

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Tema: “EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN LA JUSTICIA
INDIGENA”

Trabajo de Titulación modalidad Proyecto de Investigación y Desarrollo, Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional.

Autor: Doctor Borman Renán Vargas Villacrés PhD

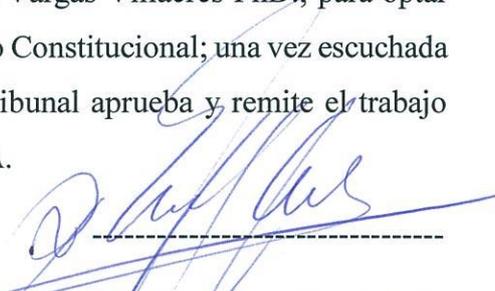
Director: Abogado Segundo Ramiro Tite Magíster

Ambato-Ecuador

2019

A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando Magíster Presidente y Miembro de Tribunal, e integrado por los señores Doctora María Gabriela Acosta Morales Magíster, Doctor Nelson Eduardo Mayorga Naranjo Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: **“EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA JUSTICIA INDIGENA”**, elaborado y presentado por el señor Doctor Borman Renán Vargas Villacrés PhD., para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.



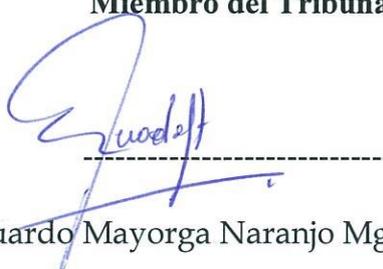
Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando Mg.

Presidente y miembro del Tribunal



Dra. María Gabriela Acosta Morales Mg.

Miembro del Tribunal

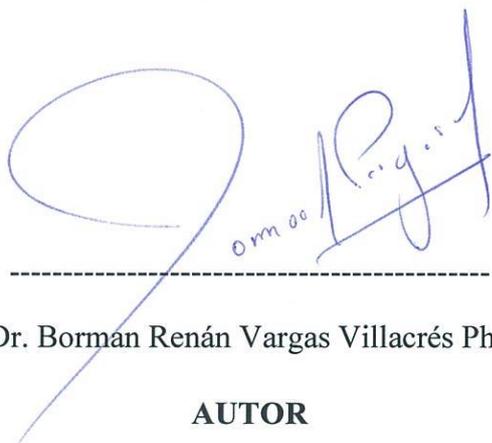


Dr. Nelson Eduardo Mayorga Naranjo Mg.

Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: **EL DERECHO CONSUECUDINARIO EN LA JUSTICIA INDIGENA**, le corresponde exclusivamente a: Doctor Borman Renán Vargas Villacrés PhD, Autor, bajo la Dirección del Abogado Segundo Ramiro Tite Magíster Director del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



Dr. Borman Renán Vargas Villacrés Phd

AUTOR

CI. 1802013704



Abg. Segundo Ramiro Tite Mg.

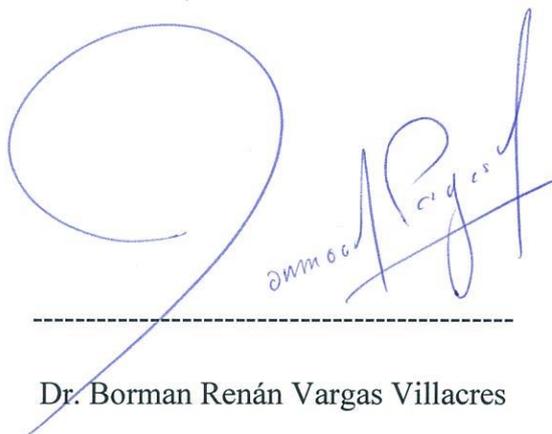
DIRECTOR

CI.1802258721

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.



Dr. Borman Renán Vargas Villacres

CC: 1802013704

AGRADECIMIENTO

La gratitud es el mejor don que Dios puso en la faz de la tierra, por ello expreso mi agradecimiento a la mejor universidad del país, la UTA, por brindar una educación de calidad, por entregar las mejores estrategias profesionales para resolver los problemas de la vida diaria, de una forma honesta, justa y transparente. Gratitud a sus autoridades, docentes y personal administrativo- de servicio, por ser líderes dignos ante Dios y la vida, gracias a quienes aportaron en mi formación de: jurista, docente y gestor cultural (Universidad Complutense de Madrid, Universidad NUR de Bolivia, Universidad Técnica de Ambato, Instituto Superior Belisario Quevedo-Pujilí, Colegio Juan Francisco Montalvo, Escuela Católica González Suarez) Ambato. (VARGAS B. , El valor formativo del conocimiento de las culturas de los pueblos originarios del Ecuador en la enseñanza básica, 2016)

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación no es un proceso o adquisición de nuevos conocimientos, sino un resultado de 5 décadas de trabajar y convivir con los campesinos, indios, afro ecuatorianos y sectores más vulnerables, mismos que han sido discriminados toda la vida. Razón por lo cual, con mi *shungo* y mi *huma* (corazón y cerebro), lo dedico a mi *taita* (padre Josecito) que con su sapiencia fue el eje en la formación de mi intelecto, a mi *mama* (madre) que siempre me protege como *guagua* (niño), a mi *huarmi* (esposa) que entiende mi doble pensamiento, y a mis *guaguas* (hijos): Giss, Jairo y Mathi gestores de mi memoria ancestral. (VARGAS B. , El valor formativo del conocimiento de las culturas de los pueblos originarios del Ecuador en la enseñanza básica, 2016)

RESUMEN

El presente trabajo de investigación esta direccionado al *Abya Yala* (continente americano), que nunca estuvo abandonado ni solo, razón por la cual no se descubrió, ¡se reconoció!, *Abya Yala* es el gran territorio Amerindio, donde nuestros pueblos originarios tenían su propio sistema de vida en todas las áreas, mismo que se le conoció como costumbres, Derecho Propio o Derecho Consuetudinario, actualmente definido por Derecho Natural, al mismo nivel de Derechos Humanos- Derechos Fundamentales.

En el Continente *Abya Yala* existió grandes imperios: *Aztecas*, *Mayas* y los *Incas* con una estructura orgánica funcional, jurídica- legal perfecta, que respondía a los legados del *ama shwa*, *ama killa*, *ama llulla* (no mentir, no robar, no ser ocioso), y la aplicación correcta del Derecho Consuetudinario por el Inca en todo su territorio, que conducía al *Sumak Kausay* (buen vivir).

Es necesario recalcar que el Derecho aparece y evoluciona, porque responde a los problemas de la vida diaria, con su principal objetivo de manter: la paz, la armonía y el bien común entre los habitantes del conglomerado social, ratificando así que la costumbre más costumbre más costumbre, consensuada por todos, se transforma en Derecho. Normas que si son cumplidas perfectamente tienen estímulos materiales y sociales, caso contrario son sancionados por su ley, conocido hoy en día como Justicia Indígena, misma que cumple con todos los requisitos de la justicia ordinaria aplicada en el Ecuador, como son el proceso de purificación, proceso de arrepentimiento y el proceso de inserción social. Ratificando que se cumple con: la seguridad jurídica, la tutela efectiva y el debido proceso: *Willaykunai*, *Tapuykuna*, *Chimbapurana*, *Chayaryna*, *Paktachina*, *Allichina*. (demanda, investigación, careo, resolución, cumplimiento, orientación-consejos),

Toda sociedad, pueblo o comunidad por más adelantada o retrasada existente en la faz de la tierra, en cualquier tiempo y espacio, tiene su organización y su sistema de vida legal, porque es legitimada por su pueblo, entonces los pueblos originarios del Ecuador y el mundo nunca vivieron en barbarie o mundo salvaje, ellos siempre estuvieron bajo una ley propia de ellos que respondía a su vida social,

política y religiosa, lo que pasa es que con las llamadas conquistas irrespetaron nuestros derechos, implantando una ley que no es nuestra, tratándonos como salvajes e ignorantes porque no aplicábamos su sistema de vida, porque obedecía a una realidad que no es nuestra. (VARGAS B. , El valor formativo del conocimiento de las culturas de los pueblos originarios del Ecuador en la enseñanza básica, 2016).

Descriptor: costumbre y tradiciones, comunidades indígenas, derecho consuetudinario, derecho natural, derecho positivo, filosofía ancestral, filosofía justicia y equidad, justicia indígena, memoria ancestral.

SUMMARY

The Constitutional Rights constitute a manifestation in the National Constitution, of the Human Laws that have been recognized by the international legal instruments. They recognize a set of prerogatives that, in essence, constitute the recognition of the status of being human, manifested in various environments, in which it's essential as a sign of civility, the guarantee of a set of faculties that enable integral human development. In indigenous justice in Ecuador, by establishing itself as an autonomous jurisdiction, it implies the possibility of communities, peoples and nationalities to know, prosecute and punish those who violate those acts that violate community norms within their territories and by some member of the community.

This recognition of legal plurality in Ecuador is a step forward in the recognition of ancestral cultures, but in terms of rights for those involved, it poses a challenge to the difference in the ordinary indigenous worldview. Thus, the absence of written norms, typical of the rights of these peoples, which is transmitted orally from generation to generation, manifests a set of restrictions on constitutional rights in the prosecution of the violator of the rules, such as the presumption of innocence, the possibility of proposing evidence, access to defense, proportionality between offense and punishment, so that, in many cases, it contradicts the exception to that jurisdiction.

It recognizes the proper administration of indigenous justice, but provided that the human rights recognized in the Constitution and international legal instruments aren't violated, an issue that will build the central theme of this study

Keywords: *costumbre y tradiciones, comunidades indígenas, derecho consuetudinario, derecho natural, derecho positivo, filosofía ancestral, filosofía justicia y equidad, justicia indígena, memoria ancestral.*

INTRODUCCIÓN

La Investigación: sobre **“LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN EL PROCESO DE LA JUSTICIA INDÍGENA”** este compuesto por seis capítulos que en forma paulatina y didáctica se va desarrollando- explicando la riqueza del Derecho Consuetudinario y su aplicación en la Justicia Indígena, que no es otra cosa que la ejecución del Derecho Propio en su pueblo, en sus habitantes de toda la vida.

El Capítulo I : EL PROBLEMA, contiene: El Planteamiento del Problema, mismo que lo desarrollamos enfocándonos en las 2 variables: el Derecho consuetudinario y el proceso de la justicia indígena, que será desglosado en la Contextualización: Macro, que se enfoca a nivel Latinoamericano, Meso se desarrolla a nivel nacional y Micro enfocamos a la provincia de Tungurahua, principalmente en la parroquia de Quisapincha, así también se desarrolla el Análisis Crítico, Interrogantes de la Investigación, Delimitación del Objeto, Unidades de Observación, Justificación, Objetivos: General y Específicos mismos que deben ser expuestos con el asesoramiento de expertos en justicia indígena.

El Capítulo II: MARCO TEÓRICO.- o conocido como estado del arte es la compilación y el parafraseo de conocimientos, doctrinas y filosofía del derecho consuetudinario- justicia indígena en todo un contexto con la realidad indígena y campesina investigada, que tendrá: Antecedentes Investigativos (investigaciones realizadas sobre el tema hasta la actualidad), también se fundamenta el tema de estudio en el ámbito legal y filosófico, mismo que nos brinda el soporte necesario para la sustentación del Derecho Consuetudinario y la Justicia Indígena.

El Capítulo III: METODOLOGÍA.- Describimos el método, la técnica, los instrumentos, las actividades empleadas en el proceso y desarrollo del trabajo de investigación del Derecho Consuetudinario y la Justicia Indígena, así como se plantea el enfoque, los tipos de investigación que se aplica en el desarrollo de la investigación, misma que será de carácter mixto porque utilizaremos: métodos Cuantitativo y Cualitativo con una modalidad de Investigación estrictamente de campo y bibliográfica-documental, llegando a un tipo de Investigación: explorativo, descriptivo y explicativo ya que la consecución de información de los

principios de autodeterminación que se direccionen al Derecho Consuetudinario y su aplicación en la justicia indígena necesita de alternativas investigativas. La Población y Muestra será de acuerdo a la realidad de la parroquia Quisapincha, la Operacionalización de Variables nos ratificará las dimensiones e indicadores, obteniendo como resultado ítems que a la postre serán las preguntas de las encuestas a aplicarse, sistematizados en: Técnicas e Instrumentos.

El Capítulo IV: ANALISIS DE RESULTADOS. - El capítulo IV es el resultado de una forma técnica y estadística de la recolección de datos, aplicado en la metodología del trabajo, mismos que se lo realiza en forma objetiva con los datos de la investigación, cumpliendo con una secuencia sistemática de los objetivos, metas del proyecto planificado (análisis e interpretación).

El Capítulo V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. – De acuerdo al trabajo y desarrollo de la investigación las conclusiones en su mayoría son negativas, mismos que proceden del análisis y comprobación de los objetivos, y de la interpretación de los resultados.

En lo que se refiere a las recomendaciones se trabaja exclusivamente con las conclusiones y el marco teórico en donde nos brinda las posibles soluciones a los problemas planteados, que serán analizados con expertos en el tema, para priorizar sus soluciones, a las que en el futuro lo llamaremos propuesta.

El Capítulo VI: LA PROPUESTA. - En el presente capítulo se expone la alternativa de solución más real al problema planteado, como proceso de la investigación, que es jurídica y de alcance constitucional, acorde al materialismo dialéctico que vive nuestro sistema jurídico, respetando siempre: el bloque constitucional, el control concreto y abstracto, base fundamental en el desarrollo constitucional del Ecuador. Si tendrá un título o nombre de la propuesta, que está acompañada de objetivos: generales y específicos, una justificación, con un marco referencial del tema, a la cual se aplica el desarrollo del producto, y para finalizar se expone conclusiones y recomendaciones. (VARGAS B. , El valor formativo del conocimiento de las culturas de los pueblos originarios del Ecuador en la enseñanza básica, 2016)

ÍNDICE GENERAL

Portada.....	i
Unidad Académica de Titulación.....	ii
Autoría del Trabajo de Titulación.....	iii
Derechos de autor.....	iv
Agradecimiento.....	v
Dedicatoria.....	vi
Resumen.....	vii
Summary.....	ix
Introducción.....	1
Índice general.....	3
Índice de tablas.....	6
Índice de gráficos.....	7
CAPÍTULO I.....	8
EL PROBLEMA.....	8
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	8
CONTEXTUALIZACIÓN.....	8
MACRO.....	8
MESO.....	10
MICRO.....	11
ÁRBOL DE PROBLEMAS.....	13
ANÁLISIS CRÍTICO.....	14
PROGNOSIS.....	16
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	16
INTERROGANTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	17

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	17
DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO	17
DELIMITACIÓN ESPACIAL	17
DELIMITACIÓN TEMPORAL	17
UNIDADES DE OBSERVACIÓN	18
JUSTIFICACIÓN	18
OBJETIVOS	20
OBJETIVO GENERAL	20
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	20
CAPÍTULO II	21
MARCO TEÓRICO	21
ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	21
FUNDAMENTACIÓN	22
FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA	22
FUNDAMENTACIÓN LEGAL	23
CATEGORÍAS FUNDAMENTALES	26
CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE DEPENDIENTE	27
CONSTELACIÓN DE IDEAS DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE	28
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	29
CONSTITUCIÓN	29
TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES	31
DERECHO CONSUECUDINARIO	34
DERECHOS COLECTIVOS	48
PLURALISMO JURÍDICO	48
JUSTICIA INDÍGENA	52
NORMATIVA QUE LEGITIMA LA JUSTICIA INDÍGENA	63

HIPÓTESIS.....	67
DETERMINACIÓN DE VARIABLES.....	67
VARIABLE INDEPENDIENTE	67
VARIABLE DEPENDIENTE	67
CAPÍTULO III.....	68
METODOLOGÍA	68
ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	68
MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN	68
BIBLIOGRÁFICA – DOCUMENTAL	68
DE CAMPO	69
TIPO DE INVESTIGACIÓN	69
DESCRIPTIVA	69
EXPLICATIVA.....	70
POBLACIÓN Y MUESTRA.....	70
OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.....	71
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	73
PLAN PARA LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	74
PLAN DE PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN	74
CAPÍTULO IV.....	75
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	75
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA ENCUESTA DIRIGIDA A MIEMBROS DE COMUNIDADES INDÍGENAS ECUATORIANAS, DE QUISAPINCHA Y PUEBLOS PANSALEOS.....	83
CAPÍTULO V	93
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	93
CONCLUSIONES	93

RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	115
ANEXOS	121
PAPER	128

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Población y Muestra.....	70
Tabla 2. Operacionalización de la Variable Independiente: Justicia Indígena	71
Tabla 3. Plan para la recolección de información.	74
Tabla 4. Justicia indígena y justicia ordinaria: procedimiento.....	75
Tabla 5. Respeto de garantías del debido proceso en la justicia indígena	76
Tabla 6. Respeto a derechos humanos en la justicia indígena	77
Tabla 7. Respeto en la justicia indígena, de instrumentos legales	78
Tabla 8. Garantía de la presunción de inocencia.....	79
Tabla 9. Impacto de la no tipificación en la seguridad jurídica	80
Tabla 10. Acceso a la defensa en la justicia indígena	80
Tabla 11. Aportación de medios probatorios	81
Tabla 12. Conocimiento de Actos Prohibidos.....	83
Tabla 13. Conocimiento sobre sanciones en la comunidad	84
Tabla 14. Respeto a los derechos humanos de procesados	85
Tabla 15. Respeto de legislación nacional e internacional.....	86
Tabla 16. Garantía de la presunción de inocencia.....	87
Tabla 17. Impacto en la seguridad de la no escritura de infracciones y penas.....	88
Tabla 18. Acceso a la Defensa	89
Tabla 19. Posibilidad de proponer pruebas	90
Tabla 20. Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones	91

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Árbol de problemas	13
Gráfico 2. Categorías Fundamentales	26
Gráfico 3. Constelación de ideas de la Variable Independiente.....	28
Gráfico 4. Constelación de ideas de la Variable Dependiente	27
Gráfico 5. Justicia indígena y justicia ordinaria: procedimiento.....	75
Gráfico 6. Respeto de garantías del debido proceso en la justicia indígena	76
Gráfico 7. Respeto a derechos humanos en la justicia indígena	77
Gráfico 8. Respeto en la justicia indígena, de instrumentos legales	78
Gráfico 9. Garantía de la presunción de inocencia.....	79
Gráfico 10. Impacto de la no tipificación en la seguridad jurídica	80
Gráfico 11. Acceso a la defensa en la justicia indígena	81
Gráfico 12. Aportación de medios probatorios	82
Gráfico 13. Proporcionalidad entre infracción y pena, en la justicia indígena	83
Gráfico 14. Conocimiento de Actos Prohibidos.....	84
Gráfico 15. Conocimiento sobre sanciones en la comunidad	85
Gráfico 16. Respeto a los derechos humanos de procesados	86
Gráfico 17. Respeto de legislación nacional e internacional	87
Gráfico 18. Garantía de la presunción de inocencia.....	88
Gráfico 19. Impacto en la seguridad de la no escritura de infracciones y penas ..	89
Gráfico 20. Acceso a la Defensa	90
Gráfico 21. Posibilidad de proponer pruebas	91
Gráfico 22. Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones	92

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Tema: “la aplicación del derecho consuetudinario en el proceso de la justicia indígena”

Planteamiento del Problema

Contextualización

Macro

La universalización del mundo ya sea por la globalización, tecnológica, comercial y principalmente en el ámbito jurídico, más aun cuando después de la segunda guerra mundial existió la necesidad de limitar el poder y poner un candado a la justicia para evitar la autodestrucción de los países, razón por la cual se crea organizaciones que defienden los derechos fundamentales y humanos a nivel del continente y el mundo, con carácter coercitivo y de cumplimiento inmediato-obligatorio (bloque constitucional). Acontecimientos que ha dado origen a los DESC, y la organización de los pueblos originarios del mundo, movimientos indígenas a nivel internacional y latinoamericano, convirtiéndose en objeto de estudio en las últimas décadas. Organizaciones mundiales, a los cuales los estados proceden a dotarles de un reconocimiento justo, devenido de su historia y desarrollo en los últimos siglos traduciéndose en el reconocimiento de sus culturas en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales y aprobación de instrumentos- Convenios internacionales (Guastini).

Como consecuencia del reconocimiento de su cultura, idiosincrasia, formas de pensar, vivir y actuar, que son primarias con relación a la cultura occidental, se les ha reconocido igualmente, el derecho a disfrutar de un sistema de

justicia propia, autónoma, pegado a sus costumbres, consecuencia de siglos de cultura originaria.

Internacionalmente existen un conjunto de convenios y tratados adoptados por organismos internacionales que contienen el fundamento para el reconocimiento, respeto y aplicación de una justicia indígena. Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales del año 1989, así como la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, en las que se pronuncia sobre la obligación de los Estados partes en cuyos territorios se encuentren pueblos y nacionalidades indígenas, respetar los valores originarios de sus sistemas de justicia – derecho propio, siempre que no atenten contra los derechos humanos reconocidos internacionalmente.(OIT, 1989)(ONU, 2007)

El objetivo de tratados y convenios internacionales en relación a la realidad mundial dista mucho del espíritu que persiguen, pues si bien es cierta la existencia de un mayor consenso sobre el respeto a estos pueblos y comunidades, mediante el entendimiento y comprensión de su cultura y realidad, aún continúan las posiciones que se niegan a reconocer un sistema de justicia propio, que presenta el problema en muchas ocasiones antagónica al espíritu de las leyes ordinarias establecidas en el país, por lo que en torno a ello se necesita conseguir acuerdos nacionales para armonizar los intereses internos y proyectarse externamente.

