




UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“VACÍOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES EN LA
APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDIGENA”**



**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
GRADO DE LICENCIADO EN
JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR:

Alex René Carrión Merino

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Geovanny Caamaño Mg. Sc.

LOJA - ECUADOR

2020

CERTIFICACIÓN

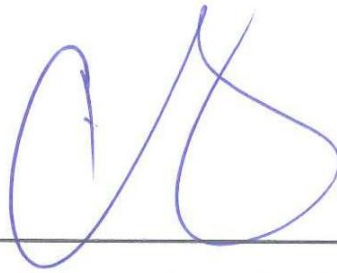
Dr. Geovanny Caamaño. Mg. Sc.

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

CERTIFICO

Que el presente trabajo de investigación jurídica, elaborado por la señor Alex Rene Carrión Merino, titulado: **“Vacíos legales y constitucionales en la aplicación de la justicia indígena”**, ha sido realizado bajo mi dirección, y por considerar que cumple con los requisitos de fondo y forma, autorizo su presentación ante el honorable Tribunal de Grado.

Loja, 29 de marzo de 2019



Dr. Geovanny Caamaño. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA

Yo, Alex Rene Carrión Merino declaro ser autor de este trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

AUTOR: Alex René Carrión Merino

FIRMA:



CEDULA: 1104906621

FECHA: Loja, 10 de marzo de 2020

CARTA DE AUTORIZACIÓN PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, ALEX RENÉ CARRIÓN MERINO, declaro ser autor de la tesis titulada: **“VACÍOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES EN LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA”** como requisito para optar al **Grado de Licenciado en Jurisprudencia y Título 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 realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 10 días del mes de marzo de 2020. Firma el autor.

Firma: 

Autor: Alex René Carrión Merino

Dirección: Loja, Cdma. UNE

Celular:

Correo Electrónico: alex95carrion@hotmail.com

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Geovanny Caamaño. Mg. Sc.

Presiente: Dr. Alexis Erazo Bustamante. Mg. Sc.

Vocal: Dr. Eduardo Armijos Tandazo. Mg. Sc.

Vocal: Dr. Marcelo Soto Calderón. Mg. Sc.

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico a René, María y Holly pilares fundamentales en mi vida, por el apoyo incondicional, sacrificio, confianza, amor, sinceridad y amistad que siempre me han dado; siendo mis motores de lucha para alcanzar mi superación.

Alex René Carrión Merino

AGRADECIMIENTO

Expreso mi gratitud a la Universidad Nacional de Loja, por permitirme transitar por sus aulas y educarme en esta institución tan prestigiosa.

A los profesores de la Carrera de Derecho por sus conocimientos y experiencias impartidas.

Mi agradecimiento especial y gratitud al Dr. Geovanny Caamaño, excelentísimo docente, por su valiosa guía y colaboración en la dirección de ésta tesis.

A todos mis amigos y compañeros especialmente a Gabriel Vicente y Marta Julia por todo lo compartido en el proceso de formación y el ánimo de seguir siempre adelante.

EL AUTOR

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA.....	VII
AUTORIZACION.....	II
AUTORIA.....	III
CARTA DE AUTORIZACION	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
ESQUEMAS DE CONTENIDOS.....	VII
1.TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
1.1.ABSTRACT.....	6
3.INTRODUCCION	8
4.REVISIÓN DE LITERATURA	10
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	10
4.1.1. Justicia indígena	10
4.1.2. Contradicción.....	13
4.1.3. Costumbres	14
4.1.4. Inconstitucionalidad	16
4.1.5. Procedimientos judiciales	17
4.1.6. Debido proceso.....	18
4.1.7. Vulneración.....	20
4.1.8. Derecho consuetudinario.....	21
4.1.9. Observancia.....	22
4.1.10. Funciones Jurisdiccionales	23
4.1.11. Ley Positiva	24

4.1.12. Pluralismo Jurídico.....	24
4.1.12. Contravención.....	26
4.1.12. Delito.....	27
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	28
4.2.1. Origen de la Justicia Indígena en Ecuador	28
4.2.2. Normas que rigen las conductas en las comunidades indígenas	33
4.2.3. Justicia indígena y el mundo contemporaneo.....	35
4.2.4. Caso La Cocha, precedente histórico en Ecuador.....	39
4.3. MARCO JURÍDICO.....	47
4.3.1. Constitución De la República del Ecuador.....	47
4.2.2. Código Orgánico Integral Penal.....	62
4.2.3. Código Orgánico de la Función Judicial.....	64
4.4 DERECHO COMPARADO.....	68
4.4.1. Constitución Política de Colombia	69
4.4.2. Constitución Política de Bolivia.....	70
4.4.3. Constitución Política de Perú.....	71
4.4.4. Constitución Política de México	72
4.4.4. Constitución Política de Guatemala.....	74
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	77
5.1. Métodos.....	77
6. RESULTADOS.....	79
6.1. Resultados de la aplicación de encuestas.....	79
6.2. Resultado de la aplicación de las entrevistas.....	94
6.3. Estudio de Casos.....	101
7. DISCUSIÓN	110

7.1. Verificación de Objetivos	110
7.1.1. Objetivo General	110
7.1.2. Objetivos Específicos.....	111
7.2. Contrastación de Hipótesis.....	112
7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.....	112
8. CONCLUSIONES	114
9. RECOMENDACIONES	116
9.1 PROYECTO DE REFORMA JURIDICA	118
9.1.1 Proyecto de enmienda constitucional	118
10. BIBLOGRAFIA	123
11. ANEXOS	126

1. TÍTULO

“VACÍOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES EN LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA”

2. RESUMEN

El presente trabajo de investigación se titula “Vacíos legales y constitucionales en la aplicación de la justicia indígena”, y surge tras el análisis e investigación de los problemas derivados en la aplicación de la justicia en las comunidades indígenas, partiendo de la premisa que la aplicación de derecho consuetudinario por parte de los grupos indígenas ecuatorianos, está vulnerando derechos y principios constitucionales, para explicar el tema de una manera rápida partiré de la Constitución para luego ir desarrollando estas ideas y encontrar el problema que está aquejando a nuestra sociedad.

La Constitución ecuatoriana desde su primer artículo hace referencia a que el Estado reconoce a los diferentes grupos culturales y nacionalidades de nuestro país, esto se ratifica en la existencia de muchos grupos indígenas, los cuales están siendo amparados y reconocidos por la Constitución.

El artículo 1 de la Constitución de la República manifiesta que: “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, intercultural y plurinacional (...)” (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 1), y de esta manera la Constitución reconoce y garantiza los derechos de protección a la preservación de estos grupos o comunidades. Estas comunidades al ser reconocidas como parte del Estado están gozando de los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro sector de la sociedad ecuatoriana.

El artículo 57 de la Constitución garantiza a las comunidades indígenas algunos derechos colectivos entre los cuales destaca el crear, mantener, desarrollar y aplicar sus formas de control social basándose en su propio derecho consuetudinario conocido como justicia indígena.

El artículo 167 de la Constitución dice que la potestad de administrar justicia se la ejerce por la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Por otro lado el artículo 171 de la Constitución describe un pluralismo jurídico debido a que se habla acerca de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y la autonomía que estas tienen para desempeñar funciones jurisdiccionales en sus territorios, este artículo hace referencia a las funciones que las autoridades de estos lugares ejercerán, basándose en sus tradiciones ancestrales y a su derecho consuetudinario, además este artículo garantiza el respeto total a la jurisdicción indígena por parte de la justicia ordinaria.

La Constitución es clara al manifestar un pluralismo jurídico en nuestro país, es decir la existencia de múltiples sistemas jurídicos dentro de nuestro territorio, el sistema de justicia ordinario que es ejercido por la Función Judicial y el sistema de justicia que aplican las comunidades indígenas basándose en su derecho consuetudinario y costumbres adquiridas por estas sociedades. Se puede decir que el Estado por medio de la Función Judicial será el encargado para administrar justicia, y, que también los pueblos y nacionalidades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

En el artículo 76 de nuestra Constitución se garantiza el derecho a un debido proceso y habla de todas las garantías que el debido proceso tendrá, basándonos en la carta magna de nuestro país mencionare algunas de estas garantía: Las autoridades administrativas o judiciales, deben garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, el numeral 7 de este mismo artículo menciona que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento, también se menciona la garantía de contar

con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, a ser asistido por un abogado de su elección y a tener acceso libre a la comunicación con el mismo, y por último se menciona que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma materia.

Partiendo de estos artículos encontramos que la Constitución manifiesta los derechos y garantías de las personas a tener un debido proceso, también se analizó que el Estado ecuatoriano está incluyendo a los pueblos y comunidades indígenas, dándoles el poder para que ejerzan funciones jurisdiccionales y puedan solucionar sus propios problemas en base a sus costumbres ancestrales, siempre que estas no vayan en contra de la Constitución y sus principios.

La aplicación de la justicia indígena si bien es una garantía constitucional, puede violentar y afectar otros principios constitucionales, al ser aplicada de una forma violenta y sin observancia de la ley, se está cometiendo la violación de otros derechos constitucionales, esto se debe a la naturaleza de la misma ya que nace de la costumbre y no tiene un cuerpo legal del cual basarse.

A pesar de que la Constitución manifiesta que la aplicación de la justicia indígena no podrá ir en contra de lo que establece la Constitución, en la práctica esto no se da y como lo mencione anterior mente es por la naturaleza de la justicia indígena que es un tipo de derecho primitivo y consuetudinario que no se somete a ninguna norma.

La forma en que las comunidades indígenas aplican sus normas, para la solución de un delito o un conflicto muchas veces es por la fuerza o el castigo físico que busca el arrepentimiento y purificación de los infractores.

Teniendo en cuenta que para determinar la culpabilidad de una persona no se basan en un debido proceso, siendo muy deficientes los sistemas que la justicia indígena aplica para determinar la culpabilidad de un posible infractor, no se estaría proporcionando a los procesados todos los derechos que la Constitución garantiza, y a esto se le suma la imposición de penas que ninguna ley contempla.

Al no existir una norma base de la cual la justicia indígena parta para el juzgamiento de sus infractores y para la solución de los conflictos internos de estas comunidades se está afectando otros principios o derechos constitucionales, debido a estos factores lo ideal sería la búsqueda de armonía entre los procesos judiciales y la justicia indígena, delimitando cuando ésta tendrá competencia para obrar, siendo la única manera de alcanzar este objetivo la creación de un cuerpo legal que controle la autonomía de la justicia en comunidades indígenas.

La falta de una norma que controle y regule los procesos para sancionar y resolver conflictos en la justicia indígena, está afectando y vulnerando derechos humanos y constitucionales, como el debido proceso, como el acceso a la defensa procesal o como la imposición de penas basándose en una norma, por lo que esta investigación se enfocará en el estudio de la aplicación de la justicia indígena y sus repercusiones en la sociedad ecuatoriana.

2.1. ABSTRACT

The present research work is entitled "Legal and constitutional gaps in the application of indigenous justice", since the application of this type of customary law in our country is generating violation of constitutional rights and principles, I will depart from two constitutional premises for later Go developing the theme and find the problem that is afflicting our society.

Article 167 of the constitution tells us that the power to administer justice is exercised by the judicial function and by the other organs and functions established in the Constitution.

On the other hand, Article 171 of the Constitution talks about indigenous communities, peoples and nationalities and tells us that the authorities of these places will exercise jurisdictional functions, based on their ancestral traditions and their own right, within their territory.

The Indigenous Justice is the set of norms that based on values and cultural principles of these peoples, with their own procedures and practices that regulate social life in the community and the territory. The reparations to the transgressions to these norms can be by means of the recomposition, the compensation, and / or the remediation of the damages caused, and not only by way of the punishment, that is the preponderant form in the Ordinary Justice.

In article 76 of our constitution the right to due process is guaranteed and it tells us of all the guarantees that this due process will have, for example, that corresponds to all administrative or judicial authorities, to guarantee compliance with the norms and rights of the parties, paragraph 7 of this article tells us that no one may be deprived of the right to defense at any stage or degree of the

procedure, also the guarantee of having the time and adequate means to prepare his defense, in procedures judicial, be assisted by a lawyer or lawyer of your choice or by public defender or defender; You can not restrict access or free and private communication with your defender, no one can be tried more than once for the same cause and matter. The cases resolved by the indigenous jurisdiction must be considered for this purpose.

Starting from these articles we can say that the constitution shows the rights and guarantees of the people to have a due process, it can also be deduced the inclusion that the state does for the indigenous peoples and communities, giving them the power to solve their own problems in base to their ancestral customs, whenever these go against the constitution and its principles.

The application of indigenous justice can affect other constitutional principles, due to which the ideal would be the search of a harmony between the processes, delimiting when the indigenous justice will have competition or not to act.

3. INTRODUCCION

En Ecuador la Constitución reconoce ser un Estado constitucional de derechos y justicia, social, intercultural y plurinacional, y de esta manera reconoce a los diferentes grupos de nacionalidades y culturas existentes en nuestro país. Estas comunidades al ser reconocidas por el Estado están gozando de derechos y obligaciones que la ley les otorga. Por otro lado, pienso importante señalar que la Constitución ecuatoriana reconoce y respalda las diferentes prácticas culturales que estos grupos realicen como expresión de su identidad.

Se puede decir que por medio de la Constitución se ha otorgado a las comunidades indígenas como principio y derecho constitucional el poder para solucionar y procesar problemas y conflictos dentro de sus comunas en base a sus costumbres ancestrales, siempre que estas vayan en contra de la Constitución y sus principios.

Es así que el objeto de estudio recaerá sobre el poder que la justicia indígena tiene para solucionar sus problemas y conflictos internos, y de qué forma estos repercuten en la sociedad, se analizará el problema que trae consigo la aplicación de la justicia indígena y las inconstitucionalidades que la misma genera como la falta de un debido proceso, como la imposición de penas no contempladas en la Constitución, o como la vulneración de derechos humanos.

Este trabajo estará conformado por un estudio sobre todo lo referente a la justicia indígena en nuestro país, como sus antecedentes o como las leyes que la respaldan; de tal manera que se analizarán diferentes conceptos y puntos de vistas, como también se hará un análisis de derecho comparado y se entrevistara profesionales del derecho con la finalidad de alcanzar los objetivos

propuestos en la realización de esta investigación y por ultimo presentar las conclusiones y recomendaciones obtenidas en el desarrollo de esta tesis.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. Justicia indígena

La justicia indígena en países andinos tiene una trascendental importancia en la sociedad, ejemplo claro de esto es Ecuador que tiene una Constitución donde se reconoce y se garantiza la aplicación de la justicia indígena, por lo que es de vital importancia analizar y entender que significa justicia indígena.

Esto se lo puede constatar en libro de Carlos Pérez Guartambel que dice dice:

“Debemos admitir que en las postrimerías del Siglo XX y la primera década del Siglo XXI fue un período de mucha importancia para los pueblos indígenas y los Estados de la región; varios países instituyeron el reconocimiento a la identidad étnica y protección a la identidad y pluralidad cultural. De veintidós Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 15 son países América Latina y El Caribe.”¹ (Pérez Guartambe, 2006, pág. 9)

Encontramos que son 15 países entre América Latina y el Caribe los cuales están reconociendo la identidad étnica y pluralidad cultural, lo que ratifica la importancia de analizar el significado de justicia indígena, y tras haber analizado varias definiciones de autores puedo decir que justicia indígena es el conjunto de normas sociales que no constan en un cuerpo legal pero que a pesar de esto rigen a los pueblos o comunidades indígenas y que ajenos a la justicia ordinaria

¹ PÉREZ GUARTAMBEL, Carlos, Justicia Indígena, Universidad estatal de Cuenca, año 2006, Cuenca-Ecuador, Pág.9.

y positiva han desarrollado una especie de derecho consuetudinario, para controlar el convivir de la comunidad, y para sancionar a los infractores de estas normas.

La justicia indígena no tiene un ordenamiento jurídico escrito, es decir no hay un cuerpo legal que tipifique y que sea la base para sancionar, por esta razón no existe un procedimiento para juzgar a los infractores que parta como base de un código, de una norma jurídica, o de un reglamento; la Justicia Indígena toma como base su derecho propio, que obviamente es un derecho de tipo consuetudinario.

Esta forma de administrarse nace de la misma comunidad, que basándose en sus costumbres y tradiciones emplea un procedimiento rápido, como medio de sanción a los delitos cometidos y las faltas que van en contra de las costumbres; estos procedimientos son realizados en el seno de la comunidad por medio asambleas comunales.

Una definición acertada es la que brinda el portal web territorio indígena y gobernanza:

“La Justicia Indígena es el conjunto de normas basadas en valores y principios culturales propios, con procedimientos y prácticas propias que regulan la vida social en la comunidad y el territorio. Las reparaciones a las transgresiones a dichas normas pueden ser por la vía de la recomposición, la compensación, y/o la remediación de los daños causados, y no sólo por la vía del castigo, que es la forma preponderante en la Justicia Ordinaria u occidental”.² (Territorio indígena y gobernanza, 2019, pág. 1)

² “Justicia indígena”, En: territorioindigenaygobernanza.com. Disponible en: www.territorioindigenaygobernanza.com, Consultado: 2 de marzo de 2019, 12:09 am.

Definición que considero muy acertada debido a que se especifica el significado de justicia indígena y además se hace una comparación con los tipos de penas y sanciones que este tipo de justicia toma como base para rectificar conductas inadecuadas, también encuentro muy acertado que se mencione que es un tipo de justicia que tiene como base las costumbres ancestrales de estos pueblos, costumbres que muchas veces podrían ir en contra de las costumbres de sociedades más modernas.

Además, analizáremos los pasos que la justicia indígena toma para sancionar a sus infractores. Para la cual basaremos en la investigación y recopilación de Roberto Andrés Otero Saltos, obra que se titula "Justicia Indígena en Ecuador" la misma que fue realizada en la ciudad de Quito en mayo de 2015, se puede analizar los diferentes pasos que se dan en un proceso llevado a cabo por la justicia. Basándose en esta investigación se puede decir que el primer paso en los estos procesos es:

"WILLACHINA" en esta instancia la persona afectada o perjudicada le comunica a la autoridad de la comunidad del problema suscitado.

"TAPUYKUNA" que sería el siguiente paso y es aquí donde se hace las investigaciones del caso antes mencionado, se pregunta a las partes por su versión, se buscan testigos y muchas veces se puede allanar viviendas para determinar algún tipo de culpabilidad.

El siguiente paso es el conocido como "CHIMBAPURANA" esta parte es donde se confrontan el acusado y el acusador y en esta parte las autoridades determinaran la culpa o no del acusado.

Luego se procede a la "PAKTACHINA" y es donde se aplican los castigos a los infractores, siendo los encargados de aplicar estos castigos los familiares como

los abuelos o los padres, los dirigentes de las comunidades o los afectados en el caso.

Y el último paso sería "TANTANAKUSHPA CUSHICHIRINA" y este es el paso donde los infractores se arrepienten y piden disculpas a la comunidad y también al afectado por lo cometido.

Por lo que se puede decir que si bien la justicia indígena, sigue un conjunto de pasos para la solución de sus conflictos, no toman como base una norma establecida o positiva y que más bien hacen uso de la costumbre, incluso para sancionar a los infractores.

4.1.2. Contradicción

Pienso muy importante definir el termino contradicción, puesto que a lo largo del proyecto y de la tesis se habla mucho acerca del mismo.

Según el diccionario Everest cúpula español contradicción es una “afirmación o negación que se opone una a la otra y recíprocamente se destruyen formando una oposición”³. (Diccionario Everest , pág. 407) En la definición de este reconocido diccionario se puede analizar y entender objetivamente el significado de contradicción y

dice que es la formulación de una negación a una afirmación.

También se puede contribuir diciendo que contradicción es “cuando afirmamos algo totalmente diferente y opuesto a lo que hemos expresado o a lo que otra persona ha expresado sobre la misma cuestión con anterioridad”⁴. (definicionabc.com. Disponible en: <https://www>, 2019, pág. 1) Definición que la

³, Diccionario Everest cúpula español, editorial Everest S.A, León- España, Pág.407.
⁴“contradicción”. En: [definicionabc.com](https://www.definicionabc.com). Disponible en: <https://www.definicionabc.com/general/contradiccion.php>, Consultado: 6 de marzo de 2019, 12:01 am.

puedo relacionar con mi tema ya que aquí se hace referencia a una vertiente que hace oposición a la otra que ya está establecida, un claro ejemplo de esto es la justicia indígena que muchas veces en su aplicación está contradiciendo la Constitución de la República.

El problema en la contradicción entre la Constitución y la forma de aplicar justicia indígena radica en que se está afectado principios legales, derechos humanos y constitucionales. No es lógico que la ley señale un procedimiento para sancionar a infractores que hayan cometido crímenes tales como asesinatos, violaciones o robos, y que en el mismo territorio o país se procese de forma diferente a otras personas que infringen la ley y comenten los mismos delitos por el hecho de pertenecer a una comunidad indígena.

4.1.3. Costumbres

La justicia indígena como he mencionado anteriormente se basa en costumbres ancestrales para poder resolver sus conflictos internos, y es la costumbre la que determinará como se llevan a cabo un proceso en las comunas indígenas, razón por la cual pienso que es muy importante definir el término costumbres.

Tras haber analizado algunos criterios puedo decir que costumbre es un hábito que se adquiere por la práctica y repetición de un acto. Se puede decir que, si hablamos de las costumbres de un pueblo o las costumbres de una persona, estamos hablando de la forma de pensar, de la forma de actuar o de desenvolverse que la persona tendrá en dicha sociedad o pueblo, y esto es producto de años y años de la realización de actividades, de la repetición de estos actos y del diario vivir que ese pueblo adopta para el desarrollo de sus actividades. Es decir que las costumbres van a estar profundamente

relacionadas con la identidad, con el carácter único y con la historia de un pueblo o de una nación. Factores como el lugar geográfico, como el clima o como la vegetación, tiene un efecto y una reacción en un pueblo que ocasiona que este pueblo busque adaptarse a estos factores y que realice ciertos actos y adquiera hábitos en realización a su entorno social, y tras la repetición de estos actos que son necesarios para esta sociedad se van creando las costumbres que rigen el desarrollo y convivencia de una sociedad.

Muchas veces las costumbres de una sociedad son tan especiales que raramente se repetirán con exactitud en otra comunidad, aunque la cercanía de los territorios puede ocasionar que algunos factores se asemejen, de esta manera encontraremos que en algunas sociedades un acto o costumbre es considerado como adecuado y en otras culturas este mismo acto puede ser visto de una forma negativa.

