos, Derecho a la Cultura, Derecho al Territorio, Derecho a los sistemas jurídicos propios y Derecho a la Autonomía y al Desarrollo, se puede apreciar que en esencia exigen, por un lado, superar el estado de resistencia, de pobreza y discriminación y por el otro, desarrollar sus potencialidades; plantean que la democracia, la justicia y el desarrollo, no tienen una sola y única perspectiva, en el que la perspectiva indígena tenga que ser anulada.

Analizando el sistema legal indígena se concluye que la Justicia Indígena ha nacido con los pueblos, pero en el caso de América Latina con la llegada de los españoles ha sobrevivido en la eliminación e ilegalidad en medio de un

proceso de resistencia que le han permitido obtener niveles de reconocimiento de su existencia, considerarse como el derecho de los indios a gozar de sus propias leyes.

Según Ortiz Crespo:

“En lo religioso existieron muchas autoridades que defendieron las actuaciones indígenas como por ejemplo Bartolomé de las Casas (1474-1566) quien manifestó en su doctrina: “Que los indios eran humanos y que por lo tanto poseían la facultad de la razón, tenían sus propias leyes y gobierno los cuales debían ser respetados por la corona española”.⁴⁷

Al enfrentar la realidad, y toda la necesidad de asegurar una alianza voluntaria con los indios en la época colonial, tres escuelas de pensamiento se desarrollaron en torno a las ideas acerca del derecho y la gobernación de los indios en las Américas. Una de éstas, encabezada por Francisco de Vitoria, asumió la opinión de que los indios habiendo desarrollado sus propias sociedades, tenían derecho a preservar sus propias instituciones, la segunda escuela declaró la posición feudal de la monarquía española proponiendo que sólo existía una sociedad y por lo tanto una ley para todos. La tercera escuela de pensamiento entendía que existían dos repúblicas en las Américas, la española y la india.

⁴⁷ ORTIZ CRESPO, Ximena; pág. 42 “Justicia Indígena, Aportes para un debate”.

Aparte de los debates, la visión de las dos repúblicas resultó con un nivel de reconocimiento dentro del ámbito legal. El principio general, expresado en varios decretos, consistía en que las buenas costumbres, o las leyes de los indios debían ser observadas hasta el punto en que éstas no fueran contrarias a la religión cristiana. La regla de reconocimiento fue expresada en decretos reales de los años 1530, 1542, 1556 y en la recopilación en una codificación de leyes pertenecientes a las Indias que se lee: *“Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que hicieren de nuevo. Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente aprobamos y confirmamos, con todo que no podamos añadir lo que fuéramos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tiene hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos”*.⁴⁸

Los españoles en la práctica fueron incapaces de entender el derecho tradicional indio y usaron el derecho español en el Juzgado General de Indias

⁴⁸ LOPEZ BARSENAS, Francisco; “Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina”; Pág. 101; Pontificia Universidad Católica del Perú. Edit. 2007

a pesar del mandato real de que se guarden y ejecuten las buenas leyes de los indios.

En la actualidad, para los indígenas, el sistema jurídico oficial no funciona, y está lejos geográfica y culturalmente. Los funcionarios y abogados son vistos como injustos, corruptos y racistas, ignorantes de la vida y la realidad de los comuneros: los procedimientos como caros, lentos, engorrosos, burocráticos, llenos de escritos en una lengua que ellos ni leen ni acaban de entender. Los procesos en la administración de justicia indígena están repletos de rasgos de medición y conciliación y, a través de las sanciones que se imponen, se trata de alcanzar la purificación del individuo, su rehabilitación y reincorporación para ser aceptado en su comunidad. Es un sistema que acoge al infractor y no lo expulsa.

En el caso concreto del Ecuador, desde el año de 1998, año en el que se aprobó la anterior Constitución; se estableció legalmente la facultad que tienen las comunidades indígenas para ejercer justicia dentro de sus propias comunidades y siempre que se trate de personas indígenas involucradas en hechos o conductas ilegales o inmorales, para ser sometidos a su jurisdicción. La nueva carta magna, aprobada en el año 2008, también ratifica la potestad indígena para administrar justicia sobre sus integrantes considerados como tal, inclusive se han dado grandes avances respecto al tema, pues en la actualidad ya se cuenta con la Fiscalía de Asuntos indígenas, en donde se tratan única y exclusivamente situaciones que atañen a personas indígenas

en forma específica y estas dependencias existen ya en 12 provincias ecuatorianas.

4.3.6. El debido proceso en la justicia ordinaria e indígena

4.3.6.1. El debido proceso en la justicia ordinaria

Es un conjunto de derechos propios de las personas y anteriores al Estado, de carácter sustantivo y procesal, reconocidos por la Constitución, que buscan precautelar la libertad y procurar que quienes sean sometidos a juicio gocen de las garantías para ejercer su derecho de defensa y obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso justo, pronto y transparente el debido proceso ha sido recogido como parte de convenios internacionales.

Así, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948, manifiesta que *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.⁴⁹

⁴⁹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948; Art. 10.

“Es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez”.⁵⁰

Por lo que el debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas que se encuentran sujetas en las Constituciones de los Estados, en los Tratado Internacionales y en sus leyes internas, con equidad e imparcialidad.

Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.

- a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.
- b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
- c) Concesión al inculpado del tiempo personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente.
- d) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo no nombrare dentro del plazo establecido por la ley.

⁵⁰ RAWLS, John, 1996; pág. 4

- e) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y,
- f) Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

4.3.6.2. El debido proceso en la justicia indígena

Así mismo el debido proceso en la administración de justicia indígena, es aquella en la que las autoridades aplican normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

- 1) Que existe un procedimiento jurídico distinto al establecido en la justicia ordinaria.
- 2) Obliga a la autoridad indígena para que aplique el procedimiento de acuerdo a las costumbres o derecho consuetudinario de su pueblo
- 3) Reconoce el derecho del acusado para que éste exija el cumplimiento del procedimiento que ancestralmente vienen practicando.

Se puede manifestar que el debido proceso se refiere al derecho del ciudadano de que su caso sea atendido por la autoridad competente, ciñéndose estrictamente a las normas previamente establecidas para el caso, y en una forma justa, oportuna, eficaz y sin dilaciones.

Entonces, la garantía del debido proceso que señala la Constitución de la República del Ecuador, en relación a la administración de Justicia Indígena, debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas. Así como tratándose del juzgamiento de un comunero indígena ante un juzgado ordinario, de hecho se deberá exigir la garantía del debido proceso que se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador, así como en la Legislación Nacional. Pero además, puede darse el caso de que el comunero reclame el ser juzgado por sus autoridades al sentir que su debido proceso estará más garantizado con la administración de justicia consuetudinaria indígena.

4.4. Legislación Comparada

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

“Los países andinos que han reformado la Constitución para este reconocimiento son: Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador. Estos Estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento de carácter Pluricultural y Multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígena específicos.”⁵¹

Los países sudamericanos que han legitimado y reconocido a través de sus constituciones el derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas son Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador; dándoles mayor realce en las costumbres, cultura y forma de organización.

4.4.1. La Constitución Colombiana sobre la justicia indígena

⁵¹ WRAY, Alberto "El convenio 169 de la OIT. sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Régimen Constitucional Ecuatoriano" Pág. 10

En el Capítulo 5 de las Jurisdicciones especiales Art. 246 de la Constitución de la República de Colombia, dispone:

*“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.*⁵²

La propuesta sobre Jurisdicción Especial Indígena de Colombia establece los principios, criterios fundamentales y los mecanismos de coordinación entre las Autoridades Indígenas y el Sistema Judicial Nacional en concordancia con el Art. 246 de la Constitución Política de Colombia.

Esta propuesta define con claridad los conceptos de: Jurisdicción Especial Indígena, Pueblos Indígenas, territorios indígenas, autoridades de los pueblos indígenas, vinculación social y cultural, autoridades del sistema jurídico nacional, autoridades de apoyo a la administración de justicia.

⁵² Constitución Política de Colombia (1991) reforma 1997; Art. 246, pág. 38

Se establece como principios generales el pluralismo jurídico, la autonomía judicial, el debido proceso, acceso a la justicia, idioma oficial respeto a la diversidad étnica y cultural, reciprocidad, cosa juzgada.

Ante conflictos de competencia entre autoridades indígenas se definirán según sus usos y costumbres y en el proceso de problemas con las autoridades del sistema judicial nacional serán resueltos por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.

La propuesta Colombiana busca compatibilizar el sistema judicial nacional con la Justicia Indígena, por ello expresa la necesidad de consultar previamente a los pueblos y nacionalidades indígenas sobre su participación en el Plan de Desarrollo de la Rama Judicial, el estado proporcionará por lo tanto los recursos necesarios para el desarrollo de la Jurisdicción Especial Indígena e implementará un sistema de control fiscal.

Evidentemente la propuesta Colombiana es mucha más amplia y específica cuenta con un número de 26 artículos y en la mayoría de ellos establece mecanismos para compatibilizar la jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Jurídico Nacional.

4.4.2. La Constitución Boliviana sobre la justicia indígena

En la Constitución y la legislación Boliviana, respecto a la justicia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas, regula el alcance, límites de la jurisdicción indígena y campesina, como resolver conflictos de competencia y la violación de los derechos humanos.

Entre sus aspectos principales señalo los siguientes:

Se definen como pueblos indígenas y comunidades indígenas aquellos que se distinguen de la colectividad nacional por sus condiciones culturales, sociales y económicas, regidos por sus propias costumbres y tradiciones.

Se institucionaliza y ratifica el derecho consuetudinario. Las autoridades ejercen funciones jurisdiccionales y de administración.

Las autoridades indígenas conocerán y resolverán asuntos en el territorio del pueblo indígena o comunidad indígena campesina en donde se haya producido el hecho.

La competencia material no exime algún tipo de problema o delito en especial. Las autoridades son las designadas por tradición, usos, costumbres y prácticas culturales y tienen reconocimiento constitucional.

La justicia indígena es obligatoria para los indígenas y campesinos que residan en sus comunidades. Su límite obedece a lo establecido en la Constitución Política del Estado.

Las autoridades indígenas pueden declinar su competencia en algunos casos que considere necesario.

Se ratifica la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre asuntos que los involucren, la utilización de traductores, y la implementación de programas de información, difusión y capacitación a los órganos encargados de administrar justicia.

La Constitución Boliviana, tipifica aspectos muy puntuales en cuanto a jurisdicción y competencia, garantizando con ello la aplicabilidad de la Justicia Indígena.

4.4.2.1. Jurisdicción Indígena Originaria Campesina Boliviana

Los artículos 190, 191 y 192 respecto a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina de Bolivia, dispone lo siguiente:

“Capítulo cuarto: jurisdicción indígena originaria campesina:

Artículo 190. I. *Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.*

II. *La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.*

Artículo 191. I. *La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.*

II. *La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:*

1. *Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.*

2. *Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una ley de Deslinde Jurisdiccional.*

3. *Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.*

Artículo 192. I. *Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.*

II. *Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.*

III. *El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”.⁵³*

4.4.3. La Constitución Peruana sobre la justicia indígena

La carta magna del Estado Peruano, establece en los Arts. 88 y 89 el Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas; y en el Art. 149

⁵³ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; Arts. 190, 191, 192, págs. 73 y 74

establece el Poder Judicial que disponen las comunidades campesinas y nativas del Perú.

“CAPITULO VI

DEL RÉGIMEN AGRARIO Y DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS.

Artículo 88.- *El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.*

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Artículo 89.- *Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.*

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en luso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

CAPITULO VIII

FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

Artículo 149.- *Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas.*

*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”.*⁵⁴

El Proyecto de Ley de Desarrollo Constitucional del Art. 149 denominado Proyecto de "Ley de Administración de Justicia para las Poblaciones Indígenas, campesinas y nativas", fue presentado por la Comisión de Asuntos Indígenas del Congreso en la Audiencia Pública descentralizada de dicha Comisión en Pucallpa el 11 de noviembre de 2000 con la presencia de más de 300 nativos de la región amazónica.

Este proyecto de Ley de Administración de Justicia, ahora ya un articulado de la vigente Constitución de Perú (Art. 149) incluye:

⁵⁴ Constitución Política del Perú; Arts. 88, 89 y 149, Pág. 26 y Pág. 45

- Sobre defensa de oficio;
- Exoneración de tasas y costas judiciales;
- Jurisdicción Indígena;
- Respeto de costumbres y creencias indígenas en procesos penales;
- Pericia antropológica; y,
- Mecanismo para resolver conflictos entre jurisdicción indígena y justicia

Los conflictos y controversias que se originen entre los miembros de los pueblos indígenas y comunidades serán resueltos o sancionados en su caso por los órganos de gobierno del pueblo indígena, conforme a su derecho consuetudinario, siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por el sistema jurídico nacional y las normas internacionales de derechos humanos. Se reconoce la jurisdicción especial de los pueblos indígenas para administrar Justicia con arreglo a sus normas tradicionales. El ámbito de la jurisdicción especial en la resolución de conflictos es propia de cada pueblo indígena.

La costumbre indígena prevalecerá y los miembros de las nacionalidades serán tratados de acuerdo a su condición étnica en base a un informe Pericial Antropológico. Además se velará por el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas y si es necesario se le proporcionará un intérprete. En cuanto a la competencia será dirimida por la Sala Superior.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. Materiales Utilizados

Los métodos y técnicas que utilizaré en la realización del proceso investigativo de la referida Tesis, permitirán comprender la realidad de la justicia indígena en la aplicación a los infractores y las contradicciones con la Constitución e instrumentos internacionales, en referencia a los derechos humanos del imputado.

5.1.1. Materiales

Entre los varios recursos materiales que he de utilizar en el desarrollo de este trabajo investigativo, principalmente están los siguientes suministros:

De escritorio, de consulta y de computación.

5.1.1.1. Recurso Humano

- Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde
- Director de Tesis: Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso
- Encuestados y entrevistados

5.1.1.2. Recursos Financieros

El costo aproximado que conlleva la presentación de este trabajo investigativo de tesis de grado será de mi absoluta responsabilidad.