Latinoamérica no ha sido la excepción a la regla. Países vecinos al Ecuador como Colombia, Perú, Bolivia y Brasil, han sido alguno de los que han insertados en sus textos constitucionales y legislaciones, temas que aluden a la cuestión indígena y a la justicia propia, brindándoles un reconocimiento adecuado a nivel regional, después de ingentes luchas para el reconocimiento de los derechos indígenas, no fue hasta el año 2016 en que fue aprobada la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Organización de Estados Americanos (OEA), lo que se erige como el instrumento jurídico principal en este

ámbito. En este instrumento se les reconoce el derecho a una jurisdicción indígena propia.(OEA, 2016)

En esencia, la justicia indígena es de reciente incorporación a los instrumentos jurídicos internacionales y normativas jurídicas de países latinoamericanos como los señalados. Aunque ciertamente este hecho constituye un gran avance en el reconocimiento de la cultura de estos pueblos, ciertamente en muchos casos las formas de administrar la justicia propia, entra en contradicción con los derechos constitucionales. La cosmovisión indígena en la forma de ver la impartición de justicia, las infracciones y las sanciones, son diferentes como son concebidas en las constituciones contemporáneas, lo que provoca que muchos preceptos que se erigen como garantías mínimas del debido proceso en los textos fundamentales, no sean observadas por estos pueblos.

Debido a ello, tanto en los instrumentos internacionales como en las normativas, es habitual encontrar una limitación que se sustenta en la imposibilidad de que, dichas prácticas y costumbres, no pueden atentar contra los derechos establecidos en las constituciones, ni transgredir los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales que se pronuncian sobre ello.

Meso

Hay que entender que el Convenio No. 169 de la OIT, aprobado en el año 1989, realmente fue en América Latina, el motor impulsor para que unos conjuntos de países adopten una legislación de avanzada en este sentido. Perú, con su Constitución de 1993, reconoce la aplicación de la justicia de las Comunidades Campesinas y Nativas (En esta nación, la legislación considera a las comunidades indígenas de la sierra, como comunidades campesinas; y a las comunidades indígenas de la selva, como comunidades nativas(Comisión Andina de Juristas, 2009, pág. 41).(Perú, Congreso Constituyente Democrático, 1993)

Por su parte, las constituciones de Bolivia y Colombia, igualmente hacen especial énfasis en la autonomía de la jurisdicción indígena. La boliviana enuncia en sus artículos 190 y 191, el derecho de ejercer las funciones jurisdiccionales en

favor de las propias poblaciones indígenas originarias y campesinas. Además, establece en el artículo 202 numeral 11 que cuando existan antagonismos entre la justicia indígena y la ordinaria, los resolverá el Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia, Asamblea Constituyente, 2009). Por su parte, en Colombia, la constitución también ha reconocido en su artículo 246 la función jurisdiccional en favor de las propias comunidades indígenas, como una jurisdicción especial. Ante cualquier diferencia, será la Corte Constitucional, la que resolverá, cuestión regulada en el artículo 241 numeral 11.(Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Aunque ciertamente dichos países han constituido un referente importante para el resto del mundo, en materia de tratamiento de la justicia indígena, ciertamente en las propias normas se impone el deber de respetar los derechos establecidos en la constitución. Esta realidad restringe las prácticas indígenas, pues les obliga a observar las reglas, derechos, deberes y garantías establecidas en dicho texto, lo que en la práctica no acontece.

Micro

Ecuador no ha quedado rezagado en el reconocimiento a los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas. Desde la Constitución de 1998, reasumida por la del 2008, se consideró al país como un Estado plurinacional, haciéndose eco del reconocimiento de dichas comunidades y, desde entonces, se les reconoce el derecho a una justicia propia diferente a la ordinaria, encontrándose regulado en el artículo 191 de la norma de 1998 y artículo 171 de la vigente.(Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 1998) (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

No obstante, este reconocimiento, en la práctica la aplicación de la justicia indígena pudiera entrar en conflicto con preceptos y principios establecidos, ya no en tratados y convenios internacionales de los que el Ecuador es parte, sino de la carta magna ecuatoriana. En este caso se puede decir que los líderes u otros individuos de las comunidades indígenas se ubican en las posturas de policía, investigador, fiscal y juez, lo que se puede entender que es contrario a las exigencias de un juicio con garantías mínimas, de una defensa adecuada, de sanciones

proporcionadas y legales, atentando contra derechos humanos plasmados en la Constitución del año 2008.

Queda claro el reconocimiento de la justicia indígena en el país. No obstante, la propia ley de leyes establece una restricción clara en el artículo 171: no se podrá ir en contra de la Constitución ni de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Teniendo en cuenta ello, no es viable para un “Estado de derechos” como lo es Ecuador, en el que constantemente se realizan esfuerzos por dotar a su sistema jurídico de mayores y mejores garantías, en materia de derechos humanos. Si bien es cierta la necesidad de respetar sus costumbres, no parece que el texto constitucional lo establezca de manera absoluta, pues existen prácticas indígenas caracterizadas por la crueldad y brutalidad, y por la vigencia de principios como el “ojo por ojo, diente por diente”, que son propias de situaciones primitivas y de falta de garantías de los sujetos en una comunidad.(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Árbol de Problemas

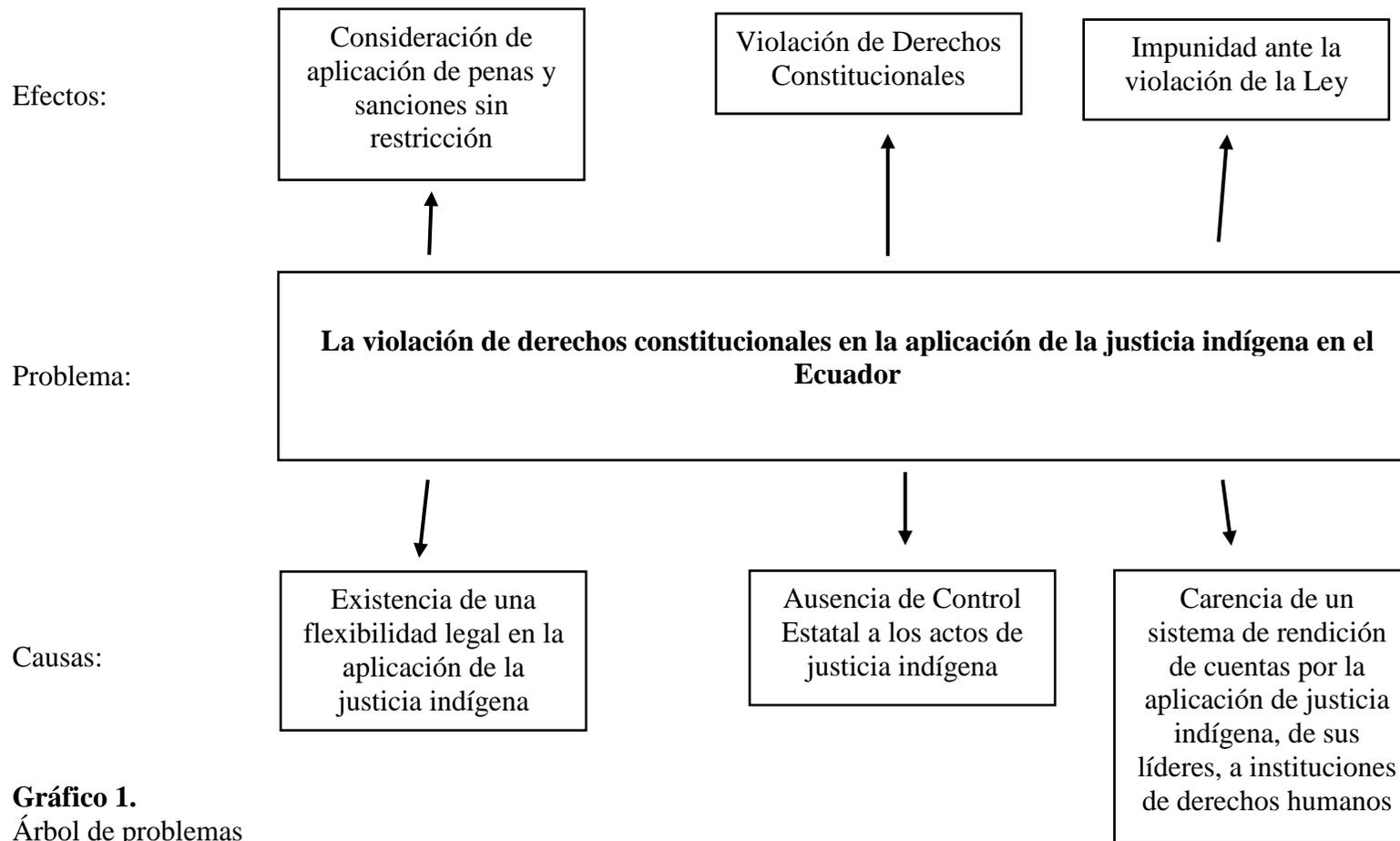


Gráfico 1.

Árbol de problemas

Fuente: Contextualización

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis Crítico

A partir del reconocimiento a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas en el Ecuador, de sus derechos ancestrales, se logró en el país, revertir una de las injusticias históricas que no solo en la nación se habían cometido, sino en toda Latinoamérica. Los actos de barbarie acontecidos durante la colonización española, seguida posteriormente con la discriminación y explotación de estos pueblos, por los criollos, constituyó uno de los actos en la historia humana de los que más se tiene que sentir poco orgullosa nuestra raza.

Como consecuencia, el reconocimiento en textos legales, tales como la Constitución del 2008, les confirió una autonomía que posibilitó incluso, que tuvieran en sus territorios, sistemas de justicia propios, acordes con las costumbres originarias. Pero esta cuestión, aun cuando es justa, se ha extralimitado en el territorio nacional. Con una errada concepción de que estos pueblos y nacionalidades pueden en sus territorios, aplicar la justicia indígena, sin tener en cuenta las concepciones actuales de derechos humanos, establecidas en la Constitución y convencidos internacionales, provocan la violación de los derechos establecidos en estos textos legales sin tener una correcta aplicación del Derecho Consuetudinario en la justicia indígena.

El sometimiento a posibles infractores a procesos que carecen de los más elementales juicios de justeza, la ausencia de garantías a los procesados, la existencia de penas crueles que más parecen torturas que sanciones con fines de reeducación, son algunos de los elementos que caracterizan en la actualidad la impartición de la justicia indígena, atentando contra los derechos establecidos en la Constitución del año 2008.

Esta cuestión, se refuerza en el país, por la ausencia de una institución estatal de control de estos actos de impartición de justicia. No es posible confundir autonomía con el despotismo, en la que la autoridad aplica leyes sin el control o supervisión de entes ajenos, sin respetar preceptos de orden superior. En el Ecuador,

no existe un ente eficaz, capaz de controlar la legitimidad de los actos y proceder que realizan estas comunidades, al impartir justicia.

Unido a ello, no existe un sistema de rendición de cuentas por parte de los líderes de estos pueblos y nacionalidades, a instituciones de derechos humanos en el Ecuador, en la que expongan los actos de impartición de justicia en determinado período, donde deban no solo someter sus consideraciones a dichas instituciones sobre el procedimiento, particularidades y penas establecidas, así como las formas de ejecución, sino también la necesidad y pertinencia de las mismas.

No se trata de limitar o restringir las autonomías concedidas las comunidades indígenas en el Ecuador. De lo que se trata es que, la impartición de la justicia indígena se logre, apegada lo más posible a las costumbres ancestrales que informan dichas culturas, pero con la contemporaneidad que impone lo más avanzado en materia de derechos humanos. Se trata de intentar armonizar la práctica de la justicia indígena, con los derechos establecidos en la Constitución, de forma tal que dicha autonomía, posea una restricción eficaz y concreta dispuesta por las normas y preceptos constitucionales, de forma tal que, sin perder la práctica originaria, se manifieste, garantizando los derechos constitucionales que son, por demás, el resultado de siglos de evolución en materia de justicia.

Estos elementos que han sido analizados, provocan en la realidad ecuatoriana que los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, puedan aplicar penas y sanciones con su propio criterio, sin ningún tipo de restricción, lo que contradice la norma suprema en lo referente a la tipicidad, pues el artículo 76 numeral 3 de la Constitución, señala que nadie podrá ser sancionado sin la existencia de una conducta y pena tipificadas previamente en la ley, lo que no acontece en la realidad indígena debido a la naturaleza de su cultura.(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Ello, unido a otras prácticas ajenas a las exigencias de la Constitución, implican que es habitual que se quebranten derechos constitucionales como el acceso a la defensa, la proporcionalidad entre la infracción y la pena, la posibilidad plena de aportar pruebas, la presunción de inocencia, entre otros derechos

constitucionales que se ven limitados o vulnerados por no existir un mecanismo de control adecuado. Este último elemento, se erige como el tercer efecto indeseable para la realidad nacional.

La inexistencia de un procedimiento eficaz de coordinación y cooperación, así como de control, a la impartición de justicia indígena en el Ecuador, implica que en los pueblos y comunidades donde se aplica la justicia indígena, existe una impunidad ante las conductas y comportamientos que son contrarios a las normas contenidas en la carta magna. El desconocimiento de lo que realmente sucede, provoca que muchos procedimientos al interior de esta justicia, no sean evaluados por los organismos de derechos humanos del país, y queden como siempre, en la impunidad, cuestión que exige un pronunciamiento.

Prognosis

De continuar la práctica de justicia indígena en el Ecuador sin un proceso claro sistematizado y sin respetar el derecho consuetudinario de los pueblos originarios del Ecuador, se prolongará su impartición bajo cánones obsoletos y arcaicos, que consolidarán la violación de derechos constitucionales establecidos no solo en la Carta Magna Ecuatoriana, sino en los tratados y convenios internacionales de los que el país es signatario, provocándose una afectación grave y seria, al sistema de justicia integral nacional.

Formulación del Problema

¿La no aplicación del Derecho Consuetudinario en la justicia indígena en el Ecuador, quebranta los derechos constitucionales establecidos en la Carta Magna y en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos de los que el Ecuador es parte?

Interrogantes de la Investigación

1. ¿Cuáles son los principios del Derecho Consuetudinario?
2. ¿Cómo incide la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, en relación de los derechos constitucionales?
3. ¿Cuáles son los mecanismos a implementar, para la aplicación del Derecho Consuetudinario en la justicia indígena?

Delimitación del Objeto de la Investigación

Delimitación del Contenido

Campo: Jurídico

Área: Derecho Constitucional

Aspecto: Derecho Consuetudinario, derechos humanos, justicia indígena

Delimitación Espacial

La investigación se realizará en el territorio ecuatoriano, en las 18 comunidades de la parroquia Quisapincha y el pueblo de Panzaleo, debido a que son territorios donde mayor concentración de pueblos y nacionalidades indígenas existe, a tenor de los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Delimitación Temporal

La presente investigación tendrá como delimitación temporal, el periodo 2016-2018.

Unidades de Observación

- Pueblos y comunidades indígenas de Quisapincha y Panzaleos
- Miembros de comunidades indígenas de Quisapincha y del pueblo de Panzaleo,
- Miembros de la Función Judicial que han atendido reclamaciones o denuncias por la aplicación de la justicia indígena, vinculados con las comunidades de Quisapincha y el pueblo de Panzaleo.

Justificación

Es indudable que la presente investigación reviste un gran **interés** no solo en el ámbito nacional, sino regional. El Derecho Consuetudinario como principio fundamental en la aplicación del pluralismo jurídico, la impartición de justicia ha sido considerada como uno de los estandartes por los que una nación recibe críticas o elogios. En este sentido, el análisis derivado del presente estudio, delimitará la situación de la impartición de justicia indígena en el Ecuador, de forma tal que permita evaluar qué prácticas atentan contra los derechos establecidos en la Constitución. El presente estudio, dotará de legitimación o no, a las prácticas que en la realidad ecuatoriana están teniendo lugar en dichos pueblos y nacionalidades, por lo que indiscutiblemente impactará de forma positiva en lograr una justicia indígena mucho más acabada y respetuosa de la legalidad constitucional.

La **importancia** de la presente investigación en el ámbito del pluralismo jurídico basado en el Derecho Consuetudinario aportará a los estudios nacionales en materia de cultura indígena, el estado actual de la impartición de justicia, delimitando sus características, principios informadores, formas y maneras de procesar y sancionar, así como ejecutar las decisiones para los infractores, dotando al cúmulo de investigaciones ecuatorianas existentes sobre las comunidades indígenas, de un referente novedoso sobre las contrariedades existentes entre la aplicación de la justicia indígena y los derechos humanos establecidos en la Carta Magna ecuatoriana del año 2008. Este estudio, no solo actualiza en el país, las principales concepciones indígenas relativas a la impartición de justicia, sino que

logra delimitar su práctica con los derechos establecidos en la Constitución, lo que sin lugar a dudas perfecciona el sistema de derecho nacional.

La investigación que se presenta es de gran **impacto**, ya que los resultados que se obtenga, posibilitaran evaluar la constitucionalidad de muchas prácticas de justicia indígena en el Ecuador, permitiendo por ende elaborar ideas que sobre la base del perfeccionamiento y control institucional, permitan una armonización entre las prácticas ancestrales de justicia indígena y la garantía de los derechos plasmados en la Ley Fundamental ecuatoriana. En este sentido, dichos resultados han establecido un precedente latinoamericano, en el sentido de la necesidad de establecer estudios profundos sobre los sistemas de justicia ancestrales en la región, a los efectos de evaluar sus antagonismos con derechos contenidos en normas de jerarquía suprema, así como en tratados internacionales, a los efectos de ponderar en lo posible, las limitaciones y exageraciones que, en torno a la impartición de justicia, sean establecidas en estas comunidades.

La investigación, posee todos y cada uno de los elementos de **factibilidad**. Porque es un tema donde todos quieren aportar ya que es nuevo en ámbito del Derecho Consuetudinario, así se cuenta con las herramientas técnicas, humanas, bibliográficas, financieras y presupuestarias suficientes, para realizar cada una de las acciones planificadas de forma tal que se logrará cumplir con cada uno de los objetivos planteados. En este sentido, el estudio fue factible en tanto cada una de las acciones y actividades diseñadas, para lograr la finalidad, fueron cumplidas con suficiencia investigativa y profundidad científica. En segundo lugar, la propuesta proyectada igualmente goza de factibilidad, pues son ideas que se proyectan sobre la base de una investigación de campo que adopta posturas en base a vivencias concretas, reales y a análisis objetivos, no viciados por posturas ideológicas, culturales o de otra clase. En ello, se estableció la propuesta, la que, por sus características, no exige mayores esfuerzos que el de analizar con suficiencia, los argumentos aportados que se demuestran en la presente.

Los **beneficiarios** de la presente investigación constituyen sin lugar a dudas sujetos o instituciones jurídicas que se favorecerían de los resultados del estudio. En primer lugar, con la presente investigación, se beneficiaría el sistema

de justicia ecuatoriano, al contar con elementos que lo debilitan o resquebrajan, y establecer a partir de ello, posibles opciones de solución a los problemas que, en este sentido, pudieran identificarse. En segundo lugar, se pueden identificar como beneficiarios, las comunidades indígenas del Ecuador, que contarían con una herramienta investigativa, que delimitaría el alcance de los actos de impartición de justicia que están llevando a cabo, y sus antagonismos con derechos establecidos en la Constitución, y a partir de ello, sin restringirles sus creencias, les posibilitaría perfeccionarlos, a los efectos de que armonicen con el espíritu de los preceptos contenidos en la Carta Magna.

Objetivos

Objetivo General

- Analizar los principios del Derecho Consuetudinario y su aplicación en la justicia indígena.

Objetivos Específicos

- Determinar los principios del Derecho Consuetudinario.
- Establecer los índices de aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, en relación de los derechos constitucionales.
- Proponer los principios del Derecho Consuetudinario en la aplicación de la justicia indígena, para una mejor aplicabilidad sin vulneración de Derechos Constitucionales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Antecedentes Investigativos

Varias y diversas son las investigaciones que se han realizado en relación con temas de justicia indígena en el Ecuador, pero no existe en Derecho Consuetudinario.

En este sentido, César Augusto Cárdenas Ochoa, realizó una investigación en el año 2010, titulada “*La justicia indígena según la Constitución del Ecuador del año 2008 y su representación en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrum, del Cantón Cañar*”, por la Universidad de Cuenca. Esta investigación analiza las prácticas de la justicia indígena en dicha comunidad, concluyendo que, aunque en el Ecuador la justicia indígena se encuentra estipulada en la Constitución, en la realidad se pueden encontrar conflictos entre este tipo de justicia y la ordinaria. Igualmente, el autor afirma que más que beneficios, el reconocimiento expreso de la Constitución del 2008 a la autonomía en la impartición de justicia a estas comunidades, ha provocado resultados nefastos, con el ajustamiento de varias personas violando los más elementales derechos humanos, recomendando la toma de postura del gobierno. (Cárdenas Achoa, 2010)

Otra importante investigación es la realizada por Marco Vinicio Guanín Tamayo y Javier Omar Cañizares Salinas, en el año 2011, titulada “*La violación de los principios constitucionales en la aplicación de la justicia indígena*”, por la Universidad Técnica de Cotopaxi. En este estudio, los autores persiguen delimitar si la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, quebranta los principios

Establecidos en la Carta Magna, concluyendo que en la comunidad Chilla Grande del Cantón Saquisilí Provincia de Cotopaxi, los moradores confían más en la justicia indígena que en la justicia ordinaria, ya que en la justicia indígena los problemas se resuelven en forma inmediata y oportuna, en cambio en la justicia ordinaria existen varias etapas procesales que deben tramitarse para llegar a dictar la correspondiente sentencia. También exponen que no existe una norma legal que exprese el alcance de competencia que debe conocer la justicia indígena y los casos en donde debe intervenir la justicia ordinaria; así como que los medios de comunicación han dado cobertura a casos de ajusticiamiento indígena en forma irónica, morbosa y sensacionalista, sin tener conocimiento del derecho consuetudinario que tienen los pueblos indígenas para castigar los delitos cometidos en sus comunidades.(Guanín Tamayo & Cañizares Salinas, 2011)

Trascendental ha sido el estudio realizado por Pablo Ortiz-T, sociólogo ecuatoriano y profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, titulado “*Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina: Una panorámica de cuarto de siglo*”, en el año 2014, en la que el investigador, analiza con carácter crítico, un balance de las legislaciones de la mayoría de los países del área, especialmente Ecuador, antes y después de la entrada en vigencia del Convenio No. 169 de la OIT, en las áreas constitucionales, de género, extendiéndose a un cúmulo de entornos que hacen su estudio, muy importante. Este autor concluye que, en Latinoamérica, la justicia indígena en algunas naciones posee un alcance no solo a los miembros de dichas comunidades, sino que puede extenderse a sujetos que no pertenezcan a ellas. Unido a ello expone que, ciertamente podrían manifestarse en los sistemas de justicia indígena y ordinaria, antagonismos, los que deberán ser resueltos por vías menos rápidas que la legislativa.(Ortiz-T, 2014)

Fundamentación

Fundamentación Filosófica

El estudio que se realiza, tiende a resaltar los principios del Derecho Consuetudinario establecidos en la Constitución del Ecuador y verificar su aplicación en la justicia indígena, por lo que se dirige a lograr a partir de su

identificación, un perfeccionamiento de la justicia indígena a través de su armonización con el espíritu de los preceptos establecidos en la Carta Magna.