Respaldare lo antes mencionado con algunas definiciones:

La costumbre es la práctica o el modo habitual y frecuente de hacer o pensar de un persona, cultura o tradición. La palabra costumbre deriva del latín *consuetudo*, que ya era usada en el derecho romano, y deriva del verbo que significa tomar globalmente el hábito o la práctica de algo.⁵

(Significados.com, 2019, pág. 1)

En esta definición encontramos que costumbre es la forma de pensar y la práctica habitual de una manera de desenvolverse en el diario vivir, definición que considero muy acertada, además esta definición explica el origen de la palabra, encontrando que viene del termino latín *conseutudo* que significa la práctica de algo que ya se ha hecho un hábito.

⁵ "costumbre". En: *Significados.com*. Disponible en: <https://www.significados.com/costumbre/>
Consultado: Consultado: 7 de marzo de 2019, 12:01 am.

4.1.4. Inconstitucionalidad

Un término muy utilizado a largo de nuestra vida estudiantil y de vital importancia para el desarrollo de esta tesis por lo que a continuación lo definiré:

Inconstitucionalidad en pocas palabras sería todo acto que vaya en contra de una Constitución y a todo derecho, mandato o principio que en esta Constitución se haya establecido.

Una definición muy acertada dice que inconstitucionalidad es aquello “que no se ajusta a lo que establece la Constitución en vigencia o que no es conforme con la Constitución del Estado”.⁶ (thefreedictionary, 2017, pág. 1) Con esta definición entendemos lo que implica el término inconstitucionalidad y la relación que esta palabra tendrá para definir cualquier acción que vaya en contra de la Constitución ecuatoriana, es decir cualquier forma en que se irrespete lo establecido por la misma.

Tomare un fragmento de libro llamado inconstitucionalidad legalidad y ordenamiento jurídico que ayudara a desarrollar el tema para una mejor comprensión. Esta conclusión se alcanza de la siguiente manera. En primer lugar, se toma a la noción de “inconstitucionalidad” como una especie del género invalidez. La validez se define como regularidad de la creación normativa.”⁷ (Perot, 1999, pág. 122)

Vemos que este autor define al termino inconstitucionalidad como una invalidez, es decir que no tendría valor alguno por el mismo hecho que va en contra de la

⁶ "inconstitucionalidad". En: [es.thefreedictionary.com](https://es.thefreedictionary.com/inconstitucional/). Disponible en: <https://es.thefreedictionary.com/inconstitucional/> Consultado: 8 de marzo de 2019, 10:01 am.

⁷ Martín Perot, Pablo, inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico, Universidad Nacional de Mar del Plata, año 1999, Mar del Plata-Argentina, Pág.122.

ley, a continuación, en el siguiente fragmento se explica el origen de esta invalidez.

“Así, la invalidez es entendida como la creación irregular de una norma, y se reserva el término “inconstitucionalidad” para las normas cuya invalidez resultase del incumplimiento de los requisitos impuestos por normas contenidas en la Constitución (las normas de la máxima jerarquía)”⁸.

(Perot, 1999, pág. 122)

Entendiendo que esta invalidez se genera cuando una norma no cumple los requisitos impuestos por la norma de mayor jerarquía, y en el caso concreto de esta investigación encontraríamos que en nuestro país la norma suprema que manda es la Constitución de la República y tiene como principios básicos el debido proceso, el respeto a la vida, la salud y la dignidad humana, principios que algunas veces se ven vulnerados en la aplicación de la justicia indígena, es decir que se han producido inconstitucionalidades al ampliar procedimientos no establecidos por la ley.

4.1.5. Procedimientos judiciales

Es importante hablar acerca de los procedimientos judiciales y su definición, entender que este tema es fundamental para el desarrollo de esta investigación, de esta manera se puede analizar el problema a estudiarse relacionándolo con la solución de problemas judiciales.

Tomare las definiciones de un prestigioso diccionario para explicar el significado de estos términos, primero hablare de la palabra procedimiento y el diccionario

⁸ Martín Perot, Pablo, inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico, Universidad Nacional de Mar del Plata, año 1999, Mar del Plata-Argentina, Pág.122.

Everest lo define como: “Acción de proceder, método para ejecutar algunas cosas, acción de ir adelante con un orden lógico”⁹. (Universidad Estatal de Cuenca, 2006, pág. 1154)

Teniendo estas dos definiciones puedo concluir que procediendo judicial es el método o camino a seguirse por los administradores de justicia para la solución de conflictos jurídicos.

Los procedimientos judiciales son el camino a seguirse para solucionar cualquier tipo de conflicto legal que se pueda generar, es decir que es un conjunto de pasos a seguir, con un orden lógico, de tal manera que los problemas jurídicos sean resueltos de acuerdo a la norma y a la legalidad.

Se trata de un instrumento mediante el cual se busca la resolución de un caso y además se menciona que es un conjunto de actos y pasos a seguirse con la finalidad de aplicar la ley en la resolución de una contienda o conflicto jurídico, de esta manera se hace efectiva la norma positiva, la cual será aplicada por los órganos jurisdiccionales.

4.1.6. Debido proceso

Otro término del cual hare uso en mi investigación es el debido proceso, por lo que a continuación lo definiré y pondré a consideración la definición de otros actores esperando que de esta forma quede totalmente entendido este término que como antes lo mencione es de vital importancia para el desarrollo de esta tesis.

⁹ editorial Everest, Everest cúpula español, Universidad estatal de Cuenca, año 2006, Cuenca-Ecuador, Pág.1154.

El autor Carlos Adolfo Prieto Monroy en su obra “EL PROCESO Y EL DEBIDO PROCESO” menciona que:

Ya hemos dicho que el debido proceso es una especie del proceso, una calificación que se hace de él, cuya diferencia específica radica en la adjetivación de “debido” que se endilga al proceso. Así las cosas, surge el interrogante: ¿qué se debe entender por “debido?”. Debido, en una primera acepción, es lo que se debe, lo que un sujeto debe a otro, en términos de prestación. Así pues, debido es lo que es adecuado para hacer algo, y, como adecuado es lo conforme con un principio, debido es el proceder conforme con un o unos principios”¹⁰ (Prieto, 2003, pág. 817)

El autor Carlos Adolfo Prieto esta mencionado que el debido proceso es un tipo de proceso en el cual se toma un principio o una norma base para seguir a cabalidad, cumpliéndose cada uno de los pasos que la norma ha previsto para la solución del problema jurídico que se está intentando resolver.

Otra definición es la que brinda la enciclopedia jurídica la cual dice que:

“El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación

¹⁰ Prieto Monroy, Carlos, El proceso y el debido proceso, Pontificia Universidad Javeriana , año 2003, Bogotá-Colombia, Pág.817

del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley”¹¹ (Diccionario Enciclopédico, 2017)

Partiendo de esta definición se puede afirmar que debido proceso es el principio por el cual un país garantiza y protege a las personas por medio del reconocimiento de todos sus derechos legales y del seguimiento exhaustivo de la norma en los procesos judiciales.

4.1.7. Vulneración

Otro de los términos de los cuales hago mención, es el termino vulneración, el cual procederé a explicar del tal manera que su definición este comprendida ya que es de vital importancia el uso del mismo en el desarrollo de la investigación, una definición muy acertada es la que se da en el diccionario Everest el cual dice que “La acción y efecto de vulnerar, herir, dañar, perjudicar, infringir, quebrantar”¹². (Universidad Estatal de Cuenca, 2006, pág. 1474) En esta definición dice que vulnerar es causar cualquier tipo de daño, definición que es importante para esta investigación debido a la relación de este termino con los temas abordados.

Cualquier tipo de procesos que no esté sujeto a la norma, va a generar algún tipo de vulneración al ser aplicado, según la definición anteriormente señalada cualquier forma de violencia o castigo que la justicia indígena aplica para sancionar a sus infractores será considerado como una vulneración a los derechos humanos y constitucionales de las personas procesadas.

¹¹ "Debido proceso legal". En: Enciclopedia jurídica. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/debido-proceso-legal/debido-proceso-legal.htm>/Consultado: 13 de febrero de 2019, 9:00 am.

¹² editorial Everest, Everest cúpula español, Editorial Everest, León- España, Pág.1474.

4.1.8. Derecho consuetudinario

Entender el significado de derecho consuetudinario es necesario para el desarrollo de esta tesis, por lo que a continuación procederé a explicarlo según mi punto de vista y según algunos autores que hablan del mismo tema.

El Derecho consuetudinario es un tipo de derecho que no tiene norma escrita y que más bien está plasmado en la memoria de las personas, porque con el tiempo se ha hecho costumbre y con la repetición de estos actos las comunidades las han adoptado como normas obligatorias para la interacción social, el derecho consuetudinario es una fuente del derecho por lo que sería considerado primitivo en comparación a la norma escrita que ha sido elaborada específicamente para garantizar la armonía social y la justicia.

Se podría decir que este tipo de derecho es el conjunto de creencias, practicas o costumbres que algunas comunidades han adoptado como normas obligatorias, es decir la comunidad establece un sistema en el que a pesar de la ausencia de un cuerpo legal escrito la misma comunidad sabe cómo sancionar los actos que van en contra de lo considerado correcto.

Según el libro Justicia indígena aportes para un debate dice que el derecho consuetudinario en relación a la justicia indígena ha tenido: "Rasgos similares de mediación 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"¹³ (Salgado, 2002, pág. 9). Encontrando que la reinserción a la comunidad para las personas infractoras de la ley es un factor

¹³ Salgado, Judith, Justicia indígena aportes para un debate, Universidad andina Simón Bolívar, año 2002, Quito-Ecuador, Pág.9

positivo, vemos también que los factores espirituales están presentes en este tipo de derecho consuetudinario.

Otra definición con la que se puede reafirmar lo mencionado anteriormente es:

Derecho consuetudinario, también llamado usos o costumbres, es una fuente del derecho. Son normas jurídicas que no están escritas, pero se cumplen porque en el tiempo se han hecho costumbre cumplirlas; es decir, se ha hecho uso de esa costumbre que se desprende de hechos que se han producido repetidamente, en el tiempo, en un territorio concreto. Tiene fuerza y se recurre a él cuando no existe ley o norma jurídica escrita aplicable a un hecho. Conceptualmente es un término opuesto al de derecho escrito.”¹⁴ (wikipedia, 2019, pág. 1)

En esta definición encontramos que el derecho consuetudinario se basa en la costumbre dice que la falta de una norma escrita no es impedimento para que se aplique un medio para la solución de los conflictos, esta definición va de la mano con el tema que se está investigando debido a que la justicia indígena sería una forma de derecho consuetudinario.

4.1.9. Observancia

El termino observancia será utilizado en esta tesis para describir el proceder de la justicia indígena sin observancia de la ley, por lo que creo pertinente explicar el significado de ese término.

A simples rasgos se puede decir que observancia es cumplir a cabalidad lo estipulado en una orden, es decir el cumplimiento exacto de lo estipulado en una

¹⁴ "derecho constitucional". En: wikipedia. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_consuetudinario. Consultado: 15 de febrero de 2019, 8:00 am.

norma o ley, también se puede decir que este término significa tomar un modelo a seguir para el cumplimiento de una acción.

Para corroborar esta información establecida mencionare el siguiente texto:

“El término observancia se refiere al desempeño puntual y concreto de aquello que se ordena o impone a realizar. La observancia también tiene que ver con el correcto y diligente cumplimiento de lo solicitado o de una obligación. .Asimismo, el término observancia se puede emplear para indicar la postura de obediencia, honor, respeto o sumisión que se adopta ante lo que lo dictamina un reglamento, una figura de autoridad o una persona mayor”¹⁵ (Significados.com, 2018, pág. 1)

Concluyendo que observancia en este caso sería dar seguimiento a la ley y cumplir lo que esta mande.

4.1.10. Funciones Jurisdiccionales

Al hablar de este término se refiere principalmente a fragmentos tomados de la Constitución Ecuatoriana, donde se manifiesta quien efectuará funciones jurisdiccionales en el país, por lo que se deberá analizar que significa este término.

La siguiente definición tomada de un artículo de la “Revista Justicia” dice:

“La función jurisdiccional, entendida como potestad del Estado para declarar el derecho aplicable a un caso determinado, que genera por sí mismo un conflicto, el cual no puede ser objeto de solución de manera espontánea”.¹⁶ (Agorocho, Barrios, & Villamizar , 2009, pág. 1) Los autores anteriormente citados hacen

¹⁵ "observancia". En: [significados.com](https://www.significados.com/). Disponible en: <https://www.significados.com/observancia/>. Consultado: 8 de febrero 2019, 9:00 am.

¹⁶ Amorocho Fabio, Barrios Eduardo, Villamizar Iván, Revista Justicia No. 15, Universidad Simón Bolívar, 2009, Barranquilla, Colombia

referencia a que función jurisdiccional es el poder que el Estado tiene para aplicar la ley, en los casos que esta amerite, es decir en palabras más claras función jurisdiccional es la aplicación de la ley, para resolver conflictos.

Partiendo de esta definición se puede decir que la función jurisdiccional será netamente aplicada por el Estado por medio de sus órganos.

4.1.11. Ley Positiva

Un concepto tan básico y elemental en el derecho y en esta investigación, por lo que se recopilara información y se conceptualizara este término.

Ejemplos claros de ley positiva serían los diferentes cuerpos legales como una Constitución, una ley o un código; los cuales son elaborados, escritos o plasmados en un cuerpo tras el debido análisis de los legisladores que se encargan de positivizar o escribir la norma que nació del mismo pueblo y que sirve para garantizar la armonía y justicia en el mismo, este proceso con las facultades que un Estado tiene se convertiría en la ley positiva y legal que regiría un país.

El santo Tomas de Aquino la define como La ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad que se corrobora lo estipulado anteriormente.

4.1.12. Pluralismo Jurídico

El pluralismo Jurídico se entiende como la existencia de varios sistemas jurídicos en el mismo territorio, en nuestro país el pluralismo jurídico está plasmado en la Constitución donde se manifiesta la potestad que las comunidades indígenas tienen para aplicar su propio sistema de justicia dentro de sus comunidades.

En el artículo 57 de la Constitución se garantiza que las comunidades indígenas puedan aplicar sus sistemas de justicia como forma de control social, este sistema de justicia se lo conoce como justicia indígena y se basa en su propio derecho consuetudinario y costumbres.

En el capítulo 21 del libro denominado la Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, se hace referencia al pluralismo jurídico y se menciona que: “el pluralismo jurídico ha sido entendido como uno de los conceptos básico de derecho, en la cual se da la coexistencia de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados.”¹⁷ (Fabra & Nuñez, 2015, pág. 767)

Como se menciona en esta definición encontramos que estos sistemas jurídicos estarán relacionados o conectados entre ellos, específicamente se menciona que estos espacios legales estarán superpuestos es decir uno se desempeñara en relación al otro.

“Este autor fue uno de los primeros en sostener una visión amplia del pluralismo jurídico no reducida a la visión estatal/no estatal, en su definición se establece que cada sociedad se articula en subgrupos y cada uno de ellos tiene su propio sistema legal el cual es necesariamente diferente al menos en algún aspecto, por subgrupos se entiende a diferentes unidades que pertenecen a una sociedad homogénea y que responde a ciertas reglas o procedimientos similares”¹⁸ (Fabra & Nuñez, 2015, pág. 767)

¹⁷ Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, México, México , pág. 767

¹⁸ Jorge Luis Fabra Zamora, Álvaro Núñez Vaquero, Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, México, México , pág. 772

Encontramos que este autor hace la diferenciación de subgrupos y menciona que son diferentes sistemas legales pero que pertenecen a la misma sociedad, por lo que están relacionados entre sí además esta autora ya manifestó que el pluralismo jurídico trata de incluir a estos diferentes grupos en el mismo Estado.

4.1.12. Contravención

Según el código integral penal de Ecuador contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o con pena privativa de la libertad hasta treinta días, según el COIP en el primer libro artículo 19 se habla de los tipos de infracciones y dice que: “Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días”¹⁹. (Asamblea Nacional del Ecuador , 2014, Registro Oficial N° 180, pág. 10) El mismo artículo del COIP menciona la diferencia entre un delito y una contravención: “Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días”²⁰.

El autor Dr. Justo Jaje Anaya explica que cuando el término contravención se empezó a utilizar en Europa la diferencia que tenía con el significado de delito radicaba en la pena que se imponía para sancionar estas infracciones:

“Una acción conminada con encierro hasta cinco años. Con prisión o con pena pecuniaria superior a ciento cincuenta marcos alemanes o simplemente pena pecuniaria, es un delito. Una acción conminada con

¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, año 2014, Montecristi-Ecuador, Pág. 10

²⁰ Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, año 2014, Montecristi-Ecuador, Pág. 10

arresto o con pena pecuniaria hasta ciento cincuenta marcos, es una contravención"²¹. (Anaya, 1979, pág. 30)

Definiciones que se caracterizan por diferenciar al delito de la contravención por la pena con la que se va sancionar los diferentes tipos de infracciones. Por lo que puedo definir el término contravención como el tipo de infracción que incumple una norma, ley o mandato y que es sancionado con pena no privativa de la libertad o con pena privativa de la libertad hasta 30 días.

4.1.12. Delito

Se podría definir a delito como cualquier tipo de acto u omisión que es sancionado por la ley, es decir la conducta de las personas que va en contra de las leyes y normas. Como lo mencione anteriormente el Código Orgánico Integral Penal señala que delito es "La infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días"²². (Asamblea Nacional del Ecuador , 2014, Registro Oficial N° 180, pág. 10) El Código Orgánico Integral Penal manifiesta que delito es considerado una infracción penal, y según el artículo 18 del mismo cuerpo legal, infracción penal es "La conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código".²³ (Asamblea Nacional del Ecuador , 2014, Registro Oficial N° 180, pág. 10)

Según el reconocido diccionario Everest define a delito como "Culpa, crimen o quebrantamiento de la ley por acción u omisión antijurídica imputable e antijurídica"²⁴ , definición que corrobora lo antes mencionado por el Código

²¹ Anaya Jaje Justo, Delitos y contravenciones, año 1979, Buenos Aires-Argentina, Pág.31

²² Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, año 2014, Montecristi-Ecuador, Pág. 10

²³ Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, año 2014, Montecristi-Ecuador, Pág. 10

²⁴ Editorial Everest, Everest cúpula español, Editorial Everest, León- España, Pág.484.

Integral penal y en palabras más sencillas podría decir que el delito en Ecuador es considerado como una infracción penal a los actos u omisiones de las personas que vayan en contra de lo que manda la ley y que tengan una pena privativa de la libertad de más de 30 días.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Origen de la Justicia Indígena en Ecuador

Como lo he mencionado anteriormente Justicia Indígena es el conjunto de normas que regulan la vida en las comunidades indígenas y basándose en valores y principios culturales estas comunidades llevan a cabo sus procedimientos y prácticas en busca de la paz social. También he mencionado que las reparaciones a las transgresiones a dichas normas pueden ser mediante la compensación o la remediación de los daños causados, y también por la vía del castigo, partiendo de esta referencia creo que es de vital importancia hacer mención de los diferentes autores que hablan sobre el tema y así explicar el problema que estoy investigando.

Comenzare hablando de la mención que se hace en el libro justicia indígena aportes para un debate, el libro es una recopilación acertada de muchos temas que tiene que ver con la justicia indígena, su origen, su repercusión en la sociedad y su impacto en la sociedad.

Este libro hace referencia primeramente al derecho consuetudinario y dice que “Ha sido estudiado muchos años ya por la antropología jurídica. Sobre todo, por los mismos juristas que se encuentran en el diario trajinar, desajuste, y

frecuentemente coincidencia con las autoridades indígenas”²⁵ (Salgado, 2002, pág. 8)

Encontramos que la autora del libro menciona que el derecho consuetudinario se basa en las normas culturales y en costumbres para sancionar a infractores, sin norma escrita de la cual tener referencia, por lo que la justicia indígena sería un tipo de derecho consuetudinario, además de esto explica que hay una necesidad del estudio y análisis de este tipo de derecho por la repercusión y la interacción de la justicia indígena con la justicia ordinaria.

La misma autora haciendo referencia a la justicia indígena dice que para estas comunidades la:

“Violación de una costumbre conocida y compartida por el grupo tiene su sanción, que es considerada por todos como un mecanismo de control que permite establecer la armonía interna del grupo. De esta manera, las comunidades indígenas, como cualquier comunidad en el mundo, poseen costumbres peculiares y las cumplen”²⁶ (Salgado, 2002, pág. 8)

Por otro lado, la autora hace referencia a la violación de las normas y costumbres indígenas y dice que el propio grupo tiene las sanciones y las formas de reprender estas faltas; estos procesos a través de las generaciones y el tiempo se han ido moldeando con el afán de mantener la armonía del grupo.

La intención de este tipo de castigos es reinsertar a los infractores de la ley indígena a sus comunidades por medio del arrepentimiento y de la restauración de los daños realizados, el factor clave para realizar esta investigación, es el hecho que muchas veces el ajusticiamiento o los castigos son prácticas que

²⁵ Salgado, Judith, Justicia indígena aportes para un debate, Universidad andina Simón Bolívar, año 2002, Quito-Ecuador, Pág.8

²⁶ Salgado, Judith, Justicia indígena aportes para un debate, Universidad andina Simón Bolívar, año 2002, Quito-Ecuador, Pág.8

vulneran derechos contemplados por la Constitución, como el derecho a una defensa, o a un proceso digno y esto es debido a la naturaleza de la justicia indígena, que se ha formado por diferentes tipos de costumbres, estos castigos o sanciones no se aplican con el afán de la detención de los infractores en un centro de rehabilitación, estas sanciones se aplican con el afán de que los infractores se reintegren a la sociedad de la manera más rápida posible, estos castigos que pueden ir desde practicas inhumanas como latigazos, golpes, insultos, hostigamientos, baños en agua helada, o castigos psicológicos que en ninguna ley están contemplados como sanción, ha esto se suma el hecho de que las familias de los infractores o los perjudicados son los encargados de propiciar estos castigos.

Por lo general al final de estos procesos los infractores son obligados al arrepentimiento de sus actos, prometiendo no volver a cometerlos, el crimen cometido mucha de las veces queda saldada y los infractores son insertados nuevamente a la sociedad, pero de alguna manera quedan marcados ya que toda la comunidad fue testigo de lo sucedido, y es la comunidad la encargada de dar seguimiento para que estos infractores ya no recaigan en el crimen.

Si analizamos esta situación sería ilógico que tras un castigo mayormente espiritual se pueda sancionar crímenes que algunas veces necesiten ser castigados de manera penal.