Valores y descripción de materiales a utilizar:

Materiales de oficina	\$ 412.00
Impresiones	\$ 295.00
Pasajes y movilización	\$ 805.00
Imprevistos y materiales extras	<u>\$ 311.00</u>
TOTAL	\$ 1823.00

5.2. Métodos

Son el conjunto de métodos que se rigen en una investigación científica o en una exposición doctrinal.

El desarrollo de la presente tesis de grado, está encaminado a realizar una indagación descriptiva y bibliográfica.

La indagación descriptiva me permitirá descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio y análisis, con el propósito de determinar las características de un problema jurídico y social.

Por otra parte, la indagación bibliográfica que consiste en la búsqueda y recopilación de información, ya sea en bibliotecas, el internet, revistas o documentos jurídicos, periódicos, archivos institucionales y libros jurídicos (en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas); me servirá para obtener el material necesario para el desarrollo adecuado de mi tesis.

La información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de las leyes, y en especial de la Constitución del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, Tratados Internacionales, Código Orgánico de la Función Judicial y legislación o costumbres indígenas;

respecto a los casos de abigeato y ajusticiamiento indígena faltando a los derechos primordiales del infractor.

Es así que, durante el desarrollo de mi tesis, utilizare los siguientes métodos: el método inductivo, deductivo y analítico.

- **En el método inductivo.-** que a decir de su aplicación, partí de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares. Con ello generar de manera específica conceptos y razonamiento, mismo que son plasmados en mi trabajo de investigación. La utilización de este método fue utilizado en los procesos de recolección de información, ya sea en fuentes bibliográficas de libros, revistas, gacetas, internet y medios de comunicación como los periódicos, radio y televisión.
- **El método deductivo.-** partí de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. Los aspectos generales que se generaron en la utilización de este recurso fueron necesarios para despejar las complejidades de los objetivos planteado. Es así que este método lo utilice para ampliar mis conocimientos y poder verificar los objetivos planteados.

- **El método analítico.-** tiene relación directa con el problema planteado, por cuanto me permitió menoscabar y estudiar sus diferentes ámbitos y afectaciones. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para la verificación y el perfeccionamiento del presente trabajo. El método analítico fue utilizado en todo el transcurso de este trabajo investigativo; en cada instante que recolectaba información daba uso a esta herramienta, para poder discernir si la consulta efectuada me era útil en el proceso o si no descartarla.

5.3. Procedimientos y Técnicas

Para el correcto procedimiento y desarrollo de mi tesis, me valí de dos herramientas fundamentales y básicas, mismas que me permitieron recolectar la opinión de terceros a fin de contrastar y despejar los objetivos planteados al inicio de este trabajo.

Utilice las encuestas y las entrevistas; las encuestas fueron aplicadas en un número similar tanto a profesionales del derecho como a miembros y autoridades de comunidades indígenas; y, las entrevistas fueron realizadas a personas imputadas, que han sido sentenciadas bajo la modalidad de la justicia ordinaria y de la justicia indígena.

- **La encuesta:** es un [estudio observacional](#) en el que el investigador recopila datos por medio de un cuestionario previamente diseñado, sin modificar el entorno ni controlar el proceso que está en observación; aplicándolo de manera directa al universo materia de estudio.
- **La entrevista:** es un [diálogo](#) entablado entre dos o más [personas](#): el entrevistador o entrevistadores que interrogan y el o los entrevistados que contestan. Una entrevista no es casual sino que es un diálogo interesado, con un [acuerdo](#) previo y unos intereses y expectativas por ambas partes.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de Encuestas

Para el pleno desarrollo de las encuestas, fueron aplicadas en un número de 40, siendo consultados 20 profesionales del derecho y 20 miembros de una comunidad indígena.

Primero expondré lo que la Comunidad Indígena respondió al banco de preguntas de mi encuesta, esto se dio en un número de 20 personas como lo detalle anteriormente.

6.1.1. Comunidad indígena.

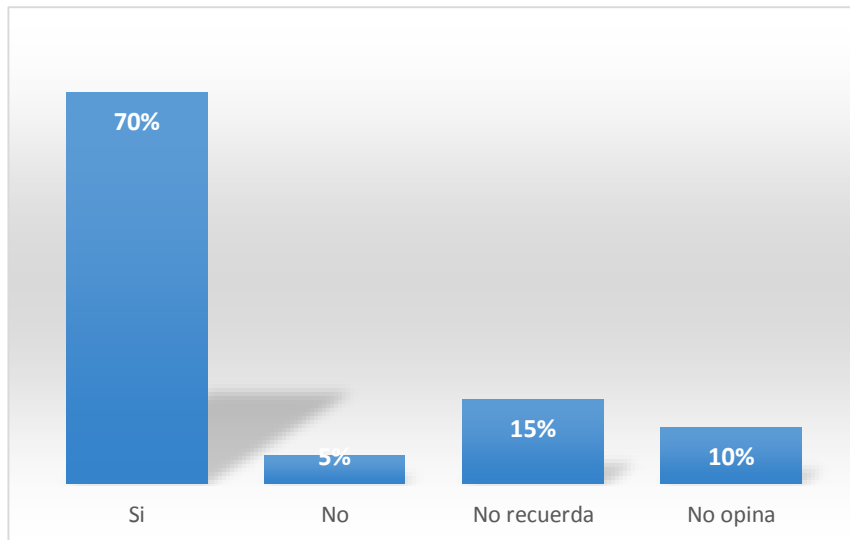
Primera pregunta.

¿Conoce Ud. acerca de la justicia indígena en nuestro país y lo que establece la Constitución al respecto?

Cuadro Nro. 1

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	14	70%
No	1	5%
No recuerda	3	15%
No opina	2	10%
	20	100%

Gráfico Nro. 1



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: La primera pregunta que me permite saber si conocen acerca de la justicia indígena y lo que la Constitución establece al respecto; 14 comuneros me respondieron que si conocen siendo un equivalente al 70%, una persona me dijo que desconocía por completo lo que estábamos consultándole que equivale al 5%, 3 personas me dijeron que no recuerdan muy bien lo que es y lo que establece la constitución siendo su equivalente el 15%, y finalmente 2 personas me dijeron que no opinaban nada al respecto siendo equivalente al 10%; todo esto me da un total de 20 personas consultadas y su equivalencia en porcentajes es del 100%.

Interpretación: A decir de la primera pregunta; en las comunidades indígenas se muestra un claro conocimiento e interés acerca de la justicia indígena y lo

que establece la Constitución. Más de la mitad de los consultados fueron enfáticos al decir que la justicia indígena es más que “justicia” es “una cultura de años” como me supieron manifestar, dicho de otra forma, es una manifestación milenaria que ha permanecido arraigado en nuestras nacionalidades indígenas y que tiene total pertenencia de los pueblos nativos. En palabras textuales de una de las autoridades de la comunidad indígena me supo manifestar: “Las leyes nos dieron permiso para seguir haciendo la justicia indígena pero con respeto”.

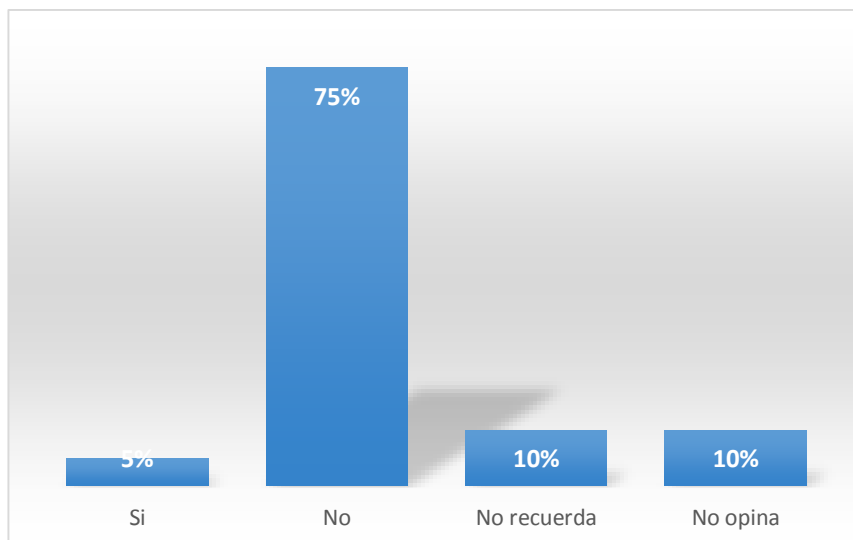
Segunda Pregunta.

¿Cree Ud. que en los ajusticiamientos indígenas se violentan los derechos humanos del imputado?

Cuadro Nro. 2

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	1	5%
No	15	75%
No recuerda	2	10%
No opina	2	10%
	20	100%

Gráfico Nro. 2



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Cree que en los ajusticiamientos indígenas se violentan los derechos humanos del imputado, una sola persona que equivale al 5% me respondió afirmativamente; 15 personas respondieron que NO, siendo equivalente al 75%; 2 personas no recuerdan dicho suceso que equivale al 10%; y, 2 personas dijeron no opinar nada al respecto que equivalen al 10%; completan un total de 20 personas encuestadas correspondiente al 100%.

Interpretación: El 75% de los encuestados consideran que no existe tal violación de los derechos humanos, porque se trata de una “purificación” más que un castigo exagerado. Lo que manifestó una de las autoridades de la comunidad: “Lo que queremos es que haya armonía entre el cuerpo y espíritu para que no haga actos de delincuente”. Según me explicaron los miembros de la comunidad, es que la denominada purificación, es un escarmiento que no busca maltratar ni transgredir los derechos humanos del aprehendido, sino

que trata de curar sus malos pensamientos y de que en lo posterior no vuelva a cometerlos. Respecto a la única persona que manifestó que si se violentan los derechos humanos, me comento de casos suscitados en otras comunidades donde hubo exceso que han desbordado incluso en la muerte de los infractores, concordando con datos estadísticos que en páginas anteriores menciono del fallecimiento de centenares de personas en manos de la justicia indígena. Dos personas más comentaron no recordar ningún caso y otras dos personas no opinaron nada al respecto.

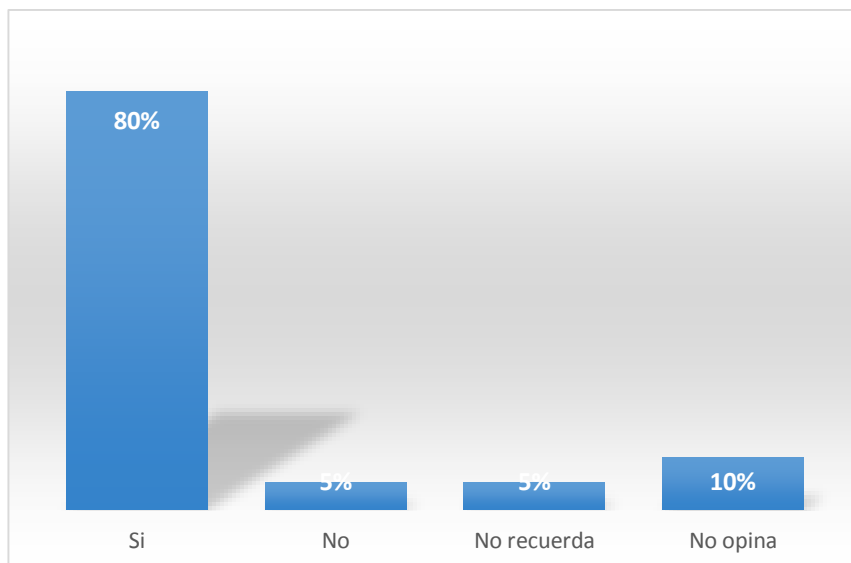
Tercera pregunta

¿Conoce Ud. lo que es el Abigeato y las sanciones penales para dicha transgresión?

Cuadro Nro. 3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	16	80%
No	1	5%
No recuerda	1	5%
No opina	2	10%
	20	100%

Gráfico Nro. 3



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Si conoce lo que es el abigeato y las sanciones que se dan a este delito: el 80% que son 16 personas saben sobre esta transgresión; 1 persona que es el 5% no sabe; una persona no recuerda que equivale al 5%; y, dos personas no opinan al respecto que son el 10%. Comprende a 20 encuestados o sea al 100%.

Interpretación: El abigeato y sus sanciones no es un tema ajeno para la gran mayoría de los comuneros indígenas, sin embargo no deja de ser algo que debería sociabilizarse para evitar el desconocimiento de dicha problemática. Sin embargo hay quienes supieron manifestarme que han denunciado en su momento casos de abigeato en la comunidad y que las autoridades hicieron caso omiso a lo denunciado, más bien, la policía ha aumentado los patrullajes

por el sector. “últimamente no hemos tenido problemas con nadie ni tampoco nos dejamos, porque de nuestro ganado vivimos...”

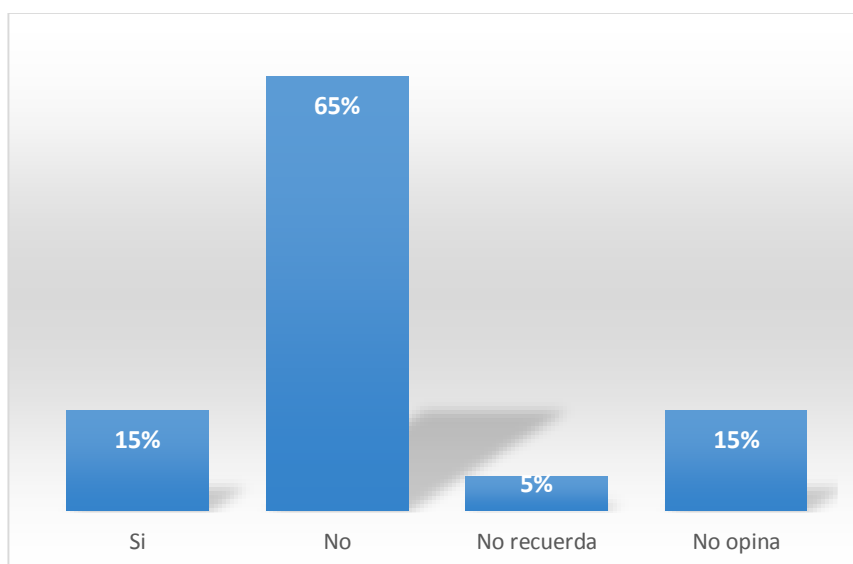
Cuarta pregunta

Sobre las autoridades de la justicia indígena. ¿Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Cuadro Nro. 4

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	15%
No	13	65%
No recuerda	1	5%
No opina	3	15%
	20	100%

Gráfico Nro. 4



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: El 15% que son 3 personas respondieron afirmativamente; la mayoría que porcentualmente son el 65% 13 personas respondieron que NO; una persona no recuerda es el 5%; y, 3 personas que es el 15% no opinaron respecto a esta interrogante. Son en total 20 personas encuestadas que equivalen al 100%.