Ello se pretende mediante la realización de una investigación crítica-propositiva, porque no solamente busca fiscalizar aquellas prácticas ancestrales de impartición de justicia, buscando los antagonismos con los derechos constitucionales establecidos a los efectos de delimitar su alcance y quebrantamiento. Propositivo, porque partiendo de las falencias existentes, se propondrán las posibles soluciones a las dificultades observadas, de forma tal que la práctica de justicia indígena, no contravenga lo establecido en la Carta Magna.

Fundamentación Legal

Constitución de la República del Ecuador.

“Art. 171.- Las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro del ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios, para la solución de los conflictos internos y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos y garantizados en instrumentos internacionales vigentes.

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.”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Comentario: El espíritu de esta norma constitucional, establece la posibilidad de que los pueblos y nacionalidades indígenas lleven a cabo una de las funciones que meramente le ha sido reconocido al Estado, la función jurisdiccional. Teniendo en cuenta esta disposición, se atenderán a las tradiciones ancestrales, pero

dichos procedimientos no deberán contrariar la Constitución, ni los derechos humanos reconocidos por instrumentos jurídicos internacionales.

“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:

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.”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Comentario: Este precepto constitucional se erige como una de las garantías establecidas en la Carta Magna, al darle la posibilidad a las comunidades indígenas de crear, consolidar y desarrollar su propio derecho ancestral, conforme a sus prácticas y costumbres originarias, pero establece una clara restricción que es la de no vulneración de los derechos establecidos en la Constitución, lo que implica una limitante a la proliferación y ejecución de reglas de comportamiento interno en dichos pueblos.

Código Orgánico de la Función Judicial.

“Art. 343.- ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA. - Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.”(Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Comentario: Se trata de una reproducción casi literal del artículo 171 de la Constitución, viene a reforzar en la actuación judicial, la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, de forma tal que constituye una reafirmación de dicho derecho. Pero también constituye una ratificación a la limitante de la aplicación de la justicia indígena basándose en las prácticas ancestrales que vulneren los derechos establecidos en la Ley de Leyes y tratados internacionales.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

“Art. 39.- Objeto.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”(Ecuador, LOGJCC, 2009)

Comentario: Este artículo, referido a la promoción de Acción de Protección, establece la posibilidad de que algún miembro de una de las comunidades indígenas a las que se les haya aplicado un procedimiento o sanción como consecuencia de la aplicación de la justicia indígena, pueda acudir a la Corte Constitucional, para exigir el amparo.

Categorías Fundamentales

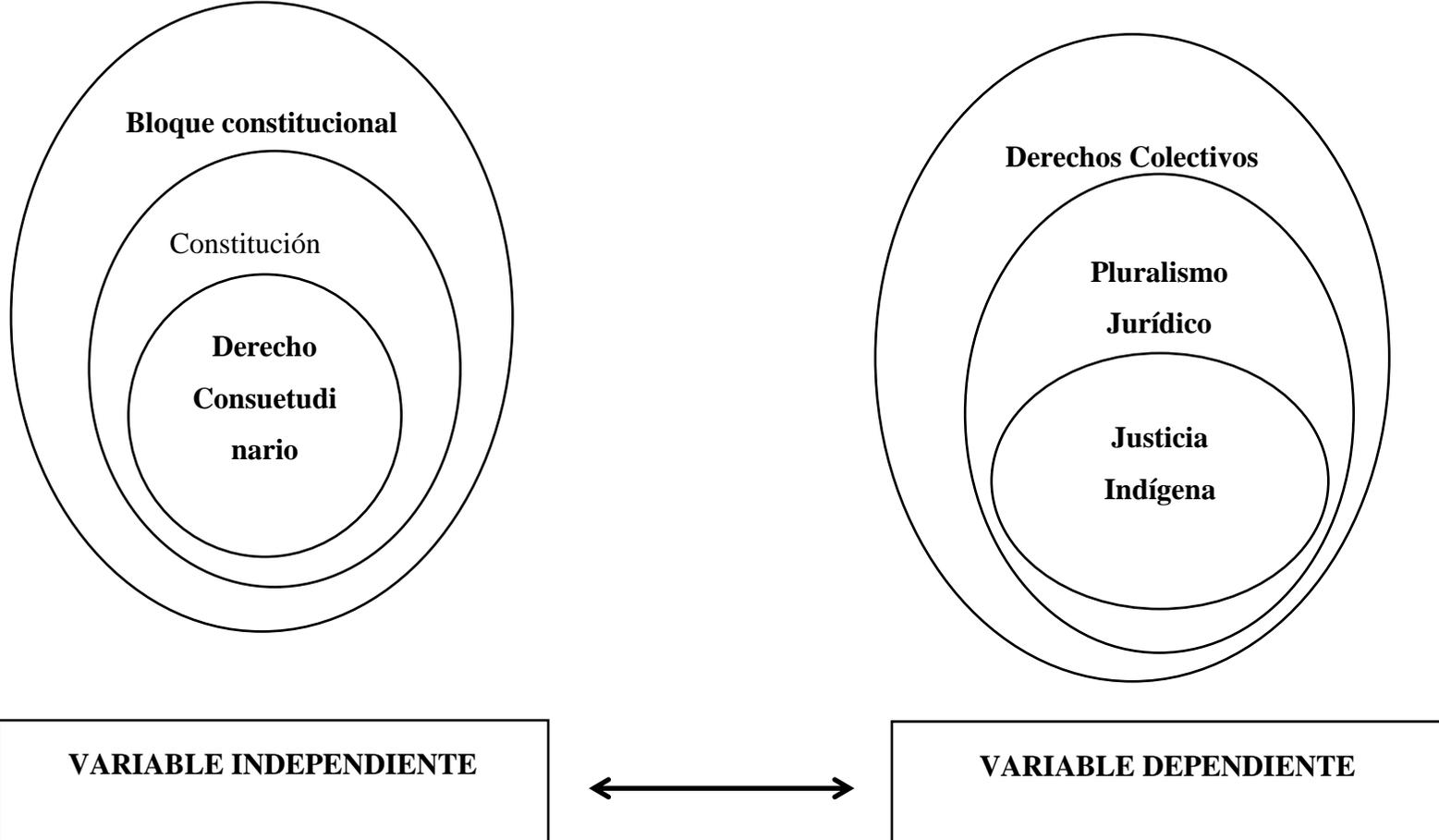


Gráfico 2. Categorías Fundamentales
Fuente: Árbol de Problemas
Elaborado por: Borman Vargas

Constelación de Ideas de la Variable Dependiente

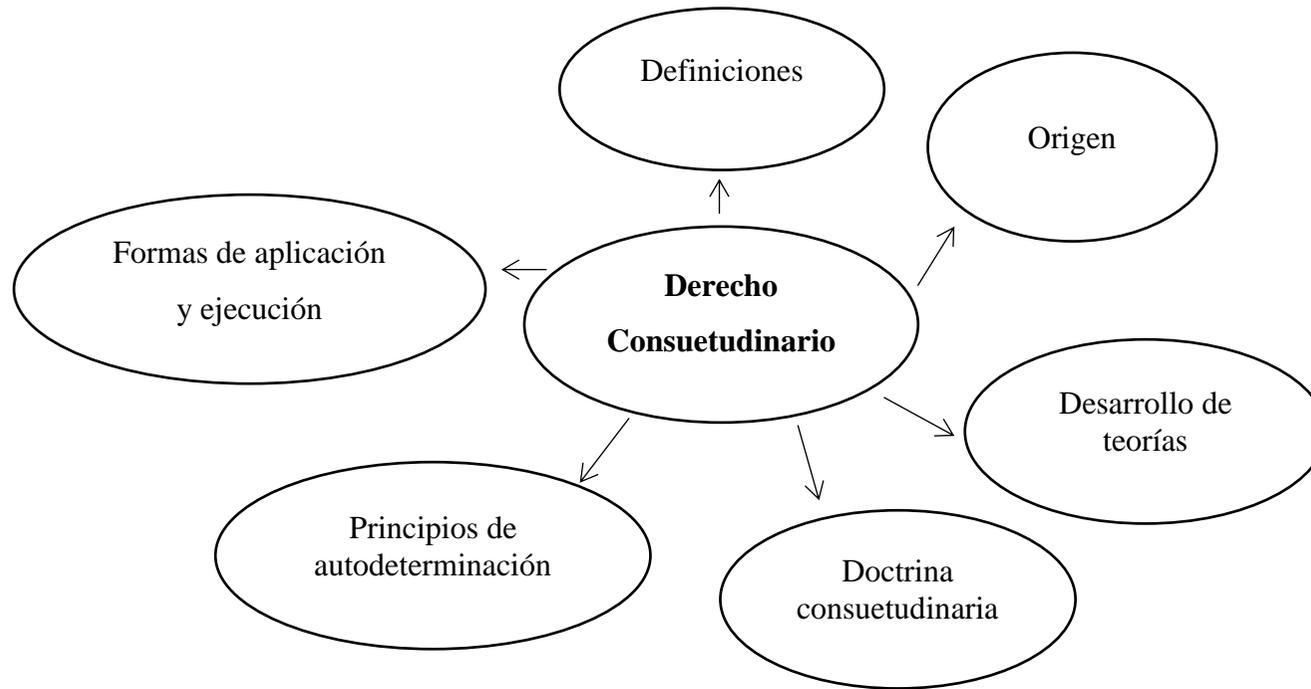


Gráfico 3. Constelación de ideas de la Variable Dependiente

Fuente: Gráfico 1

Elaborado por: Borman Vargas

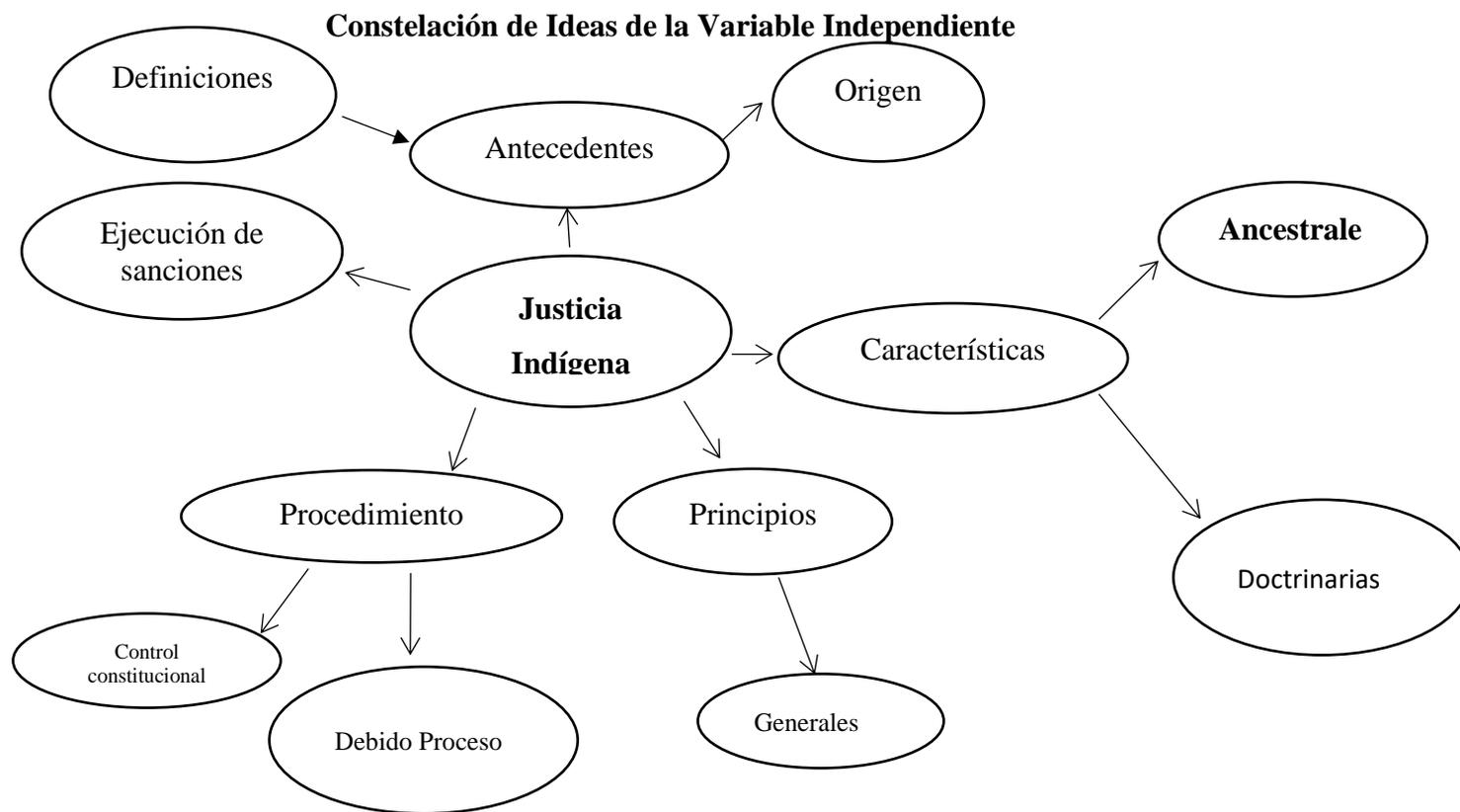


Gráfico 4. Constelación de ideas de la Variable Independiente.

Fuente: Gráfico 3.

Elaborado por: Borman Vargas

Fundamentación Teórica

Constitución

Desde el punto de vista de la Constitución diversas han sido las consideraciones doctrinales sobre qué entender por comunidades indígenas. Uno de los aspectos trascendentales en este sentido, es que con motivo de un interés creciente de la comunidad internacional, por comprender y brindar un marco legal eficaz que garantice los derechos de los pueblos indígenas en el planeta, es que en el año 1971, es nombrado José Martínez Cobo, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, iniciándose el estudio en el año 1972 y concluyendo en 1986, constituyendo sin lugar a dudas, la investigación más acabada y voluminosa en materia de pueblos indígenas, conformado por 37 monografías.

En dicho informe, el Relator Especial concluye que:

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

- a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas;*
- b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras;*
- c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.);*
- d) idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal);*

- e) *residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo;*
- f) *otros factores pertinentes.*

Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo).

Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior”.(Martínez Cobo, 1986, (Párr. 379-382)

Este sin lugar a dudas constituye en el ámbito internacional, la definición más admitida y generalizada, por lo menos en el ámbito de las Naciones Unidas, y del trabajo que se hace en sus comisiones y organismos relacionado con los pueblos indígenas. Teniendo en cuenta esta concepción, se pueden delimitar varias cuestiones. En primer lugar, se trata de una vinculación directa con la historia anterior a la invasión europea a los pueblos indígenas de América. En este sentido, estas comunidades deben tener un vínculo, con aquellas poblaciones existentes en el territorio en el que se encuentran, antes de la “colonización” extranjera de siglos anteriores.

A pesar del proceso de influencia definitiva de la cultura europea, en las poblaciones indígenas, de su casi extinción, y de una modificación impuesta a la mayoría de las poblaciones, del cristianismo como religión verdadera, por sobre las creencias de estos pueblos y comunidades, lograron imponerse a través de los siglos, manteniendo la cultura, sus creencias, sus dioses y formas de idealizar el mundo. Así es como, a pesar de convivir en muchas ocasiones en un territorio, junto a otras culturales, logran diferenciarse de ellas, respetando sus enseñanzas ancestrales.

Otro aspecto que puede distinguirse de este concepto, es que el objetivo de estas comunidades es perpetuarse, mediante la transmisión a sus descendientes no solo del territorio que les pertenece, sino, preservar en igual medidas, la cosmovisión que les caracteriza e identifica, para que perdure en el tiempo.

Otras definiciones se mantienen sobre estos mismos postulados. Por ejemplo, la Cátedra Viva Intercultural de la Universidad del Rosario, Colombia, considera que las comunidades indígenas “(...) son el grupo humano que vive de acuerdo con las formas de relación con el medio natural en el que se asentaron los diferentes grupos aborígenes desde antes de la conquista y la han conservado y dinamizado a lo largo de la historia”(Colombia, Cátedra Viva Intercultural, 2016); mientras que las autoridades venezolanas las reconocen como “(...) aquellos grupos étnicos que se caracterizan por poseer formas de vida y organización distintas de la sociedades “industrializadas”.(Venezuela, Embajada en España, 2016)

En este sentido se podría concluir, que las comunidades indígenas son aquel conjunto de personas, que ocupan en la actualidad un determinado territorio o que poseen una identidad cultural, social, legal, histórica, y que guardan relación con los pueblos y nacionalidades indígenas originarias existentes en las etapas de la colonización europea en América, y que a pesar de la mezcla de culturas e imposición de la cosmovisión invasora, han logrado mantener sus tradiciones y preservarlas mediante la transmisión de la misma a sus descendientes.

Tratados y Convenios Internacionales

La historia constitucional ecuatoriana ha dejado a un lado el tratamiento de las cuestiones indígenas. Históricamente, los textos fundamentales del país, han hecho caso omiso a las exigencias que, desde inicios del siglo pasado, han realizado las organizaciones indígenas ecuatorianas. No es hasta el año 1998, con la promulgación de la Carta Magna del citado año, que después de una mayor organización de los pueblos y nacionalidades indígenas, y el incremento estructural y funcional de sus exigencias, y con la entrada en vigor en el país, del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, que se logra insertar el tema indígena en la Constitución.

La interculturalidad fue introducida en la citada Constitución, pero no fue reconocida la plurinacionalidad, hasta la Ley de Leyes del año 2008, la que perfeccionó, y dotó de mayores garantías a los pueblos y comunidades indígenas. La Constitución del año 2008, establece en varios de sus artículos las cuestiones relacionadas con lo indígena. Reconoce el carácter intercultural y plurinacional del Ecuador (art. 1); establece el Kichwa y Shuar como idiomas oficiales y los demás de uso oficial (art. 2); establece el carácter único e indivisible del Estado atendiendo a la existencia de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (art. 56); reconoce derechos a dichas comunidades como la garantía de mantener y desarrollar sus tradiciones y formas de organización social, ausencia de discriminación, derecho a la reparación integral, mantener la propiedad de sus territorios, tierras, participar de su explotación, a la consulta previa, libre e informada, a manejar según sus formas la biodiversidad y el entorno natural, a conservar su cosmovisión, a tener e implementar su propio derecho, a permanecer en sus territorios, con sus conocimientos, su patrimonio cultural e histórico, a una educación bilingüe, y otras que delimitan lo que ha sido denominado derechos colectivos (art. 57).(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Unido a ello, en materia de impartición de justicia, se reconoce a los efectos del cumplimiento del principio *non bis ibidem*, la validez de las decisiones y fallos de la justicia indígena (art. 76 numeral 7 inciso i); el reconocimiento de la justicia indígena (art. 171); establecimiento de las circunscripciones territoriales indígenas como regímenes especiales (art. 242, 257). Todas estas menciones en su conjunto, conforman el marco legal fundamental en el Ecuador, en materia de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, erigiéndose como uno de los países a nivel mundial, que mayor mención sobre derechos y garantías se establecen en cuanto a los pueblos ancestrales.

En la arena internacional, diversos han sido los instrumentos jurídicos que se han pronunciado sobre los pueblos indígenas. En la actualidad, muchas son las investigaciones que establecen que el Convenio No. 169 de la OIT, constituye el primer acercamiento internacional a la protección y garantía de los pueblos y comunidades indígenas y sus mineros, lo que no es cierto.

En el año 1936, fue promulgado por la OIT, el Convenio No. 50 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas en el que se establecían principios rectores en materia de contratación a los miembros de estos pueblos y nacionalidades(OIT, 1936); La Recomendación No. 46 del propio año, sobre la supresión del reclutamiento, hace un llamado a los Estados a establecer mejores condiciones generales en la contratación de mano de obra(OIT, 1936).

Otras normas serían la promulgación en el año 1939 del Convenio No. 64 relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas, estableciendo los principios sobre los que se deben regir las formalidades en la contratación con indígenas(OIT, 1939); La Recomendación No. 58 sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas, estableciéndose periodos de tiempo en atención a la necesidad de traslado y alejamiento de su familia(OIT, 1939); la Recomendación No. 59, sobre la inspección del trabajo indígena, orientando a los Estados, a establecer una política de inspección(OIT, 1939).

Un importante instrumento lo constituye el Convenio No. 65 sobre sanciones penales a los trabajadores indígenas, prohibiendo la punición penal ante el incumplimiento de contratos con miembros de comunidades indígenas(OIT, 1939); el Convenio No. 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, el que constituye, con anterioridad al Convenio No. 169, el más acabado en la historia de pronunciamientos internacionales en materia de los derechos, garantías y cuestiones vinculadas a los pueblos y nacionalidades indígenas(OIT, 1957); finalmente el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales del año 1989, constituye el último instrumento jurídico internacional vinculado exclusivamente a los pueblos indígenas, cuyo logro mayor es terminar con el paradigma integracionista imperante hasta entonces, reconociendo a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos autónomos, lo que se tradujo, por ejemplo, en el recogimiento de un pluralismo jurídico.(OIT, 1989)

Derecho Consuetudinario

Definición

A consideración de investigador Henao Hidrón(2003), los derechos constitucionales son aquellos que han sido:

“(...) aceptados como fundamentales por la Constitución Política comprenden dos clases de derechos: los que ella misma regula (derechos constitucionalizados, cuyo punto de partida son los que tienen la condición de "inalienables" respecto de toda persona), y los reconocidos en los pactos internacionales sobre derechos humanos vigentes (...).” (pág. 19)

Teniendo en cuenta ello, estos derechos no solamente son los que se encuentran establecidos en la Carta Magna de una nación, sino lo que por vía directa también se aplican al país derivados de la firma o suscripción de convenios y tratados internacionales.