Nuestra Constitución ha reconocido la potestad de los pueblos indígenas para realizar estas prácticas, talvez dejando esta situación sin una norma específica que controle y regule; el Estado no se percata que se está vulnerando derechos constitucionales o que se está dejando infractores de la ley sin su debido proceso y castigo.

Para entender el punto en el que la justicia indígena difiere de la justicia ordinaria me basare en el libro titulado Justicia Indígena, Plurinacional e intercultural en Ecuador:

“Los pueblos indígenas han persistido frente a este modelo colonial que no les ofrecía más que la explotación y el aniquilamiento físico, el tutelaje paternalista, el “blanqueamiento” y la asimilación cultural. Muchos aspectos de todo aquello marcan esta coexistencia hasta hoy. Resulta notorio que los pueblos, a pesar de ello, hayan logrado dar continuidad a ciertas prácticas que marcan su diferencia cultural y civilizatoria, como lo es el ejercicio de la justicia indígena.”²⁷ (Grijalva & De Sousa, 2012, pág. 9)

En esta definición se hace referencia a la diferencia cultural de los pueblos indígenas y a la lucha que han tenido para poder conservar su cultura, hecho que es relevante para la investigación ya que muestra una de las razones principales que marcan las costumbres y prácticas de estos pueblos, diferenciando específicamente la aplicación de la justicia indígena de la ordinaria.

El periódico la hora en uno de sus portales web hace referencia a justicia indígena y dice que:

“Se aplica a lo relacionado a una población originaria del territorio que habita; a los nativos americanos o amerindios; a los grupos humanos que preservan sus culturas tradicionales, resistiendo heroicamente a una opresión brutal, cruel e inhumana. Los indígenas, orgullosos de sus raíces milenarias y formados en el alfabeto de la rebeldía, nacieron para

²⁷Grijalva, Agustín; De Sousa Boaventura, Justicia Indígena, Plurinacional e intercultural en Ecuador, Fundación Rosa Luxemburg/AbyaYala, año 2012, La Paz-Bolivia, Pág.9

conquistar la Justicia, derechos y libertades, luchando cada instante porque saben que no pueden dejar de ser libres. La conquista española no pudo quebrar el espíritu indómito de los indígenas y a los treinta años de la conquista española se produjo en República Dominicana la primera de una serie de rebeliones indígenas contra los opresores, que se vieron obligados a suscribir el primer tratado de paz en tierras americanas”²⁸ (Derecho Ecuador, 2018, pág. 1)

Encontramos que en esta definición se hace referencia a la lucha que los pueblos indígenas han tenido que lidiar para ser aceptados en las diferentes legislaciones, hecho que es importante y relevante para la investigación ya que no se puede obviar la libertad de estos pueblos para llevar acabo su cultura, sus costumbres y prácticas ancestrales.

El Estado ecuatoriano con el afán de promover y conservar nuestras culturas indígenas, ha implementado leyes de inclusión intercultural, en donde busca el respeto y la garantía a la realización de las practicas indígenas y todo lo que su cultura realiza como tal en sus territorios, sería una forma de desarrollarse como grupo o como nacionalidad, por lo que me valdré del siguiente texto para explicar las características de los pueblos indígenas:

“Las características más relevantes de las culturas indígena son: tradiciones organizativas conforme a pautas culturales, religiosas, económicas, raciales anteriores al surgimiento del Estado actual; idioma propio; costumbres ancestrales; cosmovisión especial; resistencia a la expansión mundial de la civilización occidental, a la discriminación y racismo; caudaloso y rico potencial cultural; conocimientos tradicionales;

²⁸ "Justicia Indígena". En: derecho Ecuador. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/justicia-indigena/>. Consultado: 10 de febrero 2019, 12:00 am.

uso racional de los ecosistemas; y, profundo conocimiento del entorno natural, que les permite cumplir una misión clave en el manejo de los recursos naturales. Se estima que existen trescientos setenta millones de indígenas distribuidos en setenta países.”²⁹ (Derecho Ecuador, 2018, pág. 1)

Este análisis hace referencia a la forma de actuar de las culturas indígenas, se explica en base a que se desarrollan sus prácticas y su forma de administrarse, por lo que se puede comprender por qué sus prácticas de justicia muchas veces chocan con la Constitución u otras leyes, y al existir un número tan grande de indígenas y no solo en nuestro país es verdaderamente una necesidad limitar el accionar de la justicia indígena, de tal manera que se respete la libertad de la justicia indígena pero que esta no contravenga la Constitución u otras normas.

El Estado ecuatoriano ha ido acondicionando sus leyes con el afán de respetar y promover las costumbres indígenas y concordando con la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Comunidades Indígenas, desde la Constitución de 1998 se reconocen una serie de derechos colectivos para las comunidades y pueblos indígenas como el derecho de aplicar sus prácticas tradicionales para la solución de los conflictos dentro de su territorio.

4.2.2. Normas que rigen las conductas en las comunidades indígenas

Los procesos llevados a cabo por la justicia indígena están ligados a lo que esa comunidad considera como bueno y a sus costumbres. La armonía con la

²⁹ "Justicia Indígena". En: derecho Ecuador. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/justicia-indigena/>. Consultado: 10 de febrero 2019, 12:20 am.

naturaleza y con los demás miembros de la comunidad son factores fundamentales para el desarrollo normal y estable de estas comunas.

Las transgresiones a sus normas y a los problemas que se susciten dentro de estas comunidades rompen el común desarrollo cotidiano, y por eso se intenta solucionar de manera consuetudinaria el conflicto, y como se manifestó anteriormente las autoridades buscaran medidas para restablecer la paz y estas medidas suelen ser la compensación o retribución del daño ocasionado.

Los grupos y comunidades indígenas han sido grupos vulnerados a lo largo de la historia, con el reconocimiento de pluralismo en nuestro país el Estado trato de brindar la inclusión que estos pueblos necesitan, se trata de manifestar y promover la cultura indígena con el afán de preservarla, la expresión cultural de estos pueblos ha sido milenaria como se lo puede constatar:

“Desde tiempos milenarios los pueblos y nacionalidades indígenas han ejercido prácticas y costumbres basadas en su derecho consuetudinario, donde la administración de justicia indígena forma parte de este derecho, teniendo sus propios preceptos, con la finalidad de restablecer el orden y la paz social. Donde le corresponde a la autoridad indígena como la encargada de cumplir y hacer cumplir las normas, valores y principios comunitarios; principios fundamentales reconocidos en esta lengua como: ama killa, ama llulla, ama shua; solidaridad, reciprocidad y colectividad.”³⁰

(Díaz, 2015, pág. 7)

Cada pueblo indígena tiene una forma de manifestar su cultura y sus tradiciones, basándose en valores que cada comunidad considera como buenas y de esta

³⁰ Díaz Ocampo Eduardo, LA FORMACIÓN EN LA JUSTICIA INDÍGENA COMO ALTERNATIVA FRENTE AL PLURALISMO JURÍDICO, Universidad Técnica Estatal de Quevedo, año 2015, Quevedo-Ecuador, Pág.7

forma se han desarrollado sus formas de derecho, que el Estado está respaldando, la justicia indígena tiene un freno constitucional por así llamarlo el cual dice que la aplicación de su derecho consuetudinario no podrá vulnerar derechos constitucionales, por lo que habría que analizar si los llamados ajusticiamientos están sujetos a respetar los derechos constitucionales.

Considero importante después de haber analizado el origen y significado de justicia indígena conocer los métodos que las comunas indígenas aplican para la solución de sus conflictos.

Los castigos físicos serían una media de purificación para las personas indígenas, el uso de ortigas o látigos es un hecho completamente aceptado y practicado que busca el arrepentimiento del infractor, y una vez purificada la persona podrá volver a ser un individuo productivo para la sociedad.

4.2.3. Justicia indígena y el mundo contemporáneo

Se puede decir que las legislaciones modernas en comparación con la justicia indígena no aplican estos castigos porque obviamente se estaría vulnerando un sin número de derechos, por otro lado, azotar o golpear a un delincuente y luego dejarlo en libertad no asegura un completo proceso de rehabilitación.

Los ajusticiamientos indígenas que considero inconstitucionales se los puede constatar en los medios de comunicación, en las noticias, en la prensa o en el internet donde se puede encontrar que estos procesos que se llevan a cabo pueden llegar incluso a terminar con la vida de una persona, los azotes o golpes que muchas veces son infringidos con la finalidad de purificar el alma de los infractores, pueden llegar a causar heridas, conmociones o traumas en una

persona que al no ser juzgada con la ley adecuada muchas veces no se podría determinar su culpabilidad, por lo que la sanción aplicada a esta persona sería inconstitucional.

Muchas falencias derivadas de la búsqueda del Estado por brindar a los pueblos indígenas una autonomía jurisdiccional están afectando los derechos de personas en especial los derechos de los propios indígenas que en pleno siglo 21 aún son juzgados con una ley consuetudinaria.

Siendo el afán de no detener la expresión de la cultura indígena sino más bien de velar por los derechos de los ciudadanos ecuatorianos, con la creación por parte del Estado de un mecanismo que permita la interacción de la justicia indígena con la justicia ordinaria, y que busque la diferenciación de cuándo y en qué tipo de delitos puede la justicia indígena procesar a estos infractores, sería fundamental para enmendar este problema.

Un mecanismo de control y de coordinación donde la justicia indígena tenga su jurisdicción e independencia para sancionar los delitos, y en donde la misma al aplicarse no vaya en contra de la Constitución sería el objetivo.

En busca de este objetivo el Estado ha mantenido conversaciones con los grupos indígenas con la finalidad de la coordinación entre los dos sistemas de justicia, y a pesar de que la misma es tan importante para la protección de los derechos humanos y constitucionales no ha existido mayor entendimiento al respecto, a esto se lo puede constatar en un artículo publicado por el prestigioso periódico nacional El universo en el año 2017 el cual hace un recuento de la conversación que mantuvieron los funcionarios del consejo de la judicatura de ese entonces con los altos dirigentes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, para lo cual citare el siguiente texto:

“El titular del Consejo de la Judicatura, se reunió con la dirigencia de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) para analizar la aplicación de la justicia indígena y los problemas que surgen cuando opera la justicia ordinaria. Nina Pacari, Presidenta del Instituto de Ciencias Indígenas Pacari, y Humberto Cholango, Secretario del Agua, aseguraron que existen obstáculos a la aplicación de la justicia indígena, porque no existe una declinación de competencia de la justicia ordinaria cuando los casos ya son tomados por las instancias judiciales indígenas”³¹. (EL universo, 2017, pág. 1)

En este fragmento encontramos que existe malestar en el tema de competencia como lo hemos mencionado por la falta de un sistema que controle, vemos que se está cometiendo inconstitucionalidades por el hecho del doble juzgamiento, y habría un reclamo por parte del grupo indígena que menciona que no se está respetando los procesos que ellos llevan a cabo y que la justicia ordinaria está interviniendo en la sanción y juzgamiento dentro de territorios indígenas, por lo que reiteradamente se puede constatar la confusión y malestar que existe entre la justicia indígena y la justicia ordinaria; y en donde los más perjudicados son los ciudadanos ecuatorianos que pertenecen a comunidades indígenas por la incertidumbre que se está viviendo.

Continuando con el análisis del artículo mencionando hare referencia al siguiente texto donde se manifiesta lo complicado de la coordinación entre los dos sistemas.

³¹ Compañía anónima EL universo, La justicia indígena vuelve al debate, año 2017, Quito-Ecuador, Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/09/13/nota/6378622/justicia-indigena-vuelve-debate/>. Consultado: 12 de febrero 2019, 8:00 am.

“Los puntos críticos son: los ámbitos de competencia, la coordinación y la cooperación entre las dos justicias y las resoluciones tomadas por la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional (CC). Pacari dijo que aún no se llega a acuerdos. Yaku Pérez Guartambel, Presidente de la Ecuarrunari, señaló que la Constitución contempla 21 derechos colectivos y la facultad jurisdiccional de los indígenas. Sin embargo, en estos años ha existido un retroceso de derechos, como se vio en el caso de La Cocha, agregó”³². (EL universo, 2017, pág. 1)

Partiendo de este texto se hace referencia a que el Estado ha buscado de alguna manera controlar la justicia indígena por medio de sentencias judiciales como el famoso caso “La Cocha” del cual hablaremos más adelante en esta investigación, y según el artículo mencionado vemos que también existe malestar por parte de los grupos indígenas que reclaman sus derechos constitucionales de autonomía por lo que la conclusión sería que las sentencias establecidas en busca de la armonía aún está causando controversia.

A esto se suma lo que menciona el entonces Presidente del Consejo de la Judicatura ecuatoriana:

“En tanto, Jalkh sostuvo que los acuerdos se dan sobre la base de que hay un solo Estado y una sola Constitución que reconoce competencias tanto para la justicia ordinaria y para la justicia indígena en el país. Además, Jalkh expresó que está pendiente una Ley de coordinación entre

³² Compañía anónima EL universo, La justicia indígena vuelve al debate, año 2017, Quito-Ecuador, Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/09/13/nota/6378622/justicia-indigena-vuelve-debate/>. Consultado: 12 de febrero 2019, 8:09 am.

las dos justicias y que la idea también es proponer insumos para alimentar ese debate legislativo.”³³ (EL universo, 2017, pág. 1)

Esta búsqueda de la armonía entre los dos tipos de justicia en nuestro país parte de la premisa que hay un solo Estado y una sola ley que se la debe cumplir a cabalidad ya que esta es la que reconoce cualquier tipo de competencia como lo menciona el ex presidente del consejo de la judicatura, por lo que considero esencial detener cualquier acto que vaya en contra de la Constitución para poder lograr la armonía deseada y que hasta ahora no se ha podido encontrar.

4.2.4. Caso La Cocha, precedente histórico en Ecuador

En julio de 2014 uno de los muchos casos procesados por la justicia indígena fue llevado a la Corte Constitucional, por medio de una acción de protección interpuesta pidiendo se aclare quién va a llevar a cabo un juicio que en principio fue tomado y sancionado por la justicia indígena y que después la justicia ordinaria procedió a realizar la investigación de un caso que ya fue resuelto por la justicia indígena, este es el famoso caso conocido como La Cocha.

Este caso tuvo renombre por el sin número de problemas que se derivaron del mismo, problemas como doble juzgamiento o violación de derechos constitucionales por parte de la justicia indígena como también por parte de la justicia ordinaria, problemas que se originan en la incertidumbre y confusión de la falta de un cuerpo legal que controle, regule y coordine, los dos tipos de justicia.

³³ Compañía anónima EL universo, La justicia indígena vuelve al debate, año 2017, Quito-Ecuador, Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/09/13/nota/6378622/justicia-indigena-vuelve-debate/>. Consultado: 12 de febrero 2019, 8:49 am.

Este tipo de problemas sin duda se suscitan a menudo por el hecho que la justicia indígena no está contemplando la ley ordinaria para procesar los infractores de sus leyes, y como es obvio, si no se lleva la adecuada observancia a la ley en un proceso se pueden cometer inconstitucionalidades o simplemente castigar con sanciones que la ley no estipula y por ende caer en la ilegalidad de un acto.

La justicia ordinaria basándose en este hecho tomo cartas en el asunto y cometió otras violaciones constitucionales como irrespetar la jurisdicción indígena.

Quien fue el culpable y quien procedió de manera inconstitucional en este caso específico, queda para la interpretación, y aunque el Estado busco defender el derecho al debido proceso y proporcionar la debida sanción, la justicia indígena haciendo caso a sus costumbres proceso a un infractor de sus leyes acto que no es considerado como inconstitucional, porque es la misma Constitución la que le otorga esa facultad a las comunidades indígenas que a su vez luego del fallo constitucional para este caso sienten que se ha irrespetado sus derechos constitucionales.

La sentencia para el caso conocido como la cocha sentó un precedente en nuestro país porque deja sobre la mesa la necesidad de un mecanismo de control y sobre todo de coordinación entre las dos formas de justicia.

En esta sentencia se puede constatar la necesidad y la urgencia de un mecanismo que controle y regula las dos vertientes de derecho en nuestro país, en este caso podremos analizar el sin número de problemas generados por la falta de control en la justicia indígena.

La obra literaria escrita por el indígena Carlos Pérez Guartambel expone la realidad de la justicia indígena desde otro punto de vista, en su obra titulada Justicia indígena

El autor con un subtítulo denominado "La justicia indígena amenazada de muerte en el Ecuador" hace referencia a este caso y dice lo siguiente:

"La Corte Constitucional del Ecuador CCE, alumbrada en las urnas con la aprobación de la Constitución en referéndum de 2008, generó enorme expectativa en garantizar el cumplimiento de los derechos humanos y de la naturaleza en el Ecuador, contrario a lo que se pensaba, acaba de propinar la mayor estocada a los pueblos indígenas al dictar una Sentencia en el caso 0731-10-EP, conocido como La Cocha, cuyo antecedente remoto al 9 de mayo de 2010, cuando en la comunidad La Cocha y Guantopolo-Cotopaxi, el pueblo Kichwa Panzaleo aplicó justicia indígena a Flavio e Iván Candelejo Quishpe, Wilson y Kléver Chaluisa y a Orlando Quishpe Ante, por ser autores del asesinato de Marco Olivo, también oriundo de la misma comunidad. Haciendo caso omiso al principio non bis in ídem o doble juzgamiento e irrespetando la jurisdicción indígena, la justicia penal ordinaria conoció el caso, apresó a los autores del ilícito y prosiguió con el proceso"³⁴ (Guartambel, 2015, págs. 33-34)

El autor menciona que se afectó un principio constitucional, y que de esta forma también se está afectado al poder de la justicia indígena para procesar y resolver sus conflictos internos.

Los autores también mencionan que este conflicto entre la justicia indígena y la justicia ordinaria provocó que se propusiera una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, acción que trajo como sentencia:

³⁴ Pérez Guartambel Carlos, JUSTICIA INDÍGENA, Universidad Estatal de Cuenca, año 2015, Cuenca-Ecuador, Pág.33-34

“1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria. 2. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios. 3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento.”³⁵

(Guartambel, 2015, pág. 34)

Analizando esta parte de la sentencia del caso mencionado encontramos primero que la Corte constitucional es clara al manifestar el poder de la justicia indígena para procesar casos que se den en su territorio, después se menciona una inconstitucionalidad del principio de doble juzgamiento, a lo cual la Corte responde que no ha existido dicha inconstitucionalidad y explica sus razones,

³⁵ Pérez Guartambel Carlos, JUSTICIA INDÍGENA, Universidad Estatal de Cuenca, año 2015, Cuenca-Ecuador, Pág.34

por ultimo termina explicando por qué la necesidad de la justicia ordinaria de intervenir en la solución de este conflicto.

Siguiendo con la sentencia antes mencionada es importante tomar en cuenta lo siguiente:

“4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos: a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.”³⁶ (Guartambel, 2015, pág. 35)

La primera parte de estos numerales es de vital importancia para el actual desempeño de la justicia indígena, ya que por sentencia constitucional se declara que la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos y

³⁶ Pérez Guartambel Carlos, JUSTICIA INDÍGENA, Universidad Estatal de Cuenca, año 2015, Cuenca-Ecuador, Pág.35

conflictos que atenten contra la vida de toda persona, es exclusivamente facultad del sistema de Derecho Penal Ordinario, y también se manifiesta que a pesar de que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la justicia indígena no tendrá competencia para resolver estos casos así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

Se manifiesta también los casos en que la justicia indígena puede desempeñarse para sancionar sus infractores y solucionar problemas que estén atentando contra la paz de estos pueblos y comunidades.

En este mismo libro (Justicia indígena de Carlos Pérez Guartambel) el autor hace un análisis a la sentencia, manifestando primero que se está violando artículos constitucionales como el primero donde se reconoce que Ecuador como un Estado pluricultural, y se está argumentando que al dejar sin valía el proceso que la justicia indígena llevo a cabo se está faltando a este principio, entre otras cosas que a continuación citare para luego explicar:

“La sentencia de mayoría desconoce y viola el primer artículo de la Constitución que define al Estado como Plurinacional e Intercultural, cuyo sustento es la presencia milenaria de comunidades pre estatales, precolombinas, sobre la que se edifica el principio universal, garantizado en el Derecho Internacional Público como es el Derecho a la Libre Determinación y de la cual brotan otros principios como: pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, diversidad, igualdad, non bis in ídem, pro jurisdicción indígena, entre otros. La raíz que sostiene toda la estructura jurídico política de un pueblo es la libre determinación, el tronco la plurinacionalidad e interculturalidad y de ello brotan varias ramas como el pluralismo jurídico que es la convivencia de dos o

más sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado. La presencia de varios sistemas jurídicos plantea la existencia de normas sustantivas y adjetivas de diverso origen que demandan su estricto cumplimiento en un mismo territorio. En consecuencia, el pluralismo jurídico cuestiona el monopolio de las instituciones estatales como las únicas autorizadas a crear derecho y aplicar en derecho, y reconoce taxativamente otras fuentes creadoras de derecho”³⁷. (Guartambel, 2015, pág. 39)

Se menciona las cualidades del pluralismo y la forma en la que se lo ha vulnerado, además se hace un análisis a la diferencia entre la justicia indígena y la justicia occidental mencionando que no ha existido ninguna vulneración de derechos puesto que en la justicia indígena concibe a los derechos de otra forma. El autor Carlos Pérez Guatambel menciona también otro artículo de la Constitución donde también se ha cometido una inconstitucionalidad para lo cual el comenta:

“Ecuador tuvo el mérito de aprobar en referéndum el ejercicio pleno de la justicia indígena en la Constitución en los siguientes términos: “Art. 171.- 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

³⁷ Pérez Guatambel Carlos, JUSTICIA INDÍGENA, Universidad Estatal de Cuenca, año 2015, Cuenca-Ecuador, Pág.39

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.”³⁸ (Guartambel, 2015, pág. 40)

Como lo mencionamos anteriormente el autor considera que tras la sentencia emitida en el caso mencionado por la Corte Constitucional se está vulnerando el artículo 171 de la Constitución de nuestro país por lo que el analiza este punto de la siguiente manera:

“La disposición constitucional impone estrictos y suficientes límites al ejercicio de los sistemas de justicia indígena, cualquier regulación, aún jurisprudencial significaría una limitación inconstitucional que además, haría imposible su funcionamiento y existencia como una de las manifestaciones más importantes del Estado Plurinacional, máxime que el art. 10 numeral 7 de la Constitución prescribe el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva, no dice regresivamente, a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Por lo que, afirman que la Corte tiene un mandato ineludible e impostergable de desarrollar en progresivo y no regresivo los sistemas de justicia indígena a través de su jurisprudencia y si tiene dudas de una determinada interpretación es preciso aplicar la hermenéutica intercultural y si a pesar de ello persiste la duda cabe la aplicación del principio de la interpretación pro justicia indígena”³⁹ (Guartambel, 2015, pág. 40)

³⁸ Pérez Guartambel Carlos, JUSTICIA INDÍGENA, Universidad Estatal de Cuenca, año 2015, Cuenca-Ecuador, Pág.40

³⁹ Pérez Guartambel Carlos, JUSTICIA INDÍGENA, Universidad Estatal de Cuenca, año 2015, Cuenca-Ecuador, Pág.40

Se encuentra inconformidad por parte de los grupos indígenas los cuales tienen los argumentos necesarios para reclamar sus derechos y en este caso se puede creer que la aplicación de la justicia indígena trajo consigo algunas inconstitucionalidades o que tal vez la intervención de la justicia ordinaria violó algunas facultades que el mismo Estado brinda a la justicia indígena para su autonomía, pero lo que sí es seguro, es que esta inseguridad jurídica está afectando derechos constitucionales y humanos, y que existe una clara necesidad de un organismo que controle a la justicia indígena incluso para garantizar la autonomía y jurisdicción de la misma.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución De la República del Ecuador

Comenzare citando a la Constitución en el desarrollo del marco jurídico, haciendo una referencia a lo que el artículo 1 de la (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180) dice: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”⁴⁰ (pág. 16)

Partiendo de esta referencia puedo decir que el Ecuador en su ley suprema está reconociendo que es un Estado plurinacional e intercultural, esto quiere decir que el Ecuador reconoce los diferentes tipos de nacionalidades que existen en nuestro país como por ejemplo la indígena. La Constitución también manifiesta la interculturalidad del Ecuador que significa que las diferentes culturas están

⁴⁰ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.16

todas reconocidas y aceptadas de tal forma que se busca la armonía entre los diferentes grupos de personas que coexisten en el país, teniendo todos los mismos derechos y obligaciones. Con relación al tema a investigarse es de vital importancia entender la inclusión que las comunidades indígenas tienen, gracias a su reconocimiento en la Constitución y es así que se busca el respeto para todos los diferentes grupos de personas de nuestro país.