Interpretación: La preparación por parte de las autoridades sancionadoras de una comunidad que imparten justicia debe ser un asunto imperante, sobre todo la preparación debe ser de carácter jurídico, para evitar contravenir lo que dispone la Constitución y los demás Instrumentos Internacionales. Quienes respondieron afirmativamente, me comentaban que “si hay dos señores que conocen de derecho” y que en su momento han sido los que aconsejan y asesoraban a la comunidad en aspectos jurídicos, pero que, poco pasan en el lugar debido a sus ocupaciones. La mayoría restante, manifestaron que “no es necesario el derecho para aplicar las costumbres del hombre, más cuando se trata de ayudarlo a corregir sus malas andanzas, por eso nadie tiene título de abogado, para que sea justo realmente”. A criterio de la mayoría de los miembros de la comunidad indígena, no se necesita tener noción alguna en el ámbito jurídico para ejercer como autoridad de justicia.

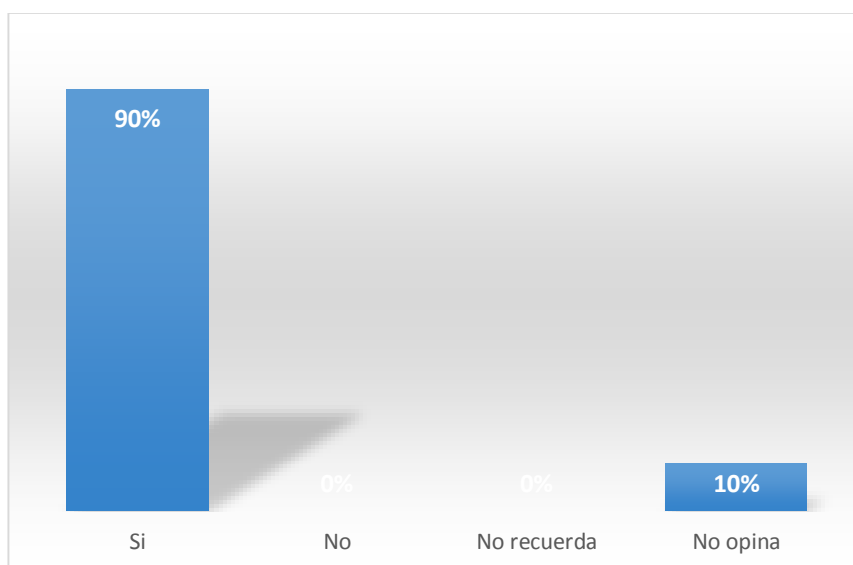
Quinta pregunta

Sobre las autoridades de la justicia ordinaria. ¿Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Cuadro Nro. 5

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	18	90%
No	0	0%
No recuerda	0	0%
No opina	2	10%
	20	100%

Gráfico Nro. 5



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: El 90% de los encuestados esto es 18 personas, respondieron que si tiene preparación; en las opciones NO y No recuerda, tienen 0 respuestas equivalentes obviamente al 0%; y, dos personas no opinan al respecto siendo el 10%. Da un total de 20 encuestados y porcentualmente corresponde al 100%.

Interpretación: Casi la totalidad de los consultados supieron manifestar que las autoridades que hacen las veces de autoridades sancionadoras, poseen conocimientos y preparación jurídica para poder impartir justicia de manera equitativa y sin transgredir los derechos primordiales de cada ciudadano.

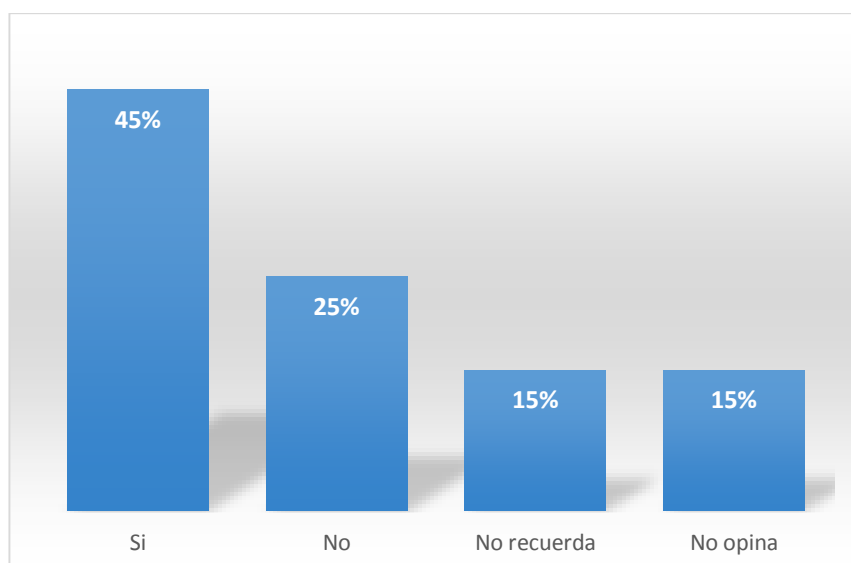
Sexta pregunta

De los daños a la propiedad. Una vez aprehendido el infractor y dada su amonestación fuese cual fuese; ¿considera Ud. que se hace la reparación integral de los daños causados al perjudicado?

Cuadro Nro. 6

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	9	45%
No	5	25%
No recuerda	3	15%
No opina	3	15%
	20	100%

Gráfico Nro. 6



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Afirmativamente respondieron 9 personas que equivalen al 45%; quienes dijeron que no fueron 5 personas equivalente al 25%; otro 15% que son 3 personas dijeron no recordar tal situación; y, otras 3 personas no desearon manifestarse al respecto y equivalen al 15%. La totalidad de la suma porcentual es del 100% que son 20 encuestados.

Interpretación: Los daños ocasionados, (en este caso al dueño del ganado) no son del todo reparados íntegramente. Hay quienes manifestaron saber de familiares que ni siquiera en efectivo se les subsano el daño hecho en el robo de sus animales. De quienes respondieron afirmativamente, indicaron que las autoridades encontraron a sus animales antes de que fuesen comercializados y que en su totalidad fueron reintegrados.

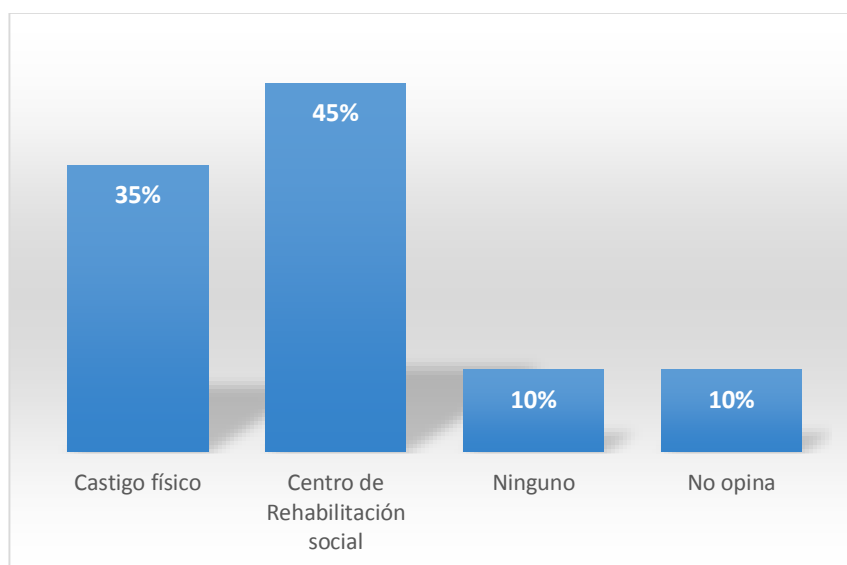
Séptima pregunta

De las sanciones. La recuperación del infractor se da con: el castigo físico o en un Centro de Rehabilitación Social?

Cuadro Nro. 7

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Castigo físico	7	35%
Centro de Rehabilitación social	9	45%
Ninguno	2	10%
No opina	2	10%
	20	100%

Gráfico Nro. 7



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: El 35% que corresponde a 7 personas manifestaron que en el castigo físico se ve la recuperación del infractor; 9 personas consultadas que son el 45% me indicaron que la recuperación del individuo se da en un Centro de Rehabilitación Social; 2 personas que son el 10% dijeron que ninguno de los dos métodos son la solución; y, 2 encuestados dijeron no opinar al respecto, equivalen al 10%. La sumatoria total da 20 encuestados o sea el 100%.

Interpretación: Para el 35% de los encuestados, consideran que el castigo es el mejor escarmiento para los transgresores. “Cuando no entienden con palabras cuando se les conversa, hay que castigarlos para que escarmienten y no vuelvan a robar”; y, más que castigo físico, manifestaron que se trata de una “purificación” donde se armonizan y purifican los pensamientos y que no cometan ninguna acción impura. Por otro lado, hay comuneros que consideran firmemente que el castigo físico debería ser el último recurso, “llegar a la violencia no es propio de los seres humanos...” pese a que reconocen a sus tradiciones y costumbres como actos sagrados para sus raíces y ancestros, no concuerdan en la totalidad con lo establecido en la justicia indígena; “primero hay que hablar, luego avisar a la policía y a las autoridades pertinentes, porque luego lo amenazan a uno (refiriéndose a los infractores castigados) y vienen los desquites”.

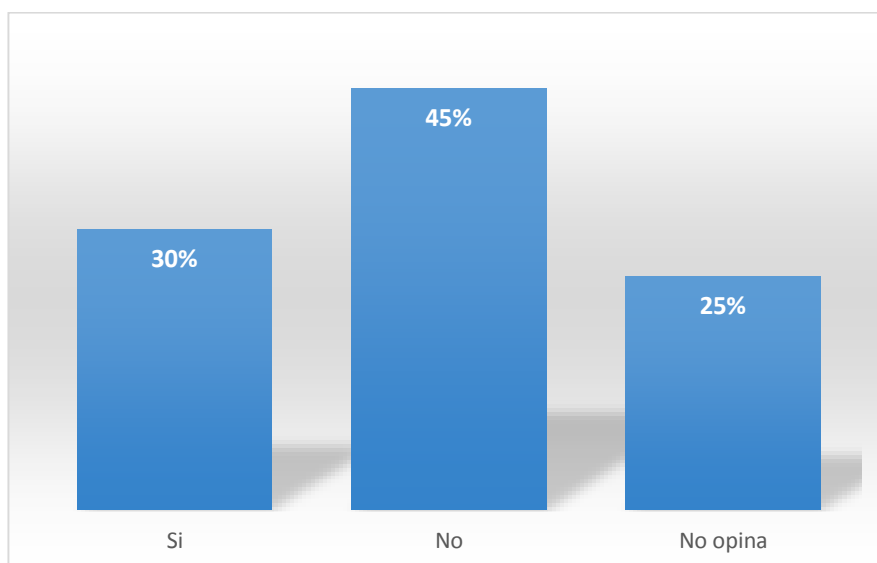
Octava pregunta

Considera Ud. imperante una reforma al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de otorgar competencias y jurisdicciones a las juezas y jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas.

Cuadro Nro. 8

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	6	30%
No	9	45%
No opina	5	25%
	20	100%

Gráfico Nro. 8



Fuente: 20 comuneros indígenas

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Afirmitivamente respondieron 6 personas equivalen al 30%; No, respondieron 9 personas que equivalen al 45%; y, 5 personas dijeron no opinar al respecto, que equivale al 25%. La totalidad son 20 encuestados que suman el 100%.

Interpretación: La reforma en relación a otorgar competencias y jurisdicción es bastante discutida y controversial incluso dentro de las comunidades indígenas. Hay quienes no desmerecen ni mucho menos son ajenos a sus raíces como indígenas, pero que aun así, piensan que es necesario que las autoridades ordinarias sean quienes conozcan de las causas al menos cuando se tratan de controversias de carácter penal, y que sean ellos quienes juzguen dichos asuntos. Sin embargo, la mayoría de los encuestados

coincidían en que las competencias y jurisdicción son plenas para las comunidades indígenas y que la justicia ordinaria debe respetar los fallos y sentencias fuesen cual fuesen. Finalmente hay quienes se abstienen de generar algún comentario.

A continuación expondré el mismo banco de preguntas que fue resuelto por los profesionales del derecho.

6.1.2. Profesionales del derecho.

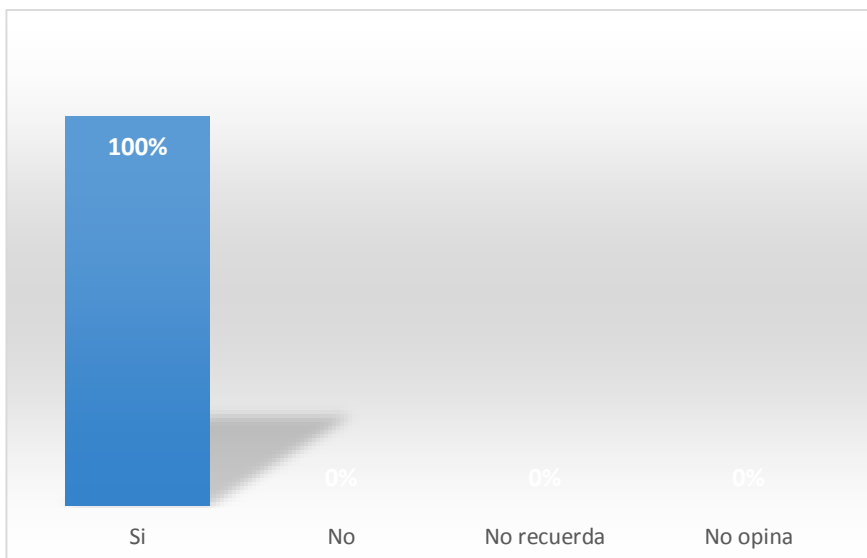
Primera pregunta.