Presunción de Inocencia

El principio de presunción de inocencia constituye sin lugar a dudas un baluarte de los sistemas de justicia contemporáneos, y medida de la equidad y verdadero sentido de un sistema legal que tiene el ser humano en el centro de su atención, y no como el objeto del proceso. Este principio se regula en la Constitución ecuatoriana de 2008 en su artículo 76 numeral segundo al expresar que *“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”*.(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Para los investigadores Guerra San Martín, Benlloch& López, citados por Asencio Mellado, la presunción de inocencia es:

(...) un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito y consiste en desplazar sobre la persona acusadora la carga cumplida de la prueba de los hechos de la acusación, viniendo obligado el juez o tribunal a declarar inocencia si tal prueba no tiene lugar.(Asencio Mellado, 1989, pág. 39)

Una importante consideración nos la ofrece el académico Bodes Torres, quien considera a la presunción de inocencia como reguladora del sistema de garantías caracterizado por su contenido humanista, dignidad y respeto al acusado y a sus derechos. Como intento a la exposición de un concepto, plantea que “(...) todo acusado, más que presumirse inocente, es inocente, hasta que no se demuestre definitivamente lo contrario, por el tribunal competente y en proceso pleno de garantías”.(Bodes Torres, 1996, pág. 4)

Muchos al abordar el tema, parten del cuestionamiento del término “presunción”, tildando que la plasmación en el enunciado del derecho acusa la contradicción de ser portadora de un prejujuamiento de la culpabilidad. Más, la esencia terminológica radica en que nos encontramos ante un derecho que opera como verdad provisional o traducida a verdad interina de no culpabilidad.

Ahora bien, al margen de terminologías, en esencia, la “presunción” de inocencia es, más que el término, verdad interina, pues solo se desvirtúa mediante prueba y no con mera presunción cuya composición, es decir de esta última consideración, se reduce a los elementos de: a) hecho base o indicio; b) hecho consecuencia o presumido; c) hecho causal o lógico.(Asencio Mellado, 1989)

A juicio de este investigador, es una postura simplista reducir el alcance y relevancia del tema al plantear que la presunción de inocencia como derecho, late en la propia esencia y durante todo el proceso penal. La problemática es mucho más compleja.

Uno de los aspectos más importantes a establecer, es el que se le asigna a la vigencia del derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal. Pudiera

parecer fácil su comprensión de una lectura del concepto. Considerándose que ella opera no solo en la fase preparatoria o de la investigación y del propio juicio oral, empero la determinación del principio y del fin no es definición.

Se ha considerado que la presunción de inocencia debe prevalecer mientras no se produzca el fallo decretando la culpabilidad del acusado, pues el derecho, según su formulación, solo acompaña a aquel, como sujeto del proceso. A juicio de este investigador, tal aseveración resulta limitada, pues el ámbito que ocupa la presunción de inocencia se refiere a dos extremos: la existencia del hecho (objeto) que luego puede ser considerado delictivo y la participación que en él puede haber tenido el acusado (sujeto), habida cuenta que la negativa probatoria de ambos aspectos en el proceso penal produce el efecto de determinación jurídica de inocencia.

Pero se estima que existe consenso, al menos entre los autores consultados, en considerar que el derecho a la presunción de inocencia cesa, como verdad interina al producirse la firmeza de la resolución judicial, estado del proceso a partir del cual es inalterable la determinación de la inocencia o culpabilidad.

En este sentido, en la justicia indígena, existen dificultades en cuanto a este principio. En muchas comunidades existe sin lugar a dudas, un prejuizamiento del sujeto mucho antes de que la Asamblea Comunal dicte el fallo. Ello se fundamenta, en el hecho de lo colectivo del proceso, en el que todos y cada uno de los miembros de la comunidad, al conocer un hecho, y conocer al presunto responsable, como todos en dicha comunidad se conocen, pues los antecedentes del individuo aportan los miembros, una punición anterior a dicho fallo, por lo que en todo momento es tratado como culpable. También se han detectado, según investigaciones realizadas, de que se obliga al acusado a declarar en su contra, lo que indudablemente constituye una vulneración de un conjunto de principios, unidos a la presunción de inocencia.(Ávila Ordóñez, 2013)

Tipificación de la infracción y de la pena

El principio de tipificación de las normas, en el sentido de que sean escritas, ha sido una característica esencial que ha estado presente desde el surgimiento del derecho. Así es como en la actualidad, se pueden conocer, muchas de las codificaciones antiguas, que componen en esencia, el rico conjunto de historia del derecho que, en muchos casos, han constituido los cimientos de muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos. Los diferentes cuerpos legales romanos, griegos, anglosajones, constituyen sin lugar a dudas, los pilares sobre los que se sustentan en la actualidad, los sistemas jurídicos romano-francés y *commonlaw*.

En este sentido, es necesario señalar que igualmente, el derecho consuetudinario ha sido consagrado desde tiempos inmemoriales, como una forma en la que muchos pueblos han transmitido, de generación en generación, sus normas y reglas, y que igualmente han logrado un orden social armónico, que ha posibilitado en iguales condiciones que otras culturas, un desarrollo y evolución impresionantes.

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, constituyen uno de esos grupos poblaciones en los que la norma jurídica oral, transmitida por siglos, constituye los cimientos en los que se sustenta su derecho. Se estructura de un conjunto de reglas, pronunciamientos, saberes, conocimientos que son dominados por todos y cada uno de los miembros de la comunidad a la que pertenecen, y que son, voluntariamente asumidos y reconocidos como válidos por la amplia mayoría.

Pero es necesario delimitar, que la necesidad de regular de forma escrita las conductas infractoras y sus penas, no surgen de la nada. Ello germina de la imperiosa urgencia de dotar la administración de justicia de seguridad. Son dos categorías estrechamente vinculadas. El hecho de que los comportamientos ilícitos, y las posibles sanciones a imponer se encuentren en un material escrito, presupone la posibilidad de que los que se encargan de impartir justicia no se extralimiten en la severidad o por el contrario, dejen de penar en la gravedad pertinente, otros comportamientos.

Esta realidad, aunque constituye un elemento distintivo de dicho derecho, y de la justicia indígena ecuatoriana, en la realidad provoca graves vulneraciones

de la seguridad jurídica en los procesos penales. El hecho de que quede al arbitrio de la Asamblea Comunal, o los dirigentes o miembros de la comunidad, la gravedad de la infracción, así como la pena a imponer, vulnera absolutamente cada uno de los principios que constituyen garantías fundamentales de los procesados.

El hecho de que las conductas infractoras dentro de la comunidad, no estén debidamente escritas, así como las penas a imponer, deja al arbitrio y sentido de justicia que tengan los que imparten justicia, el delimitar la gravedad del acto y la pena a imponer. Ello implica, que mientras que, para unos actos dentro de una comunidad, determinados sujetos consideren un determinado acto como grave, para otros sea muy grave, y ello indudablemente provoca una vulneración de los derechos de los procesados.

Acceso a la defensa

La séptima garantía establecida por la Ley de Leyes ecuatoriana, es la referida al derecho a la defensa que debe tener todo procesado. El numeral 7 de la Constitución ecuatoriana en su artículo 76 expone que “(...) 7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías*”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). Esta es una de las garantías que mayores ataques enfrenta en el proceso.

Según expone Buitrago Ruiz (2005):

“El derecho de defensa surge como presupuesto de validez y vinculante en las actuaciones penales y tiende a buscar un equilibrio entre el Estado y el ciudadano sometido a este enérgico poder y convertido en objeto de indagación, investigación y acusación.” (pág. 11)

Es indiscutible según expone este autor, que el derecho a la defensa se erige como uno de los presupuestos más trascendentales del sistema acusatorio, en el que en todas y cada una de las etapas procesales el acusado o procesado, posee todas y cada una de las fases del proceso, la posibilidad de contradecir lo que en su

contra existe dentro del mismo, combatir los argumentos expuestos que lo afectan y demostrar con elementos suficientes y certeros, lo contrario. Se trata de la posibilidad que posee cada sujeto encausado, en el sentido formal y material, de atacar con recursos e instrumentos pertinentes para lograr una defensa material adecuada con los presupuestos pertinentes de la imputación.

En la justicia indígena el acceso a la justicia posee igualmente su connotación diferente. Como se ha explicado, en el procedimiento indígena, la comisión creada para la investigación, lo hace, al parecer, sin escuchar al procesado. No hay ninguna mención a que se le dé esta posibilidad al mismo. Aunque en la Audiencia Oral, se establece que ‘el mismo podrá proponer pruebas a su favor, la realidad es diferente.

Aunque desde un primer momento, al presunto responsable se le da a conocer de la denuncia que contra él pesa, parece ser que le corresponde a la comisión investigadora aportar al proceso no solamente los elementos que puedan condenarlo, sino lo que puedan favorecerlo. Igualmente, una vez que deba alegar lo que le corresponde, podrá señalar y exponer lo que en su defensa considere.

Todas estas cuestiones, en las que la duda resalta sobre el verdadero acceso a la defensa del sujeto que presumiblemente es el responsable de los actos contrarios al orden de la comuna, se manifiestan esencialmente por inexistencia de normas escritas que delimiten la actuación de cada uno. Por ello, aunque la Constitución lo establece, en la justicia indígena no se materializa el acceso a un abogado, sino que el mismo denunciado, tendrá que asumir dicha postura. La inexistencia de la figura del abogado, en la justicia indígena, no solo contradice lo establecido en la Constitución, sino en los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos.

Si bien es cierto el carácter cerrado en la impartición de justicia indígena, la realidad debiera delimitar la posibilidad de designación de algún abogado titulado perteneciente a la comunidad, o en su defecto, una persona de amplios conocimientos pertenecientes a dicho pueblo o nacionalidad, que defienda en todo momento los intereses del procesado. No es posible, al tratar este tema delicado,

que se deje a la confianza en que los miembros de la comisión investigadora, de la asamblea, así como de la comunidad, poseen los más altos estándares de ética, moral, respeto y justicia. Aunque ciertamente estos valores identifican a las comunidades indígenas, y a sus miembros, la realidad es que no dejan de ser seres humanos, con virtudes y defectos, y en los que nada impide, adoptar una postura vivida, o parcializada, la que sería sin dudas, neutralizada, por un acceso a la defensa material.

Posibilidad de proponer pruebas

En la investigación realizada, se ha determinado que el único momento en el que el presunto responsable podría proponer pruebas, es en la fase de “*Chimbapurana*” o de confrontación entre el acusado y el acusador. No existe otro momento anterior en el que el presunto responsable, pueda contradecir lo que está resultando de las investigaciones que lleva a cabo, la comisión. Ni siquiera se ha podido comprobar, si efectivamente, en esta fase, se le permite al acusado, defenderse.

En la realidad de la justicia indígena, la oportunidad de proponer pruebas, ya sean documentales u otras, se limita única y exclusivamente el acto de la confrontación con el denunciante, en la audiencia oral, cuando los elementos en su contra ya han sido delimitados por la comisión investigadora, por lo que, en la realidad, no tiene tiempo para poder agrupar el conjunto de medios probatorios en su defensa.

Los medios probatorios constituyen en cualquier sistema de justicia, el factor preponderante por el cual se delimita la culpabilidad o inocencia del infractor. Es mediante estos elementos, a través de los que se logra convencer a los que juzgan, sobre la vinculación cierta entre el presunto infractor y el hecho en sí, provocando con ello, la convicción, y derivado, la sentencia con la consecuente condena. También, puede aportar elementos suficientes como para desestimar cualquier tipo de acusación, y con ello, la declaración de inocencia.

En el sistema de justicia indígena, todas estas posibilidades se limitan para con el presunto infractor. Su imposibilidad de proponer pruebas, sino hasta la audiencia oral, imposibilita al denunciado, el poder proponer elementos de prueba que contrarresten los elementos que están en su contra. Si bien es cierto que, le corresponde a la comisión investigadora, demostrar la culpabilidad, la realidad es que no debería ser así. Dicha comisión no es Fiscal, es una institución creada para averiguar la verdad, pero no obstante ello, y a pesar de que el presunto infractor, en principio, no tiene que demostrar su inocencia, en la realidad no es así.

Se hace necesario establecer claridad sobre estas cuestiones. Es necesario que en los procesos indígenas, en los que existe un miembro de la comunidad denunciado por la violación de normas comunales, que podrían calificarse como delito, que en todo momento pueda proponer elementos de prueba a la comisión investigadora, para que ésta, en su informe final, pueda pronunciarse teniendo en cuenta las consideraciones tanto de la víctima como del presunto infractor, y que tienen como punto culminante, la audiencia oral ante toda la comunidad, los que en definitiva valorarían la importancia o no, a los efectos de delimitar la culpabilidad, de dicho sujeto.

Proporcionalidad

En este sentido, la Carta Magna ecuatoriana expone que “Art. 76.- (...) 6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza*”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Se trata o alude según exponen Schwarze (1992, pág. 708) y Ausexier (1997, págs. 107-108) a que:

“(...) la medida sancionada por el legislador sea apropiada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es apropiado, cuando por su naturaleza favorece el resultado deseado; es necesario cuando el legislador no tiene la posibilidad de elegir otro medio así de eficaz, pero que no conlleve un daño

al derecho fundamental o que signifique un daño menor (...) no debe tener una intensidad que no guarde relación con la importancia del objeto y los inconvenientes que se imponen al ciudadano.”

Queda entonces claro, que la proporcionalidad de las penas, está vinculado a varias cuestiones, según exponen estos autores. En primer lugar, alude a una proporcionalidad legal, referida a la necesidad de que el legislador en la norma penal establecida para los ilícitos penales, deberá hacer constar penas que sean proporcionales a la gravedad de la infracción. En este sentido, deberá ser apropiada por cuanto el resultado de la aplicación de dicha sanción deberá estar acorde con los fines de la punición. Siempre que la pena impuesta no logre, por su naturaleza y entidad, lograr la reeducación y reinserción del procesado, entonces no será apropiada. También debe ser necesaria, ello quiere decir, que no existe otro mecanismo mucho más eficaz, para lograr tales fines.

Atendiendo a ello, no existe un criterio de proporcionalidad entre las diversas vulneraciones de las normas comunitarias, y las penas a imponer. En la justicia indígena, no existe una norma escrita, propio del derecho consuetudinario que impera en dichos sistemas jurídicos, que delimite legalmente, la gravedad con la severidad de la sanción a imponer. Por ende, el criterio expuesto por Schwarze y Autexier sobre la necesidad y cualidad de apropiada, no se sostienen de forma concreta y objetiva en los pueblos y nacionalidades.

La proporcionalidad entre los actos y las penas a imponer, quedan al libre arbitrio de la asamblea que conoce el caso, la que se supone que recibirá el consenso de la comunidad. Pero, aunque reciba este acuerdo, no quiere decir que sea proporcional. La proporcionalidad alude a una identidad entre la gravedad del hecho y la sanción. Solo analícese el caso de la comunidad de La Cocha (Ver Anexo 1) en la que se comete asesinato y las penas son latigazos, ortigazos, entre otras, que igualmente se les impone a los que hurtan (Ver Anexo 2). Ello demuestra la inexistencia entre la gravedad de los hechos, como es, por ejemplo, extinguir una vida humana, y las sanciones a imponer.

Queda claro que la cosmovisión indígena no es como la ordinaria, y por ende, cualquier análisis que se haga, desde el punto de vista de estos pueblos, posibilitaría incluso una errada consideración de sus formas. No se trata de ello. Existe una cualidad de cualquier ser humano, de establecer criterios de gravedad entre un comportamiento y otro, de forma tal, que lo califica de grave, muy grave y gravísimo, se trata de un instinto natural del hombre. Por ello, en el sistema de justicia penal indígena, no existe ni se manifiesta el principio de proporcionalidad, aun cuando se encuentra establecido como criterio de punición, en la legislación nacional, e instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, los que sí, están obligados a respetar, estos pueblos y comunidades.

La legislación nacional está en concordancia con la legislación mundial, por lo que el Ecuador es un estado parte de diferentes convenios, El Derecho Penal Indígena, para llamarle de alguna forma, es sui generis, en el sentido de que es diferente al ordinario. Es necesario, por ende, para lograr una verdadera comprensión sobre las infracciones penales, que establece el derecho indígena, el análisis o valoración de varios elementos relacionados.

Un primer aspecto que hay que analizar, es lo relacionado con el reconocimiento de la jurisdicción indígena. El Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, les reconoce a estas naciones y pueblos, la garantía de sus tradiciones legales(ONU, Asamblea General, 1966). Ello, unido a la legislación ecuatoriana en este sentido, tales como la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecen un marco normativo nacional que les reconoce, la aplicación autónoma de su justicia penal, civil, administrativa y de cualquier índole, en sus territorios.

Un segundo aspecto a analizar, es que el derecho de estos pueblos y comunidades, como se ha mencionado, se fundamenta en costumbres. El carácter de sus derechos es consuetudinario, por lo que no es escrita. En este sentido, la costumbre de estas comunidades, se erige como fuente de derecho, en este caso

penal, porque ante el quebrantamiento de esas normas son reglas sociales, se les ha establecido sanciones jurídicas, las que han sido admitidas por el total de sus miembros, requisito *sine qua non*, para que sea considerado como tal.(Mouchet & Zorraquín Becú, 2000)

En estos pueblos es claro que la costumbre es la fuente principal de las normas que adquieren el carácter de jurídicas. A consideración de Andrade Dávila(2002) para que la costumbre sea considerada como fuente de derecho, lo que es el caso de las comunidades indígenas en el Ecuador, deben manifestar dos elementos de obligada observancia. El primero es el elemento material, o sea, el uso constante, la repetición mediante la realización de actos continuos, que sean generalizados, constantes, uniformes y duraderos. El segundo elemento es el subjetivo, que se refiere a la conciencia imperante entre todos los miembros de las comunidades de la obligatoriedad del respeto de dichas reglas.

Ahora, existen algunas consideraciones que son necesarias realizar, si de infracción en materia de justicia indígena se trata. La Constitución del año 2008, establece en su artículo 132 numeral 2, lo siguiente:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: (...)

2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Continúa exponiendo en otro de sus artículos, lo siguiente:

“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: (...)

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 (...)”.(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece lo siguiente:

“Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

Art. 17.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

Art. 18.- Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.”(Ecuador, COIP, 2014)

Teniendo como sustento legal esta normativa que se ha reproducido, vale hacer algunas consideraciones en torno a si es posible, la existencia de un derecho penal en las comunidades indígenas. Como es sabido el Derecho Penal posee un carácter público, entendido esta cualidad como *“(...) conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del derecho privado, regulador de situaciones entre particulares”*(Castellanos Tena, 1977, pág. 19); por ende, las infracciones legales que se regulan en el Derecho Penal, pertenecen a la esfera de lo público, porque el bien jurídico que se afecta, interesa a la sociedad en su conjunto, y no a un determinado grupo de personas o bienes.

La comisión de un hecho tipificado como delito, no puede considerarse que afecte única y exclusivamente a una comunidad o bien jurídico en especial, sino que afecta a la sociedad en su conjunto, a los bienes jurídicos que son tutelados como consecuencia de la necesidad de que la sociedad viva en un ámbito de seguridad y garantía a sus derechos. Ante este hecho, los conflictos que surgen al interior de las comunidades indígenas, solo pueden ser tratadas por estas, cuando tienen lugar dentro de sus territorios, y entre miembros de sus comunidades, pero si al menos existe una cuestión ajena al territorio o personas, no puede aplicarse como infracción, lo que la justicia de dicha sociedad haya establecido, pues no es adecuado que alguien que desconoce el derecho consuetudinario, sea sometido a algo que desconoce.(Andrade Dávila, 2002)

La comisión de hechos penales al interior de las comunidades indígenas, no puede ser considerado como actos que atentan contra los bienes jurídicos pertenecientes única y exclusivamente de dicha comunidad. Cuando un miembro de algún pueblo y nacionalidad indígena, comete un acto de hurto, robo con violencia, asesinato, violación, entre otros, en principio, no puede ser tramitado y sometido a un procedimiento penal propiamente indígena, porque ello estaría en contradicción con la normativa que se ha mencionado anteriormente. Por ende, en principio le corresponde dicho conocimiento al Estado, debiendo ser juzgado por jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.(Andrade Dávila, 2002)

Pero en el Ecuador, en este sentido, a pesar de este análisis, cuando la Constitución del intercultural y plurinacional, está admitiendo y reconociendo la pluralidad jurídica y por ende, al tenor de otras normas legales que así lo reconocen, la admisión de la justicia indígena incluso, en materia penal. Diversos y variados son los casos en que se han cometido delitos graves tipificados en el COIP, pero que sin embargo, han sido ajusticiados por las comunidades indígenas, y respetadas dichas decisiones por la justicia ordinaria.

Casos emblemáticos en el entorno nacional en materia penal, dan fe de lo que se ha expuesto. El caso de la comunidad de La Cocha, en mayo de 2010, en el que se sancionó a cinco acusados de asesinato, a recibir un baño de agua helada,

recibir latigazos, ser ortigados, pagar una indemnización de 5000 dólares a la familia del fallecido, constituyó un caso que fue validado incluso por la Corte Constitucional, ante el acto de intrusión en dicha cuestión de la jurisdicción ordinaria. (Ver Anexo 1)(Sentencia No. 113-14-SEP-CC, 2014)(Llasag Fernández, 2010)

Otros casos relevantes, fue el de la comunidad de El Topo, por hurto de un computador, electrodomésticos, gallinas, cuyes, vacas, hechos que venían ocurriendo desde hacía más de ocho años, por lo que los perjuicios ascendieron a 30 000 dólares, siendo sentenciados al pago de la misma, mediante la entrega de las garantías de sus terrenos, letra de cambio, recibieron baños de agua fría, ortigados, la imposibilidad de abandonar la comunidad y a reparar los daños mediante trabajo comunitario. (Ver Anexo 2)(El Comercio, 2011)

Como ha quedado claramente señalado, y evidenciado de lo que se ha expuesto, el derecho indígena, especialmente en materia de infracciones, no posee un código ordenado por materias, conductas delictivas e infracciones, tal y como lo posee la justicia ordinaria. Sus infracciones están acordes a lo que en su derecho consuetudinario afecta la colectividad, y sobre esa base, actúan básicamente constituyen infracciones aquellos comportamientos que atentan contra el buen vivir de la comunidad, lo que, en muchos casos, algunos comportamientos se identifican con infracciones penales establecidas en el COIP, otras no, ni poseen el cúmulo de actividades delictivas previstas en la normativa penal ordinaria.