En el artículo 2 de la Constitución también se habla de los pueblos indígenas y de la integración que el Estado está buscando para los mismo, partiendo desde la aceptación de sus diferentes idiomas como leguas oficiales, de tal manera que su cultura se integre a un Estado plurinacional y multicultural.

Este artículo de la Constitución nacional del Ecuador dice:

“Art. 2.- La bandera, el escudo y el himno nacional, establecidos por la ley, son los símbolos de la patria. El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso”⁴¹
(Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 16)

Este articulo lo considero importante debido a que nuevamente se manifiesta la inclusión y el reconocimiento para los pueblos indígenas.

En el artículo 6 se menciona el vínculo jurídico que los ecuatorianos tienen con el Estado, es decir que todos los ecuatorianos gozaran de estos vínculos con el Estado como lo son los derechos y obligaciones, la participación en la vida política para ser elegidos y elegir, y por ende a someterse de las leyes

⁴¹ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.16

ecuatorianas y es este artículo es importante mencionarlo debido a que claramente se manifiesta que los pueblos indígenas forman parte del Estado, por ende estarán sometidos a las leyes de nuestro país y gozaran de los mismo derechos y obligaciones que las demás personas que no pertenecen a los pueblos indígenas y que son ecuatorianos. Para detallar de una mejor manera a continuación transcribiré el artículo 6 de nuestra Constitución para luego analizarlo:

“Art. 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.”⁴²

(Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 41)

Como se lo puede ver plasmado en el artículo mencionado dice que la nacionalidad ecuatoriana es el vínculo de las personas con el Estado, y se menciona que sin perjuicio de pertenecer a una nacionalidad indígena se seguirá teniendo este vínculo con el Estado.

En el capítulo 4 de la Constitución se menciona los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del artículo 56 el cual dice que: “Art. 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado

⁴² Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.18

ecuatoriano, único e indivisible.”⁴³ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 41)

Se manifiesta que todos los pueblos y comunidades que existen en nuestro país como los pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afro ecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano en otras palabras se someten a las leyes del Ecuador y gozan de los derechos y obligaciones que el Estado y las diferentes leyes les confieren.

En el artículo 57 se menciona los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas por lo que creo de vital importancia analizar este artículo:

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

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural”⁴⁴. (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 41)

En estos dos numerales encontramos que el Estado está garantizando la preservación y fortalecimiento de la organización indígena y por ende todo lo relacionado con esta cultura y con las practicas que esta realice como forma de expresión de su nacionalidad y se menciona que esto es de conformidad con la Constitución y otras leyes internacionales o nacionales que tienen como objetivo

⁴³ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.41

⁴⁴ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.41

preservar la cultura indígena evitando que estos grupos sufran cualquier tipo de racismo por razón de pertenencia a una nacionalidad indígena

En el mismo artículo de la Constitución en sus numerales 3,4, 5 y 6 encontramos que:

“3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.”⁴⁵

(Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 41)

En estos numerales el Estado ecuatoriano busca devolver el poder de los indígenas sobre sus tierras ancestrales y nuevamente se ve el fan del Estado por cultivar y promover la cultura indígena, en otras palabras se puede decir que las comunidades indígenas tienen total dominio de sus tierras para desarrollar su cultura y sus prácticas sociales como la aplicación de la Justicia Indígena.

En los siguientes numerales se explica factores muy importantes como lo son la conservación y el desarrollo de sus propias formas de convivencia y organización social teniendo como base su territorio que el Estado también está garantizando como lo hemos visto anteriormente. Específicamente el numeral 9 del artículo 57 habla sobre ejercicio de la autoridad y además menciona que esta aplicación se realizara en sus territorios legalmente reconocidos:

⁴⁵ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.41

“8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.”⁴⁶ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 42)

El numeral 10 del artículo 57 sería de vital importancia para ratificar la aplicación de la justicia indígena:

“10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales. 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro biodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.”⁴⁷ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 42)

⁴⁶ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág. 42

⁴⁷ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.42

El numeral 13 el cual dice que también es un derecho colectivo de los pueblos indígenas el poder mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico, y considero muy importante este numeral debido a que aquí se hace referencia a la conservación de la cultura propia de estos pueblos, y a su propagación, es importante ya que como le he venido mencionando, muchos aspectos que determinan la aplicación de sus propias leyes y de su derecho consuetudinario es su cultura, es decir lo que consideran bueno o malo, o como ellos reconocen un acontecimiento negativo para el orden común, y por ende como ellos van a determinar la correcta infracción y sanción, esto sin duda va de la mano con su desarrollo cultural y el hecho de que por medio de la Constitución el Estado trate de conservar y mantener este tipo de cultura como identidad en nuestra nación.

Al ser una garantía constitucional los pueblos indígenas tienen el total apoyo del Estado para aplicar la justicia indígena esto también se lo puede ratificar en los demás numerales del mismo artículo:

“13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto. 15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización. 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos

del Estado.”⁴⁸ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, págs. 42--43)

Los pueblos indígenas tendrán el derecho a conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y ejercicio de su autoridad, en sus territorios y tierras de posesión ancestral, siendo este otro principio donde se ratifica el poder de los pueblos indígenas para desarrollar y aplicar sus formas de organización , entre las que se ubicaría la justicia indígena como medio de control social para sancionar a los infractores de las normas comunitarias que afecten el orden y equilibrio social.

El Estado ecuatoriano está obligado a preguntar y a legislar conjuntamente con las comunidades indígenas en el caso que una medida vaya a afectar estos territorios: “17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.”⁴⁹ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, págs. 42-43)

“21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

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

⁴⁸ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.42-43

⁴⁹ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.43

aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.”⁵⁰ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 43)

Para el análisis del artículo 57 de la Constitución ecuatoriana comenzare haciendo referencia a que el Estado por medio de su ley suprema está reconociendo y garantizando a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, los siguientes derechos en los cuales destacan:

Mantener, conservar y fortalecer su cultura, esto significa que estos pueblos tendrán el derecho de ejecutar todas las practicas ancestrales que mantengan su identidad y entre estas prácticas se puede decir que entra la aplicación de la justicia indígena para la solución de sus conflictos internos, algo muy importante que cabe recalcar es que el artículo es claro también al explicar que estas prácticas no podrán contravenir ninguna ley, pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

El numeral 10 de este artículo es muy importante ya que en este se ratifica el poder de la justicia indígena y dice que los pueblos indígenas podrán crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio consuetudinario, esto se refiere a que todas las formas en que la justicia indígena aplica su derecho consuetudinario están aprobadas por el Estado, pero además se hace hincapié en que no se podrá vulnerar derechos constitucionales con la aplicación de la

⁵⁰ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.43

justicia indígena, es decir que el Estado ya pone una especie de limitación diciendo que la justicia indígena no podrá ir en contra de la Constitución.

Para hacer un recuento de todo lo manifestado anteriormente encontramos que por medio de este artículo el Estado ecuatoriano está tratando de conservar nuestras culturas ancestrales, además se está reconociendo el poder para procesar los conflictos internos en relación a la cultura, creencias y tradiciones propias de estos pueblos, y con la aplicación del derecho consuetudinario están buscando la paz para sus comunidades, también se esclarece que este de desenvolvimiento de la justicia indígena no podrá violentar ningún tipo de derecho, y que siempre se deberá actuar en el marco de la legalidad y no ir en contra de algún otro principio concebido en la ley.

En el capítulo 8 del título 1 de la Constitución ecuatoriana que habla sobre los derechos de protección, se hace una mención a la justicia indígena en el artículo 76 literal i dice que: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”⁵¹ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 54)

Este tema sobre la jurisdicción indígena ha sembrado controversia a lo largo de los años y ha traído algunos problemas legales, como por ejemplo acciones de protección de infractores de la ley que aducen este principio constitucional para no ser juzgados dos veces, es decir que cuando ya han sido juzgados por la justicia indígena, la justicia ordinaria ya no los puede juzgar, como lo hemos venido analizando muchas veces no se ha respetado estos principios lo que está ocasionando controversia entre principios constitucionales, hay claros ejemplos

⁵¹ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.54

de esto como el famoso caso denominado la “cocha” donde las personas fueron juzgados dos veces, primeramente por la justicia indígena y posterior a ello fueron juzgado por la justicia ordinaria, y se ve la necesidad de una mayor claridad en la ley.

En el título 4 de la Constitución ecuatoriana en su capítulo 4 se hace referencia a la administración de justicia, a la función judicial y a la justicia indígena artículo 171 de la Constitución.

El capítulo comienza haciendo referencia a los principios para administrar justicia y a quien pertenece esta potestad, como también se menciona todos los principios de los cuales la administración de justicia debe gozar y de los cuales la Constitución debe garantizar su cumplimiento, en la segunda sección de este capítulo se puntualiza lo siguiente:

“Art. 171.- 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.”⁵² (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 96)

El Estado manifiesta la facultad de los pueblos y comunidades indígenas para administrar justicia y se manifiesta también que esta administración de justicia se hará en relación a sus costumbres ancestrales y todas las formas de derecho propio que estos pueblos tengan.

Considero de vital importancia analizar y comprender el hecho de que la Constitución garantiza la aplicación de la justicia indígena en el marco de la constitucionalidad, es decir que la aplicación de la justicia indígena no podrá vulnerar ningún tipo de derecho emanado por la Constitución o en algún otro cuerpo legal.

Es obligación del Estado por medio de la ley establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, de tal forma que no se afecte la integridad de ningún derecho o principio, que no exista doble juzgamiento o que un delito tenga la sanción que le corresponde.

En el artículo 257 de la Constitución se menciona:

“Art. 257.- En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afro ecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afro ecuatorianos,

⁵² Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.96

montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones."⁵³ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 126)

Se menciona el poder que el Estado le confiere a los pueblos indígenas para que se organicen y puedan ejercer la competencia de gobiernos autónomos en sus territorios, considero importante este principio ya que se le confiere a los pueblos y comunidades todos los derechos de administrarse autónomamente, incluso vemos la posibilidad de formar una circunscripción con alguna otra comunidad, de esta forma se garantiza el derecho de que los pueblos indígenas se organicen y lleven a cabo sus funciones jurisdiccionales de administrar justicia en sus comunidades.

Un artículo de vital importancia para mi investigación es el artículo 76 de la Constitución, ya que este artículo desde mi punto de vista vendría a limitar el poder en la aplicación de la justicia indígena, debido a que habla acerca del debido proceso, por lo que he considerado pertinente transcribir todo el artículo para analizarlo detenidamente:

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

⁵³ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.126

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”⁵⁴ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 53)

El punto a analizar sería, si la justicia indígena toma en cuenta estos principios al momento de procesar algún conflicto en sus comunidades, por ejemplo el numeral 2 habla acerca del principio de presunción de inocencia de toda persona y dice que toda persona será tratada como inocente, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada, según el criterio de algunos conocedores del derecho, el gran problema con la justicia indígena es la falta de este debido proceso.

La Constitución de la República del Ecuador manifiesta que una persona no podrá ser declarada culpable de algún delito sin una sentencia ejecutoriada que declare esta responsabilidad y también se menciona en el primer numeral de este artículo que será obligación de la autoridad administrativa o judicial garantizar los derechos de las partes. Si contrastamos esto con la aplicación de la justicia indígena encontraremos algún tipo de vulneración de principios constitucionales principalmente en la ausencia de una sentencia ejecutoriada para declarar a alguien culpable.

En el siguiente numeral del artículo 76 se mencionan que no se podrá aplicar una sanción que no esté tipificada en la ley, un punto muy importante para el

⁵⁴ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.53

análisis debido a la controversia que se ocasiona en la aplicación del derecho indigna donde se estaría sancionando sin base a una ley:

“3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”⁵⁵ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 55)

Este numeral manifiesta algo muy importante para la investigación, y considero que se estaría hablando de una incongruencia constitucional, ya que en las garantías del debido proceso no se toma en cuenta a las personas procesadas por la justicia indígena, debido que al aplicar la misma fácilmente se están violando y vulnerando lo que manda la Constitución, pero es el mismo cuerpo legal el que garantiza la aplicación de la justicia indígena, existiendo dos diferentes principios constitucionales que se contradicen.

Los últimos 3 numerales del artículo 53 manifiestan otras garantías procesales que considero que son vulneradas por la justicia indígena:

“4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre

⁵⁵ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.53

una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”⁵⁶ (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 53)

La proporcionalidad que la ley exige entre las diferentes sanciones o la búsqueda de la ley más favorable para el infractor son garantías que la justicia indígena en reiteradas ocasiones no estaría respetando, existiendo la necesidad de una norma que regule la aplicación de la misma.

4.2.2. Código Orgánico Integral Penal

El código orgánico integral penal menciona en sus disposiciones generales que:

“En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en la leyes respectivas”⁵⁷. (Asamblea Nacional Del Ecuador, 2008, Registro Oficial N°180, pág. 119)

Se puede constatar la falta de legislación que controle el accionar de la justicia indígena, en este caso se menciona de manera muy general la forma en que se debe proceder con las infracciones cometidas en las comunidades indígenas.

En el artículo 5 de este código se menciona los principios procesales y en el numeral 9 se menciona la prohibición de doble juzgamiento, para lo cual

⁵⁶ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Constitución De La Republica del Ecuador, año 2008, Montecristi -Ecuador, Pág.53

⁵⁷ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal De La Republica del Ecuador, año 2014, Montecristi -Ecuador, Pág.119

se menciona que “Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto”⁵⁸. (Asamblea Nacional del Ecuador , 2014, Registro Oficial N° 180, pág. 6)

La ley con estos artículos manifiesta el respeto a la jurisdicción y autonomía indígena, de esta manera los procesos llevados por la justicia indígena son considerados de tal forma que no se juzgue dos veces por la misma materia a un infractor. Lo importante aquí sería determinar si la justicia indígena es completamente apta para sancionar delitos de lesa humanidad, garantizando la correcta sanción para los infractores.

En el artículo 441 numeral 8 se manifiesta quienes serán considerados como víctimas y se menciona que las comunidades indígenas serán consideradas como víctimas en las infracciones que afecten colectivamente a la comunidad.

Por otra parte, la última mención que se hace sobre justicia indígena en el COIP es en el artículo 253 que habla acerca de los deberes y atribuciones de los jueces de paz y se menciona que la Justicia de Paz no prevalecerá sobre la Justicia Indígena. Este mismo código manifiesta las atribuciones de los jueces de paz que serían de carácter conciliatorio y basándose en la equidad, estas atribuciones y deberes son expresados de manera clara y puntual cosa que no sucede con los deberes y atribuciones de la justicia indígena.

⁵⁸Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal De La Republica del Ecuador, año 2014, Montecristi -Ecuador, Pág.6

4.2.3. Código Orgánico de la Función Judicial

Este código en su artículo 7 habla acerca de los principios de legalidad, jurisdicción y competencia y en relación a las comunidades indígenas para manifiesta lo siguiente: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley”⁵⁹ (Asamblea Nacional Constituyente, 2009, Registro Oficial N° 544, pág. 4)

Se constata nuevamente que la ley es muy general al hablar de las funciones jurisdiccionales de las comunidades indígenas, no hay una especificación clara que determine cuando la justicia indígena debe obrar o no, la Constitución habla de manera general y se refiere a los demás códigos orgánicos los cuales también hablan de manera general y nuevamente hacen mención a la Constitución, lo que vendría hacer un círculo donde ninguna ley especifica claramente este tema. El artículo 17 de este mismo código manifiesta el principio de servicio a la comunidad y menciona que la función judicial es la encargada de administrar justicia y que este servicio es de carácter público y fundamental y también menciona que las funciones que ejercen las autoridades en las comunidades indígenas:

“La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos

⁵⁹ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial De La Republica del Ecuador, año 2009, Montecristi -Ecuador, Pág.4

de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades”⁶⁰ (Asamblea Nacional Cosntituyente, 2009, Registro Oficial N° 544, págs. 6-7)

Según este artículo garantizar los derechos que emana la ley es un servicio obligatorio para los administradores de justicia, servicio que se da en favor a la comunidad y desde mi punto de vista no considero que se esté dando este servicio, específicamente en la aplicación de la justicia indígena donde muchas veces no se está respetando y haciendo respetar los derechos que manda la Constitución.

Otra mención acerca de justicia indígena de este código es la que se da en el artículo 286 numeral 6, en la misma se hace referencia a las funciones de la defensoría pública en las cuales destaca: “Garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas”⁶¹ (Asamblea Nacional Cosntituyente, 2009, Registro Oficial N° 544, pág. 77)

Como se ha venido analizando hay algunas garantías que constan en las leyes enfocadas en el respaldo de grupos vulnerados como lo son las comunidades indígenas.

En el título 8 de este código se habla sobre las relaciones de la Jurisdicción indígena con la Jurisdicción Ordinaria. El artículo 343 habla acerca del ámbito de la jurisdicción indígena y menciona que:

⁶⁰ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial De La Republica del Ecuador, año 2009, Montecristi -Ecuador, Pág.6-7

⁶¹ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial De La Republica del Ecuador, año 2009, Montecristi -Ecuador, Pág.77

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”⁶² (Asamblea Nacional Constituyente, 2009, Registro Oficial N° 544, págs. 93-94)

En este artículo se manifiesta algo similar a lo estipulado por la Constitución de la República con respecto al ámbito de jurisdicción indígena, se dice que estas funciones jurisdiccionales de los pueblos indígenas se darán solamente en sus territorios, además se ratifica el poder de las comunidades indígenas a su autonomía y a la aplicación de su derecho propio y consuetudinario.

En el artículo 344 se manifiesta: el principio de justicia intercultural el cual estipula que los jueces, fiscales, servidores judiciales, policías y demás funcionarios públicos, podrán en práctica los siguientes principios en los diferentes procesos: “Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural”⁶³ (Asamblea Nacional del Ecuador , 2014, Registro Oficial N° 180, pág. 94)

⁶² Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial De La República del Ecuador, año 2009, Montecristi -Ecuador, Pág.93-94

⁶³ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial De La República del Ecuador, año 2009, Montecristi -Ecuador, Pág.94

En este numeral se menciona el principio con el cual se busca garantizar la diversidad cultural, por medio de esta ley se pide que los funcionarios públicos mencionados adopten conductas afines y a favor de los pueblos indígenas.

“El principio de Igualdad donde la autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena”⁶⁴. (Asamblea Nacional Cosntituyente, 2009, Registro Oficial N° 544)

En este principio se respaldan la igualdad y el acceso a la justicia de manera equitativa proporcionando las medidas necesarias en los procedimientos jurídicos con el afán de respaldar a los grupos indígenas.

El literal c de este mismo artículo manifiesta:

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

(Asamblea Nacional Cosntituyente, 2009, Registro Oficial N° 544, pág. 94)

Principio con el cual se refuerza la autonomía de la justicia indígena y se exige el total respeto a sus decisiones.

El último literal del artículo 344 manifiesta que se debe interpretar interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio si existe la comparecencia de personas o colectividades indígenas, esta interpretación se

⁶⁴ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial De La Republica del Ecuador, año 2009, Montecristi -Ecuador, Pág.94

debe hacer con base en sus costumbres y normas ancestrales. Hecho que considero beneficioso para las comunidades indígenas porque el Estado busca el amparo de este grupo social que muchas veces ha sido vulnerado.

El artículo 346 menciona que:

“El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”⁶⁵. (Asamblea Nacional Constituyente, 2009, Registro Oficial N° 544, pág. 94)

Considero este artículo muy importante para la investigación porque vemos plasmado en ley la necesidad de coordinación entre los dos tipos de justicia, específicamente el artículo menciona que es obligación del Consejo de la Judicatura determinar estos recursos ya sean humanos, económicos o de cualquier otro tipo para la coordinación de los dos sistemas de justicia, podría entenderse como la necesidad de la implementación de una norma que busque el entendimiento y coordinación de los dos sistemas.

4.4 DERECHO COMPARADO

Para desarrollar el último aspecto en la revisión de la literatura, necesitare hacer una comparación de nuestras leyes con la de otros países, para lo cual tomare como base Bolivia, Perú, Colombia, México y Guatemala ya que estos países en sus legislaciones hablan acerca de los pueblos indígenas, de su organización, y de la aplicación de su justicia, de tal manera que me sirva para

⁶⁵ Asamblea nacional constituyente del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial De La Republica del Ecuador, año 2009, Montecristi -Ecuador, Pág.94

comparar y contrastar con nuestras leyes, haciendo un análisis y a sus vez determinando los aspectos en común y los aspectos en los cuales las legislaciones mencionadas no se asemejan con relación al tema de mi investigación.