¿Conoce Ud. acerca de la justicia indígena en nuestro país y lo que establece la Constitución al respecto?

Cuadro Nro. 1

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
No recuerda	0	0%
No opina	0	0%
	20	100%

Gráfico Nro. 1



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: La primera pregunta que me permite saber si conocen acerca de la justicia indígena y lo que la Constitución establece al respecto, la totalidad de los profesionales del derecho consultados manifestaron saber lo que es la justicia indígena e incluso me detallaron el articulado que concuerda con lo referente a la justicia indígena. Da un total de 20 personas consultadas y su equivalencia en porcentajes es del 100%.

Interpretación: No es ajeno para ningún profesional del derecho lo que es la justicia indígena y lo que al respecto establecen la Constitución y algunos instrumentos internacionales. “El legislador al generar la actual Carta Magna del Estado Ecuatoriano estipulo en el Art. 171 sobre la justicia indígena...”

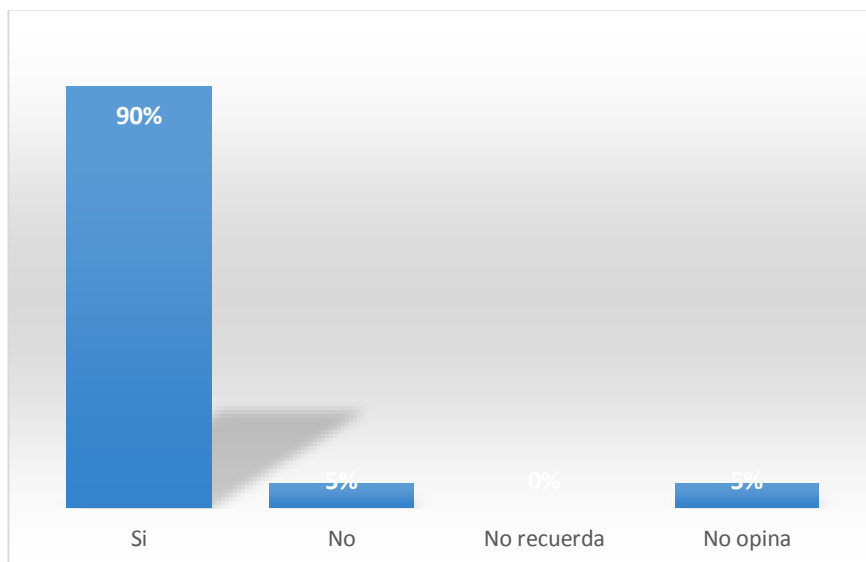
Segunda Pregunta.

¿Cree Ud. que en los ajusticiamientos indígenas se violentan los derechos humanos del imputado?

Cuadro Nro. 2

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	18	90%
No	1	5%
No recuerda	0	0%
No opina	1	5%
	20	100%

Gráfico Nro. 2



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Al respecto 18 profesionales contestaron Sí, equivalente al 90%; 1 profesional consultado respondió negativamente que es el 5%; y, 1 encuestado dijo abstenerse al respecto y no opinar, equivale al 5%. Son 20 encuestas equivalentes al 100%

Interpretación: La mayoría de los profesionales del derecho encuestados coincidieron en que la justicia indígena se vale de esta potestad dada por el legislador, para desahogar la ira y desbordarla en actos de linchamiento en donde la turba de comuneros iracundos hace de las suyas. En más de una ocasión terminan con la vida del aprehendido dejando estadísticas de salvajismo más que de verdadera JUSTICIA. “En el concepto general y JURÍDICO de justicia, no cabe la ley de talión”. Es demasiado evidente la violación de derechos humanos consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales. “El encierro, la exposición pública, la falta de un proceso garantista y la desmedida aplicación de castigos físicos y psicológicos, está por demás decir que hay abuso y transgresión en los derechos humanos, cosa que no pasa hoy por hoy en la detención y en el proceso de juzgamiento del imputado, este es sujeto de sus plenos derechos, antes durante y después, cuando es puesto en libertad”.

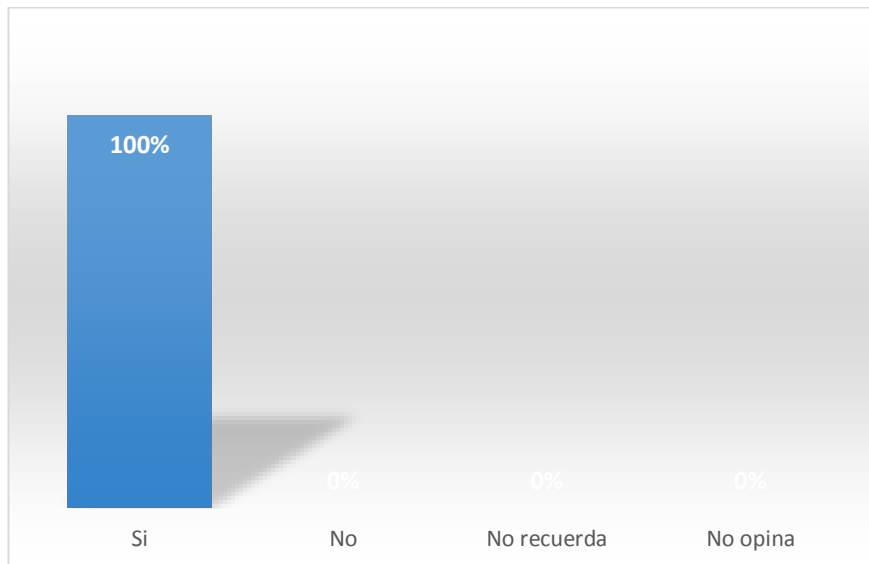
Tercera pregunta

¿Conoce Ud. lo que es el Abigeato y las sanciones penales para dicha transgresión?

Cuadro Nro. 3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
No recuerda	0	0%
No opina	0	0%
	20	100%

Gráfico Nro. 3



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: El 100% de los profesionales del derecho encuestados conocen al respecto, por ende respondieron afirmativamente. La totalidad es de 20 encuestas dando un equivalente al 100%.

Interpretación: “El abigeato es la manera más cruel de perjudicar a un campesino dedicado por completo a la ganadería y que además es la fuente

de ingresos económicos, pero no por eso se debe matar a nadie, al fin de cuentas las cosas materiales se pueden recuperar”. Uno de los criterios que más llamó mi atención fue el expuesto; si bien el abigeato es un delito, que en nuestra legislación es sancionado con la privación de la libertad, este no debe quedar en la impunidad y menos aun cuando se trata de personas campesinas dedicadas plenamente a la ganadería.

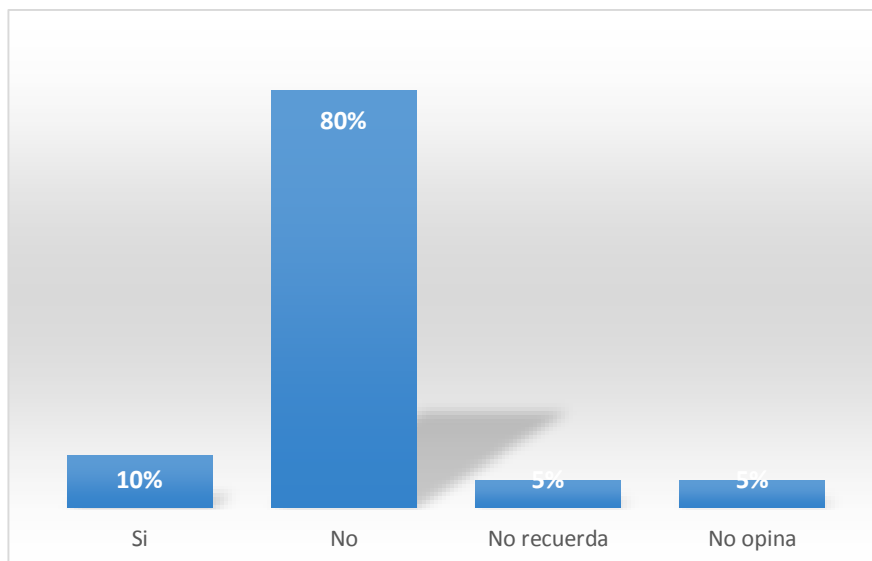
Cuarta pregunta

Sobre las autoridades de la justicia indígena. ¿Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Cuadro Nro. 4

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	2	10%
No	16	80%
No recuerda	1	5%
No opina	1	5%
	20	100%

Gráfico Nro. 4



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Afirmativamente obtuve la respuesta de 2 personas que equivale al 10%; 16 personas respondieron que No, equivale al 80%; 1 profesional dijo no recordar algún caso, que es el 5%; y, 1 profesional dijo no opinar al respecto que es el 5%. La totalidad es de 20 encuestados, 100%.

Interpretación: “Me parece muy pertinente la pregunta, considero que debería haber alguna instrucción, sin embargo, el derecho consuetudinario es precisamente aquel que no tiene registro alguno en ninguna norma escrita; pero, no por ello las autoridades indígenas deberían despreocuparse por conocer la ley, al menos si se trata de líderes comunitarios que hacen las veces de un juez sancionador”. En un solo enunciado doy interpretación a la pregunta formulada, porque es el criterio que más se ajusta a la realidad de mi trabajo.

Las autoridades indígenas, imparten JUSTICIA, por ende considero que sí debería haber una sociabilización de lo que establece la Constitución; principal fuente del derecho y la justicia de un Estado.

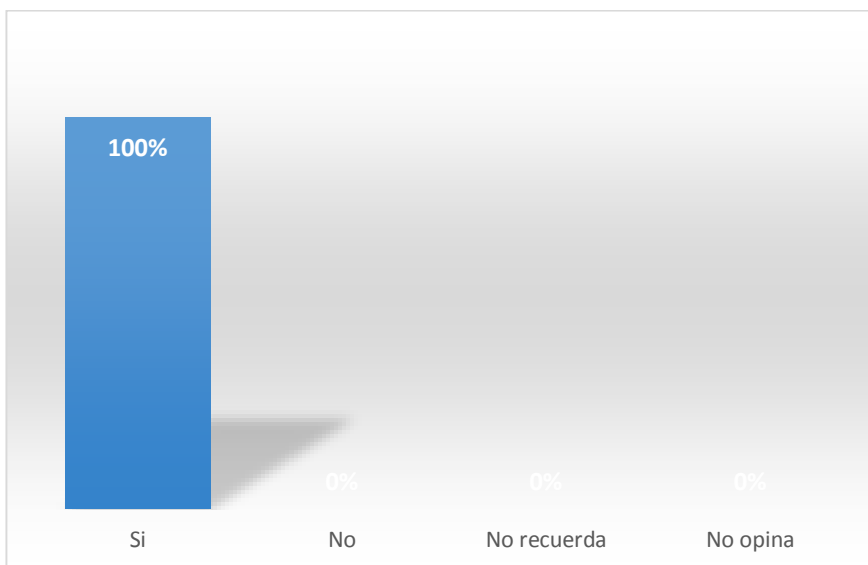
Quinta pregunta

Sobre las autoridades de la justicia ordinaria. ¿Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Cuadro Nro. 5

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	20	100%
No	0	0%
No recuerda	0	0%
No opina	0	0%
	20	100%

Gráfico Nro. 5



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: El 100% de los encuestados, esto es 20 personas, respondieron que si tiene preparación, el resto de las opciones tienen como cero respuestas o sea 0%. Un total de 20 encuestados y porcentualmente corresponde al 100%.

Interpretación: Quienes conforman la Función Judicial del Ecuador son profesionales que han obtenido la preparación y certificación de un centro de estudio superior; y, para ejercer como autoridad de juzgamiento el Estado provee de una instrucción adicional y rigurosa para con los profesionales del derecho que deseen servir como juezas y jueces; sumado al tiempo de carrera profesional, son más de 7 u 8 años de preparación, en algunos casos sobrepasan los 10 años de estudio, preparación y de ejercer la profesión.

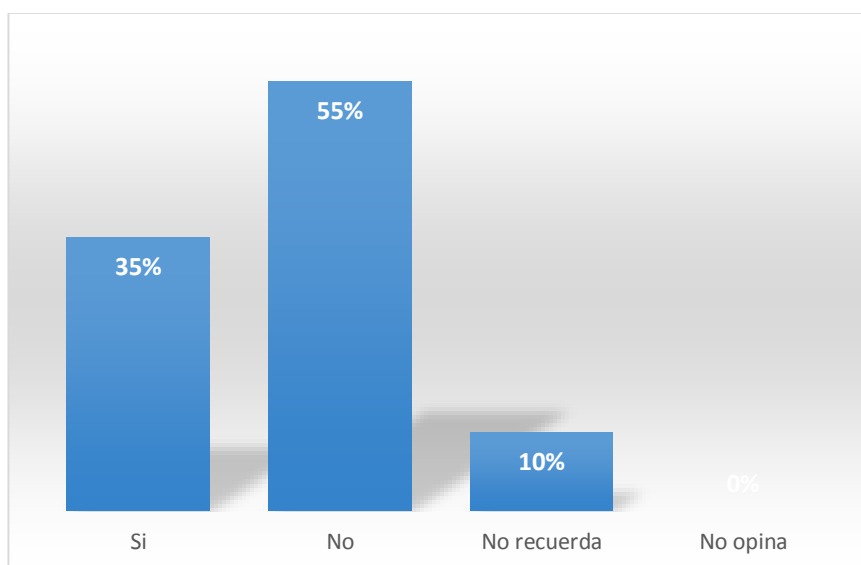
Sexta pregunta

De los daños a la propiedad. Una vez aprehendido el infractor y dada su amonestación fuese cual fuese; ¿considera Ud. que se hace la reparación integral de los daños causados al perjudicado?