Atendiendo a ello, las penas a imponer son igualmente diferentes a la de la justicia ordinaria, y ello es porque, su cosmovisión es diferente. La mayoría de sus sanciones persiguen una finalidad purificadora. Van desde los baños de agua fría, latigazos, ortigazos, trabajo comunitario, impedimento a salir de la comunidad, indemnización, entrega de bienes, títulos, letras de pagarés como garantía, lo que constituye sin duda alguna, un cúmulo de respuestas a las infracciones que buscan obtener una redención moral, ética, al interior del comisario, algo que, ha obviado absolutamente, el Derecho Penal ordinario.

Derechos Colectivos

La justicia indígena en la actualidad en nuestro país se encuentra fortalecida, ya que se encuentra respaldada por la constitución ya que se puede evidenciar en el Art. 171 donde garantiza los derechos de todos los pueblos y nacionalidades indígenas, el problema se da es que la justicia ordinaria no respeta como tal las decisiones tomadas en el seno de la comunidad, otro de los problemas es el desconocimiento de los derechos que goza una comunidad por el hecho de ser indígena el mismo que ha ido creando conflictos y vulneración de derechos, es por eso para aplicar la justicia indígena debe existir un modelo para la ejecución efectiva de la misma.

Para la presente investigación se trabajó en dos paradigmas crítico – propositivo, en base exploratoria y descriptiva, característica de campo por que se utilizó la encuesta, mediante un cuestionario con preguntas cerradas todos los resultados obtenidos de esta investigación se tabulo en diagramas de Excel, donde se incluyó la aplicación del debido proceso en la justicia indígena con la comprobación de la hipótesis y la viabilidad de la investigación.

Esta investigación está enfocada a implementar un modelo donde se aplique el debido proceso para el ejercicio de la justicia indígena en la Comunidad de Cachilvana Grande de la Parroquia Kisapincha, Canton Ambato la misma que bajo un análisis minucioso se ha logrado ver el impacto que causara la aplicación del debido proceso en la justicia indígena

Pluralismo Jurídico

FLORES, D (2016) P1 Podemos resumir que el proceso indígena inicia el 28 de mayo 1990, con el levantamiento indígena que duro 11 días, en la presidencia de Rodrigo Borja, con un pliego de 16 puntos, (reivindicación Derechos Colectivos). En la Constitución del 2008 se reconoce, “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico el Ecuador es un estado unitario y plurinacional”, más la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos

Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, pese que la pluralidad jurídica del Ecuador fue reconocida a partir de 1998. así manifestamos que las sanciones y el procedimiento van acorde a la cosmovisión de las comunas, confusión entre sanción y linchamiento (venganza)

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

De acuerdo a PEREZ. C (2015) P.30 Cada pueblo, comunidad o estado que conforma una nación tiene un derecho especial, es decir hay tantos derechos como pueblos o estados existentes en una nación, derechos que están direccionados ya sea de occidente u oriente, mismos que tienen un proceso histórico y una estructura que responde a la vida de su pueblo originario, ya sea derecho positivo o derecho natural o llamado consuetudinario, el uno elaborado por el ser humano para solucionar los problemas de la vida diaria, ya sea con un pensamiento de la autoridad: capitalista, feudal, o socialista, misma que es variable. El otro elaborado por principios que la naturaleza dicta o inspira a través de costumbres y tradiciones, es inmutable y conocidos por la razón.

La corriente del monismo jurídico considerada como derecho moderno asume toda la homogenización occidental, entonces si existe un derecho que no este reconocido por el estado carecería de toda legalidad y violaría la seguridad jurídica, atentando contra los derechos humanos, ratificando así que esta corriente no admite un pluralismo jurídico en un mismo espacio geopolítico, ya que toda norma o sistema normativo no elaborado por el estado es nulo, y lo consideran como una simple costumbre tradición o mito que responde a orientaciones: éticas, morales, espirituales, filosóficas y religiosas que son considerados como sistemas: arcaicos, salvajes, primitivos que no pasa de ser un derecho consuetudinario sin ningún valor y totalmente atrasado.

SARANGO (2015) P.2 Los pueblos indígenas nunca están estáticos siempre tienen una dinámica, que caminan hacia el futuro basándose en las huellas de nuestros antepasados, nuestra tierra de siempre *Abya Yala* fue el continente más poblado en época de la conquista y de los pueblos originarios, con 110 millones de habitantes, y apenas en un siglo quedo reducido a menos de 3 millones, por las pestes que nos

trajeron los europeos y la insurrección simbólica, empleando varios símbolos con diferentes significantes y significados, que nos brindan otra forma de mirar las cosas con sentidos diferentes a la propia realidad, explicaciones que son con eufemización transformándole a nuestros propios símbolos en simples actos folklóricos, fetichizaciones, actividades paganas por una traslación de sentidos, vaciamiento empobrecimiento y una reducción semiológica de símbolos.

GOMEZ (2002) P.2 vivimos un tiempo de globalización, la reconstitución del estado por lo que, cada estrategia o política pública debe ser constitucional, bajo principios que refleje los derechos básicos que definen y organizan a la nación plurinacional, multicultural e intercultural y no únicamente reducirle a un normativo de usos y costumbres, ya que por más tecnología de punta que se emplee en el mundo, siempre existirá grupos humanos con el derecho personalísimo, “lo suyo” producto del medio donde: nació, creció y se formó, desconociendo totalmente el proceso y el modo de vida de otros pueblos, y nos es por ignorancia, fanatismo o querer hacer oposición. Pero a esto se lo denomina derecho indígena, derecho consuetudinario, que resume su vida, su sentimiento, su alma y espíritu de vida y el bien común.

GUERRERO. P (2015) P.60 Los mitos son expresiones simbólicas de los valores sociales que relacionas las prácticas y costumbres actuales, contemporáneas con las creencias y hechos del lejano pasado. Un mito bien estructurado es una orientación correcta al porqué de las cosas, a solucionarlo todo lo negativo que produce la sociedad lo que causa el miedo, temor y pánico. Ya que el miedo actualmente está considerado como algo falso, mentiroso, irreal, fantasioso y simplemente como superficie, es decir el mito elimina lo negativo, se apodera de lo positivo y da calor a la memoria, sentido a la vida y esperanza a un mundo mejor donde los sueños y las utopías son pequeños objetivos que hay que alcanzarlos paulatinamente donde se relaciones la vida real con un más allá prometedor, lo profano y lo sagrado, rompiendo patrones de significados, estructuras simbólicas que están tan arraigadas en el intelecto del ser humano, entonces ratificado que no existe mitos eternos pero si ay que instrumentarlos de acuerdo a la praxis de la vida de cada ser humano.

El mito ha tenido su proceso y su origen de costumbre ha pasado a ser religión luego a filosofía terminando en doctrina que es el soporte científico de una sociedad dominante o teoría impuesta.

Occidente menciona a través de varios filósofos que la razón elimina o definitivamente extermina al mito mientras que nosotros ratificamos que el mito nunca ha muerto sino que tiene una profunda contemporaneidad y vigencia plena , un retorno al mito . Los mitos que han llegado a su máximo desarrollo son: la superioridad de la raza, la tierra prometida, cultos enfermizos, la universalización del terrorismo. lo que ha convertido a futbolistas ,artistas , presentadores de televisión de nuevos dioses, ídolos, y en autoridades gubernamentales y como no mencionar a los dioses, a los ídolos de las futuras generaciones como la guerra de las galaxias , el señor de los anillos , Harry Potter , Superman , Batman , Spiderman , Rambo , y tantos otros que constituyen mitos que nos llevan a la colonización de los mitos.

TIBAN, L (2014) P.20 Si la cultura desaparece el mito, pierde el sentido de la vida y crea la desesperación y la desesperanza en el mundo actual. El mito se lo debe entender como la explicación simbólica totalizadora de la realidad donde los símbolos nacen a través de la palabra, que nos ayuden a descubrir y a exiliar el misterio del ser humano en el universo, por ello constituye un mensaje total y viviente respondiendo a las preguntas ¿dónde vengo y hacia dónde voy? ¿Qué significación tiene la vida para mí y cuál es el papel que cumpla yo en ella? Que serán contestadas por la praxis del sentido la forma de ver las cosas que no es otra la ideología que tiene cada persona, así el mito permite no solo hablar del pasado sino vivirlo recrearlo hacerlo presente ,a través de una fuerza simbólica.

El mito para el ser humano andino es la Historia verdadera, no se lo conmemora o se celebra un pasado de muerte si no se lo revitaliza , se reactualiza , se recrea , se construye una memoria para celebrar con todo nuestro cuerpo, la verdadera fiesta de la vida mientras que para occidente es el resultado de la historia universal que se lo interpreta con grandes desfiles militares , hechos gloriosos , fechas históricas , fechas heroicas , es decir , es la historia de la violencia del despojo y de la muerte

Justicia Indígena

Antecedentes

La justicia indígena a consideración del investigador Nieves Loja(2015) siguiendo la postura de Pérez Guartambel (2015) es el “conjunto de normas, preceptos y procedimientos, inspirados en la cosmovisión y cosmovivencia de su memoria colectiva, aplicables a conductas del convivir comunitario, reconocidos socialmente, y cuya aplicación corresponde a sus autoridades” (pág. 86).

Teniendo en cuenta ello, se trata de un sistema de justicia diferente a como se concibe por el mestizo. Sus concepciones y formas de ver la reparación ante el delincuente o infractor, supone una consideración distinta, en la que la purificación constituye el elemento esencial.

En este sentido, la justicia indígena de los pueblos, nacionalidades y comunidades del Ecuador, estuvo presente mucho antes de la colonización española. Desde entonces, el sistema de justicia ha sido empleado por estos pueblos desde antaño, el que se ha fundamentado en las experiencias y culturas que ha permanecido de sus ancestros y siempre sobre el fundamento de su cosmovisión. Es así como la justicia en estos pueblos y nacionalidades, es concebida desde sus orígenes como una forma de reconocer la infracción, enmendarla y no repetirla nunca más.(Díaz Ocampo, 2015)

A pesar de ello, la justicia indígena no fue reconocida en el Ecuador, hasta que se promulgó la Constitución de 1998, la que constituyó sin lugar a dudas el texto constitucional que permitió la existencia inicial, de un pluralismo jurídico nacional. No obstante, en la realidad ecuatoriana, a pesar de que dicho reconocimiento se mantuvo y perfeccionó con los años, y otras normas como la Constitución del 2008 y el Código Orgánico de la Función Judicial, existen resquicios de un viejo pensamiento que contradice la existencia de esta justicia en el Ecuador.

Aunque de forma indirecta, el hecho de que el Código Civil establezca en uno de sus artículos que “Art. 2.- La costumbre no constituye derecho sino en los

casos en que la ley se remite a ella”(Ecuador, Código Civil, 2005), constituye un ejemplo de contradicciones existentes en materia de justicia indígena en el Ecuador. Aunque ciertamente lo expuesto en la Constitución de 2008, sobre pluralismo jurídico, se encuentra en un orden jerárquico superior, ciertamente se hace necesario continuar trabajando por mejorar las instituciones que se vinculan de una u otra forma con el pluralismo jurídico en el país.

Características

La justicia indígena se ha impuesto en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, debido a la obsolescencia, incapacidad e ineficiencia de los sistemas de justicia ordinarios. Unido a ello, el sistema ordinario, ha demostrado ser dificultosa en su acceso, así como que se hace costosa y aleja al ser humano de su entorno social. Estos elementos son, esencialmente los que caracterizan al sistema de justicia indígena en sentido contrario. La cosmovisión indígena en materia de administración de justicia, presupone objetivos del derecho distintos a los sistemas ordinarios. El restringir determinados comportamientos mediante la enseñanza constante y oral, generación tras generación, sirve para mantener el orden comunal, y las penas, no están destinadas de forma directa a la prevención general, así como al desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona, la reparación de la víctima, tal y como lo establece el artículo 52 del COIP; sino que más bien, aunque logren estos objetivos de forma alterna, la limpieza del espíritu del sujeto infractor.

El sistema de justicia indígena, se caracteriza, además, por la existencia de autoridades indígenas que son los encargados de administrar justicia. En este sentido, existen en sentido general, tres niveles. En primera instancia, que se da para aquellas faltas menores como es el caso de conflictos familiares, conyugales, asuntos de chismes y cuestiones de esa naturaleza, en la que se soluciona dentro del círculo familiar, siendo las autoridades los padres, los hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio.(Ilaquiche Licta, 2001)

Como segundo nivel en la administración de justicia se encuentran los cabildos, poseyendo una estructura, que se encarga de impartir justicia dentro de cada jurisdicción comunal, poseyendo la autonomía dentro de dicho espacio geográfico. Solucionan los conflictos generados dentro de dicha demarcación, mediante un procedimiento especial, en los que participan los demás miembros de la comunidad mediante razonamiento éticos, morales, de respeto y todos en conjunto, proponen una solución, a los problemas de gravedad menos graves. Por su parte, de las dificultades graves, se encarga el tercer nivel de administración de justicia indígena, erigiéndose la llamada Organización de Segundo Grado.

Otro elemento que distingue este sistema de justicia, es en cuanto a las formas de elección. Los miembros de dichos órganos de segundo y tercer nivel, son elegidos según lo disponga el Reglamento de las Comunidades Indígenas propios y autónomos unas comunidades de otras, elegidos por dos años ante la convocatoria realizada por el Cabildo, con la participación de todos los miembros de la comunidad que sean mayores de edad.

Otro elemento que caracteriza esta forma de justicia, es en cuanto a los términos, alcance y sentido de la jurisdicción y competencia. En la justicia indígena no es posible delimitar diferentes competencias, ni personas que atiendan una u otra materia, ni individuos que integran los niveles de impartición de justicia que estén unos por encima de los otros. Solo existe el conocimiento de las infracciones, por su gravedad, pero los mismos entes de justicia son los que conocen de todas las faltas, sin distinguirlas unas de otras.

Para el importante investigador mexicano Stavenhagen(2010)el sistema de justicia indígena se caracteriza por:

- 1) *normas generales de comportamiento público;*
- 2) *mantenimiento del orden interno;*
- 3) *definición de derechos y obligaciones de los miembros;*
- 4) *reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos;*
- 5) *reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios;*

- 6) *definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;*
- 7) *sanción a la conducta delictiva de los individuos;*
- 8) *manejo, control y solución de conflictos y disputas;*
- 9) *Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública. (pág. 31)*

Por su parte, el académico Llasag Fernández (2010), expone otros caracteres como el hecho de que la justicia indígena se estructura sobre un sistema autónomo de autoridades, normativas de procedimiento, y formas de sancionar y ejecutar sus decisiones, para lograr el orden social; sus normas, son integradoras y no especializadas, regidas y dirigidas por la cosmovisión indígena; se imparte la justicia en colectivo, no existiendo instituciones especializadas; es esencialmente oral, a tenor del aspecto consuetudinario que lo caracteriza; es solidario, porque los conflictos que se generan en la comunidad, le interesen a todos, así como su solución; es dinámico, o sea, se actualiza con las nuevas realidades, no quedando estático.

Todas y cada uno de los caracteres, que se han señalado, constituyen sin lugar a dudas, un conjunto que en su totalidad, delimitan el alcance y contenido identificador de la justicia indígena, diferente a la ordinaria, sustentada en una cosmovisión diferente, concepciones diversas, pero ajenas a lo que identifica mayoritariamente la justicia ordinaria.

Principios

En cuanto a los principios, la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, establecen un conjunto de principios que, de forma indirecta y directa, delimitan el procedimiento de la justicia indígena. Así la Carta Magna ecuatoriana señala que:

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.

3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.

5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Mientras tanto, el Código Orgánico de la Función Judicial, establece de forma más concreta, los principios que debe regir de la impartición de justicia indígena, señalando lo siguiente:

“Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL. - La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad. - Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

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

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

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

e) *Interpretación intercultural.* - En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.”(Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Estas en esencia, constituyen los principios sobre los que se sustenta la aplicación de la justicia indígena. Lo establecido en la Constitución, deben respetarlo en base al respeto debido que impone la ley, la Constitución y otras normas internacionales, siempre en lo que se aprudente y asimilable por sus costumbres y formas. Las establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, son específicos, exclusivas a esta jurisdicción.

La normatividad establecida a su interior, mediante el establecimiento, respeto e implementación de un conjunto de normas y procedimientos instituidos en cada pueblo o nacionalidad como consecuencia de un derecho consuetudinario, establece las formas y maneras de llevar a cabo la justicia en cada caso. Todo ello, mediante una institucionalidad diferente a la que se establece en la justicia

ordinaria, pues el reconocimiento de las diferentes autoridades indígenas, implica procesos colectivos en los que la comunidad es quien delimita la actuación de estas autoridades. Otro elemento definitivo que identifica esta justicia, es que poseen un amplia jurisdicción para dirimir cualquier tipo de conflicto, o lesión a cualquier bien jurídico, siempre que dichos actos tengan lugar dentro de la comunidad y por miembros de la misma, lo que delimita su campo de actuación y la imposibilidad de la justicia ordinaria, de inmiscuirse, siempre que dichas prácticas no atenten contra los derechos humanos establecidos en la Constitución e instrumentos jurídicos internacionales.

Procedimiento

El procedimiento de la justicia indígena, se caracteriza por la flexibilidad, erigiéndose como un proceso de juzgamiento sin formalidades, ni burocratismos, demoras, en la que la oralidad es un elemento consustancial al mismo. En muchas ocasiones el fallo es anotado en un acta, cuando se da el caso en que el infractor se compele a compensar al ofendido, por lo que se trataría de algún tipo de documento que serviría como garantía o título de ejecución. La solución de los conflictos se funda en los principios que han sido unificados a través de la experiencia y habilidad, en la enseñanza generación tras generación de conocimientos que definen la naturaleza indígena. (Pérez Guartambel, 2015)

El procedimiento se compone en esencia de seis momentos esenciales, cuestión en la se coindice por la mayoría de los investigadores, pero que igualmente, han sido planteadas por las propias organizaciones indígenas. El procedimiento, ha sido delimitado conceptualmente por diversos autores. Como quiera que en la mayoría de las concepciones aportadas por la doctrina, no ha sido considerado esta forma alternativa de impartición de justicia, la indígena, se ha preferido señalar el concepto que delimita las actuaciones, que se regula en la Constitución del Ecuador, la que refiere que:

“Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Este, a consideración del presente estudio, garantiza las exigencias y formas establecidas en la justicia indígena, pues el principio de la impartición de justicia, sobre fundamentos determinados, caracteriza el sistema jurídico de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Para investigadores como Ilaquiche Licta (2001) y la Comunidad Chichico Rumi(2007), la justicia indígena posee el siguiente procedimiento:

Primeramente, se materializa una etapa de aviso o demanda, denominada *“Willachina”*, en la que las personas, individuos deben informar a las autoridades pertinentes, en dependencia de la gravedad de la falta, el hecho en conflicto. Esta cuestión tendrá lugar de forma oral, clara, sin formalidades, y con total y absoluto respeto y comportamiento ético, para no alterar el bienestar y el orden de la comunidad en la que tiene lugar. Es necesario señalar, que los miembros de dicha comunidad, pueblo o nacionalidad, tienen el deber de poner en conocimiento de las autoridades indígenas no solamente cuando ellos son los afectados directos de algún comportamiento de otro miembro, sino que deberán informar todo lo ilícito que tenga lugar en la comunidad. Recepcionada la demanda, los dirigentes comienzan las investigaciones pertinentes.

El segundo momento procesal es la investigación propiamente dicha o como se le denomina al interior de las comunidades la *“Tapuykuna”*. En este momento, es donde se intenta encontrar la verdad, realizándose un conjunto de actividades como la inspección visual del lugar de los hechos de todos los dirigentes o los designados para realizarlos, cuando los hechos acontecidos han sido de muertes, robos, asaltos o peleas. Unido a ello otra de las diligencias pudiera ser la práctica de un allanamiento a las viviendas donde se presume existan evidencias del hecho en sí. Esta etapa de investigación es dirigida por una comisión de

comuneros caracterizados por una elevada ética, moral y condiciones personales óptimas de respeto dentro de dicho pueblo o comunidad, de forma tal que, con sus conocimientos y entereza y rectitud, pueden dar con la realidad en cuanto a lo sucedido y sus autores.

En la etapa anterior, la comisión investigadora deberá determinar el o los responsables, dando paso al otro momento dentro del proceso. En este momento se manifiesta la confrontación entre el acusado y el acusador o como se le denomina “*Chimbapurana*”. En este momento existe una confrontación entre todos y cada uno de los involucrados. La justicia indígena señala en este momento procesal, dos fases, una primera que es donde se instala la asamblea comunal con la participación activa de toda la comunidad, se anuncia el conocimiento de los hechos, tal y como han sido delimitados por la investigación; una segunda fase es la aclaración de los hechos. En este momento se pronuncia la trascendencia de tal acto, y a continuación el demandante u ofendido hace referencia de los hechos que originaron su denuncia. Seguidamente, se le da la palabra a la persona que es considerada como responsable, sin la presencia de abogado, todo lo que tiene lugar de forma verbal. Si el denunciado admite su responsabilidad, solicita entonces que se atenúe la pena, se presentan y practican las pruebas de ambas partes, y se logra delimitar adecuadamente, el o los autores del hecho.

El cuarto momento dentro del proceso de impartición de justicia indígena, es la imposición de la pena, o la denominada “*Killpichirina*”. En este momento, el órgano que conoce del asunto, o sea, la Asamblea comunal, en atención a la gravedad de los hechos, determina la sanción que debe imponérsele al responsable. Las sanciones no se encuentran establecidas de manera uniforme. Se debe recordar que el derecho penal en estas comunidades responsable a un derecho consuetudinario que es diverso atendiendo a la cultura de cada pueblo o nacionalidad, por lo que un mismo hecho, o parecidos acontecimientos, no son necesariamente sancionados de la misma forma en una u otra comunidad. En este sentido las penas varían, pero en esencia, se podrían mencionar las multas, suspensiones de derechos comunitarios, indemnizaciones, devolución de objetos, baño de agua fría, ortigazos, latigazos, trabajos comunitarios, expulsión de la

comunidad entre otras. La etapa que le continúa es la llamada “*Paktachina*”, que es donde se ejecuta la sanción impuesta atendiendo a sus caracteres y frente a toda la comunidad.