4.4.1. Constitución Política de Colombia

En la Constitución colombiana encontramos el artículo 96 que habla acerca de las personas que serán considerados como ciudadanos colombianos, y en el literal c de este mismo artículo se menciona que:

“Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos. Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.”⁶⁶ (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. 36)

La Constitución colombiana expresa que las personas pertenecientes a los pueblos indígenas se las considerara como ciudadanos colombianos con los mismos derechos y obligaciones que las demás personas y ciudadanos colombianos, al igual que en nuestra Constitución los grupos y comunidades indígenas están aceptados y protegidos por la ley como parte del Estado.

⁶⁶ Asamblea nacional constituyente de Colombia, Constitución Política de Colombia, año 1991, Bogotá-Colombia, Pág.36

4.4.2. Constitución Política de Bolivia

Por otro lado, en la Constitución boliviana en los artículos 2 y 3 se manifiesta lo siguiente:

“Artículo 2. Dada la existencia pre colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley. Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afro bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.”⁶⁷ (Constitución Política del Estado Boliviano, 2009, pág. 2)

En la Constitución boliviana se manifiesta que los pueblos indígenas son parte del Estado boliviano y son considerados como tales y tendrán el derecho a su autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, es decir que en la Constitución boliviana reconoce las prácticas que la cultura indígena emplea en su autonomía y en su auto organización.

Comparando esta premisa con la Constitución ecuatoriana encontramos similitudes en los hechos de respaldar la autonomía de los pueblos indígenas para llevar acabo sus prácticas sociales, el afán de preservar las prácticas

⁶⁷ Asamblea constituyente de Bolivia, Constitución Política del Estado Boliviano, año 2009, La Paz-Bolivia, Pág.2

culturales de los pueblos indígenas en ambos países es claro, incluso en la Constitución boliviana se manifiesta que las culturas indígenas son anteriores a la colonia y por ende anteriores a los tipos de gobierno que tenemos en la actualidad.

4.4.3. Constitución Política de Perú

En la Constitución peruana para referirse de comarcas indígenas se las menciona como comunidades nativas y en el artículo 89 se menciona lo siguiente:

“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 el uso 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.”⁶⁸

(Constitución Política de Perú, 1993, pág. 21)

A lo largo de la Constitución peruana solo se hace una referencia a los pueblos indígenas y se los menciona como comunidades nativas. La Constitución peruana manifiesta que estos pueblos son autónomos en su organización, es decir que se pueden organizar de acuerdo a su cultura y costumbres, además de esto tienen el derecho del uso y disposición libre de sus tierras ancestrales, así como en lo económico y administrativo que se refiere a administrarse de la

⁶⁸ Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política de Perú, año 1993, Lima-Perú, Pág.21

forma en que sus costumbres mandan, por otro lado la Constitución peruana les otorga la facultad de desarrollar su cultura y prácticas de forma autónoma, como lo es la justicia indígena, que debe ser aplicada de acuerdo a ley y sus principios. Considero importante mencionar que la Constitución peruana es muy corta al hablar de los pueblos indígenas, dándoles total libertad de interpretación de la ley con el artículo antes mencionado, dejando abierto el tema para que los legisladores interpreten de la manera que ellos consideren pertinente, cosa que no sucede en las otras normativas analizadas, puesto que estas leyes son específicas y más detalladas, en los diferentes principios que rigen el desenvolvimiento de la justicia indígena con el Estado.

4.4.4. Constitución Política de México

En el artículo 20 de la Constitución mexicana se menciona que México es una nación pluricultural y que los pueblos indígenas autóctonos son anteriores a la colonización por lo que la ley está protegiendo a estos pueblos garantizando la conservación de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas,

La Constitución mexicana considera que: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”⁶⁹ (Congreso de la Unión, 2016, pág. 2)

Contrastando el texto mencionado sobre la Constitución mexicana y la Constitución ecuatoriana encontramos algunas similitudes, en las dos

⁶⁹Congreso de la unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, año 2016, México –México , Pág.2

constituciones la garantía para la autonomía de los pueblos indígenas está totalmente aceptada y es el Estado el encargado de velar para la preservación de su expresión cultural y organizaciones sociales.

En las dos constituciones se menciona que los pueblos indígenas están regidos por las costumbres y que sus normas están basadas en las mismas.

La aplicación de sus formas de administrarse están aceptadas en los dos países dándoseles la autonomía para esta administración.

El mismo artículo 20 de la Constitución mexicana menciona que

“El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico”⁷⁰. (Congreso de la Unión, 2016, pág. 2)

Según la organización política de México encontramos que cada entidad federativa deberá tener en sus leyes el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas tomándose en cuenta algunos criterios para la elaboración de estas leyes como lo son el asentamiento geográfico o incluso la lengua que estas comunidades hablan. Considero que esto se da debido a que México es un país muy extenso y está dividido en 32 entidades federativas las cuales cada una a su vez son libres y soberanas y por ende tienen sus propias leyes y es la Constitución la que exige a todas estas entidades que elaboren

⁷⁰ Congreso de la unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, año 2016, México –México , Pág.2

normas de reconocimiento para las culturas indígenas en basa a criterios constitucionales.

Por esta razón se puede decir que la ley mexicana es más clara con las normas que rigen a las comunidades indígenas mientras que por su lado la Constitución ecuatoriana las menciona de manera general.

Al igual que en la Constitución ecuatoriana, en la mexicana se garantiza el derecho de la aplicación de la justicia indígena;

“Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”⁷¹. (Congreso de la Unión, 2016, pág. 2)

Encontramos que en las dos constituciones se menciona que la aplicación de la justicia indígena debe ser un marco constitucional es decir respetándose los derechos y garantías que la Constitución otorga.

4.4.4. Constitución Política de Guatemala

Guatemala está conformado por diversos grupos étnico en los que figuran los grupos indígenas, por esta razón realizare una comparación con la Constitución ecuatoriana.

En el artículo 66 de la Constitución de Guatemala se menciona que:

⁷¹ Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, año 2016, México –México , Pág.2

“Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”⁷². (Corte de Constitucionalidad de Guatemala , 2002, pág. 56)

Nuevamente encontramos similitudes en las dos constituciones ya que en la Constitución de Guatemala también se reconoce y protege las formas de organización social de las culturas indígenas.

Siendo también demasiado corta esta Constitución al describir las garantías establecidas para el desenvolvimiento de la justicia indígena, la única mención que se hace sobre las comunidades indígenas y su forma de organización social fue la antes mencionada, por lo que a diferencia de las constituciones analizadas encontramos un menor número de normas de control.

Al hablar de la Constitución guatemalteca debemos referirnos al artículo 203, que menciona lo referente a la administración de justicia en este país, siendo importante esta comparación con la Constitución ecuatoriana debido a que desvincula cualquier forma de aplicación de la justicia indígena en Guatemala, especificándose que le único órgano para juzgar y administrar son los tribunales de justicia.

El artículo 203 manifiesta lo siguiente.

“Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover

⁷² Corte de Constitucionalidad, Constitución Política de la República de Guatemala, año 2002, Guatemala, Pág.56

la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca” ⁷³
(Corte de Constitucionalidad de Guatemala , 2002, pág. 158)

El Estado guatemalteco a diferencia de los antes mencionados no permite la aplicación de la justicia indígena, mencionando que es prioridad neta del Estado la administración de la justicia, a pesar de las similitudes con las demás constituciones, la guatemalteca ofrece las garantías constitucionales de protección e inclusión para los grupos indígenas, pero no la aplicación de su derecho consuetudinario como función jurisdiccional.

Si analizamos estas constituciones encontramos que todas reconocen y aceptan a las comunidades indígenas como parte del Estado, y por ende se garantiza el acceso a sus derechos como comunidades.

Comparando estas constituciones con la Constitución ecuatoriana encontramos muchas similitudes ya que en todas se está velando por garantizar los derechos de las comunidades y pueblos indígenas a conservar su identidad y a promoverla.

⁷³ Corte de constitucionalidad, Constitución Política de la República de Guatemala, año 2002, Guatemala , Pág.158

5. MATERIALES Y MÉTODOS

En la realización de la presente investigación se utilizó en general obras jurídicas, libros, internet, periódicos y otros documentos que fueron útiles para el desarrollo investigativo, podría mencionar fuentes de consulta como: la Constitución de la República del Ecuador, Constitución política del Perú, Constitución Política del Estado Boliviano, Constitución Política de Colombia; algunas obras literarias tales como: Justicia indígena aportes para un debate escrita por Judith Salgado, el libro titulado justicia indígena escrito por Carlos Pérez Guartambel o el libro titulado viviendo la justicia, pluralismo jurídico y justicia indígena en ecuador escrito por María Fernanda Espinosa.

5.1. Métodos

En el presente Proyecto de Tesis, he utilizado distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir los medios o formas que permiten descubrir, aplicar, sintetizar, enseñar y comparar nuevos conocimientos, métodos que fueron de vital importancia en la creación de un análisis sobre la sociedad mediante la reflexión, comparación y la comprensión de la realidad objetiva.

Estos métodos utilizados fueron:

- **Método científico.**

Con este método puede demostrar los hechos planteados con principios de razonamiento, es decir demostrar lo que pasa en la sociedad entorno al problema planteado con anterioridad con objetos tangibles, bajo la razón y la ciencia.

- **Método comparativo.**

Con este método pude realizar un proceso para encontrar semejanzas y diferencias entre los objetos que se analizan, es decir las diferentes constituciones de los países que se tomó para comparar, con el afán de contrastar y hacer el debido análisis de derecho comparado que se necesita en una tesis.

- **Método Analítico**

Este método investigativo es caracterizado por la desmembración de un todo, para luego descomponerlo en partes o elementos para observar las causas, la naturaleza, el origen y los efectos en la sociedad del tema a investigarse, y me permitió estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y de esta manera analizar sus falencias.

- **Método Experimental**

Este método me permitió descubrir las situaciones que no contempla la ley, por medio de la realización de un estudio interno y profundo para la obtención de ideas claras, prácticas y precisas que basándonos en el experimento se pudo conseguir.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de encuestas

Según lo previsto he procedido al empleo de las encuestas como una técnica de investigación, con la finalidad de la obtención de datos a partir de la formulación de preguntas. Para la obtención de los resultados de las encuestas elaboré un banco de cinco preguntas, relacionadas con el tema que estoy investigando y el aplique de forma directa a treinta profesionales del Derecho de la ciudad de Loja, obteniendo los siguientes resultados.

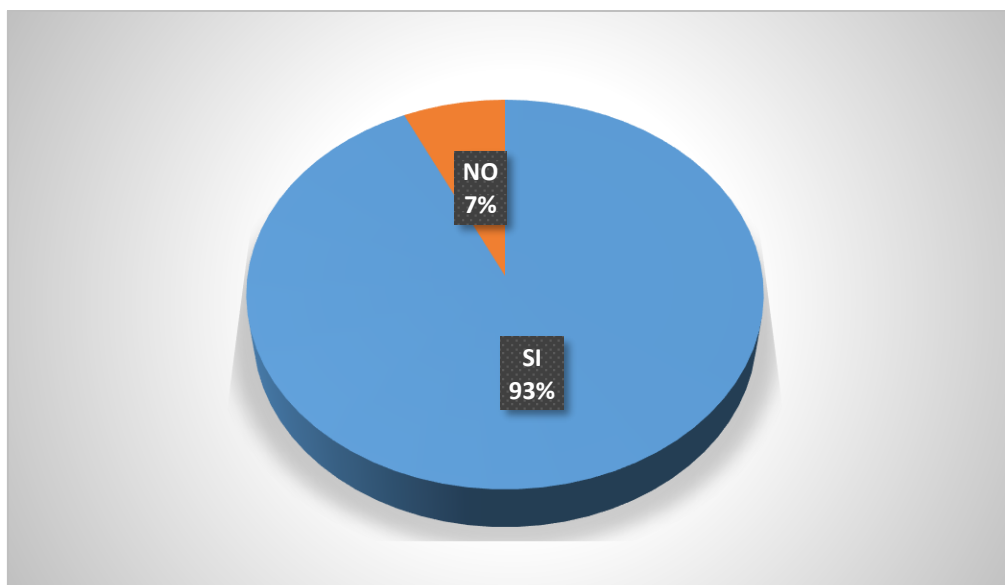
1. **¿Conoce cuáles son los métodos que la justicia indígena aplica para sancionar a los infractores de sus normas y costumbres?**

Cuadro estadístico N.1

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	28	93
No	2	7
Total	30	100%

Fuente. Abogados
Autor. Alex Carrión

GRAFICO N.1



INTERPRETACIÓN

En la primera pregunta de los 30 abogados encuestados, 28 que equivale al 93% de los encuestados, han manifestado que, si conocen de los métodos que la justicia indígena aplica para sancionar a los infractores de sus normas y costumbres, y por otro lado los otros 2 abogados que equivale al 7% han expresado desconocimiento sobre los procesos llevados a cabo para sancionar a las personas que infringen las leyes indígenas.

ANALISIS

Se encuestó a 30 abogados en la ciudad de Loja, de los cuales la mayoría han manifestado que las comunidades indígenas para sancionar a los infractores de sus normas llevan a cabo los llamados ajusticiamientos indígenas, es decir utilizan castigos físicos o morales como baños en agua fría, como la flagelación, como azotes o golpes que pueden ser infringidos para las autoridades de la comunidad, las personas perjudicadas o los familiares, dependiendo de la

naturaleza de la infracción; por otra parte un gran número de abogados encuestados han manifestado que en las comunidades indígenas la dignidad y reputación de las personas es muy importante y es por eso que los procesos llevados a cabo son públicos y toda la comunidad puede saber de la falta cometida, muchas veces la misma familia del culpable son los encargados de infringir los castigos que en este caso más que físicos son morales ya que buscan que el infractor se avergüence de lo cometido, la pena o sanción a imponerse busca el arrepentimiento de los delincuentes, como sabemos según la psicología y la ciencia moderna muchas veces los delincuentes son personas antisociales con algún problema mental, que necesitan la correcta rehabilitación, en concreto 2 abogados de los encuestados hicieron mención de los casos de violación ocurridos en las comunidades indígenas, mencionando que estos métodos que buscan el arrepentimiento de los delincuentes, para que se reintegren a la comunidad no son efectivos para sancionar delitos tan graves como una violación, los profesionales del derecho han manifestado que se puede tratar de gente enferma que necesita otro tipo de sanción y que la justicia indígena no está procediendo de la manera adecuada .

La justicia indígena a diferencia de la justicia ordinaria no busca la detención de los delincuentes o contraventores en los centros de rehabilitación sino más bien busca que la comunidad sea un fuerte sólido donde todos sus miembros sean productivos para la misma, es por esta razón que los encuestados han manifestado que muchas veces las soluciones para los conflictos internos son por vías alternas a los que aplica la justicia ordinaria. Estos métodos pueden ser la reparación o compensación del daño causado, por medio del trabajo comunitario, y en caso de robo o hurto la devolución del bien tomado, estas

formas de sancionar a contraventores o delincuentes en delitos que no vayan en contra de la vida, considero que las comunidades indígenas están en completa facultad y capacidad para sancionar de acuerdo a sus costumbres, debido a que responde a su cultura y no se estaría vulnerando otros derechos constitucionales como el debido proceso.

Un método para sancionar a los infractores de las normas que me llamo mucho la atención, fue el mencionado por un abogado acerca de un asesinato que se dio en una comuna indígena, donde la sanción para este delito fue que el asesino cavara la tumba donde se iba a enterrar al difunto, luego de esto comenzó el proceso de purificación donde el delincuente se arrepintió del delito cometido y por ende fue reintegrado a la comunidad.

Tras haber analizado detenidamente las encuesta he concluido que el tema de la justicia indígena y su aplicación es de total conocimiento en nuestro país, los profesionales del derecho encuestados conocen de los métodos que aplica la justicia indígena para sancionar a los infractores, además de esto un factor en común, es que la mayoría de los abogados han hecho hincapié en el reconociendo de la justicia indígena por parte de la Constitución, y en la manera en que se está afectando otros principios por la falta de un debido control, los profesionales del derecho me han sabido expresar que es un tema más de costumbres y de la búsqueda de conservar y aceptar nuestra pluriculturalidad.

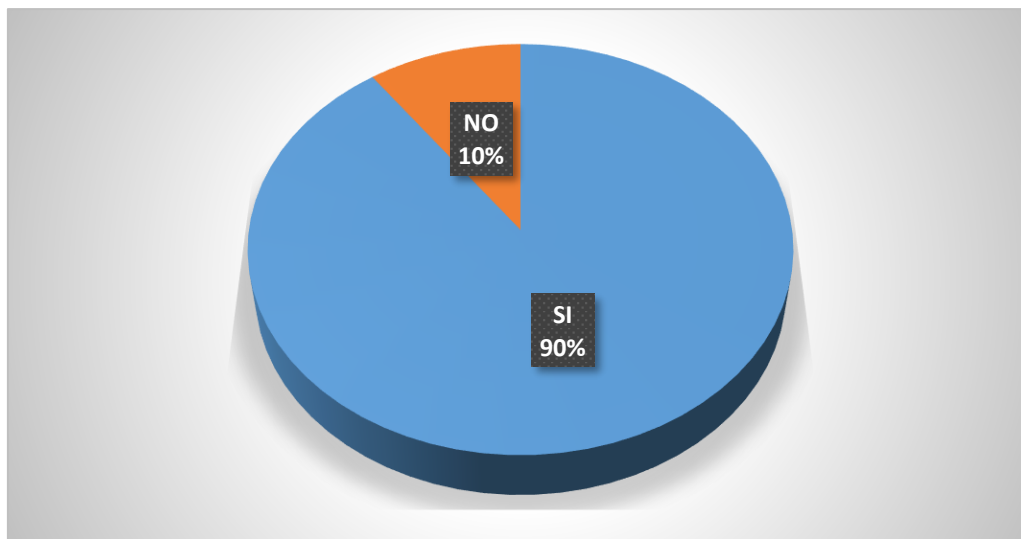
2. ¿Conoce las normas base para sancionar a los infractores en las comunidades indígenas??

Cuadro estadístico N.2

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	27	90
No	3	10
Total	30	100%

Fuente. Abogado
Autor. Alex Carrión

GRAFICO N.2



INTERPRETACIÓN

En la segunda pregunta de los 30 abogados encuestados, 27 que equivale al 90% de los encuestados, han manifestado que si conocen las normas base para sancionar infractores de normas y costumbres en las comunidades

indígenas; y por otro lado 3 abogados que equivale al 10% han expresado desconocimiento del tema.

ANALISIS

Tras haber analizado detenidamente las encuestas aplicadas, como conclusión de la pregunta numero dos puedo decir que el 90% de los abogados encuestados han expresado que las normas base para sancionar a los infractores de las leyes indígenas no están estipuladas o positivadas en cuerpo legal, siendo la costumbre, la cultura y la tradición las que dan origen al derecho indígena, que es un tipo de derecho consuetudinario. La justicia indígena para sancionar a los infractores de sus normas y de la paz colectiva toman como base las costumbre y tradiciones, es decir lo que la misma comunidad considera bueno, estas costumbres se han venido forjando a través de años y generaciones, razón por la cual difieren de la justicia ordinaria y lo que esta contempla como una sanción idónea, puesto que la realidad cultural y moral de un pueblo indígena es total mente diferente a la del mundo occidental, los abogados encuestados han mencionado diferentes factores que han dado origen a estas formas de aplicar derecho propio, una de estas, es la presencia de grupos indígenas anteriores a la colonia, es decir que las comunidades indígenas vienen arrastrando estas costumbres o métodos antes de la creación de las leyes actuales que rigen a nuestro país, y este es un motivo por el cual el Estado ecuatoriano trata de promover la aplicación de la justicia indígena. Otra gran parte de los encuestados han expresado que no existe observancia de ninguna norma y que el proceder de la justicia indígena está regido por las costumbres, un ejemplo claro y reprobable de esto es la discriminación que existe hacia la mujer en las

comunidades indígenas, siendo este un hecho aceptado dentro del seno de las mismas, llegando al punto de considerarse como normal el abuso y la discriminación hacia las mujeres, un comentario vertido por un abogado me llamo mucho la atención, el cual menciono que es un hecho completamente aceptado por la justicia indígena, el considerar a una víctima de violación como la posible incitadora de este delito, siendo el violador un culpable de su naturaleza como hombre, ya que el hombre solo puede hacerle caso a su instinto. Es completamente atroz considerar que un hombre, porque el hecho de ser joven o soltero tenga justificación para cometer una violación y el gran problema de estas costumbres o formas de pensar es que son aceptadas dentro de las comunidades indígenas, y esta costumbre son las que rigen los

procesos para sancionar a los infractores de las normas indígenas.

Por otro lado el 10 % de los abogados restantes han expresado desconocimiento del tema, mencionando que la justicia indígena no toma como base ninguna norma y que no existe ningún tipo de proceso que mande la ley y que los dirigentes indígenas tomen como base para sancionar a sus infractores.

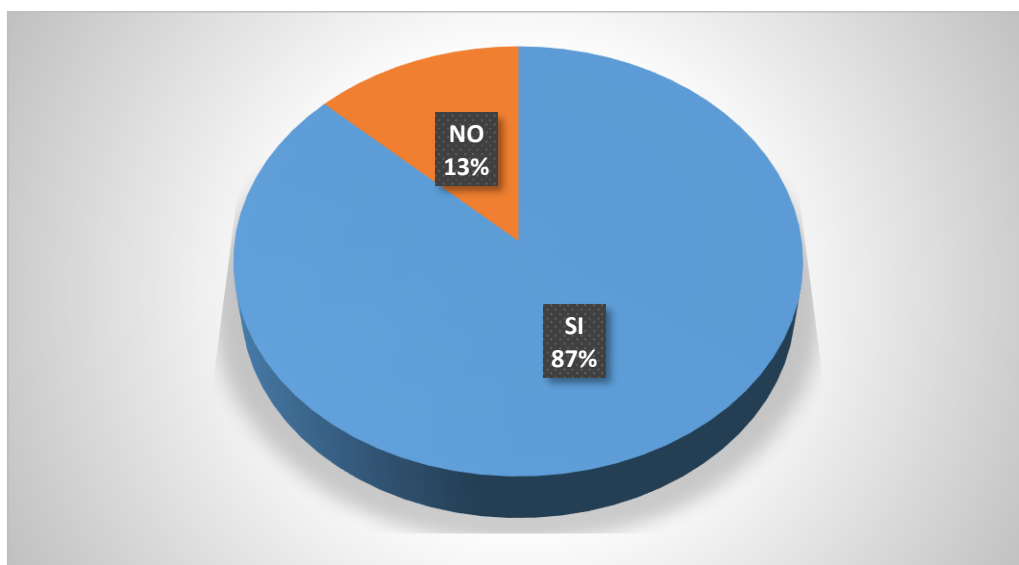
3. ¿Considera que la aplicación de la justicia indígena vulnera derechos humanos y constitucionales?