Cuadro Nro. 6

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	7	35%
No	11	55%
No recuerda	2	10%
No opina	0	0%
	20	100%

Gráfico Nro. 6



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Siete personas consideran que si hay la restitución de los daños causados, esto es el 35%; el otro 55% que son 11 personas, responden que no se hace la restitución completa de los daños; y, un 10% que son 2 personas, no recuerdan a plenitud si se dio o no la restitución de los daños. Son 20 encuestados que sumados dan el 100%.

Interpretación: Los daños ocasionados al dueño del ganado, sí son restituidos por completo, cuando lo actuado es oportuno, tanto por parte de la policía como de las autoridades. Sin embargo, la mayoría de los profesionales concuerdan en que no hay la restitución total de los daños, por más que las autoridades obren de inmediato. El hecho de forzar al animal, de trasladarlo y en más de una ocasión consumir la comercialización del ganado, no da para que se dé la restitución completa de los daños causados.

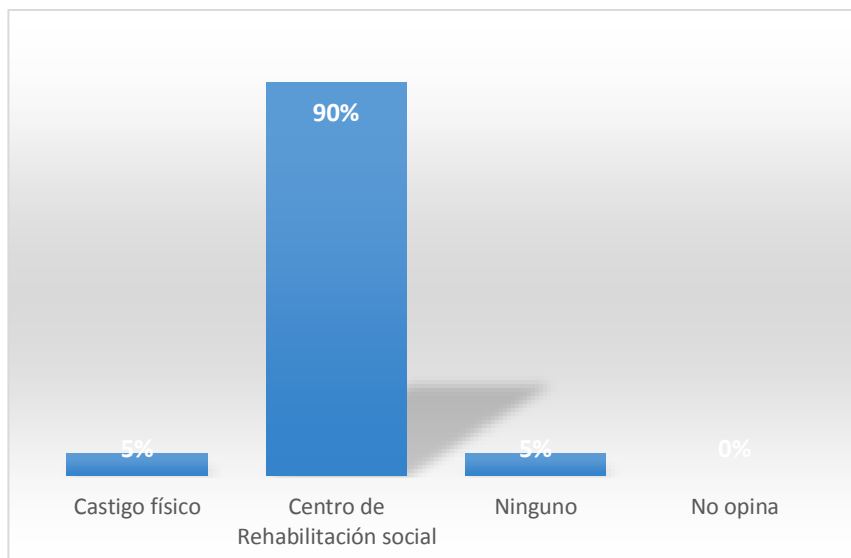
Séptima pregunta

De las sanciones. La recuperación del infractor se da con: el castigo físico o en un Centro de Rehabilitación Social?

Cuadro Nro. 7

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Castigo físico	1	5%
Centro de Rehabilitación social	18	90%
Ninguno	1	5%
No opina	0	0%
	20	100%

Gráfico Nro. 7



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: El 5%, esto es un encuestado, considera la opción del castigo físico como método de recuperación; 18 encuestados que equivalen al 90% consideran a la opción de los Centros de Rehabilitación Social como una alternativa viable; y, el 5% que es un consultado, responde que ninguna de las dos opciones es una solución. La suma total es de 20 encuestados son el 100%.

Interpretación: “Los Centros de Rehabilitación Social actualmente cuenta con todo un sistema fundamentado y profesional, para generar en el individuo una coherente rehabilitación, acorde a las necesidades y oportunidades que da la sociedad, en una gran mayoría (y me consta) dejaron de ser escuelas de perfeccionamiento de actos delincuenciales; pero aún falta un profundo y meticuloso avance para llegar a la plena corrección”. “El castigo físico, en

ningún momento de la vida, debería ser al menos una opción a la que debamos recurrir los seres racionales, sino perderíamos esa distinción”. Personalmente y por criterios fehacientes, considero firmemente que más allá del sistema que se utilice en los centros de Rehabilitación, cuando se quiere se puede. En las entrevistas tomare el caso de dos personas que fueron sometidas a los dos métodos de reprimenda, al castigo físico por parte de la justicia indígena y a la rehabilitación por parte de la justicia ordinaria, podremos constatar los resultados.

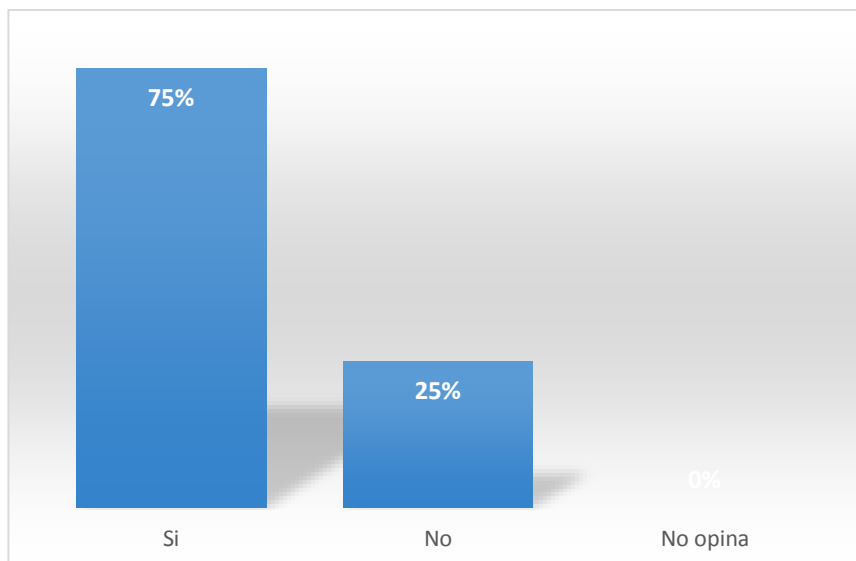
Octava pregunta

Considera Ud. imperante una reforma al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de otorgar competencias y jurisdicciones a las juezas y jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas.

Cuadro Nro. 8

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	15	75%
No	5	25%
No opina	0	0%
	20	100%

Gráfico Nro. 8



Fuente: 20 profesionales del derecho

Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Análisis: Afirmativamente respondieron 15 personas equivalentes al 75%; No, respondieron 5 personas que equivalen al 25%; y, 0 personas dijeron no opinar al respecto, que equivale obviamente al 0%. La totalidad son 20 encuestados que suman el 100%.

Interpretación: Quienes consideran que sí se debe dar la reforma al articulado expuesto, manifiestan sobre todo la transgresión que se dan a los derechos humanos al ser sometidos a un injusto proceso de juzgamiento y de reprimenda, que si bien son delincuentes, pero no dejan de ser seres humanos. Quienes manifiestan lo contrario aducen que los legisladores no se equivocaron al dar las competencias de todos los casos que se susciten en las comunidades indígenas, de ese modo se reconoce sus derechos, pero sobre todo se respeta la pluriculturalidad del Estado Ecuatoriano.

Finalmente, expondré brevemente lo recopilado en las entrevistas efectuadas a los imputados en los casos de justicia ordinaria e indígena.

6.2. Resultados de la aplicación de las Entrevistas

6.2.1. Sentenciado por la justicia ordinaria.

Primera pregunta.

Como fue el proceso de tu juzgamiento y qué métodos se utilizó en el transcurso (de inicio a fin).

- Cuando me detuvieron, los policías me dijeron lo que debía hacer y también me dijeron de entrada mis derechos. En el traslado nunca me dijeron nada ni me hicieron nada, no me insultaron ni menos pegarme. Cuando llegamos al Centro de Rehabilitación, me atendió la enfermera y me reviso que no tuviera golpes ni nada, más tarde la Licenciada trabajadora social me lleno una ficha. Al otro día me atendió el Doctor de psicología y también llenamos una ficha, mientras tanto el Doctor (Abogado) pasaba viniendo casi a diario. Cuando acorde se pasó el tiempo y yo ya estaba adentro 5 meses entre que presentábamos uno y otro documento con el Doctor (Abogado), y hasta ahí yo nunca me hice de malas amistades, ni fumaba, ni tomaba, ni nada malo. Luego ya me dijeron de la sentencia y cuánto tiempo iba a estar adentro. Paso, no crea que durante ese tiempo no me desesperaba y tenía ganas de irme de llorar de desesperarme, pero cuando conversaba con algún amigo y con el Doctor psicólogo me pasaba un poco. Había un lugar dentro del Centro de Rehabilitación que se llamaba la clínica, ahora ya no existe; ahí uno iba voluntariamente pero para recuperarse y para hacer bien las cosas. Entonces

pedí que me trasladen y ahí pase casi toda la sentencia; trabajando todos los días, aprendí el oficio de carpintería y cerrajería, aprendí a jugar vóley y a ser amigable, pero lo más bonito aprendí palabra de Dios; era un lugar bonito, uno se olvidaba que estaba en la cárcel, porque ahí teníamos obligaciones y hacíamos bien las cosas y todos nos portábamos correctamente. Siempre tuvimos la visita de buenas personas que nos evangelizaban y nos compartían de Papito Dios, yo me involucre bastante y de hecho hasta ahora pertenezco a la iglesia (cristiana). Yo si le doy gracias a Papito Dios por todo lo que pase, porque solo así pude conocerlo a ÉL y poder salir del fondo. Yo salí por el dos por uno que se llamaba antes; igual cuando me dieron la libertad yo lo primero que hice fue correr a mi iglesia a dar gracias a Dios por todo y porque siempre me cuidó que no me pase nada y nunca me pasó nada.-

Segunda pregunta.

Qué opinión tienes del uso de la fuerza descontrolada y del castigo físico

- Yo antes era agresivo y peleón, todo lo resolvía con golpes, pero el mismo mal temperamento me hizo cometer errores; entonces yo no recomiendo la violencia para arreglar los problemas con nadie. Son cosas que no van con mi nueva forma de vivir y tampoco quisiera que la gente recurra a la violencia.-

Tercera pregunta.

El sistema con el que fuiste juzgado te garantizó y cumplió con respetar tus derechos como ser humano

- Sí, como le comento, de inicio a fin nunca tuve, ¡dando gracias a Dios!, ningún rasguño ni mala palabra por parte de nadie, todos me respetaban, más bien yo tenía vergüenza de todos, porque sabía lo que había hecho, claro que no me miraban como angelito, pero luego ya nos íbamos haciendo amigos incluso de los guardias; pero nadie me maltrato en ningún momento.-

Cuarta pregunta.

Volverías a cometer una infracción en la sociedad, que conlleve a una amonestación

- Yo soy una nueva persona que cree (en Dios) y estoy convencido que mi vida cambio, no tengo la necesidad ni de robar ni de matar porque eso es pecado y Dios provee en mi vida lo que yo necesito. No volvería a cometer ningún error que me lleve de nuevo a la cárcel, definitivamente aprendí la lección.

Comentario.- Definitivamente cuando se quiere se puede, casos como el expuesto (que se me pidió guardar la reserva de los nombres de la persona que testimica por razones personales y también por ética profesional) que no es el único, dan a entender que no siempre es cuestión de los factores externos o de lo que me puedan enseñar sino de lo que yo puedo hacer para estar mejor en mi relación con la sociedad; ya decía John F. Kennedy: “No es lo que tu país pueda hacer por ti, sino lo que yo pueda hacer por mi país”

6.2.2. Sentenciada por la justicia indígena.

Primera pregunta.

Como fue el proceso de tu juzgamiento y qué métodos se utilizó en el transcurso (de inicio a fin).

- Me amarraron y me encerraron en un cuarto para que no me escape decían, ahí pase dos días, luego me sacaron para llevarme a la casa comunal donde me hablaron y me gritaban y hasta me insultaban, hombre y mujeres hasta personas mayores y algunos muchachos también. Yo dije eso será todo!; total ahí dentro ya me dieron duro, con ropa pero ya me pegaron; me dijeron que tenía que esperar para ver que decía el señor s/n (perjudicado). Este señor (perjudicado) llevo en la tarde y dijo que se me dé fueete por... (Insultos) para que aprenda a no coger las cosas; y yo les explique que yo no había hecho nada, pero igual al otro día me sacaron a la cancha que estaba afuera de la casa comunal y ahí dieron ortigazos, me bañaron y luego me dieron con un trenzado. Nunca averiguaron quien fue, ni tampoco hicieron nada. Algo me preguntaban pero ya les decía que yo desgraciadamente estuve por ahí porque salí tarde de la casa de la señora que le ayudo en los quehaceres domésticos y pasaba por ahí tarde. Pero no porque yo quería robar y ser cómplice de hacer alguna fechoría.-

Segunda pregunta.

Qué opinión tienes del uso de la fuerza descontrolada y del castigo físico

- Que no deberíamos resolver las cosas con golpes; a nadie nos gustaría que nos peguen, nos bañen en agua helada y casi desnudos; yo hasta me despierto soñando y asustada, y realmente es un sufrimiento, como una pesadilla.-

Tercera pregunta.

El sistema con el que fuiste juzgado te garantizo y cumplió con respetar tus derechos como ser humano

- Si, todo fue a la pata y al grito; hasta que me llevaron a una cancha de la comuna en ropa interior y me golpearon diciendo que yo era culpable y que no vuelva hacerlo porque si no me iba a ir peor.-

Cuarta pregunta.

Volverías a cometer una infracción en la sociedad, que conlleve a una amonestación

- Nunca he sido de cogerme nada ni hacerle daño a nadie en eso fuimos bien criados en mi casa, hasta ahora no me explico porque me hicieron lo que me hicieron; y es un sufrimiento acordarme de todo esto porque yo quedo como si hubiese sido delincuente y no fue así, pero nunca he hecho nada que me lleve a un castigo.-

Comentario.- Por la forma en cómo se me narro lo sucedido, da a entender que verdaderamente hubo negligencia y violación a los derechos constitucionales de la supuesta infractora, (también me requirió guardar la reserva de los nombres de la persona que testifica por razones personales y también por ética profesional); que, además de no haber sido participe fue humillada al punto de traumarla por un supuesto delito cometido.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

La presente investigación se ha planteado un objetivo general y tres específicos, los cuales se indican a continuación:

El objetivo general consistió en lo siguiente: “Realizar un análisis doctrinario y jurídico de las contradicciones constitucionales que se suscitan en los ajusticiamientos indígenas, en el caso de abigeato en las comunidades.”