La sexta fase procesal es la llamada “*Tantanakushpa Cushichina*”, o alegría por la superación del conflicto. Esta es una etapa que se caracteriza por un espíritu de alegría, en la que el responsable o los responsables, piden de forma pública disculpas a la víctima u ofendido, y esta última las acepta. A continuación, el sancionado deberá invitar a la víctima y sus familiares a un almuerzo comunitario y a la toma de la chicha o licor. Se trata de una fase de renovación, de olvido de los rencores posiblemente surgidos como consecuencia del daño provocado, lo que persigue armonizar las relaciones interpersonales en la comunidad.

En sentido general como ha sido posible observar, el procedimiento de la justicia indígena posee algunos puntos de coincidencia con el proceso penal en la justicia ordinaria, en el sentido de que existe un momento de denuncia, otro de investigación y otro de establecimiento, aclaración de los hechos y sanción, lo que es parecido al acto del juicio oral. No obstante, como también se ha podido evidenciar, no solo es diferente, sino que los principios y espíritu que lo sustenta es diferente a la justicia ordinaria, la que es más fría, menos constructivista, de menos publicidad, en el sentido de dar participación a la comunidad y, sobre todo, lo que viene posterior a la imposición de la pena, lo que está dirigido a lograr un espíritu comunal alejado de cualquier rencor o venganza.

Ejecución de penas

En materia de ejecución de penas, es necesario señalar, que tal y como es cuestión caracterizadora de los sistemas jurídicos indígenas, cada comunidad posee los medios, mecanismos y formas de implementar la ejecución de las sentencias establecidas por la asamblea y dirigentes indígenas y validadas por la comunidad. Cada pueblo o nacionalidad tiene sus formas básicas de impartir sentencias, por lo que las dictarán atendiendo a los derechos humanos establecidos en la Constitución e instrumentos jurídicos internacionales de los que el Ecuador es signatario.

En este sentido no es pertinente ni necesario, la referencia a la humanidad en la ejecución de las penas. Primero porque se debe tener en cuenta la cosmovisión y culturas ancestrales en este sentido. Aunque ciertamente varios autores han considerado que castigos tales como latigazos u ortigazos constituyen penas crueles e inhumanas, la realidad, para este investigador, no lo son. Segundo, porque al establecerse una sanción, se debe tener en cuenta que no vulnere los derechos humanos, por lo que, al legitimarse dicha sanción, se está validando la forma en que ha de llevarse a cabo.

No obstante, las distinciones existentes en torno a la naturaleza de la sanción, existe entre todos y cada uno de los pueblos y nacionalidades indígenas, una característica común en la ejecución de las penas: tienen lugar frente a toda la comunidad. Fuere cual fuere la sanción impuesta al infractor, tiene que ejecutarse ante la comunidad, no en el sentido de provocar un sentimiento de denigración pública al responsable de un acto, sino como una remembranza de lo que aconteció, y el resultado del mismo, de forma tal que se pueda producir en el delincuente, una vergüenza que resulte en un arrepentimiento sincero; y en los miembros de la comunidad, una forma de mantener viva, la impartición de justicia en su comunidad. Esta es, sin lugar a dudas, una de las formas en que se construye la justicia indígena.

En la ejecución de las penas, tales como baños de agua fría, latigazos, ortigazos y otros castigos corporales, tienen lugar el día indicado por la asamblea comunal, para lo cual se convoca a toda la comunidad, a los efectos de que verifiquen por ellos mismos, la ejecución de la pena. Igual acontece cuando se imponen medidas de reparación, tales como indemnizaciones, confiscaciones y otras, en la que la entrega del dinero, del servicio, de los bienes o valores, se realiza en presencia de los dirigentes indígenas y los miembros de la comunidad.

Como ha sido posible comprobar, la comunidad indígena posee una activa participación en su conjunto, en la implementación de su justicia. Están presentes en todo momento, desde el conocimiento del hecho, en la audiencia oral hasta la sentencia o sanción y en su ejecución, legitimando cada uno de los momentos

procesales y mediante la presencia física, personal de cada uno de ellos, desde el mayor, hasta el menor de la comunidad, perpetuarán las costumbres, el uso, como fuentes básicas de su derecho.

Normativa que legitima la justicia indígena

En el Ecuador existen en sentido general, tres cuerpos legales que legitiman la justicia indígena: la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En este sentido la Carta Magna ecuatoriana expone lo siguiente:

“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: (...)

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.

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.

Art.171.- Las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro del ámbito territorial, garantizando la participación y decisión de las mujeres, aplicando normas y procedimientos propios, para la solución de los conflictos internos y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos y garantizados en instrumentos internacionales vigentes.

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.”(Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Básicamente estos son los dos artículos que, en la Constitución del Ecuador del 2008, legitiman la impartición de un sistema de justicia indígena, siendo enriquecido por el Código Orgánico de la Función Judicial, el que regula lo siguiente:

“Art. 343.- ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA. - Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. NO se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL. - la actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

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;

Igualdad. - La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas.

Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos, especialistas en derecho indígena.

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

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

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

Art. 345.- DECLINACIÓN DE COMPETENCIA. - Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

Art. 346.- PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL. - 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.

Especialmente capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.

El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.”(Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

En último momento, se puede encontrar lo que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el que legitima la impartición de justicia indígena en los siguientes pronunciamientos:

“Art.- 39.- Art. 39.- Objeto. - La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Capítulo IX. Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

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

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

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

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

Autonomía.- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio ”.(Ecuador, LOGJCC, 2009)

Hipótesis

Hipótesis alterna. La aplicación del Derecho Consuetudinario en la justicia indígena respeta los Derechos humanos y el debido proceso.

Hipótesis nula.

La aplicación del Derecho Consuetudinario en la justicia indígena **no** respeta los Derechos humanos y el debido proceso

Determinación de Variables

Variable independiente

Derecho Consuetudinario

Variable dependiente

Justicia Indígena

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

Enfoque de la Investigación

El enfoque de la investigación constituye el plan o estrategia que se desarrolla para tener la información que se requiere en una investigación, debe responder a la pregunta de investigación.

A través del diseño de investigación se conoce qué individuos son estudiados cuándo, dónde y bajo qué circunstancia. La meta de un diseño de investigación sólido es proporcionar resultados que puedan ser creíbles. La investigación realizada es de tipo cuantitativa y cualitativa ya que facilitó explicar y caracterizar sobre el análisis de la justicia indígena y los derechos humanos, de tal manera que hizo posible conocer el problema de estudio tal cual se presenta en realidad y analizar estadísticamente las posturas de la muestra a la que se le aplicaron los instrumentos y técnicas de investigación delimitados.

Modalidad de la Investigación

Bibliográfica – Documental

Un importantísimo instrumento que ha permitido investigar principalmente sobre la justicia indígena, en las cuestiones que les son inherentes y propias, ha sido la revisión bibliográfica-documental, mediante la consulta de documentos, libros, artículos científicos, folletos, tesis de investigación, unida a la legislación nacional, instrumentos jurídicos internacionales, los que han aportado un caudal invaluable de información que ha permitido conocer con suficiencia, las

cuestiones relacionadas con la justicia indígena en el Ecuador, los derechos constitucionales, y que en sentido general han permitido llevar a cabo un exhaustivo análisis y valoración de los elementos que distinguen la impartición de la justicia indígena y su confrontación con los principios y derechos establecidos en la normativa ecuatoriana e internacional.

De Campo

Para lograr complementar adecuadamente los objetivos planteados en el presente estudio, la revisión bibliográfica-documental no es suficiente, para lograr un estudio actualizado sobre el tema. En base a ello se ha decidido utilizar la investigación de campo, que ha permitido mediante la aplicación de las encuestas y entrevistas, a abogados en libre ejercicio y miembros de comunidades indígenas, en el Ecuador, conocer sus posturas en la práctica, sobre la implementación de la justicia indígena en el Ecuador. Ello permitió obtener la percepción real de los encuestados sobre el fenómeno y sus posturas sobre si vulneran o no, los derechos constitucionales y los establecidos en instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, todo en base a la aplicación del Derecho Consuetudinario.

Tipo de Investigación

Descriptiva

El empleo de este tipo de estudio, ha posibilitado describir los elementos caracterizadores de la justicia indígena en el Ecuador, la incidencia, y el impacto que tiene sobre la aplicación del Derecho Consuetudinario, establecidos en la Constitución ecuatoriana del año 2008, y los instrumentos jurídicos internacionales, permitiendo obtener una idea general del comportamiento de esta manifestación en el entorno nacional.

Explicativa

La utilización de este aspecto, ha facilitado determinar en el entorno nacional, las características que definen la justicia indígena, sus formas de procedimiento, peculiaridades. También permitió obtención de información importante para comprender la cosmovisión de la justicia de los pueblos y nacionalidades, y lograr delimitar sus antagonismos en muchas cuestiones con los derechos humanos establecidos en la legislación nacional e internacional.

Población y Muestra

Las unidades de observación determinadas en la delimitación son:

Tabla 1. Población y Muestra

ÍTEMES	UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN
1	Abogados en pleno ejercicio, especialistas en temas indígenas, constitucionales	50
2	Miembros de comunidades indígenas ecuatorianas, de: Quisapincha y Pueblos Pansaleos	20 (Quisapinchas)
		20 (Pansaleos)
		20 (comunidades vecinas)
TOTAL		110

Tabla 1

Fuente: Marco Teórico

Elaborado por: Borman Vargas

La encuesta y entrevista como técnicas de investigación y el cuestionario como instrumento, son a la muestra seleccionada de abogados y miembros de comunidades indígenas, de forma tal que en su conjunto, aportan la información desde los campos profesionales y práctico, que en su conjunto aportan los elementos necesarios desde diferentes aristas que posibilitarían conocer la percepción sobre la impartición de justicia indígena y su impacto en los derechos humanos que reconoce la Constitución del 2008 y los instrumentos jurídicos internacionales.

Operacionalización de las Variables

VARIABLE INDEPENDIENTE: Justicia indígena

CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMS BÁSICOS	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>Conjunto de normas, preceptos y procedimientos, inspirados en la cosmovisión y cosmovivencia de su memoria colectiva, aplicables a conductas del convivir comunitario, reconocidos socialmente, y cuya aplicación corresponde a sus autoridades.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso penal - Derechos Humanos - Legislación Nacional - Instrumentos Jurídicos Internacionales 	<ul style="list-style-type: none"> - Procedimiento - Garantías - Derechos procesales - Principios procesales 	<p>¿El procedimiento en la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, es diferente al de la justicia ordinaria?</p> <p>¿El proceso penal de la justicia indígena en el Ecuador, respeta las garantías mínimas del debido proceso?</p> <p>¿Se respetan a los procesados, sus derechos humanos en los procesos de la justicia indígena en el Ecuador?</p> <p>¿Se respetan en los procedimientos de justicia indígena los principios establecidos en la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos?</p>	<p>Encuesta y entrevista dirigida a Abogados en pleno ejercicio, especialistas en temas indígenas, constitucionales.</p>

Tabla 2. Operacionalización de la Variable Independiente: Justicia Indígena

Fuente: Marco Teórico

Elaborado por: Borman Vargas

VARIABLE DEPENDIENTE: Vulneración de Derechos Constitucionales

CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEMES BÁSICOS	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>Derechos que han sido aceptados como fundamentales por la Constitución Política comprenden dos clases de derechos: los que ella misma regula (derechos constitucionalizados, cuyo punto de partida son los que tienen la condición de "inalienables" respecto de toda persona), y los reconocidos en los pactos internacionales sobre derechos humanos vigentes.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Regulación legal en Ecuador - Instrumentos Internacionales - Garantías 	<ul style="list-style-type: none"> - Presunción de inocencia - Tipificación de la infracción y la pena - Acceso a la defensa - Posibilidad de proponer pruebas - Proporcionalidad 	<p>¿En la justicia indígena, se garantiza adecuadamente el principio de presunción de inocencia?</p> <p>¿Vulnera la seguridad jurídica, el hecho de que la infracción y sanciones, no se encuentren reguladas en la justicia indígena?</p> <p>¿Posee el procesado un derecho al acceso a la defensa en la justicia indígena?</p> <p>¿Se encuentra en la justicia indígena, la posibilidad del procesado de aportar pruebas, restringido?</p> <p>¿Existe una adecuada proporcionalidad en la justicia indígena, entre las infracciones y las sanciones que se imponen?</p>	<p>Encuesta y entrevista dirigida a Abogados en pleno ejercicio, especialistas en temas indígenas, constitucionales y de derechos humanos.</p>

Tabla 3. Operacionalización de la Variable Independiente: Vulneración de Derechos Constitucionales

Fuente: Marco Teorico

Elaborado por: Borman Vargas

Técnicas e Instrumentos

Como técnicas de investigación se emplearán la **encuesta, entrevista** y el **análisis documental**. La aplicación de la Encuesta permitió obtener y elaborar datos de modo rápido y eficaz sobre las percepciones y concepciones de especialistas en temas de derecho indígena y derechos humanos, sobre los antagonismos existentes entre la justicia indígena y dichos principios, así como la percepción de la población indígena al respecto.

Unido a ello, se ha empleado el Análisis Documental. La utilización de esta técnica, permitió aunar información trascendental sobre la justicia indígena, así como el Derecho Consuetudinario en el mundo y en el Ecuador, mediante la consulta de fuentes bibliográficas diversas, como revistas científicas, informes, investigaciones, libros, artículos científicos y otro cúmulo de documentos oficiales que permitieron lograr obtener una información veraz, actualizada y comprobable sobre los temas.

Como instrumentos de la investigación, han sido utilizados las **fichas bibliográficas** y el **cuestionario**. La primera constituyó un soporte que permitió registrar y resumir la información que es necesaria en la investigación que aporta la bibliografía en general que ha sido identificada. Mediante las mismas, se ha podido identificar las obras, conceptos, ideas básicas o generales, resúmenes, síntesis entre otras. Por su parte, la segunda ha permitido elaborar un conjunto de interrogantes cuyo propósito fue el de obtener la información necesaria de la muestra seleccionada en torno a la justicia indígena y los derechos constitucionales, bajo la modalidad de preguntas cerradas, lo que permitió tener una idea de las consideraciones que poseen los especialistas y miembros de comunidades indígenas

Plan para la recolección de la Información

PREGUNTAS BÁSICAS	EXPLICACIONES
¿Para qué?	Para complementar los objetivos planteados en la investigación.
¿De qué personas u objetos?	Abogados en el libre ejercicio de sus funciones, especializados en temas de derecho indígena, derechos humanos y derechos constitucionales, y miembros de comunidades Quisapincha y Pansaleos
¿Sobre qué aspectos?	Indicadores que son delimitados en el cuadro de Operacionalización de las variables.
¿Quién?	Borman Vargas
¿Cuándo?	año 2016- 2018
¿Dónde?	Territorio ecuatoriano, tomando con espacio geográfico esencial aquellos territorios donde mayor concentración de pueblos y nacionalidades indígenas exista: Quisapincha Pansaleos
¿Cuántas veces?	Ciento diez veces.
¿Qué técnicas de recolección?	Encuesta, entrevista análisis documental.
¿Con qué?	Cuestionario y fichas bibliográficas.
¿En qué situación?	En horarios preestablecidos con los abogados, y en horarios de tarde en las comunidades indígenas.

Tabla 3. Plan para la recolección de información.

Fuente: Marco Metodológico

Elaborado por: Borman Vargas

Plan de procesamiento de la Información

- Revisión crítica de la información recogida, es decir; limpieza de la información defectuosa, incompleta no pertinente.
- Repetición de la recolección, en ciertos casos individuales para corregir fallas de contestación.
- Tabulación y graficación de información recogida mediante la elaboración de cuadros y gráficos.
- Manejo de la información (reajuste de cuadros con casillas vacías o con datos tan reducidos cuantitativamente, que no influyen significativamente en los análisis).
- Estudio estadístico de datos para la presentación de resultados.
- Verificación de la hipótesis mediante la prueba establecida.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Análisis e Interpretación de las encuestas dirigidas a abogados en pleno ejercicio, especialistas en temas indígenas, constitucionales y de derechos humanos

1. ¿El procedimiento en la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, es diferente al de la justicia ordinaria?

Tabla 4. Justicia indígena y justicia ordinaria: procedimiento

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	50	100%
NO	0	0
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

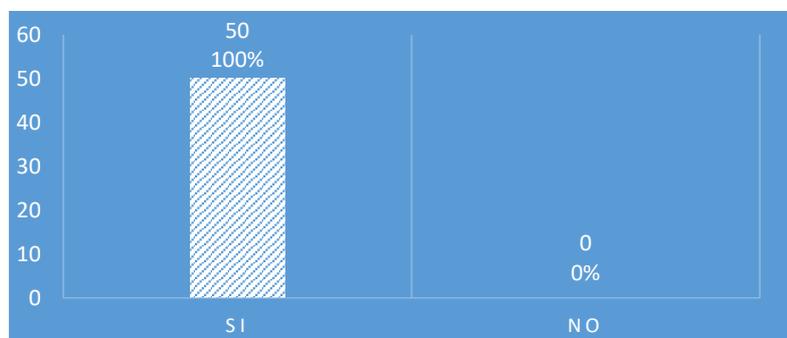


Gráfico 2. Justicia indígena y justicia ordinaria: procedimiento

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 100% de los encuestados, consideran que existen diferencias entre el procedimiento de la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Interpretación: Existe una postura absoluta, sobre la consideración y concientización entre los profesionales, de la diversidad entre las reglas que informan uno y otro sistema jurídico, lo que denota una realidad que se sustenta en los principios y caracteres existentes en ambos, que los hacen diferentes.

2. ¿El proceso penal de la justicia indígena en el Ecuador, respeta las garantías mínimas del debido proceso?

Tabla 5. Respeto de garantías del debido proceso en la justicia indígena

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	24%
NO	38	76%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

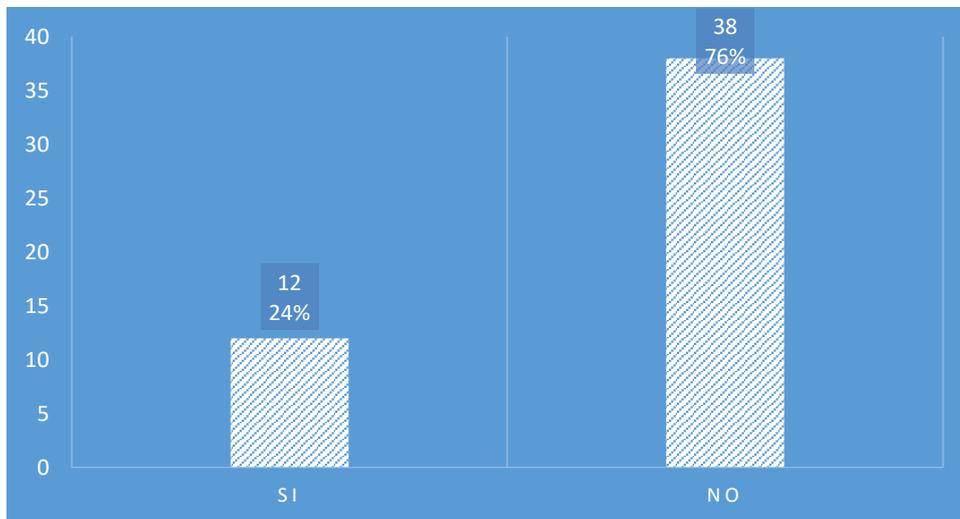


Gráfico 3. Respeto de garantías del debido proceso en la justicia indígena

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 12% de los especialistas en temas de derechos indígenas, derechos humanos y derechos constitucionales, consideran que en la justicia indígena sí se garantizan mínimamente los principios que integran el llamado debido proceso; mientras que un 76% considera lo opuesto.

Interpretación: El hecho de que la mayoría considere que existen dificultades en la justicia indígena, en cuanto a garantizar mínimamente los derechos que integran el debido proceso, supone la existencia de prácticas, formas y procedimientos en la misma, que atentan contra lo que se establece en el orden nacional e internacional como garantías mínimas del debido proceso.

3. ¿Se respetan a los procesados, sus derechos humanos en los procesos de la justicia indígena en el Ecuador?

Tabla 6. Respeto a derechos humanos en la justicia indígena

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	44%
NO	28	56%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

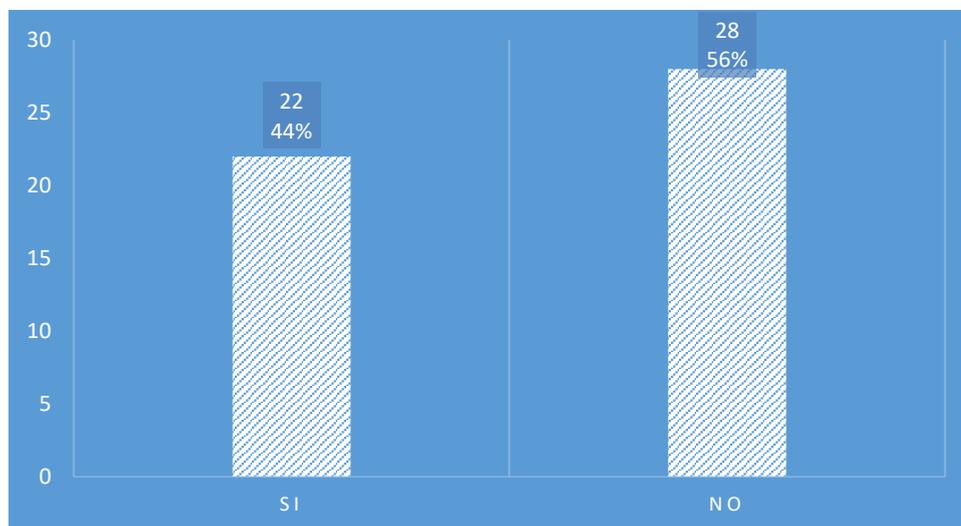


Gráfico 4. Respeto a derechos humanos en la justicia indígena

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 44% de los encuestados, consideran que en los procesos donde se aplica la justicia indígena en el Ecuador, sí se respetan los derechos humanos de los procesados; mientras que el 56% considera que no se respetan.