Cuadro estadístico N.3

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	26	87
No	4	13
Total	30	100%

Fuente. Abogado
Autor. Alex Carrión

GRAFICO N.3



INTERPRETACIÓN

En la tercera pregunta de los 30 abogados encuestados, 26 que equivale al 87% de los encuestados, consideran que la aplicación de la justicia indígena si puede vulnerar derechos humanos y constitucionales, y por otro lado los 4

abogados restantes que equivale al 13% han expresado que no se vulneran derechos humanos o constitucionales en la aplicación de la justicia indígena.

ANALISIS

Tras haber analizado detenidamente las encuesta aplicadas, como conclusión de la pregunta número tres puedo decir que el 87% de los abogados encuestados han manifestado que la aplicación de la justicia indígena puede vulnerar derechos humanos y constitucionales, los encuestados han manifestado que esto se debe al origen de la justicia indígena, es decir que este tipo de derecho consuetudinario impone sanciones y penas con prácticas carentes de un debido proceso o trato digno para los infractores, no existe observancia alguna de la norma y como es natural el uso de la costumbre para controlar estos procesos no asegura o garantiza el respeto a estos derechos. Los abogados encuestados mencionaron que se está violando un sin número de derechos y principios, y al no existir un debido proceso talvez la pena a imponerse no es la suficiente para el delito cometido o, todo lo contrario, delitos demasiado pequeños sancionados con penas inhumanas o castigos no contemplados en la ley, como sabemos estos castigos van desde golpes, hasta linchamientos, y en ningún cuerpo legal de nuestro país se contempla tales sanciones para un delito. Otra razón que he podido encontrar tras el análisis de las encuestas es, que sin un debido proceso es muy difícil determinar la culpabilidad del infractor, debido a que no hay tiempo para una defensa justa o no hay proceso donde se siga todo el elemento que la ley manda para la legitimidad del mismo. Por otro lado, el 13% de los abogados encuestados han expresado, que, al tratarse de un pueblo indígena, tienen sus propias

costumbres, tradiciones y formas de llevar una sociedad en armonía, son pueblos milenarios anteriores a nuestra sociedad y que tienen sus propias formas de aplicar derecho, anteriores a nuestra organización como Estado. Los abogados encuestados que han manifestado que no hay violación de derechos en la aplicación de la justicia indígena consideran que la Constitución al reconocer estas tradiciones, es para tratar de mantener viva esta cultura muy propia de nuestro país, y al aplicar la justicia indígena se está corroborando la autonomía de estos pueblos, ya que estas prácticas forman parte de la vida cotidiana de un pueblo que se organizó hace mucho tiempo atrás. Considero que el problema radica en determinar cuándo se está apoyando la preservación de la cultura indígena o cuando se está dando rienda suelta para que se comentan inconstitucionalidades, un sistema de justicia que no se basa en una norma base y que toma la costumbre y la interpretación de las autoridades como las reglas a seguirse en los procesos, puede vulnerar otros principios constitucionales como lo hemos constatado en las encuestas, para culminar con el análisis de esta pregunta podría agregar que no se está respetando lo que manda el artículo 171 de la Constitución donde se manifiesta que las autoridades indígenas pueden aplicar su derecho consuetudinario siempre que este no vaya en contra de la constitución.

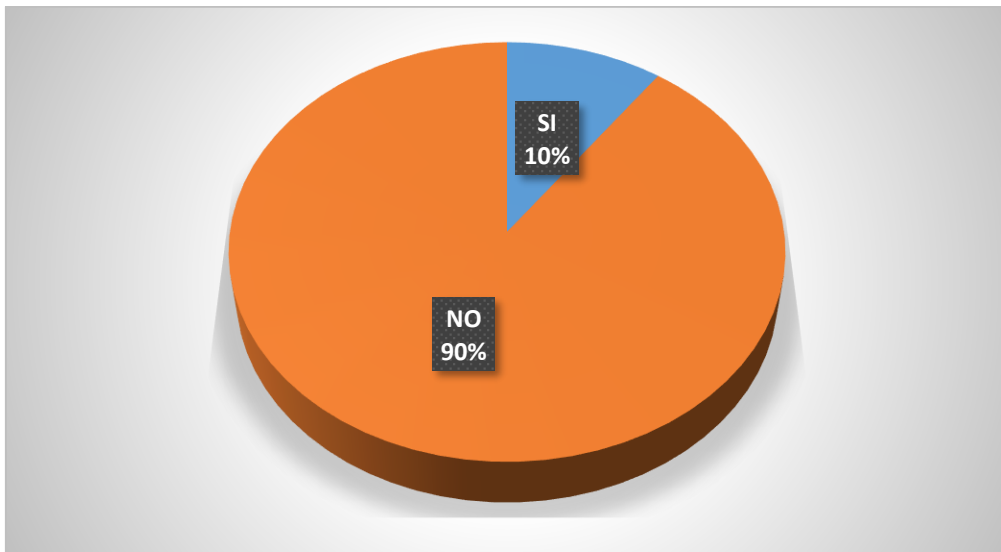
4. ¿Considera a la justicia indígena apta para conocer, procesar y resolver asuntos penales como un asesinato?

Cuadro estadístico N.4

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	3	10
No	27	90
Total	30	100%

Fuente. Abogado
Autor. Alex Carrión

GRAFICO N.4



INTERPRETACIÓN

En la cuarta pregunta de los 30 abogados encuestados, 3 que equivale al 10% de los encuestados, consideran a la justicia indígena apta para conocer, procesar y resolver asuntos penales como un asesinato, por otro lado, los 27 abogados restantes que equivale al 90% han expresado que la justicia

indígena no es apta para conocer, procesar y resolver asuntos penales como un asesinato.

ANALISIS

Analizando las encuestas detenidamente, como conclusión de la pregunta número cuatro puedo decir que solo el 10% de los abogados encuestados han manifestado que la justicia indígena es apta para conocer, procesar y resolver asuntos penales como un asesinato, debido a que la Constitución les ha dado la potestad para administrar justicia dentro de sus territorios, y si el Estado ecuatoriano no los considerara aptos para estos procesos no se les hubiera otorgado esta facultad para administrar justicia. Al quitárseles esta potestad se está vulnerando el principio constitucional que otorga a las comunidades indígenas el poder para resolver los conflictos internos de sus comunidades de acuerdo a su derecho propio. Los profesionales del derecho hacen referencia a que la justicia indígena es totalmente capaz de velar por la paz y armonía en su territorio, sabiendo ellos cuál es la sanción más conveniente para garantizar el orden de sus comunas. Con respecto a los demás abogados encuestados pude encontrar que hay un criterio compartido en relación a este tema. Una gran parte de los encuestados piensan que la justicia indígena no es apta para conocer, procesar y resolver asuntos penales como un asesinato, exactamente el 90% de los abogados encuestados han hecho referencia, que al no llevarse un debido proceso con todas las generalidades de ley, o al no tener el supuesto culpable una defensa digna y oportuna, primero no se puede determinar la culpabilidad legal, y si se determina esta culpabilidad no sería legítima por los factores antes mencionados, puedo también agregar a esto, que la mayoría de encuestados

están de acuerdo al referirse que la justicia indígena es apta para resolver cualquier otro tipo de conflicto en sus comunidades como delitos comunales que afecten la moral de estos pueblos, pero un asesinato ya sería competencia de la justicia ordinaria porque se está hablando de la pérdida de una vida y un castigo mayormente moral y de arrepentimiento no es la condena idónea para un crimen de este índole. Como lo mencione anteriormente un asesino según la ciencia es una persona enferma y antisocial que debería tener el adecuado sistema de rehabilitación antes de su reinserción a la sociedad y en este caso la justicia indígena no tiene los métodos adecuados para rehabilitar a un delincuente de este índole, algunos de los encuestados han compartido su criterio a cerca de la sentencia emitida por la Corte Constitucional en el 2014 donde finalmente se manifiesta que las comunas indígenas no serán aptas para conocer casos que atenten contra la vida.

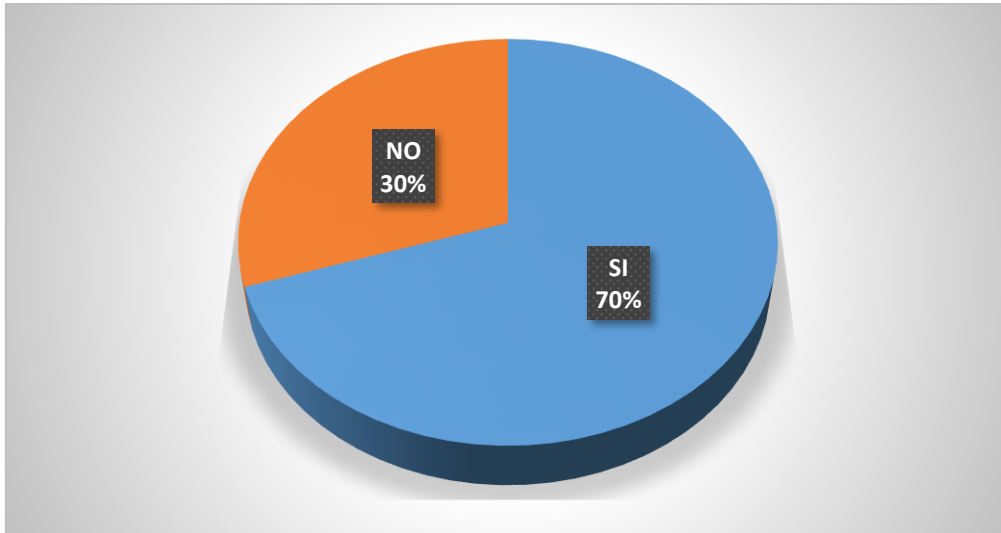
5. ¿Es pertinente limitar el poder de la justicia indígena, para que no se vulneren derechos humanos o constitucionales?

Cuadro estadístico N.5

Indicadores	Variables	Porcentajes
Si	21	70
No	9	30
Total	30	100%

Fuente. Abogado
 Autor. Alex Carrión

GRAFICO N.5



INTERPRETACIÓN

En la quinta pregunta de los 30 abogados encuestados, 21 que equivale al 70% de los encuestados consideran que es pertinente limitar el poder de la justicia indígena, para que no se vulneren derechos humanos o constitucionales, por otro lado los 9 abogados restantes que equivale al 30% han expresado que no consideran pertinente limitar el poder de la justicia indígena, porque se está vulnerando el principio de autonomía de estos pueblos.

ANALISIS

Analizando las encuestas detenidamente, como conclusión de la pregunta número cinco puedo decir que el 70% de los abogados encuestados consideran que sería idóneo y correcto limitar el poder de la justicia indígena, especialmente en el campo de los derechos humanos, en busca de que no se vulneren derechos en la aplicación de la misma, los profesionales del derecho han manifestado que es de vital importancia una ley o mecanismo

donde se controle hasta qué punto la aplicación de la justicia indígena es correcta, también concluyo que el 70% de los encuestados consideran importante el reconocimiento de la justicia indígena, siempre y cuando esta no viole principios ni derechos en su aplicación. La Constitución Ecuatoriana Garantiza la aplicación de las normas indígenas en sus comunidades pero también es importante garantizar los demás derechos y garantías constitucionales, y según el criterio de los encuestados, el Estado debe normar en qué casos la justicia indígena podrá obrar, la ley es clara al manifestar que la Función Judicial debe implementar cualquier recurso necesario para la coordinación de estos dos sistemas de justicia, por esta razón se puede crear un mecanismo de control para la Justicia Indígena, en el mismo se puede conferir toda la autonomía que las comunidades indígenas necesitan para expresar su cultura y también se puede limitar los casos donde se vulneran derechos constitucionales. Por otro lado el 30% de los abogados encuestados están de acuerdo con que la justicia indígena tiene autonomía para resolver sus propios conflictos internos y al limitarla se estaría afectando a otro principio constitucional donde se reconoce la aplicación de la misma, los encuestados piensan que el gran conflicto hoy en día se da por la intromisión de la justicia ordinaria en las comunas indígenas, por esta razón vemos desconformidad por parte de estos pueblos que están reclamando su autonomía y poder para aplicar su de derecho propio. Yo considero que existe desconformidad por parte de los pueblos indígenas, por la incertidumbre en esta materia, he mencionado a lo largo de esta investigación la sentencia constitucional denominada la Cocha, que despoja a las comunidades indígenas del derecho para procesar casos que atenten

contra la vida, siendo la única mención de control aparte de la constitución y los códigos orgánicos esta sentencia, ya que las leyes señaladas no controlan de forma puntual la aplicación de la justicia indígena, ni determinan en qué casos la justicia indígena podrá actuar. Aparte de lo señalado, este 30% de los profesionales del derecho encuestados consideran que debe prevalecer lo que manda la Constitución ya que ésta confiere como garantía constitucional la total autonomía de las autoridades indígenas para aplicar su derecho propio, y esto se da con el afán de resguardar esta cultura que a lo largo de la historia ha sido un grupo vulnerado y que no ha gozado de todos sus derechos por la intromisión del mundo moderno.

6.2. Resultado de la aplicación de las entrevistas

Esta técnica fue aplicada de manera oral a 5 profesionales del derecho entre Jueces, Fiscales y Abogados de la ciudad de Loja, los resultados de las entrevistas son los siguientes:

1. ¿Considera que la aplicación de la justicia indígena puede vulnerar otros derechos constitucionales?

Entrevistado 1. Este tema es muy controversial, todos los que estamos en este medio conocemos que la aplicación de la justicia indígena es un principio constitucional, pero que se sujete o no al marco legal es una cuestión muy diferente, al ser un tipo de derecho consuetudinario en su aplicación puede vulnerar otros principios constitucionales.

Entrevistado 2. En los últimos años han existido algunos conflictos en la aplicación de la justicia indígena por esta misma razón, yo considero que

la falta de claridad en la ley da origen a que se comenta esta violación de principios y derechos constitucionales.

Entrevistado 3. Considero que los mismos legisladores han previsto que la aplicación de la justicia indígena puede salirse del marco constitucional, la misma ley manifiesta que la aplicación de la justicia indígena no puede vulnerar otros principios constitucionales por lo que aquí está faltando un mayor control por parte de las autoridades.

Entrevistado 4. Lamentablemente si, aunque yo soy un precursor de nuestra cultura y nuestras raíces la misma naturaleza de la justicia indígena obliga el uso de violencia y métodos no contemplados en la ley.

Entrevistado 5. Creo que la ley se quedó una poca corta con todo lo que tiene que ver con las comunidades indígenas, la única forma de proteger estos derechos que muchas veces se están violando seria estableciendo que métodos la justicia indígena podrá aplicar para solucionar sus conflictos o para sancionar a los delincuentes de sus comunidades.

Comentario del entrevistador

Al momento de aplicar las entrevistas a los profesionales del derecho pude notar una similar actitud con respecto al tema, todos están de acuerdo con la aplicación de la justicia indígena dentro de sus comunidades, pero encontrar una armonía con la justicia ordinaria sería una difícil tarea que desde mi punto de vista en pleno siglo 21 se debería buscar la protección de los derechos básicos, primeramente.

2. ¿Considera que la aplicación de la justicia se sujeta al debido proceso que señala la ley?

Entrevistado 1. Estamos hablando de dos materias completamente diferentes, la justicia indígena al momento de aplicar los ajusticiamientos no lo hace con observancia de la ley, es decir no existe el debido proceso que la Constitución señala como tal, pero es la misma ley la que garantiza a las comunidades indígenas que apliquen estos métodos, es decir por un lado la Constitución garantiza un debido proceso, pero por otro lado también garantiza otro sistema de justicia que no respeta al debido proceso.

Entrevistado 2. Por la misma naturaleza de la justicia indígena no existe observancia del debido proceso, pero los legisladores están completamente conscientes de este factor y es por esta razón que no se le podría exigir a la justicia indígena que aplique el debido proceso que la ley señala.

Entrevistado 3. El derecho consuetudinario se basa en costumbres y específicamente la justicia indígena se ajusta a tradiciones milenarias, métodos de castigos que tal vez para sociedades modernas están fuera de lo normal, pero que dentro de sus comunidades son hechos aceptados

Entrevistado 4. Yo considero que los métodos aplicados por la justicia indígena se salen completamente del debido proceso, y esta es una de las razones del conflicto entre los dos sistemas de justicia, pero tal vez con más claridad en la ley se puede sobrellevar esta situación.

Entrevistado 5. La justicia indígena no se sujeta al debido proceso que señala la Constitución, pero no considero que este sea el problema real de la aplicación de la justicia indígena sin un debido control, lo que está afectando negativamente a nuestra sociedad es la competencia que la justicia indígena tenía para resolver casos que atenten contra la vida, muchas veces se dejaba sin una correcta sanción a los delincuentes.

Comentario del Entrevistador

Analizando los comentarios de los entrevistados puedo concluir que la aplicación de la justicia indígena no se está ajustado al debido proceso, existen algunas razones como se las analizó, entre estas tenemos la presencia de las costumbres milenarias de estas comunidades al momento de aplicar los ajusticiamientos, la interrogante aquí sería como se entrega la autonomía a los pueblos indígenas y se les pide que se ajusten a un proceso, son dos cosas totalmente diferentes y considero que la única forma de permitir la autonomía indígena es delimitando que casos la justicia indígena puede procesar.

3. ¿Piensa que existe incertidumbre en el tema de jurisdicción y competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria?

Entrevistado 1. Si no existe una ley que especifique este tema creo que siempre se va a tener este problema.

Entrevistado 2. Yo considero que este problema no existe, la Constitución es clara al manifestar que las comunidades indígenas solo podrán aplicar su derecho dentro de sus comunidades y ahora con la

sentencia de “la Cocha” se determinó que la justicia indígena no podrá tener conocimiento de casos que vayan en contra del derecho a la vida.

Entrevistado 3. Hemos visto que el Estado muchas veces ha tenido que intervenir en problemas suscitados en las comunidades indígenas para velar por los derechos de los afectados, por esta razón pienso que si existe incertidumbre en este tema.

Entrevistado 4. En la actualidad la justicia indígena se ha visto frenada por la sentencia emitida en el caso “la cocha” y esto se dio debido al problema generado por la ausencia de una norma que estipule que casos podrá procesar la justicia indígena.

Entrevistado 5. Pienso que este problema es palpable y se lo puede constatar, específicamente cuando se cometen delitos como homicidios dentro de las comunidades indígenas y la justicia ordinaria toma la tutela de estos casos, hecho que muchas veces no es visto con agrado por las autoridades indígenas, que siente que no se está respetando su autonomía jurídica.

Comentario del Entrevistador. Un claro ejemplo de este problema es el famoso caso “la Cocha”, los entrevistados han concordado en este aspecto, debido a que se ha dejado un precedente sobre la incertidumbre que ocasiona la falta de una norma que controle estos aspectos.

4. ¿Considera a la justicia indígena apta para conocer y procesar asesinatos y violaciones?

Entrevistado 1. Actualmente la justicia indígena ya no está procesando este tipo de casos, la jurisdicción para conocer estos crímenes la tiene la

justicia ordinaria debido a la importancia e impacto social de estos crímenes.

Entrevistado 2. Considero que la justicia Indígena no es apta para conocer estos delitos, la autonomía que les confiere la Constitución no puede ir en contra de otros principios constitucionales

Entrevistado 3. La jurisdicción indígena se base en el derecho consuetudinario y como lo hemos vivido en nuestro país cuando se trata de velar por los valores comunitarios de honra y compañerismo los procesos llevados a cabo por la justicia indígena son los indicados, pero al momento de castigar a un delincuente como el mayor peso de la ley, es solo competencia de la justicia ordinaria.

Entrevistado 4. No la considero apta para conocer este tipo de delitos, debido a que se debe dar el seguimiento al caso, se debe identificar al culpable, sancionar debidamente al delincuente, velar por los derechos de los perjudicados y apegarse al debido proceso que la ley manda, esta sería la forma adecuada para solucionar el conflicto, pero considero que la justicia indígena no está procediendo de esa manera.

Entrevistado 5. Después de la sentencia conocida como “la cocha” se determinó que la justicia indígena no era apta para conocer y procesar estos crímenes.

Comentario del Entrevistador

En cuanto a esta interrogante puedo agregar que en la actualidad en nuestro país las comunidades indígenas ya no pueden conocer este tipo

de casos, para mí era especialmente alarmante conocer los casos de violación dentro de una comunidad indígena, sobre todo por las sanciones que la justicia indígena aplicaba para castigar a los delincuentes que cometían estos delitos.

5. ¿Considera necesario la creación de un cuerpo legal para el control de la justicia indígena?

Entrevistado 1. Pienso que lo más idóneo sería especificar un poco más lo que dice la Constitución con respecto al tema.

Entrevistado 2. Yo pienso que la ley es clara al manifestar que la justicia indígena no podrá vulnerar o afectar otros principios constitucionales, por lo que faltaría solamente un mayor control y coordinación por parte de los dos sistemas jurídicos.

Entrevistado 3. Es una situación alarmante ver en las noticias los llamados ajusticiamientos, específicamente cuando los mismos dejan de ser prácticas culturales y se convierten en castigos violentos que cruzan la barrera de lo legal, por esta razón pienso que la creación de una ley sería la clave para acabar con este problema que aqueja a nuestra sociedad

Entrevistado 4. Sería pertinente, incluso para garantizar la autonomía indígena de una mejor manera.

Entrevistado 5. Esta tarea debería ser una prioridad para nuestros legisladores, existe mucha fricción con respecto al tema un ejemplo claro es “La Cocha”, por lo que es evidente la necesidad de esta ley que controle.

Comentario del Entrevistador

Tras Haber aplicado esta entrevista a los profesionales del derecho pude constatar la necesidad de una forma de control para la justicia indígena, o en otras palabras enmarcar dentro de lo constitucional la aplicación de la justicia indígena.