Los ajusticiamientos indígenas no solo contravienen los derechos humanos consagrados en la Constitución de nuestro Estado, sino que también quebranta los derechos humanos consagrados en los Tratados Internacionales firmados y aceptados por el Estado Ecuatoriano. Pero lo que básicamente formule como objetivo general fue conocer las contradicciones Constitucionales que se dan; y la lista es larga respecto a las faltas que se dan al aplicar la justicia indígena en los casos de abigeato y manera general en todos aquellos que son de carácter punitivo.

Entre algunos de los Derechos Constitucionales violentados en la justicia indígena tenemos los siguientes:

- El debido proceso: Art. 76. Instancia que genera las bases y herramientas necesarias para generar los cargos necesarios en una causa; al agotar todas las instancias de este proceso se puede corroborar o nulitar la denuncia suscitada en contra del supuesto infractor; asunto que no es acogido de ninguna manera por la justicia indígena.
- Acción de protección: Art. 88. La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial.
- Derechos de libertad. Art. 66. Artículo que más quebrantos tiene por parte de la justicia indígena; pero, sobre todo el numeral 3 que incluye los derechos a la integridad personal. Pero la transgresión se da casi en la totalidad de los 29 numerales establecidos en este articulado.
- De los procesos penales. Art. 77. Las garantías dadas a las personas que son privadas de la libertad, no son legitimadas mucho menos observadas en el proceso de juzgamiento indígena, en todos sus 14 numerales.

Básicamente son algunas de las faltas cometidas a los derechos contemplados en la Constitución, por parte de la justicia indígena.

El primer objetivo específico consistió en “Determinar si los pueblos y comunidades indígenas tienen la suficiente preparación jurídica, para administrar justicia cuando los delitos se cometen dentro de sus sociedades”.

Situación que la pude verificar en las encuestas; al recolectar la información de las mismas comunidades indígenas, pude corroborar la falta de preparación en el ámbito jurídico, de hecho existía desconocimiento de la misma Constitución y lo que establece respecto a la justicia indígena, esto por parte de los líderes comunitarios.

El segundo objetivo específico consistió en “Establecer que se violentan los derechos humanos del acusado al ser juzgado en las comunidades indígena y que además no se hace la reparación integral de los daños causados a la víctima”.

La violación de los derechos humanos es un tema que está por demás decir que son blanco de transgresión por parte de la justicia indígena; pero, la restitución integral de los daños causados al perjudicado, también es una situación corroborada; tanto profesionales de derecho como los comuneros indígenas, dieron fe de que no existe la restitución total de los daños causados al dueño del ganado en este caso.

El último objetivo específico consistió en “Realizar una propuesta de reforma al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de otorgar

competencias y jurisdicciones a las juezas y jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas”

Ceder las competencias y jurisdicciones a las juezas y jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas, definitivamente es una situación que debe darse, incluso por requerimiento de algunos comuneros indígenas.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: No se ha dado un serio tratamiento por parte de los Asambleaístas, a la justicia indígena, en virtud de que sigue habiendo contradicciones constitucionales.

SEGUNDA: En nuestro país se da la incongruencia entorno a una misma figura como lo es la justicia indígena. No hay una norma conciliadora que regule las competencias y jurisdicciones en determinadas causas sobre todo las de carácter punitiva.

TERCERA: No hay preparación ni conocimiento del marco legal establecido en nuestro Estado, por parte de las comunidades indígenas y más aún de sus líderes y autoridades.

CUARTA: Se sigue violentando los derechos constitucionales de los infractores que son sometidos a la justicia indígena de manera bárbara que en determinados casos terminan con la vida del individuo. Y en muchos de los casos se llega a extremos sin restituir los daños causados al perjudicado.

QUINTA: Se seguirán dando estos atropellos en contra de los derechos primordiales del ser humano, sino se concilia o por lo menos se reforma lo concerniente a las competencias y jurisdicciones en los casos punitivos.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se debe generar en los Asambleístas un debate amplio respecto a la justicia indígena y sus alcances; poder conciliar esta figura con lo establecido en la Constitución y los tratados internacionales respecto a los derechos humanos de los infractores.

SEGUNDA: De darse el debate en el seno de la Asamblea, es necesario prever que no se den contradicciones en la Constitución; y, a través de una ley conciliadora entre la justicia ordinaria y la indígena, vaticinar la armonía entre estas dos normas, actuando siempre en pro de los derechos y beneficios del procesado.

TERCERA: Socializar el marco legal y la Constitución en lo referente a la justicia indígena y derechos constitucionales de los ciudadanos, situación que le compete realizar a la Función Judicial para con las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, sobre todo a sus líderes y autoridades encargadas de impartir justicia.

CUARTA: Evitar por parte de las autoridades civiles y de la policía los linchamientos indígenas y de ser necesario sancionar a quienes a nombre de la “justicia indígena” cometan barbaries. Pero sobre todo velar por la integridad de los pueblos indígenas y sus propiedades.

QUINTA: Reformar el Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de otorgar las competencias y jurisdicciones a los jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

Que el Artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial señala:

La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

Que el Artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador señala:

Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”.

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

REFORMA AL ARTÍCULO 7 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Artículo 1.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

Artículo Final.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley, haciendo prevalecer ante todo los derechos humanos de los procesados y de ser el caso, otorgar las competencias a las juezas y jueces de garantías penales para que actúen en pro de los derechos y beneficios del procesado.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en la sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 21 días del mes de Agosto del 2014.

Presidente

Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador
- Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, Pág. 11; Edi. Heliasta.
- Hernández Gómez, José Ricardo. “Tratado de derecho Constitucional”. Editorial Ariadna, 2010.
- Papacchini, Ángel. “Filosofía y derechos humanos, creados y ratificados en el año de 1945” pág. 44.
- Héctor Morales Gil de la Torre (1996). “Derechos humanos: dignidad y conflicto”. Universidad Interamericana de México; pág. 19
- [“Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano”](#); Tabla de Contenidos de la Enciclopedia Jurídica Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano.
- Página de consulta web:
http://es.wikipedia.org/wiki/Castigo_f%C3%ADsico
- Publicación del diario “El Telégrafo”; Segmento Justicia, 27 de mayo del 2013.
- Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; Art. 42, pág. 8
- Constitución del Ecuador; Art. 51, pág. 29
- Página de consulta web:
<http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/abigeato.php>
- Página de consulta web:
<http://www.alegsa.com.ar/Definicion/de/abigeato.php>

- “Consecuencias del castigo físico”; página de consulta web:
www.guiainfantil.com/educación/castigo/efectos.htm
- Página de consulta web: Servicio de promoción de la salud;
www.serviciodepromociondelasalud.es Artículo: “¿por qué el castigo no es una estrategia efectiva para disciplinar?; del 04-10-2013;
asesora de psicología Gabriela Poveda
- Dr. ILAQUICHE, Raúl y Dra. TIBÁN, Lourdes; en su obra: “Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”, Pág. 16, Quito - Ecuador, 2004.
- PÉREZ GUARTAMBEL, Carlos, Dr.; Justicia Indígena, Pág. 126, segunda edición, 2008.
- SACHEZ BOTERO, Esther.- “La Jurisdicción Especial Indígena”. Pág. 59.
- Diccionario Jurídico Elemental; CABANELLAS, Guillermo, actualizado y aumentado por Cabanellas Guillermo, Edición Heliasta, Pág. 21.
- ILAQUICHE LICTA, Raúl.- “Administración de la Justicia Indígena en la ciudad: Estudio de un caso”.- Pág.2.
- ECUARUNARI: “Estructura legal y sistemas jurídicos de los pueblos de la nacionalidad kichwa del Ecuador”; Quito, ECUARUNARI, 2008, pág. 43.
- STEVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego: “Entre la Ley y la Costumbre, El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”. Pág. 68; 1990.

- Boletín del Instituto Científico de Culturas indígenas Amawta Runakunapak Yachay; “Justicia Indígena” abril del 2009, Dr. Patricio del Salto; Edit. Marck Becker
- (imagen) publicación del diario “El Comercio” enero del 2009
- Página de consulta web:
[http://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_\(derecho\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Competencia_(derecho))
- Dr. Cabanellas, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”; Pág. 78, Edit. Heliasta
- Página de consulta web:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci%C3%B3n>.
- Página de consulta web:
<http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisdicci%C3%B3n>
- Página de consulta web: <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/jurisdiccion>
- CALAMANDREI, Piero, "Instituciones del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Argentina: EJE, 1986, pág. 81; 3 vol.
- Página de consulta web: <http://definicion.de/justicia/>
- Marvin Harris (2004) pág. 111: “Introducción a la Antropología General”.
- Dr. Cabanellas, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, pág. 117, edit. Heliasta
- Horvitz Lenon María otros. Derecho procesal penal chileno. Principios, Sujetos procesales. Tomo I. Editorial. Jurídica. 2002. Pág. 223

- Dr. Cabanellas, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, pág. 197, edit. Heliasta
- “L’Oggetto del reato e della tutela Giurídica Penale”, pág. 278. Ed. 1913, citado por F. Pavón Vasconcelos y G. Vargas, “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, pág. 12, Editorial Porrúa S.A. 2 ed. 1971.
- Laura T A Damianovich de Cerredo, Delitos contra la propiedad, pág. 12. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983.
- NIKKEN, Pedro: “El concepto de Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; pág. 1 y 13; Tomo I, Serie: Estudios de Derechos Humanos.
- Página de consulta web: http://es.wikipedia.org/wiki/Poder_legislativo
- Dr. Cabanellas, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, pág. 344; edit. Heliasta.
- Constitución de la República del Ecuador; Art. 171; pág. 75
- TIBAN, Lourdes; ILAQUICHE, Raúl: “Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”, pág. 19.
- Blog de consulta: definicionlegal.blogspot.com/2012/10/delito-de-abigeato.html
- Código Orgánico Integral Penal; Artículo 199; pág. 33
- Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 225, pág. 70
- SANCHEZ BOTERO, Esther, en Justicia y Pueblos Indígenas en Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 37 y 38.

- ORTIZ CRESPO, Ximena; pág. 42 “Justicia Indígena, Aportes para un debate”.
- LOPEZ BARSENAS, Francisco; “Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina”; Pág. 101; Pontificia Universidad Católica del Perú. Edit. 2007
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita el 10 de diciembre de 1948; Art. 10.
- RAWLS, John, 1996; pág. 4
- WRAY, Alberto "El convenio 169 de la OIT. sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y el Régimen Constitucional Ecuatoriano" Pág. 10
- Constitución Política de Colombia (1991) reforma 1997; Art. 246, pág. 38
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia; Arts. 190, 191, 192, págs. 73 y 74.
- Código Orgánico Integral Penal (COIP); Art. 492 segundo inciso, Pág. 80 (2014)
- Constitución de la República del Ecuador (2008); Art. 1, Pág. 9
- Constitución Política del Perú; Arts. 88, 89 y 149, Pág. 26 y Pág. 45

11. ANEXOS

11.1. Proyecto de tesis



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

**PROYECTO DE TESIS PREVIO A
OPTAR POR EL TITULO DE
ABOGADO**

TEMA:

**“OTORGAR LAS COMPETENCIAS A LA JUSTICIA ORDINARIA
POR PARTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN LOS CASOS DE
ABIGEATO; CON LA FINALIDAD DE GARANTIZAR LOS
DERECHOS DEL IMPUTADO”**

Postulante: Alex Antonio Cuenca Elizalde

Director del Proyecto de Tesis: Dr. Mario Guerrero González

LOJA-ECUADOR

2014

1. TEMA

OTORGAR LAS COMPETENCIAS A LA JUSTICIA ORDINARIA POR PARTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN LOS CASOS DE ABIGEATO; CON LA FINALIDAD DE GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL IMPUTADO.

2. PROBLEMÁTICA

Cuando me refiero a otorgar las competencias al sistema jurídico estatal por parte de la justicia indígena en los casos de abigeato, es con la finalidad de garantizar los derechos humanos primordiales y constitucionales del infractor.

El Código Orgánico de la Función Judicial prevé las competencias que les son atribuidas a las juezas y jueces de lo penal, entre las cuales esta garantizar los derechos de la persona acusada, situación que no sucede en los procesos de ajusticiamiento indígena.

Cuando el infractor es aprehendido por la comunidad indígena, este es sometido a un proceso poco garantista y menos aún se ve los derechos constitucionales que poseemos todos los ciudadanos. Al ser subordinado el infractor a un linchamiento frente a toda la comunidad y bajo una humillación total, se anula por completo los derechos humanos y constitucionales que este por naturaleza posee y que abusivamente los comuneros despojan.

El haber cometido una infracción, no es una razón para que se nuliten, bajo ninguna causa, los derechos de ciudadanía que cada ecuatoriano ostenta por naturaleza. Los linchamientos no solo que van al abuso físico del acusado, sino que, en más de una ocasión terminan en salvajismos que lesionan seriamente al acusado.

El hecho de no tener, en la gran mayoría de comunidades, un documento o reglamento escrito, que sirva como fundamento para impartir justicia, resulta bastante negligente e irónicamente injusto.

La justicia indígena a través de la denominada “purificación”, pretende expiar la culpa del imputado por el acto delictivo cometido, y con ello dar un escarmiento para que no lo vuelva a cometer; más en la práctica, se comete un sin número de arbitrariedades e injusticias que van desde, el aislamiento del individuo, la privación de una buena alimentación, es expuesto en público para determinar su castigo y finalmente el flagelo o sanción física, invalidando por completo el derecho constitucional a la integridad personal que poseemos todos los ciudadanos.

3. JUSTIFICACIÓN

“El reglamento de régimen académico de la Universidad Nacional de Loja a través de la Modalidad de Estudios a Distancia, la Carrera de Derecho, exige a sus estudiantes ser parte integrante de la sociedad mediante la investigación científica en el derecho positivo para optar por el Título de Abogado”.

Cuando un ciudadano infringe las normas que regulan el buen vivir en un estado, y más aún cuando la infracción cometida es de carácter penal; es necesario que se le dé un correcto seguimiento judicial, posterior a eso, es mucho más imperante el proceso de rehabilitación.