Interpretación: La mayoría de los especialistas encuestados, en la impartición de justicia indígena en el país, existen un conjunto de prácticas, ya sea en el procedimiento, en las formas de enjuiciamiento, en las sanciones o en su ejecución, que atenta contra los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional, y que, a pesar de su cosmovisión, indudablemente vulneran muchos derechos humanos que han sido obtenidos después de siglos de lucha.

4. ¿Se respetan en los procedimientos de justicia indígena en el Ecuador, los principios establecidos en la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos?

Tabla 7. Respeto en la justicia indígena, de instrumentos legales

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	40%
NO	30	60%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

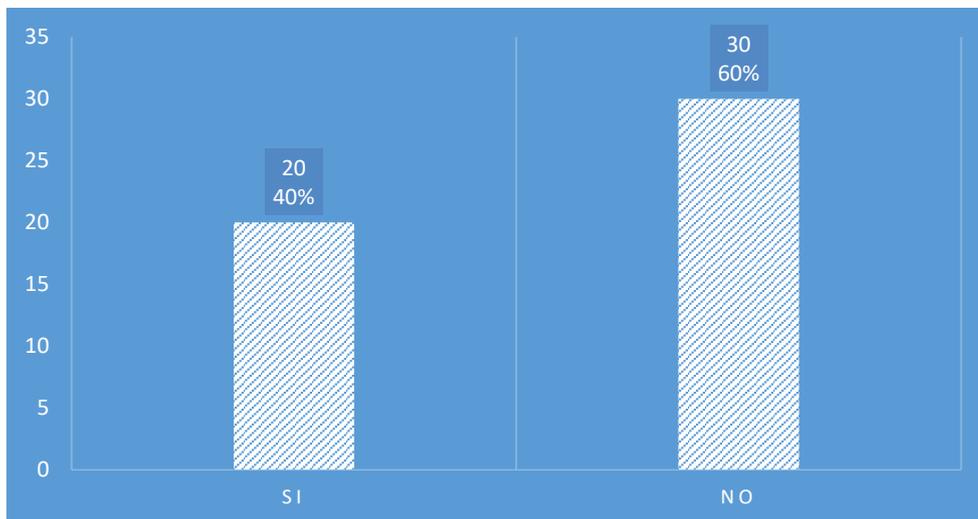


Gráfico 5. Respeto en la justicia indígena, de instrumentos legales

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 40% de los especialistas encuestados, consideran que, en los procedimientos en la justicia indígena en el país, se respetan los principios establecidos en la legislación nacional e internacional; mientras que la mayoría de los profesionales, para un 60%, considera que no.

Interpretación: Claramente se puede observar, que la mayoría considera que, en los procedimientos de justicia indígena, no se respetan en su totalidad, los principios de derechos humanos que regula la Constitución y otras leyes, así como las convenciones y tratados internacionales, denotando una percepción de vulneración.

5. ¿En la justicia indígena, se garantiza adecuadamente el principio de presunción de inocencia?

Tabla 8. Garantía de la presunción de inocencia

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	26%
NO	37	74%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

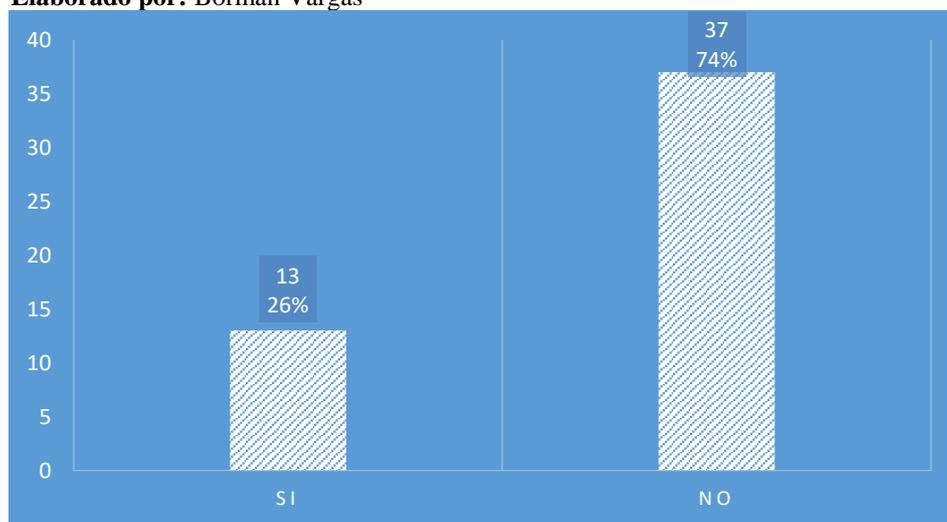


Gráfico 6. Garantía de la presunción de inocencia

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 26% de los encuestados, consideran que, en los procesos indígenas, sí existe una adecuada garantía del principio de presunción de inocencia; mientras que el 37% considera que no.

Interpretación: La amplia mayoría de los profesionales, exponen que realmente, por la forma y manera en que se lleva a cabo el proceso en la justicia indígenas, principalmente los que se conocen por infracciones, ya fuere por delitos o contravenciones menores, la situación en la que se encuentra el procesado, no permite una adecuada valoración de la presunción de inocencia. Las características de cómo se lleva a cabo cada procedimiento, limita la posibilidad de que el sujeto sea considerado inocente, pues existe desde el inicio, un rechazo de la comunidad.

6. ¿Vulnera la seguridad jurídica, el hecho de que la infracción y sanciones, no se encuentren reguladas en la justicia indígena?

Tabla 9. Impacto de la no tipificación en la seguridad jurídica

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	42	84%
NO	8	16%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

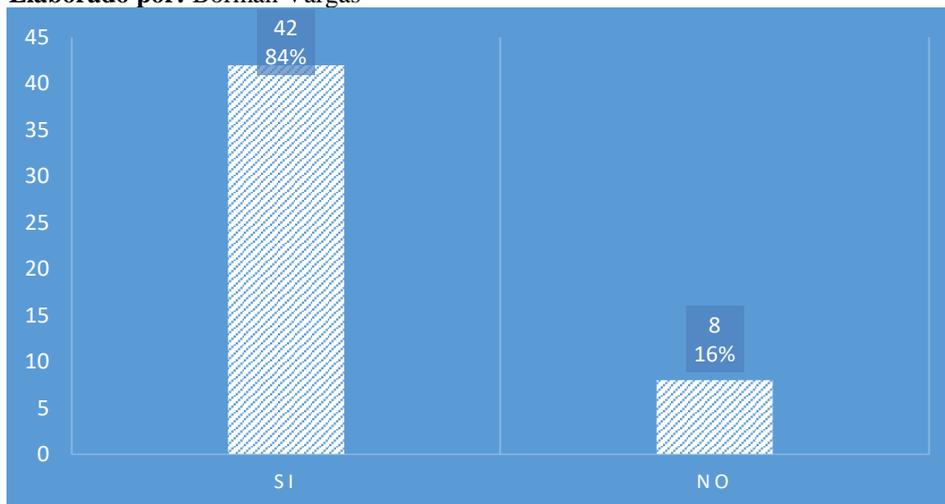


Gráfico 7. Impacto de la no tipificación en la seguridad jurídica

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 84% de los profesionales, consideran que el hecho de que no se encuentren escritas, las infracciones y penas, sí vulneran el principio de seguridad jurídica, mientras que un 16%, considera que no.

Interpretación: Una inmensa mayoría considera que la oralidad que impera en el derecho indígena, supone una vulneración de la seguridad jurídica, porque no todos los comuneros conocen los comportamientos prohibidos, pero además, se pueden observar casos en los que por un mismo hecho, dos individuos son sancionados de diversas formas. Entonces el hecho de que no existen reglas escritas, pone en tela de juicio la seguridad jurídica para los miembros y la justicia, ante una eventual infracción.

7. ¿Posee el procesado un derecho al acceso a la defensa en la justicia indígena?

Tabla 10. Acceso a la defensa en la justicia indígena

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	19	38%
NO	31	62%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

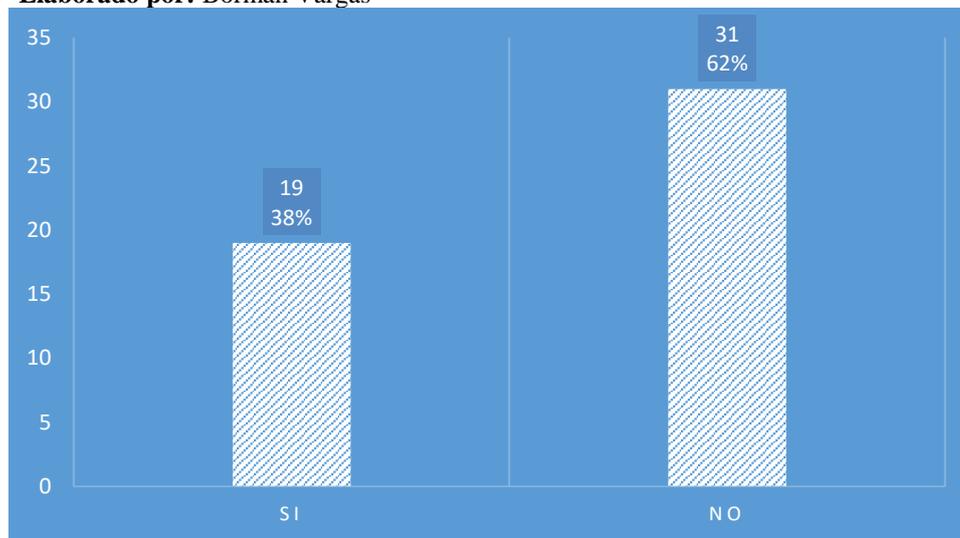


Gráfico 8. Acceso a la defensa en la justicia indígena

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 38% de los encuestados, han expresado que el procesado en la justicia indígena, sí posee un adecuado acceso a la defensa; mientras que el 62% considera que no se garantiza de forma apropiada.

Interpretación: Ello evidencia indiscutibles dificultades con respecto a los derechos de los procesados en esta modalidad de justicia. La limitación que tiene el procesado para contradecir, en las etapas iniciales del proceso, así como para proponer pruebas, le restringen su posibilidad de defensa, que queda relegada a la audiencia. Unido a ello, no es posible el empleo de abogados titulados o personas con conocimientos, lo que provoca un estado de inexistencia de defensa ni formal ni material, vulnerando este derecho.

8. ¿Se encuentra en la justicia indígena, la posibilidad del procesado de aportar pruebas, restringido?

Tabla 11. Aportación de medios probatorios

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	39	78%
NO	11	22%

TOTAL	50	100%
--------------	-----------	-------------

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

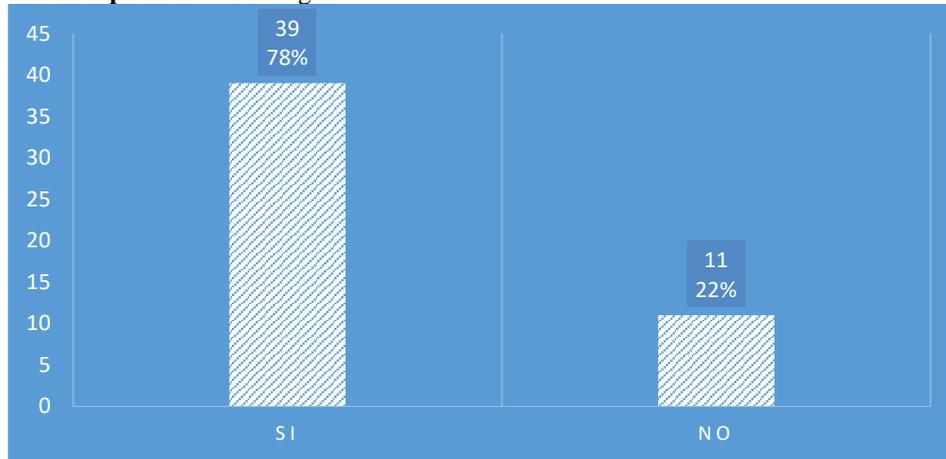


Gráfico 9. Aportación de medios probatorios

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 78% de los encuestados, opinan que el derecho a aportar medios de pruebas en la justicia indígena del procesado, se encuentra restringido, mientras que un 22% considera que no es así.

Interpretación: La mayoría de los estudiosos del tema, coinciden en que, en los procedimientos de la justicia indígena, por las características que informan dichos procesos, la posibilidad del procesado de aportar pruebas se restringe de manera importante, lo que implica sin lugar a dudas una vulneración de derechos que suponen una imposibilidad de poder defenderse de lo que la comisión le atribuye. Solo en la audiencia oral, es cuando puede proponer pruebas, las que, a tenor de la inmediatez de los cargos, no tiene el tiempo necesario para contradecir con elementos de prueba, lo que en su contra estableció dicha comisión.

9. ¿Existe una adecuada proporcionalidad en la justicia indígena, entre las infracciones y las sanciones que se imponen?

Tabla 12. Proporcionalidad entre infracción y pena, en la justicia indígena

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	20%

NO	40	80%
TOTAL	50	100%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

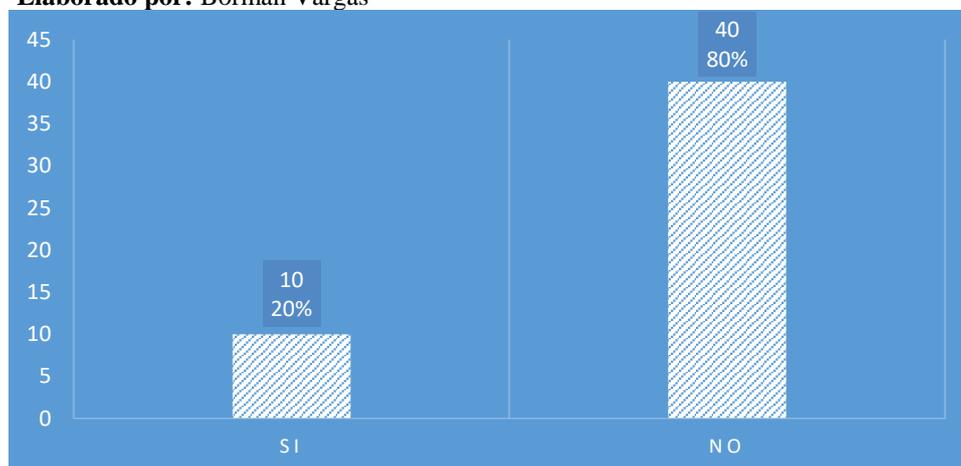


Gráfico 10. Proporcionalidad entre infracción y pena, en la justicia indígena

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 20% considera que en la impartición de la justicia indígena existe una adecuada proporcionalidad entre las infracciones y las penas; mientras que un 80% considera lo contrario.

Interpretación: Esta es una de las cuestiones que más ha sido criticada en la práctica de la justicia indígena. Basados en una cosmovisión distinta, a infracciones que atentan contra la vida o bienes jurídicos relevantes, las penas son, con respecto a la justicia ordinaria, irrelevantes. Por ello, es que la mayoría de los investigadores consideran que no existe una proporcionalidad garantizada en la administración de la justicia en estos pueblos, por cuanto se vulnera uno de los derechos relevantes de todo proceso.

Análisis e Interpretación de la encuesta dirigida a miembros de comunidades indígenas ecuatorianas, de Quisapincha y pueblos Pansaleos.

1. ¿Conoce usted, cuáles son los actos prohibidos en su comunidad?

Tabla 12. Conocimiento de Actos Prohibidos

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	18	90%	2	10%

Pansaleos	20	100%	0	0
P. Vecinos	16	80%	4	20%
TOTAL	54	90%	6	10%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas



Gráfico 11. Conocimiento de Actos Prohibidos

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 90% del total de encuestados, expresaron que sí, mientras que el 10% lo contrario. De ellos, en el pueblo Quisapincha, el 90% que sí, y el 10 que no; en el pueblo Pansaleo, el 100% que sí; mientras que en los pueblos vecinos, el 80% que sí, y el 20% que no.

Interpretación: Esta interrogante permite obtener una percepción sobre el nivel de conocimientos sobre las conductas prohibidas en estas comunidades. La amplia mayoría, de los encuestados conocen lo que no es permitido por la comunidad, no obstante, existen un importante número de miembros, que desconocen todas las conductas, lo que implica un riesgo de cometer una de ellas y ser sometido a la justicia indígena.

- ¿Conoce usted, cuáles son las sanciones por cada uno de los actos que están prohibidos en su comunidad?

Tabla 13. Conocimiento sobre sanciones en la comunidad

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	5	25%	15	75%
Pansaleo	2	10%	18	90%
P. Vecinos	9	45%	11	55%
TOTAL	16	26.7%	44	73.3%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

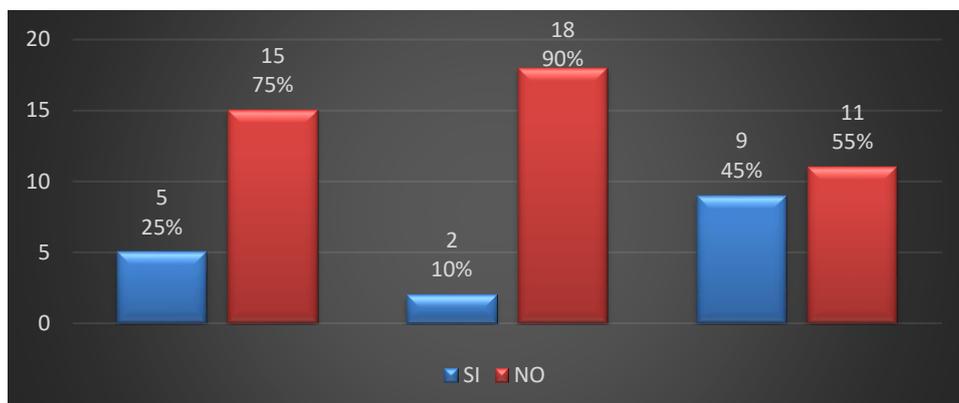


Gráfico 12. Conocimiento sobre sanciones en la comunidad

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 25% de los encuestados en el pueblo Quisapincha, contestaron que, si conocen las penas ante la infracción de alguna norma, mientras que el 75% las desconoce; en la comunidad Pansaleo, el 10% conoce las sanciones, mientras que el 90% no las conoce con certeza; en el pueblo vecino, el 45% si conoce las penas, mientras que el 55%, no. En total, el 26.7% conoce las sanciones, mientras que el 73.3%, las desconoce.

Interpretación: En este sentido queda claro, que, entre los miembros de la comunidad indígena, no existe un conocimiento suficiente sobre las sanciones por cada tipo de infracción. Aunque muchos conocen en sentido general, lo que no está permitido, se desconoce mayoritariamente las sanciones a imponer por cada infracción, lo que se manifiesta por la inexistencia de normas escritas, entre otras cuestiones posibles.

3. ¿Se respetan a los procesados, sus derechos humanos en los procesos de la justicia indígena en su comunidad?

Tabla 14. Respeto a los derechos humanos de procesados

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	20	100%	0	0
Pansaleos	20	100%	0	0
P. Vecinos	20	100%	0	0
TOTAL	60	100%	0	0

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

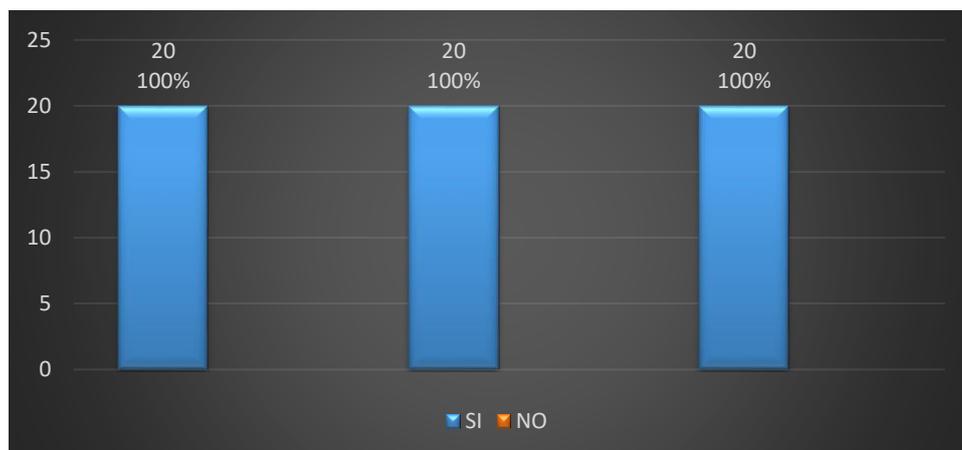


Gráfico 13. Respeto a los derechos humanos de procesados

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 100% de los miembros de las comunidades indígenas que fueron encuestados, respondieron que, en sus comunidades, sí se garantizan los derechos humanos de los procesados.

Interpretación: Se evidencia en este sentido, una postura unánime en la garantía de los derechos humanos. Esta unanimidad denota, dos cuestiones posibles. O que ciertamente los miembros de dichas comunidades, que han sido encuestados, desconocen todos y cada uno de los derechos que posee un procesado, y por ende, responden que sí; o segundo, prefieren no responder en contra de la comunidad y prefieren responder afirmativamente para no transmitir una idea negativa de la comunidad.

4. ¿Se respetan en los procedimientos de justicia indígena en su comunidad, los principios establecidos en la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos?

Tabla 15. Respeto de legislación nacional e internacional

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	20	100%	0	0
Pansaleo	20	100%	0	0
P. Vecinos	20	100%	0	0
TOTAL	60	100%	0	0

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas



Gráfico 14. Respeto de legislación nacional e internacional

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 100% de los miembros de las comunidades indígenas que fueron encuestados, respondieron que, en sus comunidades, sí se garantizan los derechos humanos de los procesados establecidos en la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales.

Interpretación: Esta es una consecuencia de la postura adoptada en la anterior interrogante. La totalidad de los encuestados, consideran que las prácticas y formas establecidas en sus comunidades ante infracciones de sus miembros, no quebrantan las normas y principios establecidos en materia de derechos humanos, ya fuere por Ecuador, o a nivel internacional, legitimando las prácticas que tienen lugar en sus comunidades.