6.3. ESTUDIO DE CASOS

Primer caso

1. Datos Referenciales

Nombre del caso: Caso la Cocha

Numero de caso: 0731-10-EP

Tipo de proceso: Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena

Juzgador: Dra. Ruth Pinoargote

Demandado: J.I

Demandante: V.M.O

2. Antecedentes

El 09 de mayo de 2010, en la Parroquia Zumbahua, Cantón Pujulí, Provincia de Cotopaxi, mientras se realizaba un baile en la Comunidad, se produjo el asesinato de M. A.O, miembro de la Comunidad Indígena de “La Cocha”. El 16 de mayo de 2010, las autoridades indígenas de la Comunidad de “La Cocha”, por petición de los familiares de la víctima y de las autoridades de Guantopolo, asumen el juzgamiento del caso y se

instalan en Asamblea General. - Durante la etapa de investigaciones los siguientes ciudadanos (I.W.K.F) son identificados como “coautores” de la muerte de M. A.O recibiendo su respectiva sanción mediante la decisión adoptada el 16 de mayo de 2010;2 por otra parte, M.O.Q, es identificado como “autor material”, recibiendo su respectiva sanción mediante la decisión adoptada el 23 de mayo de 2010. El 08 de junio de 2010, el señor V.M.O hermano del fallecido presenta una acción Extraordinaria de protección contra las decisiones adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010.

- El 24 de junio de 2010, los dirigentes indígenas de la Comunidad Indígena de “La Cocha” fueron detenidos por la Policía de Cotopaxi, por la solicitud del Ministro de Justicia de que se iniciaran acciones legales contra éstos. Posteriormente fueron liberados por la Corte de Justicia de Latacunga, por el “amparo de libertad” interpuesto. - En sesiones extraordinarias del Pleno de la Corte Constitucional, realizadas el 29 de mayo, 11 de junio y 02 de julio de 2014, se debatió la causa y se sometió a votación el proyecto de sentencia de este caso, del juez sustanciador Fabián Marcelo Jaramillo Villa, en el cual se obtuvo 1 voto a favor del juez constitucional y 8 votos salvados de los restantes jueces constitucionales. Por esta razón, el pleno no aprobó el proyecto de sentencia, por lo que el presidente de la Corte Constitucional, de conformidad con la ley, dispuso el sorteo de la causa, recayendo su conocimiento en la jueza constitucional Ruth Seni Pinoargote. - Mediante providencia dictada el 24 de septiembre de 2010, el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi dictó “auto de llamamiento a juicio respecto de los imputados (I.W.K.F).

3. Resolución

En este caso la jueza encarga resolvió: Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea Comunitaria de la Cocha, o tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria. También se resolvió que la Asamblea General Comunitaria del Pueblo Kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios. En esta sentencia se manifestó también que la Asamblea Comunitaria del pueblo Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió en relación al bien jurídico vida, sino que resolvieron en función de los efectos sociales y culturales que esta muerte provocó en la comunidad, por lo que se establecieron diversos grados de responsabilidad entre los responsables, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación legal de juzgar, respectivamente, la responsabilidad de los presuntos implicados en la muerte. En esta resolución también se señalada que no existió el doble juzgamiento o non bis in ídem.

Como parte final de esta resolución también se establecieron reglas para la aplicación de la justicia indígena que recaerán sobre las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los medios de comunicación públicos, privados y comunitarios. La sentencia menciona que la jurisdicción y competencia para conocer y resolver los casos que atentan contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas,

por último se menciona en la sentencia que la administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para solucionar los conflictos internos que se producen en sus territorios y que afecten sus valores comunitarios.

4. Comentario del Investigador

El presente caso analizado tuvo gran conmoción en la sociedad ecuatoriana, la exposición mediática que alcanzó este caso fue a nivel nacional, en la misma se pudo constatar la inestabilidad entre la aplicación de la justicia indígena y lo que manda la Constitución, la falta de claridad en la ley ocasionó controversia entre el sistema ordinario y el sistema indígena. A esto se le suma el impacto social generado especialmente al intervenir y violar la autonomía en las comunidades indígenas.

La falta de un mecanismo que controle el accionar de la justicia indígena, la falta de especificación sobre qué delitos puede la justicia indígena procesar y la poca especificación de las leyes con respecto a la jurisdicción indígena, trajo consigo este problema desde mi punto de vista.

Con respecto a lo que la sentencia manifiesta sobre el doble juzgamiento que da para la interpretación de cada quien, ¿existió o no doble juzgamiento? Según la Corte Constitucional no existió doble juzgamiento, pero si vemos los hechos encontramos que los acusados fueron castigados por la justicia indígena y también por la justicia ordinaria.

La justicia ordinaria se vio forzada a intervenir por el hecho que la justicia indígena no es apta para castigar este tipo de delitos quedando demostrado que se debe implementar una forma de control.

Considero que esta sentencia está vulnerando lo que manda la Constitución con respecto a las Comunidades Indígenas, la Constitución Ecuatoriana manifiesta el derecho de aplicar los sistemas de justicia propios de las comunidades indígenas en sus territorios y a ser respetados en esta jurisdicción, pero por la falta de claridad de la ley se violentó estas garantías, se irrespetó la autonomía indígena, lo que trajo inconformidad de los grupos indígenas que reclaman sus derechos y manifiestan que su obrar siempre fue respaldado por la Constitución, lo cual se lo puede constatar en el artículo 57 numeral 10 que manifiesta la garantía de aplicar y practicar su derecho propio.

Pienso que el problema suscitado no radica en las comunidades indígenas, en este caso ellos obraron de acuerdo a lo que la ley permite, la jurisdicción ordinaria al conocer este caso tuvo que intervenir para proteger y sancionar correctamente a los infractores, irrespetando y violentando la jurisdicción indígena, creando controversia entre estos dos sistemas de justicia, cuando la ley manda a que la Función Judicial implemente los recursos necesarios para que estos dos sistemas convivan de la mejor manera.

La investigación que realice se focalizo en la necesidad de una norma que controle el accionar de la justicia indígena, y en este caso mencionado se puede constatar la necesidad de la implementar lo manifestado.

Pienso que la intención del sistema ordinario fue hacer justicia nunca se trató de perjudicar a las comunidades indígenas, pero problemas así se van a seguir suscitando, incluso después de esta sentencia, si no se norma y especifica todo lo relacionado con esta materia. Como factor positivo en esta sentencia encuentro que se deja el precedente para futuros casos de esta índole.

Segundo caso

1. Datos Referenciales

Nombre del caso: Justicia indígena busca la purificación

Tipo de caso: Aplicación de justicia indígena deja sin su debida condena a un violador

Información obtenida: Diario “El Tiempo” de la ciudad de cuenca

2. Antecedentes

Según la información obtenida del periódico cuencano “El tiempo” del 7 de octubre de 2011, una mujer de 52 años con problemas de discapacidad fue abusada sexualmente por un joven perteneciente a su misma comunidad en Quilloac, cantón Cañar. La mujer que realizaba sus labores diarias fue golpeada y luego violada por el joven antes mencionado, las autoridades indígenas de esta comunidad se enteraron de lo sucedido por lo que fue convocada una audiencia en la casa comunal con la presencia de más de 150 personas entre familiares de la víctima y del acusado; y otros asistentes pertenecientes a la comunidad y se empezó con esta audiencia.

3. Resolución

Las autoridades indígenas de esta comunidad tras haber escuchado las dos versiones y después de que el acusado declarara su culpabilidad, fue dictada la sentencia en presencia de todos los asistentes la cual comprendía en una indemnización económica de 1.000 dólares, tratamiento psicológico para las partes involucradas y la búsqueda de ayuda con la misión Manuela Espejo para la agredida por su discapacidad. Como otra parte de la sanción el culpable debió purificarse por medio de un ritual indígena de purificación, el cual consiste en pedir disculpas a todos los ofendidos, familiares y víctima los cuales pueden brindar un castigo físico durante este proceso, en la siguiente parte del ritual el acusado tiene que desprenderse de su vestimenta para ser azotado con las plantas de purificación, proceso con el cual el delito queda saneado.

4. Comentario del Investigador

Pienso que la forma en que la Justicia Indígena resuelve los casos de violación es completamente errónea, he escuchado historias similares que han ocurrido en otras comunidades y que han sido resueltas de una manera similar, por este factor decide realizar esta investigación.

La justicia indígena no es apta para resguardar a las personas víctimas de violación ya que se las exponen de una manera desconsiderada en audiencias públicas sin tomar en cuenta su dignidad, y ni siquiera se les asegura, que la sanción a sus violadores será la que manda la ley y las adecuadas para este tipo de criminales.

El artículo 5 numeral 20 del Código Orgánico integral Penal manifiesta el principio procesal de privacidad y confidencialidad en delitos contra la integridad sexual, pero vemos la completa carencia del mismo en este proceso llevado a cabo por la justicia indígena, por esta razón considero que la justicia indígena no debería conocer este tipo de delitos y que debería ser competencia de la justicia ordinaria.

El COIP en el artículo 89 manifiesta que las violaciones serán consideradas como delitos de lesa humanidad para lo cual se ha previsto una sanción con pena privativa de la libertad de 26 a 30, si hacemos una comparación de lo que manda la ley y lo que aplica la justicia indígena vemos una increíble incongruencia entre los dos sistemas de justicia. La ley manifiesta algunos agravantes en este tipo de delitos, pero la justicia indígena no los toma en cuenta para sancionar a sus infractores. En este caso la aplicación de la justicia indígena está haciendo en contra de lo que la ley manda, por lo que debería ser labor del Estado ecuatoriano hacer valer las leyes y velar por los derechos de las personas.

Un caso tan delicado expuesto de una manera tan radical sin duda deja mucho que pensar acerca del proceder de la justicia indígena, cuantos derechos constitucionales fueron violados, no existió un debido proceso, no se trató de velar por la dignidad de la víctima, la sanción impuesta no es proporcional al daño causado, quedando un delincuente en impunidad y un delito sin castigo. Este tipo de casos se sale completamente de la capacidad para resolver conflictos que tiene la justicia indígena, como lo pudimos ver, este es un caso de muchos que han quedado en la impunidad por la misma naturaleza de la justicia indígena donde robar

unas cabezas de ganado tiene más repercusión que la violación de un ser humano.

Este tipo de delitos no deben ser procesados por la justicia indígena puesto que no tienen la capacidad para llevar a cabo el debido proceso, imponer las sanciones que la ley manda o velar por los derechos de las víctimas un ejemplo claro de esto es el caso mencionado. Pero estos problemas se seguirán suscitando si el Estado ecuatoriano no toma cartas en el asunto y controla la autonomía de la justicia indígena.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

Con el propósito de verificar el cumplimiento de los objetivos propuestos en la presente investigación, sobre la temática “Vacíos legales y constitucionales en la aplicación de la justicia indígena”, me he planteado un objetivo general y tres objetivos específicos, por esta razón mediante un estudio teórico-normativo y los datos obtenidos durante la investigación de campo he llegado a obtener los medios necesarios para realizar un análisis, descripción y verificación de los objetivos.

7.1.1. Objetivo General

“Análisis doctrinario, constitucional, legal y de derecho comparado de la justicia indígena”.

Mediante la revisión de literatura, se pudo verificar éste objetivo por medio de la búsqueda de información de los marcos Conceptual, Normativo y Doctrinario así también un análisis comparativo de las diferentes legislaciones de países vecinos que fueron tomadas encuesta en esta tesis, con lo cual se pudo hacer un análisis de doctrina relaciona con la justicia indígena su origen, su procedencia, sus formas de realizarse y aplicarse; también hubo un análisis de la Constitución y las leyes de nuestro país, enfocándonos en la aplicación de la justicia indígena, analizando que se prohíbe o que se permite en relación a este tema según nuestras leyes y por último la comparación que hicimos con las legislaciones de otros país encontrando algunas similitudes y diferencias con relación a esta

materia, como la ley las contempla, como la justicia indígena puede aplicarse o cual son sus facultades y repercusiones en las diferentes sociedades.

7.1.2. Objetivos Específicos

“Delimitar el accionar de la justicia indígena de tal manera que se norme cuando puede o no tomar acciones en la solución de conflictos y problemas jurídicos”.

El cumplimiento de este objetivo se lo puede verificar mediante los datos obtenidos en las encuestas donde la mayoría de encuestados manifestaron la necesidad de delimitar el accionar de la justicia indígena de tal manera que en la aplicación de la misma no se vulnere ningún tipo de derechos o principios.

“Armonizar las penas y sanciones entre la justicia indígena y la justicia ordinaria teniendo como base la Constitución y los demás cuerpos legales según su orden jerárquico”.

Para la verificación de este objetivo tome como cuenta el criterio de muchos profesionales del derecho que han sabido manifestar por medio de las encuestas la necesidad de que exista una armonía entre las dos formas de ley reconocidas en nuestro país de tal manera que la justicia indígena siempre se aplica en el marco constitucional.

“Reducir la vulneración de derechos en los procesos llevados a cargo por la justicia indígena”

Este objetivo se cumple en la medida en que la justicia indígena no se salga del marco constitucional, la mayoría de encuestados concuerdan al manifestar la vulneración de derechos en la aplicación de la justicia indígena, por lo que

delimitar el accionar de la misma es importantísima para disminuir las vulneraciones de toda índole que se dan en la aplicación de la justicia indígena.

7.2. Contrastación de Hipótesis

La hipótesis planteada en ésta investigación, señala lo siguiente:

“La falta de una norma que controle y regule los procesos para sancionar y resolver conflictos en la justicia indígena, está afectando derechos humanos y constitucionales, como el debido proceso, como el acceso a la defensa procesal o la imposición de penas basándose en una norma. Al realizar esta investigación estimo determinar todos los problemas que la falta de un organismo que controle a la justicia indígena está generando y también sus posibles soluciones”.

Esta hipótesis fue comprobada, una vez desarrollada la investigación es decir el Marco Conceptual, el Marco Doctrinario, el Marco Jurídico y la investigación de campo, cuando se analiza los resultados obtenidos se puede constatar que la falta de una norma en la aplicación de la justicia indígena está acarreado un sin número de problemas sociales como: está afectando derechos humanos y constitucionales, como el debido proceso, como el acceso a la defensa procesal o la imposición de penas basándose en una norma por lo que esta hipótesis fue comprobada tras la recolección de información que corroboro lo que se pensaba antes de realizar la investigación.

7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

El Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia que sigue una filosofía de garantizo y que tiene a la Constitución como norma suprema que prevalecerá sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico interno del

país; por esta razón, toda autoridad pública, órgano o dependencia tiene la obligación de hacer efectivo el cumplimiento de los derechos y garantías previstos en la normativa constitucional con observancia a lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo Art. 171 dice que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Basándome en este artículo considero que la forma en que la justicia indígena procede al aplicar sus propios métodos basados en costumbres y tradiciones para solucionar los problemas en sus comunas vulnera lo manifestado en la Constitución de la República en su artículo 171

8. CONCLUSIONES

Una vez terminado el trabajo investigativo, referente al tema denominado: “Vacíos legales y constitucionales en la aplicación de la justicia indígena”, puedo concluir lo siguiente:

- ❖ Los procesos llevados a cabo por la justicia indígena pueden vulnerar derechos constitucionales como el debido proceso o como el derecho a la defensa procesal, impidiendo el efectivo goce de garantías que la Constitución confiere.
- ❖ La Constitución Ecuatoriana expresa total autonomía para que los pueblos indígenas desarrollen en sus comunas los sistemas de justicia que ellos aplican en la resolución de conflictos, por esta razón es importante determinar la jurisdicción y competencia de las comunas indígenas para asegurar el cumplimiento de otras garantías constitucionales.
- ❖ La falta de un reglamento que controle el accionar de la justicia indígena provoca un malestar en la sociedad ecuatoriana, por esta razón la creación de un reglamento sería idóneo para determinar los casos que podrán ser conocidos y solucionados por la justicia indígena.
- ❖ Para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de justicia en Ecuador se tiene que delimitar el accionar de la justicia indígena, corroborando que la misma no vulnere otros principios constitucionales en su aplicación.
- ❖ Sin un debido proceso no es posible determinar la culpabilidad de un posible infractor según la ley, por lo que es necesario que la justicia

indígena se acerque a lo que la Constitución entiende como debido proceso, esto se debería hacer no con el afán de frenar la autonomía conferida por la Constitución para los pueblos indígenas si no con el afán de respetar otros principios constitucionales.

- ❖ De las encuestas aplicadas pude concluir que es necesario un sistema de control en la aplicación de la justicia indígena, con el afán de salvaguardar otros principios constitucionales.
- ❖ Para asegurar la autonomía indígena es necesario que el Estado por medio de un cuerpo legal especifique en qué casos la justicia indígena puede obrar y aplicar el ajusticiamiento indígena, como se determinó en la presente investigación la justicia indígena no es apta para conocer delitos como un asesinato o una violación, los cuales deberían ser procesados solo por el sistema penal ecuatoriano.

9. RECOMENDACIONES

Previo a la propuesta de reforma considero oportuno presentar algunas recomendaciones en busca de la solución de la problemática:

- ❖ Que las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas observen que tras la aplicación de la justicia indígena se están contrariando normas de la Constitución, por lo que se debería buscar la forma en que esta práctica ancestral de los pueblos indígenas se enmarque en lo constitucional.
- ❖ Que la asamblea nacional constituyente cree un cuerpo legal donde se establezca los casos que la justicia indígena podrá llevar a cabo y se controle la aplicación de la misma.
- ❖ Que en las escuelas de Derecho del Ecuador se incorpore en las líneas de investigación la necesidad de respetar los derechos y garantías básicas establecidas en la Constitución y en demás cuerpos legales.
- ❖ Que los funcionarios encargados de administrar justicia, presten mayor atención y cuidado en aquellos procesos que se llevan a cabo en la justicia indígena.
- ❖ Que el Estado busque implementar políticas en contra de la vulneración de derechos y principios constitucionales.
- ❖ Que el Estado ecuatoriano garantice el respeto a los derechos constitucionales que es están vulnerando en la aplicación de la justicia indígena creando políticas de ayuda a las personas víctimas de procesos indígenas injustos.

- ❖ A la Asamblea Nacional ecuatoriana se recomienda que expida una mayor legislación referente a la aplicación de la justicia indígena, buscando la armonía y correcto funcionamiento de la sociedad ecuatoriana, garantizando la autonomía indígena como derecho constitucional en los casos que el Estado considere que es pertinente la aplicación de la misma.

9.1 PROYECTO DE REFORMA JURIDICA

9.1.1 Proyecto de enmienda constitucional



REPIBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

- **Que.** El artículo 1 de la Constitución de la republica establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.
- **Que.** El numeral 1, del artículo 3 de la Constitución ecuatoriana establece como deber primordial del Estado el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
- **Que.** El artículo 6 de la Constitución ecuatoriana establece que todos los ecuatorianos y ecuatorianas son ciudadanos y gozaran de los derechos establecidos en la Constitución
- **Que.** El numeral 1 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece que el ejercicio de los derechos se podrá ejercer, promover y exigir.

- **Que.** El numeral 2 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
- **Que.** El numeral 4 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
- **Que.** El numeral 7 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento,
- **Que.** El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.
- **Que.** El numeral 10 del artículo 57 de la Constitución ecuatoriana establece el derecho colectivo de crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
- **Que.** El numeral 3 del artículo 66 de la Constitución ecuatoriana garantiza el derecho a la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual y el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la

ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores.

- **Que.** El literal C del numeral 3 del artículo 66 de la Constitución ecuatoriana garantiza la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.
- **Que.** El numeral 1 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana garantiza que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
- **Que.** El numeral 2 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana establece que se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
- **Que.** El numeral 4 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana establece que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
- **Que.** El numeral 6 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana garantiza que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
- **Que.** El numeral 7 del artículo 76 de la Constitución ecuatoriana establece que el derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a no ser privado del derecho a la defensa, a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, a tener procedimientos públicos salvo las excepciones previstas por la ley, a tener acceso a todos los documentos y actuaciones del procedimiento,

a no ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto, a ser asistido por un abogado, a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes, a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

- **Que.** La falta de reglamentación y tipificación en la aplicación de la justicia indígena, vulnera derechos constitucionales, lo cual genera una inestabilidad social donde el pueblo ecuatoriano es el que sufre las consecuencias de la necesidad de reglamentar la aplicación de la justicia indígena:

En virtud de las atribuciones que el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador confiere a la Asamblea Nacional, expida la siguiente:

Propuesta de reforma al código orgánico integral penal

Agréguese el siguiente inciso al **Art.89 del Código Orgánico Integral Penal:**

Art. 89, Delitos de lesa humanidad. - Son delitos de lesa humanidad aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la

privación ilegal o arbitraria de la libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada, serán sancionados con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.

... “la competencia para sancionar los delitos de lesa humanidad recaerá exclusivamente en la justicia ordinaria. Los delitos de lesa humanidad cometidos dentro de una comunidad indígena serán procesados por la justicia ordinaria que tendrá la competencia absoluta para este tipo de casos”

10. BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Asamblea Nacional Constituyente*. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución Política de Colombia. (1991). *Asamblea nacional constituyente de Colombia*,. Bogotá.

Constitución Política de la República de Guatemala. (2002). *Corte de Constitucionalidad*.

EL universo. (13 de septiembre de 2017). *La justicia indígena vuelve al debate*.
Obtenido de <https://www.eluniverso.com/noticias>

Amorocho, F., Barrios, E., & Villamizar , I. (2009). *Revista Justicia Nro. 15*.
Barranquilla-Colombia: Universidad Simón Bolívar.

Anaya, J. J. (1979). *Delitos y contravenciones*. Buenos Aires.

Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). *Asamblea Nacional Cosntituyente*. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Asamblea Nacional Constituyente*.
Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2016). *Congreso de la unión*. México.

Constitución Política de Perú. (1993). *Congreso Constituyente Democrático*,.
Lima.

Constitución Política del Estado Boliviano. (2009). *Asamblea constituyente de Bolivia*. La Paz.

- definicionabc.com. Disponible en: <https://www.definicionabc.com/general/contradiccion.php>. Obtenido de <https://www.definicionabc.com/general/contradiccion.php>
- Derecho Ecuador. (2018). *Justicia Indígena*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/justicia-indigena>
- Díaz, O. E. (2015). *La formación de la Justicia Indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico*. Quevedo: Universidad Estatal de Quevedo.
- Diccionario Enciclopédico. (2017). *Debido proceso legal*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/debido-proceso-legal/debido-proceso-legal.htm/>
- Diccionario Everest . (s.f.). *Diccionario Everest cúpula español*. León- España: Everest S.A.
- Fabra, J. L., & Nuñez, A. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho* (Vol. 1º). México: Universidad Nacional Autónoma.
- Grijalva, A., & De Sousa, B. (2012). *Justicia Indígena, Plurinacional e intercultural en Ecuador*. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg.
- Guartambel, C. (2015). *Justicia Indígena*. Cuenca: Universidad Estatal de Cuenca.
- Intercooperation, H. S. (s.f.). *Portal Territorio Indígena y Gobernanza*. Recuperado el 2 de agosto de 2019, de [territorioindigenaygobernanza web site : www.territorioindigenaygobernanza.com](http://territorioindigenaygobernanza.com)
- Pérez Guartambe, C. (2006). *Justicia Indígena* . Cuenca: Universidad Estatal de Cuenca.