El objetivo principal de este trabajo investigativo es lograr armonizar lo que establece la justicia ordinaria con la justicia indígena, respecto al abigeato; en razón de esta problemática se pretende enfocar una sola alternativa, poder delegar a la justicia ordinaria las competencias absolutas para que realice los procesos necesarios y poder generar una sentencia acorde a los derechos del infractor.

Es necesario delimitar los factores primordiales que intervienen en estos casos. El abigeato es el hecho de apoderarse de una o más cabezas de

ganado sea caballar, vacuno, porcino o lanar. El Art. 199 del Código Orgánico Integral Penal establece la sanción para dicho acto, con una pena privativa de la libertad de uno a tres años.

Independientemente del delito que haya sido cometido por un ciudadano, este no deja de serlo, por el hecho de haberlo cometido. En otras palabras, un ciudadano no pierde sus derechos primordiales por haber transgredido las normas de carácter penal; precisamente es ahí cuando la justicia se encarga de establecer las sanciones, bajo un procedimiento garantista, que asegura no solo el cumplimiento de su sentencia, sino que también garantiza la rehabilitación.

Si bien la purificación es una forma de regular la mala conducta de un individuo en las comunidades y pueblos indígenas de nuestro país como una forma de expiar la culpa por la infracción cometida; esta no debe de ser impartida de igual forma a todas las infracciones, es decir, para cada transgresión a las normas establecidas por la comunidad, se debe dar distintas sanciones. Así por ejemplo, quien cometa un abigeato, se le imponga una sanción distinta y acorde a dicho delito; no así, a quien cometa adulterio. En estos dos casos mencionados, se dan las mismas sanciones. El hecho de no tener plasmadas las leyes o normas en un documento, deja en tela de duda las sanciones impartidas en las comunidades indígenas y da pie a la vulneración de los derechos primordiales de un ciudadano. Entonces es ahí cuando es imperante

la unificación de la justicia en los casos de carácter penal, pero concretamente el que es materia de mi investigación; en donde la justicia ordinaria sea la encargada de impartir una sentencia coherente y garantista.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL:

Realizar un análisis doctrinario y jurídico de las contradicciones constitucionales que se suscitan en los ajusticiamientos indígenas, en el caso de abigeato en la comunidad.

4.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Determinar si los pueblos y comunidades indígenas tienen la suficiente preparación jurídica, para administrar justicia cuando los delitos se cometen dentro de sus sociedades.
- Establecer que, se violentan los derechos humanos del acusado al ser juzgado en las comunidades indígena y que además no se hace la reparación integral de los daños causados a la víctima.
- Realizar una propuesta de reforma al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de otorgar competencias y jurisdicciones a las juezas y jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas.

5. MARCO TEÓRICO

5.1. La Constitución del Ecuador y la justicia indígena

El Art. 171 de la Constitución del Ecuador establece:

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”⁵⁵

Bajo este precepto se ha dado las plenas facultades para que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejerzan justicia en cualquier situación contraria que se manifestará en lo interior de sus sociedades e irrumpan con la tranquilidad de sus habitantes.

⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador; Art. 171; pág. 75

En Ecuador, país pluricultural, se dan costumbres locales amparadas por ciertos cuerpos legales, como es el caso específico de los pueblos indígenas, que por su uso consecutivo, uniforme y generalizado aceptado entre los miembros de la sociedad en general, se han constituido como costumbre jurídica que paulatinamente se ha enmarcado en la Constitución.

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 de que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de la ley estar 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.

5.2. Que es el abigeato y lo que establece el Código Orgánico Integral Penal

“Es el delito consistente en el robo de animales de cría, o cuatrero, que sucede generalmente, aunque no en forma excluyente (ya que puede ser mientras es transportado) en las zonas de campo, afectando a los productores

*ganaderos. Dentro de estos animales se distingue el ganado mayor, que comprende el ganado bovino mular y equino; y el menor, que es el porcino, caprino u ovino”.*⁵⁶

El actual Código Orgánico Integral Penal, redacta en el Art. 199 respecto al abigeato:

“La persona que se apodere de una o más cabezas de ganado caballar, vacuno, porcino, lanar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Igual pena se impondrá a la persona que, con ánimo de apropiarse, inserte, altere, suprima o falsifique fierros, marcas, señales u otros instrumentos o dispositivos utilizados para la identificación de las cabezas de ganado.

Si la infracción se comete con fuerza, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si es cometida con violencia será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

*Si a consecuencia del delito se causa la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.*⁵⁷

La sanción que se impone a quien se apodera del ganado caballar, vacuno, porcino o lanar es privativa de libertad y va de uno a tres años.

⁵⁶ Blog de consulta: definicionlegal.blogspot.com/2012/10/delito-de-abigeato.html

⁵⁷ Código Orgánico Integral Penal; Artículo 199; pág. 33

5.3. Las competencias en los casos punitivos

El Código Orgánico de la Función Judicial, respecto a las competencias de los jueces penales establece en el artículo 225, numeral uno lo siguiente:

“Las juezas y jueces de lo penal, además de las competencias atribuidas en el Código de Procedimiento Penal, son competentes para:

*1. Garantizar los derechos de la persona imputada o acusada y de la persona ofendida durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes que le otorga la ley;...”*⁵⁸

El numeral uno instituye rotundamente, que las juezas y jueces de lo penal serán responsables de garantizar los derechos de la persona imputada o acusada. Será responsable también de generar un debido proceso entorno al acto cometido por el imputado y con ello, garantizar que en ninguna instancia este, será sometido a agresiones de carácter físico ni psicológico. Es más, los centros de rehabilitación, son precisamente el lugar donde serán reeducados, para generar la inserción social posteriormente.

Esta situación no es efectuada en ninguna instancia por la justicia indígena; una vez aprehendido el infractor es llevado a las autoridades quienes en privado sesionan y establecen la sanción a aplicarse al transgresor.

⁵⁸ Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 225, pág. 70

Una situación que es de relevancia y que necesariamente debo hacer notar, es que, en el Código De Ejecución De Penas Y Rehabilitación Social se establece en el Art. 32 que todo interno podrá acogerse a la reducción de la pena hasta un 50% de la pena impuesta, en base a un sistema de méritos que permita evaluar la buena conducta y colaboración del interno en su rehabilitación. Situación que beneficia a las personas privadas de su libertad y que, en los casos de abigeato permite una pronta rehabilitación y reinserción a la sociedad.

5.4. Las nacionalidades indígenas y su perspectiva

El afianzamiento de una ideología consumida por el movimiento indígena en la que los indios son distintos, diferentes y que están enfrentados a una sociedad que es esencialmente diferente, con la que poco o nada tienen que ver y con la que están opuestos y en una relación de contradicción abierta o latente, ha sido un tema tan discutido y controversial en el Ecuador y el resto de Latinoamérica; con esta consideración está apostada la idea de que los indios y el pensamiento indígena es completamente diferente que el del resto del país, de una cultura diversa, un sistema de creencias y una diversa concepción del mundo. En tanto que un sin número de aspectos han adquirido un estatuto altamente relevante y representativo para los indígenas, en el que se subraya que el pensamiento indígena es opuesto al pensamiento no indígena que por desplazamiento discursivo, se ha identificado a partir de este punto, como "lo occidental".

Las colectividades indígenas son entidades milenarias que se han desarrollado en base de instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas y lógicamente jurídicas; en ese quehacer se puede afirmar que son sociedades desarrolladas en proceso permanente de perfeccionamiento.

Parte fundamental de la supervivencia de estas colectividades ha sido la existencia y pleno ejercicio de su sistema jurídico, aquello les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas.

*“Desde luego, un aspecto central será enfrentar el conjunto de mega proyectos que se pretenden impulsar en territorios indígenas, de los que hay poca información; asimismo, no se desarticula como movimiento indígena para seguir impulsando un país que tome en cuenta a los Pueblos Indígenas. Desde los Acuerdos de San Andrés se proponía la construcción de las Autonomías a partir del fortalecimiento de la autonomía comunitaria, municipal y regional; si bien, la actual reforma Constitucional Indígena no estableció el marco jurídico para posibilitar esta aspiración, consideramos que es posible construirlo en los hechos. Esta es la esperanza”.*⁵⁹

En el sector indígena se intenta difundir los derechos primordiales del hombre y así evitar su violación por desconocimiento como sucede en la actualidad,

⁵⁹ PÉREZ GUARTAMBEL, Carlos, Dr.; Justicia Indígena, Pág. 126, segunda edición, 2008.

sociabilizando también la normativa legal existente acerca del tema, su obligatoriedad de cumplirla, la competencia de quienes deben aplicarla y su relación con la justicia indígena, sus excepciones y la correcta aplicabilidad de la misma.

Hay que conocer las necesidades y exigencias más requeridas dentro de las comunidades indígenas y campesinas para que el legislador disponga de bases concretas para la creación de nuevas leyes y reglamentos tendientes a solucionar estos inconvenientes, hasta hoy poco tratados.

Es inaudito que en pleno siglo XXI se escuchen casos de barbarie en donde no se puede concebir como el hombre atenta contra los derechos del hombre, acaso la sociedad está regresando a la época de que quien sobrevive es el más fuerte?, o se está promoviendo nuevamente la era del que “Quién a hierro mata a hierro muere”; por esta razón, hay que enseñar a toda la población ecuatoriana y mundial, sin importar la clase social, etnia, nacionalidad, religión o cualquier otro tipo de diferencia, que el respeto a los derechos humanos está por encima de cualquier otra situación sea esta legal o ilegal, moral o inmoral, lo que importa es respetar los mismos a cualquier costo.

5.5. Jurisdicción y Competencia de la justicia indígena

Adquiere vigencia el debate sobre la naturaleza de la jurisdicción indígena, la delimitación de sus competencias, su aplicabilidad a los migrantes urbanos, su compatibilidad con el sistema jurídico ordinario. Todos deben aportar como un comentario positivo y de orientación hacia varios sectores sociales, entre ellos autoridades indígenas, campesinas, policiales, eclesiásticas, legislativas, etc. para que se busque un acercamiento hacia el pueblo y se imparta el conocimiento sobre los derechos humanos que deben conocerse y a la vez aplicarse, sin dañar sus leyes, peor aún sus costumbres.

Por ello, la administración de justicia indígena obliga a repensar conceptos básicos del Estado, con los de justicia e igualdad, incluso la acepción de universalidad de los Derechos Humanos, las nociones del derecho, soberanía y territorio entran en el campo de la discusión. Con ello, el fenómeno étnico deja de ser un problema únicamente cultural y exige ser mirado en relación con el Estado, es decir con el poder, lo cual confiere a la cuestión indígena un carácter nacional.

En los últimos años suceden una serie de linchamientos en comunidades indígenas del Ecuador, las comunidades se integran en el espacio mediático, la violencia deviene un espectáculo público transmitido por la radio y la televisión y se establece un juego de fuerza con el Estado que desborda en el campo de lo político.

Los recientes linchamientos de presuntos antisociales cometidos en varias comunidades indígenas, en los cuales inclusive se ha causado la muerte de algunos de los apresados por los comuneros, han vuelto al debate el tema de la denominada Justicia Indígena, esto es la facultad que tendrían las comunidades autóctonas, para aplicar sus normas consuetudinarias de justicia, siempre y cuando lo dice la Constitución, no se atente contra los derechos humanos ni se afecte la vigencia de otras disposiciones legales.

Este tipo de crímenes cometidos a nombre de la “justicia por mano propia”, que no existe como ordenamiento legal, vienen de mucho antes que la actual Constitución, debido a una serie de circunstancias, entre ellas la ignorancia y liderazgos equívocos en algunas comunidades, que han causado y siguen causando estos crímenes, como incinerar a supuestos ladrones sorprendidos dentro de esas poblaciones, o someterlos a castigos bárbaros.

Se confunden los linchamientos producto de una barbarie colectiva, con la llamada Justicia Indígena, lo cual ha causado el descrédito de esta norma, por su peligrosa aplicabilidad en concreto. Por ello es preciso regular de una manera más explícita los alcances de la llamada Justicia Indígena, a fin de que no se confunda o sirva de pretexto para los linchamientos.

La justicia indígena es el respeto a las prácticas ancestrales de las etnias acomodándose al régimen del derecho vigente; es decir, esta forma de hacer justicia no debe estar en contradicción o pugna con la Constitución vigente.

Además tiende a la investigación de los delitos cometidos dentro de lo que es su jurisdicción territorial con hechos inherentes a una comunidad o sector indígena, es a lo que se refiere el respeto constitucional.

Pero de ahí a darle la competencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, imponer penas, tener cárceles propias, decidir sobre la vida o la muerte de personas, no es la concepción constitucional. Hay una grave confusión que se está extendiendo aceleradamente a lo largo y ancho de este país, como es la idea de que se puede hacer lo que venga en gana, en donde quiera y contra quien quiera.

El término ajusticiamiento es utilizado usualmente en el sector indígena y hace alusión a la forma de castigo popular que ellos imponen a un infractor; a pesar de que el término, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, quiere decir dar muerte al reo, condenado o condenar a alguna pena; y según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, ajusticiar significa, ejecutar una condena de muerte.

Pero para los indígenas ajusticiar no es matar, sino impartir su justicia mediante una sentencia a la que se llega por común acuerdo entre los miembros de la comunidad en donde se cometió la falta.

5.6. Sistema legal indígena

Los derechos indígenas proponen una sociedad más justa y digna, los derechos indígenas no son una construcción teórica que se quiere establecer en las comunidades y pueblos, son la adecuación de los conceptos jurídicos occidentales a cada realidad, y que curiosamente el Estado pretende despojar de sus contenidos originales.

Cada uno de los derechos fundamentales de los pueblos: Derecho a ser Pueblos, Derecho a la Cultura, Derecho al Territorio, Derecho a los sistemas jurídicos propios y Derecho a la Autonomía y al Desarrollo, se puede apreciar que en esencia exigen, por un lado, superar el estado de resistencia, de pobreza y discriminación y por el otro, desarrollar sus potencialidades; plantean que la democracia, la justicia y el desarrollo, no tienen una sola y única perspectiva, en el que la perspectiva indígena tenga que ser anulada.

Analizando el sistema legal indígena se concluye que la Justicia Indígena ha nacido con los pueblos, pero en el caso de América Latina con la llegada de los españoles ha sobrevivido en la eliminación e ilegalidad en medio de un proceso de resistencia que le han permitido obtener niveles de reconocimiento de su existencia, considerarse como el derecho de los indios a gozar de sus propias leyes.

Según Ortiz Crespo: *“En lo religioso existieron muchas autoridades que defendieron las actuaciones indígenas como por ejemplo Bartolomé de las Casas (1474-1566) quien manifestó en su doctrina: “Que los indios eran*

*humanos y que por lo tanto poseían la facultad de la razón, tenían sus propias leyes y gobierno los cuales debían ser respetados por la corona española”.*⁶⁰

Al enfrentar la realidad, y toda la necesidad de asegurar una alianza voluntaria con los indios en la época colonial, tres escuelas de pensamiento se desarrollaron en torno a las ideas acerca del derecho y la gobernación de los indios en las Américas. Una de éstas, encabezada por Francisco de Vitoria, asumió la opinión de que los indios habiendo desarrollado sus propias sociedades, tenían derecho a preservar sus propias instituciones, la segunda escuela declaró la posición feudal de la monarquía española proponiendo que sólo existía una sociedad y por lo tanto una ley para todos. La tercera escuela de pensamiento entendía que existían dos repúblicas en las Américas, la española y la india.

Aparte de los debates, la visión de las dos repúblicas resultó con un nivel de reconocimiento dentro del ámbito legal. El principio general, expresado en varios decretos, consistía en que las buenas costumbres, o las leyes de los indios debían ser observadas hasta el punto en que éstas no fueran contrarias a la religión cristiana. La regla de reconocimiento fue expresada en decretos reales de los años 1530, 1542, 1556 y en la recopilación en una codificación de leyes pertenecientes a las Indias que se lee: *“Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que hicieren de nuevo. Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que*

⁶⁰ ORTIZ CRESPO, Ximena; pág. 42 *“Justicia Indígena, Aportes para un debate”*.

*antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente aprobamos y confirmamos, con todo que no podamos añadir lo que fuéramos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tiene hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos”.*⁶¹

Los españoles en la práctica fueron incapaces de entender el derecho tradicional indio y usaron el derecho español en el Juzgado General de Indias a pesar del mandato real de que se guarden y ejecuten las buenas leyes de los indios.

En la actualidad, para los indígenas, el sistema jurídico oficial no funciona, y está lejos geográfica y culturalmente. Los funcionarios y abogados son vistos como injustos, corruptos y racistas, ignorantes de la vida y la realidad de los comuneros: los procedimientos como caros, lentos, engorrosos, burocráticos, llenos de escritos en una lengua que ellos ni leen ni acaban de entender. Los procesos en la administración de justicia indígena están repletos de rasgos de medición y conciliación y, a través de las sanciones que se imponen, se trata

⁶¹ LOPEZ BARSENAS, Francisco; “Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina”; Pág. 101; Pontificia Universidad Católica del Perú. Edit. 2007

de alcanzar la purificación del individuo, su rehabilitación y reincorporación para ser aceptado en su comunidad. Es un sistema que acoge al infractor y no lo expulsa.

En el caso concreto del Ecuador, desde el año de 1998, año en el que se aprobó la anterior Constitución; se estableció legalmente la facultad que tienen las comunidades indígenas para ejercer justicia dentro de sus propias comunidades y siempre que se trate de personas indígenas involucradas en hechos o conductas ilegales o inmorales, para ser sometidos a su jurisdicción. La nueva carta magna, aprobada en el año 2008, también ratifica la potestad indígena para administrar justicia sobre sus integrantes considerados como tal, inclusive se han dado grandes avances respecto al tema, pues en la actualidad ya se cuenta con la Fiscalía de Asuntos indígenas, en donde se tratan única y exclusivamente situaciones que atañen a personas indígenas en forma específica y estas dependencias existen ya en 12 provincias ecuatorianas.

6. METODOLOGÍA

Los Métodos y Técnicas que utilizaré en la realización del proceso investigativo del referido Proyecto de Tesis, me permitirán obtener herramientas dentro del campo investigativo para generar las soluciones necesarias entorno a las divergencias que existen entre las leyes indígenas y las ordinarias en los casos donde se produce la muerte de un individuo.

6.1. METODOS

MÉTODO CIENTÍFICO: Es el conjunto ordenado de procedimientos orientados a descubrir demostrar y verificar los conocimientos que la ciencia formula.

MÉTODO INDUCTIVO: Es un proceso analítico, sistemático a seguirse en la recolección de la información sobre hechos, casos particulares para llegar al descubrimiento de principios y leyes generales, a fin de abordar y explicar adecuadamente el objeto de estudio.

MÉTODO DEDUCTIVO: El método deductivo se lo conceptualiza mediante el conocimiento epistemológico de la ciencia que va de lo general a lo particular.

MÉTODO BIBLIOGRÁFICO: Este método se lo aplicará mediante la recolección y adaptación de bibliografía y textos de autores en relación directa con el tema a desarrollarse.

6.2. TÉCNICAS

Las técnicas a utilizarse en el desarrollo de la investigación del proyecto de Tesis, son los diferentes instrumentos que sirven para obtener la información primaria y secundaria del factor universo.

DEL ANÁLISIS.- Esta técnica permitirá manejar el tema de investigación, por medio de elementos provenientes de diferentes fuentes de información, como: libros, Internet, prensa, radio, televisión, e instituciones involucradas en el tema investigativo.

DEL SONDEO.- Permitirá palpar la realidad y a su vez constatar los problemas ocasionados por los vacíos legales e incongruencias jurídicas, suscitados entre las leyes ordinarias e indígenas.

DE LA OBSERVACIÓN.- Nos permite esta técnica la observación directa e indirecta, con el único fin de obtener datos para la aplicación de la encuesta.

DE LA ENCUESTA.- Esta técnica nos permite obtener datos reales a través de fórmulas estadísticas, como variables, frecuencias y el porcentaje, para de esta manera realizar la interpretación en base a los datos recopilados, lo cual conlleva a obtener la información necesaria del proyecto.

7. CRONOGRAMA

N°	Actividades	Meses del año 2014															
		Septiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre			
		Semanas															
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1	Planteamiento y elaboración del Proyecto de Tesis	X	X														
2	Corrección y presentación del Proyecto de tesis			X	X												
3	Recopilación de información y elaboración de la tesis					X	X	X									
4	Presentación del primer borrador de la Tesis								X								
5	Verificación de correcciones y replanteamiento de los mismo									X	X						
6	Presentación del informe final de la Tesis											X	X				
7	Sustentación y defensa de la Tesis													X	X	X	

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

8.1. Recurso Humano

- Autor: Alex Antonio Cuenca Elizalde
- Director del proyecto de Tesis: Dr. Mario Guerrero Gonzáles
- Encuestados y entrevistados

8.2. Recursos Materiales

Entre los varios recursos materiales que he de utilizar en el desarrollo de este proyecto, principalmente están los siguientes suministros:

- De escritorio;
- De consulta; y
- De computación.

8.3. Recursos Financieros

El costo aproximado que conlleva la presentación de este proyecto de tesis será de mi absoluta responsabilidad.

Valores y descripción de materiales a utilizar:

Materiales de oficina	\$ 350.00
Impresión.	\$ 300.00
Pasajes	\$ 150.00
Imprevistos y materiales extras	\$ 250.00
TOTAL	\$ 1050.00

9. BIBLIOGRAFÍA

- Código Orgánico Integral Penal; Artículo 199; pág. 33
- Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 225, pág. 70
- CABANELLAS, de la Torre, Guillermo, DICCIONARIO_ENCICLOPÉDICO DEL DERECHO USUAL. edición 18ava, Buenos Aires Argentina 1981.
- Página de consulta Web:
<http://www.definicionabc.com/social/asesinato.php>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, promulgada en el Registro Oficial 449, el 20 de octubre del 2008.
- Internet. Varios artículos relacionados con la justicia indígena.
- Prensa escrita y televisiva sobre el mismo tema.
- Guía de investigación jurídica MED 2011-2014
- Página de consulta web:
http://es.wikipedia.org/wiki/Reforma_constitucional
- BERNAL, Angélica María, ediciones Abya-Yala: *“DE LA EXCLUSION A LA PARTICIPACION: Pueblos Indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador”*
- Vargas, Edgar ediciones CDES: *“EL PLURALISMO JURIDICO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR”*.
- CACHIMUEL Alfusi, Blanca Rocío – 2009: *“¿ES POSIBLE CONCILIAR LOS DERECHOS COLECTIVOS Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR?”*

- VEINTIMILLA VACA, Dr. Klever, 2010: *“LA JUSTICIA INDÍGENA FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS”*
- Publicación digital de Diario el UNIVERSO:
<http://www.eluniverso.com/2010/05/23/1/1447/justicia-indigena-cuestionada-tema-derechos-humanos.html>
- Blog de consulta: definicionlegal.blogspot.com/2012/10/delito-de-abigeato.html
- PÉREZ GUARTAMBEL, Carlos, Dr.; Justicia Indígena, Pág. 126, segunda edición, 2008.
- ORTIZ CRESPO, Ximena; pág. 42 “Justicia Indígena, Aportes para un debate”.
- LOPEZ BARSENAS, Francisco; “Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina”; Pág. 101; Pontificia Universidad Católica del Perú. Edit. 2007

11.2. Formulario de preguntas de las encuestas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

PROFESIONAL DEL DERECHO

Le extiendo un cordial saludo y a la vez mi gratitud por permitirme acceder a vuestro criterio; con la finalidad que me colabore con un pequeño banco de preguntas a manera de encuesta, las mismas que serán de gran importancia para el correcto desarrollo de mi tesis de grado.

1. Conoce Ud. acerca de la justicia indígena en nuestro país y lo que establece la Constitución al respecto?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio personal.....
.....

2. Cree Ud. que en los ajusticiamientos indígenas se violentan los derechos humanos del imputado?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio personal.....
.....

3. Conoce Ud. lo que es el Abigeato y las sanciones penales para dicha transgresión.

Si () No () No recuerda () No opina ()

4. Sobre las autoridades de la justicia indígena. Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio

personal.....

.....

5. Sobre las autoridades de la justicia ordinaria. Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio

personal.....

.....

6. De los daños a la propiedad. Una vez aprehendido el infractor y dada su amonestación fuese cual fuese, considera Ud. que se hace la reparación integral de los daños causados al perjudicado.

Si () No () No recuerda () No opina ()

Por

qué?.....

.....

7. De las sanciones. La recuperación del infractor se da con: el castigo físico o en un Centro de Rehabilitación Social?

Castigo físico () Centro de Rehabilitación Social () No opina ()

Por

qué?.....

.....

8. Considera Ud. imperante una reforma al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de otorgar competencias y jurisdicciones a las juezas y jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas.

Si () No () No recuerda () No opina ()

Por

qué?.....



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

COMUNIDAD INDIGENA

Le extiendo un cordial saludo y a la vez mi gratitud por permitirme acceder a vuestro criterio; con la finalidad que me colabore con un pequeño banco de preguntas a manera de encuesta, las mismas que serán de gran importancia para el correcto desarrollo de mi tesis de grado.

1. Conoce Ud. acerca de la justicia indígena en nuestro país y lo que establece la Constitución al respecto?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio personal.....
.....

2. Cree Ud. que en los ajusticiamientos indígenas se violentan los derechos humanos del imputado?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio personal.....
.....

3. Conoce Ud. lo que es el Abigeato y las sanciones penales para dicha transgresión.

Si () No () No recuerda () No opina ()

4. Sobre las autoridades de la justicia indígena. Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio personal.....

.....

5. Sobre las autoridades de la justicia ordinaria. Considera que tienen preparación en el ámbito jurídico?

Si () No () No recuerda () No opina ()

Criterio personal.....

.....

6. De los daños a la propiedad. Una vez aprehendido el infractor y dada su amonestación fuese cual fuese, considera Ud. que se hace la reparación integral de los daños causados al perjudicado.

Si () No () No recuerda () No opina ()

Por qué?.....

.....

7. De los modos de sancionar. Considera Ud. que existe una recuperación del individuo infractor al ser castigado físicamente o un Centro de Rehabilitación Social?

Castigo físico () Centro de Rehabilitación Social () No opina ()

Por qué?.....

.....

8. Considera Ud. imperante una reforma al Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de otorgar competencias y jurisdicciones a las juezas y jueces de garantías penales para el juzgamiento de los delitos cometidos en las comunidades indígenas.

Si () No () No recuerda () No opina ()

Por qué?.....

.....

11.3. Formulario de preguntas de las entrevistas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

BANCO DE PREGUNTAS PARA LA ENTREVISTA

Le extiendo un cordial saludo y a la vez mi gratitud por permitirme acceder a vuestro criterio; con la finalidad que me colabore con un pequeño banco de preguntas a manera de encuesta, las mismas que serán de gran importancia para el correcto desarrollo de mi tesis de grado.

1. Como fue el proceso de tu juzgamiento y qué métodos se utilizó en el transcurso (de inicio a fin)?

2. Qué opinión tienes del uso de la fuerza descontrolada y del castigo físico?

3. El sistema con el que fuiste juzgado te garantizo y cumplió con respetar tus derechos como ser humano?

4. Volverías a cometer una infracción en la sociedad, que conlleve a una amonestación?

12. ÍNDICE

Portada.....	I
Certificación del Director.....	II
Declaración de Autoría.....	III
Dedicatoria.....	IV
Agradecimiento.....	V
Tabla de contenidos.....	VI
1. Título.....	1
2. Resumen.....	2
2.1. Abstract.....	4
3. Introducción.....	6
4. Revisión de Literatura.....	9
5. Materiales y Métodos.....	83
6. Resultados.....	89
7. Discusión.....	124
8. Conclusiones.....	128
9. Recomendaciones.....	129
9.1. Propuesta de Reforma Jurídica.....	131
10. Bibliografía.....	135
11. Anexos.....	140
12. Índice.....	175