Perot, M. P. (1999). *inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico*. Mar de Plata Argentina: Universidad Nacional Mar de Plata.

Prieto, M. C. (2003). *El proceso y el debido proceso*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Salgado, J. (2002). *Justicia indígena aportes para un debate*. Quito-Ecuador: Universidad andina Simón Bolívar.

Significados.com. (2018). *observancia*. Obtenido de <https://www.significados.com/observancia>

Significados.com. (7 de marzo de 2019). *Costumbre*. Obtenido de <https://www.significados.com/costumbre/>

Territorio indigena y gobernanza. (2 de marzo de 2019). *Justicia indígena*. Obtenido de www.territorioindigenaygobernanza.com

thefreedictionary. (2017). *Inconstitucionalidad*. Obtenido de <https://es.thefreedictionary.com/inconstitucional/>

Universidad Estatal de Cuenca. (2006). *diccionario capula español*. Cuenca: Everest.

wikipedia. (2019). "*derecho constitucional*".

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“Vacíos legales y constitucionales en la aplicación de la
justicia indigna”**

**Proyecto de Tesis previo a la obtención
del Grado de Licenciado en
Jurisprudencia y Título de Abogado**

AUTOR:

ALEX RENE CARRIÓN MERINO

1859

LOJA – ECUADOR

2019

1. Tema:

Vacíos legales y constitucionales en la aplicación de la justicia indígena

2. Problematización.

El artículo 167 de la Constitución dice que la potestad de administrar justicia se la ejerce por la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Por otro lado, el artículo 171 de la Constitución habla acerca de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y dicen que las autoridades de estos lugares ejercerán funciones jurisdiccionales, basándose en sus tradiciones ancestrales y el derecho propio de ellos, dentro de su territorio.

Tomando en cuenta las dos premisas constitucionales anteriormente señaladas se puede decir que el Estado por medio de la función judicial será el encargado para administrar justicia y que también los pueblos y nacionalidades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

Existe controversia si se analiza que la justicia indígena va administrar justicia sin basarse en una ley legítima y positiva, mientras que la Constitución señala que no se podrá sancionar a un infractor de la ley sin la debida norma, por lo que considero importante definir de manera breve que es justicia indígena y en donde radica el problema de la misma.

Justicia indígena es un sistema de normas que se basan en valores y principios culturales propios de estos pueblos, y que tienen procedimientos, y prácticas que regulan y controlan la vida social en la comunidad y el territorio. En la justicia indígena cuando se comete delitos o cuando se quebranta las normas de estos pueblos la forma de castigar o sancionar estas infracciones son la

recomposición, la compensación, el castigo físico o la remediación de los daños causados.

En el artículo 76 de nuestra Constitución se garantiza el derecho a un debido proceso y habla de todas las garantías que el debido proceso tendrá como por ejemplo que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, el numeral 7 de este artículo dice que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, también se menciona la garantía de contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, otra garantía es que en procedimientos judiciales, existe el derecho de ser asistido por abogado o defensor público; y no se podrá restringirse el acceso a la comunicación libre con el mismo y para culminar otra garantía del debido proceso que este artículo menciona es que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

Partiendo de estos artículos y situándonos en nuestra realidad actual se puede deducir que la Constitución es clara al manifestar los derechos y garantías de las personas a tener un debido proceso, también se puede deducir la inclusión que el Estado hace para los pueblos y comunidades indígenas, dándoles el poder para solucionar sus propios problemas en base a sus costumbres ancestrales, siempre que estas vayan en contra de la Constitución y sus principios.

Considero que este es un problema que se ha venido suscitando a lo largo de estos años ya que muchas veces el poder que la justicia indígena tiene para solucionar sus problemas internos, trae consigo muchas inconstitucionalidades como la falta de debido proceso, como la imposición de penas no contempladas en la Constitución o como la vulneración de derechos humanos, por lo que esta

situación está generando un sin número de incongruencias y problemas sociales entre la justicia ordinaria que se basa en la Constitución y los demás cuerpos legales positivos y la justicia indígena.

3. Justificación

La investigación jurídica del tema mencionado se justifica social y jurídicamente. Socialmente debido a que se busca reducir el impacto que la justicia indígena tiene en sus comunidades, es decir la forma en que incide en los derechos de las personas que pertenecen a estos pueblos y nacionalidades, ya que en varios casos las personas procesadas por la justicia indígena están siendo víctimas de un sistema primitivo, vulnerándose sus derechos constitucionales y humanos.

Jurídicamente tiene relevancia mi investigación debido a la necesidad de enmendar y solucionar todos los problemas e incongruencias entre la justicia indígena y la ordinaria, unificando y armonizando los diferentes tipos de justicias que la Constitución reconoce para que de ninguna manera la justicia indígena vaya en contra de la Constitución.

Con ejemplos claros y reales se puede justificar la necesidad de realizar esta investigación, ya que nuestro país al ser un Estado plurinacional y multiétnico, tenemos muchos pueblos y comunidades indígenas, en los cuales se puede evidenciar el impacto social y las repercusiones negativas que la falta de un debido proceso, o la imposición de penas y sanciones sin observancia de la Constitución pueden ocasionar.

4. Objetivo

4.1. Objetivo General

- Análisis doctrinario, constitucional, legal y de derecho comparado de la justicia indígena.

4.2. Objetivos específicos

- Delimitar el accionar de la justicia indígena de tal manera que se norme cuando puede o no tomar acciones en la solución de conflictos y problemas jurídicos.
- Armonizar las penas y sanciones entre la justicia indígena y la justicia ordinaria teniendo como base la Constitución y los demás cuerpos legales según su orden jerárquico.
- Reducir cualquier tipo de vulneración de derechos en los procesos llevados a cabo por la justicia indígena.

5. Hipótesis

La falta de una norma que controle y regule los procesos para sancionar y resolver conflictos en la justicia indígena, está afectando y vulnerando derechos humanos y constitucionales, como el debido proceso, como el acceso a la defensa procesal o como la imposición de penas basándose en una norma. Al realizar esta investigación estimo determinar todos los problemas que la falta de un organismo que controle la aplicación de la justicia indígena está generando y también sus posibles soluciones.

6. Marco teórico

Partiremos haciendo referencia sobre el significado de Justicia Indígena para lo cual diremos que es el conjunto de normas basadas en valores y principios culturales propios de estos pueblos, con procedimientos y prácticas que regulan la vida social en estas comunidades.

En este tipo de derecho consuetudinario se tiene un sistema para sancionar a las personas que rompen la paz en la comunidad, que, aunque no este escrito las personas de estas comunidades conocen por tradición las normas o comportamientos considerados como buenos o malos. Este sistema de sanción para los infractores de las leyes consistiría principalmente en reparaciones del daño causado por ejemplo por la vía de la recomposición, la compensación, o también con el castigo físico que tiene el afán de que los infractores aprendan y se arrepientan no volviendo a cometer estas faltas y se reintegren a sus labores normales.

En nuestro país la Constitución ecuatoriana garantiza para los grupos indígenas la aplicación de este tipo de derecho consuetudinario denominado como justicia indígena y es la Constitución la que manifiesta total respeto y garantía a la autonomía de la justicia indígena para la solución de conflictos en sus territorios.

El problema consiste en la aplicación de la justicia indígena ya que se puede afectar otros principios o derechos constitucionales, al no existir una norma base de la cual la justicia indígena parta para el juzgamiento de sus infractores y para la solución de los conflictos internos de estas comunidades, debido a esto lo ideal sería la búsqueda de armonía entre los procesos judiciales y la justicia indígena, delimitando cuando la justicia indígena tendrá competencia para obrar.

Para el análisis del tema propuesto es idóneo manifestar premisas constitucionales que ayuden a determinar el problema. El artículo 167 de la Constitución dice que la potestad de administrar justicia se la ejerce por la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Por otro lado el artículo 171 de la Constitución habla acerca de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, este artículo hace referencia a las autoridades de estos lugares y a las funciones jurisdiccionales que ejercerán, basándose en sus tradiciones ancestrales y el derecho propio de ellos, dentro de su territorio.

En el artículo 76 de nuestra Constitución se garantiza el derecho a un debido proceso y habla de todas las garantías que el debido proceso tendrá, basándonos en la carta magna de nuestro país mencionare algunas de estas garantía: Las autoridades administrativas o judiciales deben garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento, se contara con el tiempo y con los medios adecuados para la preparar la defensa. Garantías básicas que al no ser cumplidas se estaría cometiendo inconstitucionalidades y violaciones a los derechos humanos.

La Constitución manifiesta los derechos y garantías de las personas a tener un debido proceso, y es la misma Constitución que manifiesta la inclusión que el Estado hace para los pueblos y comunidades indígenas, dándoles el poder para solucionar sus propios problemas en base a sus costumbres ancestrales, siempre que estas no vayan en contra de los principios constitucionales.

El problema radicaría en la aplicación de esta garantía constitucional, la pregunta es, si la justicia indígena está respetando las normas y principios del debido proceso, si es posible determinar la culpabilidad de un individuo sin un proceso justo o también si es posible sancionar con una ley que no está estipulada y sin otorgarle el acceso a la defensa respectiva.

La justicia indígena no tiene un ordenamiento jurídico escrito, es decir no hay un cuerpo legal que tipifique y que sea la base para sancionar, por esta razón no existe un procedimiento para juzgar a los infractores que parta como base de un código, de una norma jurídica, o de un reglamento; la Justicia Indígena toma como base su derecho propio, que obviamente es un derecho de tipo consuetudinario.

Esta forma de administrarse nace de la misma comunidad, que basándose en sus costumbres y tradiciones emplea un procedimiento rápido, como medio de sanción a los delitos cometidos y las faltas que van en contra de las costumbres; estos procedimientos son realizados en el seno de la comunidad por medio asambleas comunales sin observancia de la Constitución u otras leyes positivas.

Por lo general al final de estos procesos los infractores son obligados al arrepentimiento de sus actos, prometiendo no volver a cometerlos, el crimen cometido mucha de las veces queda saldada y los infractores son insertados nuevamente a la sociedad, pero de alguna manera quedan marcados ya que toda la comunidad fue testigo de lo sucedido, y es la comunidad la encargada de dar seguimiento para que estos infractores ya no recaigan en el crimen.

Es un proceso con muchas falencias, ya que no se puede asegurar que un castigo mayormente espiritual o físico sea la sanción para crímenes tales como homicidios o violaciones, o por lo contrario delitos como robos o hurtos sancionados con penas inhumanas como castigos físicos, como golpes o como baños en agua helada, prácticas que no están contempladas en ninguna ley pero que ciertamente son costumbres de nuestro pueblos ancestrales, pero al no existir un cuerpo legal o una institución que controle cuando estas prácticas podrán ser aplicadas o en qué medida se van aplicar, se estaría dando inicio a

que se comentan inconstitucionalidades con ajusticiamientos indígenas que carecen de un debido proceso, que muchas veces irrespetan la dignidad de los infractores o que simplemente se salen de lo constitucional.

Siendo los pueblos indígenas una gran parte de la población ecuatoriana es importante su autonomía, pero aún más importante el respeto a normas constitucionales, por lo que es de vital importancia un mecanismo para controlar la autonomía de los pueblos indígenas con respecto a la aplicación de su justicia.

Los pueblos indígenas son anteriores a cualquier forma de ordenamiento jurídico actual y forman parte de la cultura de nuestro país y de América Latina, la importancia de mantener viva esta cultura tiene mucha relevancia para los diferentes Estados y mantener estas prácticas vivas ha venido siendo labor para las diferentes legislaciones específicamente de países vecinos que comparten similitudes con nuestros pueblos indígenas.

Si comparamos la aplicación de la justicia en países vecinos encontraremos similitudes e incluso los mismos problemas que aqueja a nuestra sociedad, siendo de vital importancia para esta investigación tomar en cuenta otras legislaciones con respecto al tema.

En Sudamérica los países andinos han realizado reformas constitucionales muy importantes para reconocer a los pueblos indígenas. Estas reformas han permitido reconocido la pluricultural de nuestros países y, por tanto, la inclusión de derechos a la identidad cultural, el reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas y también el reconocimiento del pluralismo jurídico, es decir, la validez de otros sistemas jurídicos distintos al estatal.

En Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, las Constituciones aceptan la validez de los sistemas jurídicos propios de los Pueblos Indígenas que existen en estos territorios. La inclusión que se hace a estos sistemas de justicia conlleva a otros retos como la regulación de la justicia indígena, de tal forma que tenga espacio para obrar de acuerdo a costumbres propias de los pueblos pero que no vaya en contra de la Constitución, para la cual es necesario la emisión de legislación secundaria que regule, controle e integre la aplicación de la justicia indígena al campo constitucional.

En la Constitución boliviana en el artículo 2 y artículos posteriores se hace referencia a la justicia indígena y su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales. En el artículo 30 de esta Constitución en el numeral 14 se reconoce al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

En el artículo 190 de la Constitución boliviana se habla sobre las funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y dice que los pueblos indígenas aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios y también hace referencia a que 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 la Constitución. Si comparamos la legislación boliviana con la nuestra encontramos muchas similitudes en la forma en que los dos países aceptan la intervención de la justicia indígena en la solución de los conflictos internos de estas comunidades y además en las dos constituciones se hace hincapié en que la justicia indígena no puede vulnerar ningún tipo de derechos humanos o constitucionales.

Otra legislación como lo es la colombiana, está en el artículo 246 dice que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, estas funciones serán conformes con sus propias normas y procedimientos, y se señala claramente siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Para terminar el artículo antes mencionado la Constitución colombiana hace mención a la ley colombiana y dice que se establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional por lo que nuevamente se ven muchas similitudes con nuestra legislación.

Siendo una realidad tan palpable la aplicación de la justicia indígena, en nuestro país muy a menudo se puede ver en las noticias o leer en los periódicos el impacto de la misma en los ciudadanos indígenas, que más que pertenecer a una comunidad indígena pertenecen a una nación y están sujetos a las leyes y derechos que rigen a ese país. Existiría controversia si un ciudadano que haya sido ajusticiado con prácticas indígenas acude a la justicia ordinaria para exigir sus derechos, haciendo referencia a que no tuvo derecho a un abogado o que nunca fue demostrada su culpabilidad; considero que este tipo de controversia existirá hasta que se cree un mecanismo de control para la justicia indígena.

7. Metodología.

En el presente Proyecto de Tesis, utilizare los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir las formas o medios que permiten descubrir, sintetizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos producidos en la sociedad actual, con la finalidad de comprobar, comparar y verificar el tema ha investigar. Los métodos a utilizarse son:

7.1. Método científico.

El método científico me permitirá demostrar los hechos planteados con principios de razonamiento, es decir demostrar con objetos tangibles y bajo el uso de la razón y de la lógica, como está afectando en nuestra sociedad el problema planteado con anterioridad.

7.2. Método comparativo.

El método comparativo me permitirá realizar un proceso para encontrar semejanzas y diferencias entre los objetos que se analizan, por lo que este método será de vital importancia cuando haga el respectivo análisis de derecho comparado entre las diferentes legislaciones con el afán de contrastar el problema planteado con la realidad social de otros países.

7.3. Método analítico.

El método analítico que consiste en la desmembración de un todo, para poder analizar parte por parte la problemática y encontrar los elementos que están causando el problema planteado, el método analítico también me permitirá estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y analizar sus falencias.

7.4 Método experimental.

El experimento dentro de los métodos empíricos es uno de los más complejos, pero también eficaz; ya que este surge como resultado del conocimiento humano, como consecuencia se puede aplicar los conocimientos en la práctica tangible por medio del experimento que me permitirá descubrir las situaciones que no contempla la ley para realizar un estudio interno y profundo en el cual se concluya con ideas claras y precisas sobre posibles soluciones al problema planteado.

8. Cronograma.

AÑOS 2018-2020

Tiempo	Octu.	Novie.	Diciem.	Enero	Febrero	Marzo	Enero	Febrer
Actividades	2018	2018	2018	2019	2019	2019	2020	2020
Problematización	X X							
Elaboración De Proyecto		X X X X X						
Presentación Y Aprobación De Proyecto			X X X					
Recolección De La Información Bibliográfica			X X X X X X X X X X X X					
Investigación De Campo				X X				
			X X X X X X					

9. Presupuesto y financiamiento

En una investigación, se hace necesario contar con los recursos económicos, materiales y sobre todo los recursos humanos que permitan la ejecución y desarrollo de la investigación a efectuarse, a continuación hare un informe con todos los recursos que necesitare para realizar la investigación.

9.1 Recursos Humanos

Director de Tesis: Por designar

Proponente del Proyecto: ALEX RENE CARRION MERINO.

9.2 Recursos Materiales

Material de Escritorio	\$ 160
Bibliografía Especializada	\$ 240
Contratación de Servicios de Internet	\$ 220
Transporte y Movilización	\$ 140
Reproducción del Informe Final de Investigación	\$ 150
Imprevistos	\$ 120
TOTAL	\$ 1030.00

Los gastos que suman un total de MIL TREINTA DOLARES AMERICANOS, serán financiados con recursos propios del autor.

10. Bibliografía.

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones, República del Ecuador 2008.
- PÉREZ GUARTAMBEL, Carlos, Justicia Indígena, Universidad estatal de Cuenca, año 2006, Cuenca-Ecuador.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia
- Constitución política de Colombia
- www.wikipedia.com
- [www.Portal jurídico.com](http://www.Portaljuridico.com)
- código civil
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho, segunda edición, Buenos Aires, 2012.
- http://www.espol.edu.ec/sites/default/files/archivos_transparencia/Reglamento%20Ley%20de%20Educacion%20Superior.pdf
- https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf
- Libro de “JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR” escrito por julio Cesar Trujillo; Agustín Grijalva y Ximena Endara
- Justicia indígena, confederaciones de nacionalidades indígenas del ecuador CONAIE Confederación de pueblos Kichwas del ecuador ECUARYNARI 2015
- Libro “JUSTICIA INDÍGENA” de Carlos Pérez Guatambel

- Libro “VIVIENDO LA JUSTICIA, PLURALISMO JURÍDICO Y JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR” escrito por María Fernanda Espinosa
- [http://territorioindigenaygfile:///C:/Users/Alex/Downloads/969-Texto%20del%20art%C3%ADculo-958-1-10-20170405%20\(1\).pdf](http://territorioindigenaygfile:///C:/Users/Alex/Downloads/969-Texto%20del%20art%C3%ADculo-958-1-10-20170405%20(1).pdf)
gobnanza.com/web/bienvenidos/
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/24.pdf>

10.1 Cuestionarios

Entrevista



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DRECHO

TEMA. “VACIOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES EN LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDIGENA”

- a. ¿Considera que la aplicación de la justicia indígena puede vulnerar otros derechos constitucionales?
- b. ¿Considera que la aplicación de la justicia se sujeta al debido proceso que señala la ley?
- c. ¿Piensa que existe incertidumbre en el tema de jurisdicción y competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria?
- d. ¿Considera a la justicia indígena apta para conocer y procesar asesinatos y violaciones?
- e. ¿Considera necesario la creación de un cuerpo legal para el control de la justicia indígena?

Encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DRECHO

Distinguido profesional del derecho de la manera más comedida le solicito se digne a contestar la siguiente encuesta sobre el tema de tesis **“Vacíos Legales y Constitucionales en la aplicación dela justicia indígena”**, cuyos resultados me servirán para la culminación del presente trabajo de tesis.

- 1. ¿Conoce cuáles son los métodos que la justicia indígena aplica para sancionar a los infractores de sus normas y costumbres?**

Si () No ()

Cuales:

.....
.....
.....

- 2. ¿Conoce las normas base para sancionar a los infractores en las comunidades indígenas?**

Si () No ()

Cuales:

.....
.....
.....

3. **¿Considera que la aplicación de la justicia indígena vulnera derechos humanos y constitucionales?**

Si () No ()

Por qué:

.....
.....
.....

4. **¿Considera a la justicia indígena apta para conocer, procesar y resolver asuntos penales como un asesinato?**

Si () No ()

Por qué:

.....
.....
.....

5. **¿Es pertinente limitar el poder de la justicia indígena, para que no se vulneren derechos humanos o constitucionales?**

Si () No ()

Por qué:

.....
.....
.....

INDICE

PORTADA.....	VII
AUTORIZACION	II
AUTORIA	III
CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
ESQUEMASDE CONTENIDOS.....	VII
TITULO	1
RESUMEN	2
ABSTRACT	6
INTRODUCCION	8
REVISIÓN DE LITERATURA.....	10
Marco conceptual	10
Justicia indígena.....	10
Contradicción	13
Costumbres.....	14

Inconstitucionalidad.....	16
Procedimientos judiciales.....	17
Debido proceso.....	18
Vulneración.....	20
Derecho consuetudinario.....	21
Observancia.....	22
Funciones Jurisdiccionales.....	23
Ley Positiva.....	24
Pluralismo Jurídico.....	24
Contravención.....	26
Delito.....	27
Marco doctrinario.....	28
Origen de la Justicia Indígena en Ecuador.....	28
Normas que rigen las conductas en las comunidades indígenas.....	33
Justicia indígena y el mundo contemporaneo.....	35
Caso La Cocha, precedente histórico en Ecuador.....	39
Marco juridico.....	47
Constitución De la República del Ecuador.....	47

Código Orgánico Integral Penal	62
Código Orgánico de la Función Judicial	64
Derecho comparado	68
Constitución Política de Colombia	69
Constitución Política de Bolivia	70
Constitución Política de Perú	71
Constitución Política de México	72
Constitución Política de Guatemala	74
MATERIALES Y MÉTODOS	77
Métodos	77
RESULTADOS	79
Resultados de la aplicación de encuestas	79
Resultado de la aplicación de las entrevistas	94
Estudio de Casos	101
DISCUSIÓN	110
Verificación de Objetivos	110
Objetivo General	110
Objetivos Específicos	111

Contrastación de Hipótesis.....	112
Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.....	112
CONCLUSIONES.....	114
RECOMENDACIONES	116
PROYECTO DE REFORMA JURIDICA	118
Proyecto de enmienda constitucional.....	118
BIBLIOGRAFIA	123
ANEXOS	126
INDICE	146