5. ¿En la justicia indígena, se garantiza adecuadamente el principio de presunción de inocencia?

Tabla 16. Garantía de la presunción de inocencia

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	18	90%	2	10%
Pansaleo	19	95%	1	5%
P. Vecinos	20	100%	0	0
TOTAL	57	95%	3	5%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

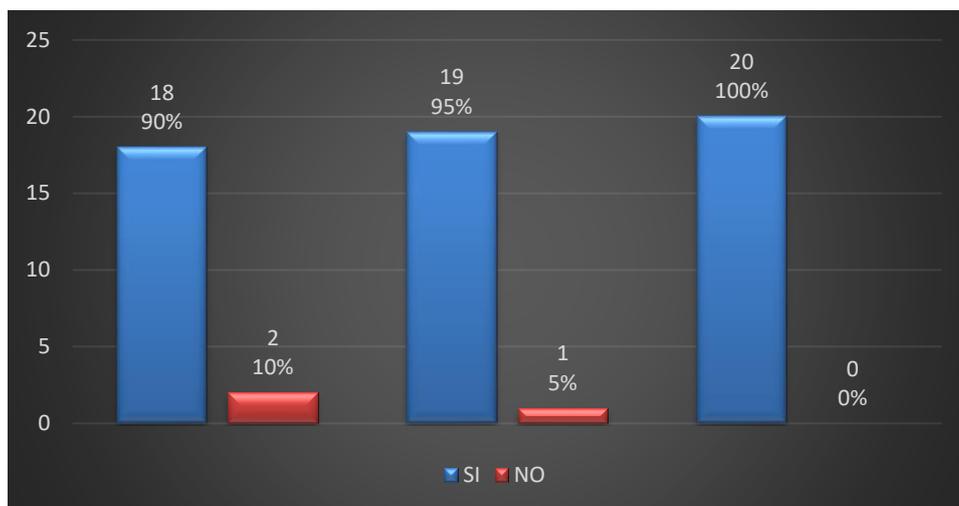


Gráfico 15. Garantía de la presunción de inocencia

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 90% de los encuestados de Quisapincha, exponen que sí existe presunción de inocencia, el 10% que no; en la comunidad Pansaleo, el 95% que sí, y el 5% que no; mientras que, en P. Vecinos, el 100% expresaron afirmativamente.

Interpretación: Aunque la inmensa mayoría expone afirmativamente, o sea que la justicia indígena asegura la presunción de inocencia, existe un porcentaje que no lo considera así. En este sentido, en Quisapincha y pueblo Pansaleo existen consideraciones sobre la vulneración a este principio, lo que evidencia dificultades que existen en comunidades y que no siempre sus miembros logran comprender del todo.

6. ¿Considera usted que el hecho de que en su comunidad lo que no está permitido y las sanciones, no se encuentren escritas, afecta su seguridad?

Tabla 17. Impacto en la seguridad de la no escritura de infracciones y penas

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	3	15%	17	85%
Pansaleo	6	30%	14	70%
P. Vecinos	5	25%	15	75%
TOTAL	14	23.3%	46	76.7%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

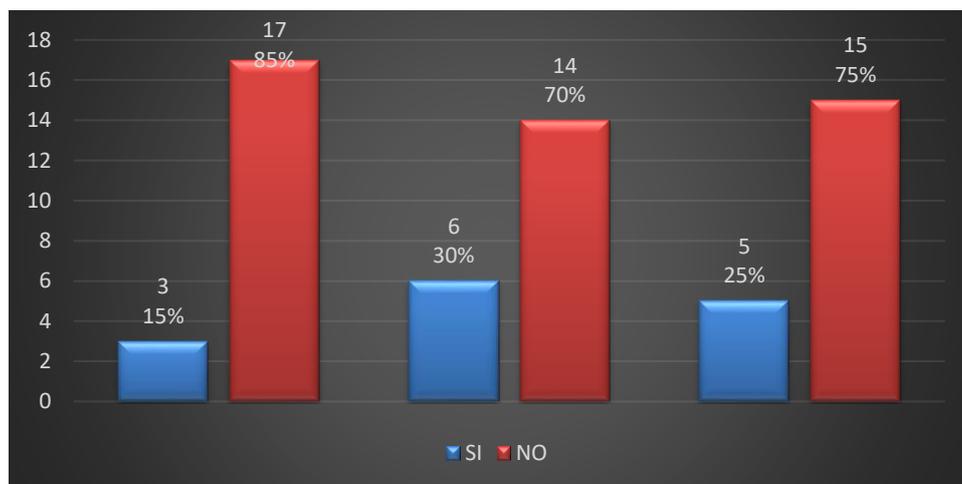


Gráfico 16. Impacto en la seguridad de la no escritura de infracciones y penas

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 15% de los encuestados de Quisapincha, exponen que sí les afecta su seguridad, el 85% que no; en la comunidad Pansaleo, el 30% que sí, y el 70% que no; mientras que, en los Pueblos Vecinos, el 25% se expresó afirmativamente, mientras que el 75%, que no.

Interpretación: Es muy interesante que existe un porcentaje considerable se pronuncie afirmativamente. Ello indica, la existencia dificultades en las consideraciones actuales, sobre el hecho de que no se conozcan todas y cada una de las infracciones, así como de las penas, lo que provoca una percepción de inseguridad en algunos miembros, debido a que el desconocimiento supone el riesgo de cometerlos.

7. ¿Posee el procesado un derecho al acceso a la defensa en la justicia indígena?

Tabla 18. Acceso a la Defensa

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	16	80%	4	20%
Pansaleo	19	95%	1	5%
P. Vecinos	20	100%	0	0
TOTAL	55	91.7%	5	8.3%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

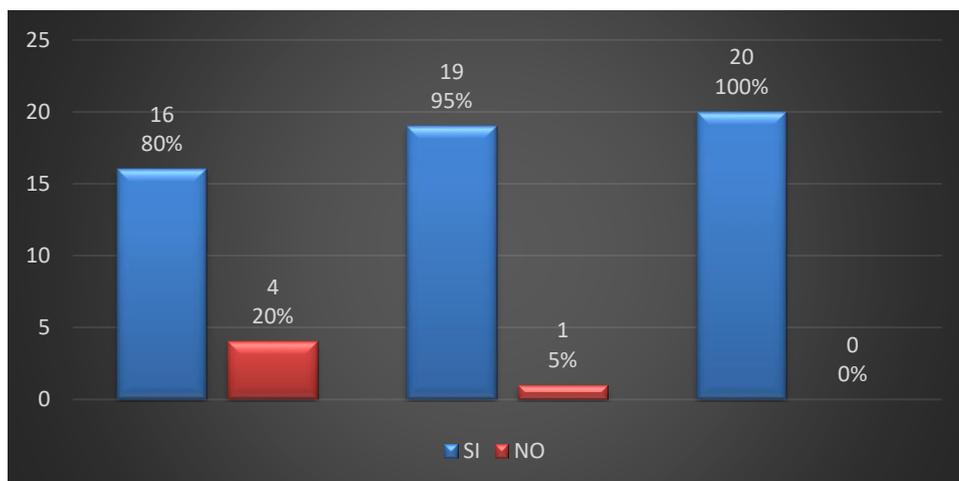


Gráfico 17. Acceso a la Defensa
Fuente: Encuesta
Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 80% de los encuestados de Quisapincha, exponen que sí existe acceso a la defensa, el 20% que no; en la comunidad pansaleo, el 95% que sí, y el 5% que no; mientras que pueblos vecinos, el 100% se expresó afirmativamente.

Interpretación: Esta interrogante está destinada a conocer el criterio de los miembros de estas comunidades, sobre el acceso a la defensa en la justicia indígena. La amplia mayoría de los encuestados, expresan que efectivamente en los procesos de justicia indígena, se garantiza el acceso a la defensa. No obstante, ello, existe un conjunto de individuos pertenecientes a estas comunidades que consideran que no es garantizado de forma adecuada, lo que indudablemente evidencia posturas que no están del todo conformes, con la defensa que poseen los denunciados en este tipo de justicia.

8. ¿El individuo que ha sido denunciado, tiene la posibilidad de proponer pruebas en todo momento?

Tabla 19. Posibilidad de proponer pruebas

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	13	65%	7	35%
Pansaleo	12	60%	8	40%
P. Vecinos	16	80%	4	20%
TOTAL	41	68.3%	19	31.7%

Fuente: Encuesta
Elaborado por: Borman Vargas

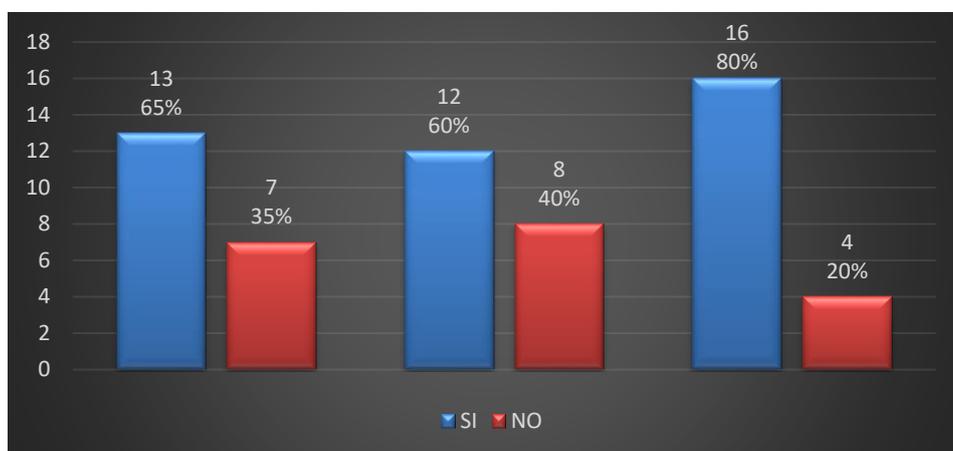


Gráfico 18. Posibilidad de proponer pruebas

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 65% de los encuestados de Quisapincha, exponen que sí existe la posibilidad de aportar pruebas en cualquier momento, el 35% que no; en la comunidad pansaleo, el 60% que sí, y el 40% que no; mientras que, en pueblos vecinos, el 80% se expresó afirmativamente, mientras que un 20%, que no.

Interpretación: Indudablemente existen contradicciones entre los miembros de estas comunidades que son merecedoras de atención. Evidencia, no solo un desconocimiento de las particularidades del proceso de justicia indígena, sino que además demuestra la existencia de restricciones en la posibilidad de aportar pruebas de los denunciados en cualquier momento, lo que, se demuestra con un número considerable de miembros que así lo exponen.

9. ¿Existe una adecuada proporcionalidad en la justicia indígena, entre las infracciones y las sanciones que se imponen?

Tabla 20. Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones

VARIABLE	SI	PORCENTAJE	NO	PORCENTAJE
Quisapincha	19	95%	1	5%
Pansaleo	20	100%	0	0
P. Vecinos	20	100%	0	0
TOTAL	59	98.3%	1	1.7%

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

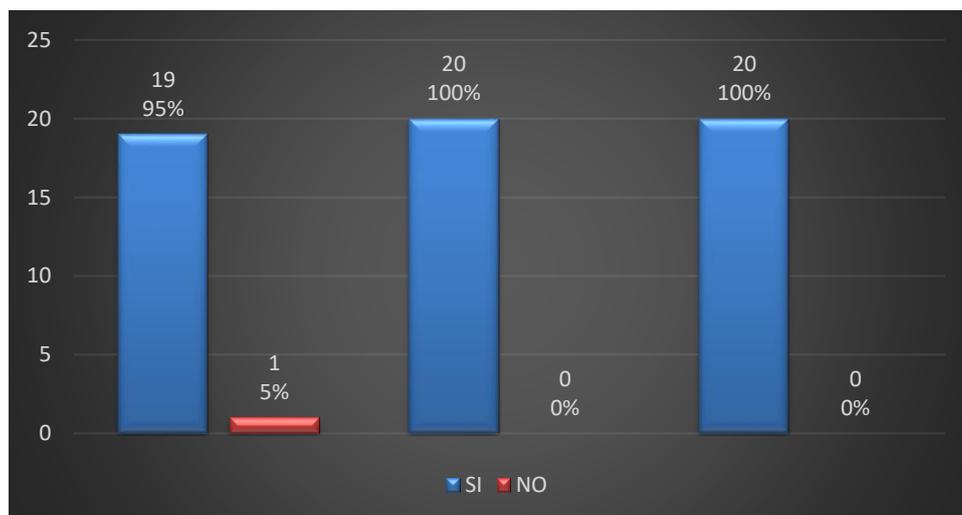


Gráfico 19. Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones

Fuente: Encuesta

Elaborado por: Borman Vargas

Análisis: El 95% de los encuestados de Quisapincha, y el 100% de la comunidad Pansaleo y de Pueblos Vecinos, consideran que sí existe proporcionalidad, mientras que solo el 5% de los encuestados de Quisapincha, consideran que no.

Interpretación: Esta Interrogante demuestra que la mayoría de la población indígena encuestada considera que sí existe una proporcionalidad entre las infracciones al interior de las comunidades y las penas que se imponen. Ello legitima el sistema de justicia indígena, lo que provoca una consideración de aceptable por todos, obviándose las consideraciones foráneas sobre lo que es proporcionalidad, justicia y derechos humanos.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- La justicia indígena en el Ecuador, es como en la mayoría de los pueblos y nacionalidades del continente, un sistema jurídico fundado en un derecho consuetudinario, y por ende, se ha transmitido de generación en generación de forma oral. En este sentido, se sostienen sobre principios de consenso generalizado entre todos y cada uno de los miembros de la comunidad, no existiendo, ninguna norma sobre formas de conductas y sanciones a imponer ante el cometimiento de una infracción.
- El Derecho Consuetudinario que lo tiene cada comunidad no es respetada por la justicia ordinaria, razón por la cual la justicia indígena se ido desprestigiando en los pueblos y nacionalidades indígenas, lo que en Quisapincha y Pansaleo se ha llegado a una folklorización y amenaza social.
- En el Ecuador, desde la Constitución de 1998, se reconoce el pluralismo jurídico, dotando de autonomía en la administración de justicia a los pueblos y nacionalidades existentes en el país. De ello, la Constitución de 2008 lo ratifica, y unido a un conjunto de normativas de inferior jerarquía, que igualmente la confirman, aporta la posibilidad de que las infracciones cometidas dentro de un territorio indígena, por uno de sus miembros, sea conocida, procesada y sancionada por los órganos de justicia de dichas comunidades, atendiendo a lo que sus reglas y formas establezcan.
- El reconocimiento del pluralismo jurídico en el país, implica la no intromisión de la justicia ordinaria, en los asuntos de impartición de justicia indígena, provocando cierto desentendimiento entre los controladores y observadores de las instituciones oficiales en Ecuador, sobre las formas y maneras de impartir justicia en estos pueblos y comunidades.

- No obstante, ello, diversas son las posturas de los investigadores nacionales que exponen su preocupación, sobre el impacto que el hecho de que muchas conductas no se encuentren escritas, así como las sanciones, unido a las formas que caracterizan el procedimiento de justicia indígena, cuestiones que hacen pensar en vulneraciones de derechos humanos.
- De la presente investigación se ha evidenciado, que, comprendiendo la cosmovisión indígena, en la impartición de justicia indígena, especialmente en materia penal, existen un conjunto de procedimientos o cuestiones que delimitan el contenido y alcance de dichos procesos, que atentan contra los derechos humanos, así como los constitucionales.
- Principios básicos como la presunción de inocencia, proporcionalidad entre las infracciones y las penas, acceso a la defensa, posibilidad de proponer pruebas, son restringidas en estos procesos de impartición de esta justicia, los que en mayor medida son consecuencia de un derecho consuetudinario que no ha sido generalizado pro todos y cada uno de los miembros de la comunidad.
- La mayoría de los profesionales especializados en derecho indígena, derechos constitucionales y temas indígenas, consideran que efectivamente en los procedimientos de la justicia de esto pueblos y comunidades, existe una limitación de ciertos derechos en los procesos, lo que provoca indiscutiblemente, vulneraciones de los derechos humanos de los sujetos procesados, por cuanto no son adecuadamente garantizados. En este mismo sentido, los miembros de las poblaciones indígenas que fueron encuestadas, a tono con el elemento que los identifica, al comportarse de forma discreta y reservada, se oponen en todo sentido a la existencia de estos caracteres, aunque sí se pudo evidenciar de un grupo de miembros que denotan lo contrario.

Recomendaciones

En el orden institucional.

- Procurar establecer en los ministerios que tengan relación con los pueblos y nacionales indígenas, de común acuerdo con los pueblos y comunidades, pautas de obligada observancia por parte de la Justicia Indígena, como complemento a la garantía de los derechos humanos en los procedimientos que tengan lugar en sus comunidades.
- Establecer reuniones semestrales entre instituciones de derechos humanos, oficiales y de la sociedad civil, y organizaciones indígenas, donde se analicen las cuestiones que en dicho periodo afectaron la impartición de justicia indígena, y el cumplimiento de los derechos humanos en los procesos seguidos en las comunidades.

En el orden académico.

- Promover desde las universidades del país, talleres, eventos, mesas redondas, congresos de Derecho Constitucional e Indígena, en los que tenga como punto central en el país, el análisis de las principales cuestiones de la cosmovisión indígena, y su sistema de justicia. Dichos eventos tendrán como primer objetivo, comprender de mejor forma las formas y maneras en que dichas comunidades ven, la justicia en sentido general. También, la forma en que pueden armonizarse sus formas de impartir justicia con los derechos constitucionales y humanos reconocidos por Ecuador y la comunidad internacional.

En el orden legal.

- Proponer un Proyecto de Ley Orgánica que tenga como fundamento esencial, la regulación de las principales obligaciones estatales y de las comunidades indígenas en materia de impartición de justicia, de forma tal que deba ser cumplido por los intervinientes.

CAPITULO VI

LA PROPUESTA

Datos Informativos:

- **Título:** Proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador
- **Institución Ejecutora:** Universidad Técnica de Ambato, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Departamento de Posgrados
- **Beneficiarios:** comunidades indígenas
- **Ubicación:** Zona Central del Ecuador
- **Tiempo Estimado para la Ejecución:** un año
- **Equipo Técnico responsable:** Dr. Phd Borman Renán Vargas Villacrés, Tutor de Tesis y Asambleístas de Tungurahua e indígenas
- **Costo:** 5000 USD

Antecedentes de la Propuesta.

La elaboración de un proyecto de ley, nace de las necesidades y problemas de la vida social, más aun cuando afecta a los sectores vulnerables (indígenas y colectivos) estando en peligro los derechos humanos y contra vida, sin dejar de lado los problemas que a ocasionado el pluralismo jurídico en el Ecuador, en donde por mandato de la Constituyente del 2008 se tiene que aplicar y respetar el derecho consuetudinario, el derecho propio, el derecho natural, que no es otra cosa que las costumbres, mitos y leyendas de cada comuna y comunidad, ya que esa es su memoria ancestral vigilada por sus ancianos, *yachays*, *zhamanes* y mujeres de prestigio y fieles a su pacha mama.

Luego del análisis de datos y al llegar a las conclusiones y recomendaciones, se resume que nuestro país todavía no aplica el mandato de la Constitución de aplicar la justicia indígena, en donde solo se resuelve pequeños problemas, y faltas leves y menos graves, y las que supuestamente afectan el honor y los derechos humanos son analizados

y procesados por la justicia ordinario, violando todo principio de equidad y justicia como: la convención 169 de la OIT, el Código Orgánico de la Función Judicial, La COOTAD, LOGJCC, como la Constitución actual, vigente de la República del Ecuador.

Con la investigación realizada ratificamos que la justicia en el Ecuador principalmente el Consejo de la Judicatura, no está preparado para armonizar las dos justicias y poner en práctica, el pluralismo jurídico, ya que todavía está latente el gran objetivo inmisericorde y déspota de la conquista española, que era eliminar por completo la cultura, la memoria ancestral, la filosofía y con ello la legislación inca- Indígena. razón por la cual, al derecho propio (indígena) en la actualidad, en un 90 % le conocen como simple folklorismo, y desconocimiento de la realidad. Es así que mencionan los supuestos blancos y mestizos, que al aplicar la justicia indígena se ejecuta barbaries y salvajismos, que atentan contra los derechos humanos y la vida.

Justificación

Es **necesario** crear una ley que armonice la justicia indígena con la justicia ordinaria, caso contrario con este divorcio lo único que se consigue, es la discriminación del Derecho Consuetudinario, y que se siga conociendo como actividades paganas, folclóricas, y de festejos populares que no pasan de ser recreativas.

Es de vital **importancia** crear la ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, porque caso contrario se está violando la constitución, principalmente con el principio del No bis ídem (doble juzgamiento), situación que es penado por la ley nacional e internacional, más aún cuando existen precedentes del bloque constitucional que ya se han pronunciado a favor del pluralismo jurídico.

Es de sumo **interés** la propuesta en mención, por que pondría en práctica todos los normativos en favor de las nacionalidades, pueblos y comunas indígenas, principalmente las: del convenio 169 de la OIT, los articulados del Código Orgánico de la Función Judicial, los lineamientos de la COOTAD, los normativos claros que dispone la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y no caer en la desobediencia judicial nacional e internacional.

Es **factible** la creación de la ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, porque existe personas expertas y estudiosas del tema tanto en la zona central del país, como a nivel nacional, así también en la Universidad Técnica de Ambato, facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, existen juristas que han dedicado el 100% de sus actividades al tema del pluralismo jurídico, y de los derechos colectivos, más aun cuando se tiene el apoyo de las autoridades institucionales, y delos asambleístas tungurahueses, para que esto sea una realidad.

La armonización del pluralismo jurídico y la aplicación del derecho consuetudinario, en cada uno de los pueblos causará un gran **impacto** en el desarrollo y convivencia diaria de las comunidades y pueblos ancestrales, ya que se respeta la: plurinacionalidad (varias nacionalidades), multiculturalidad (muchas culturas) y la interculturalidad (vivir con tolerancia entre todas las culturas), de los pueblos olvidados por más de 500 años, y solo así se visibilizará, la epistemología y la axiología del pueblo originario del Ecuador y el mundo.

Objetivos

Objetivo General

Crear la “ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador” y asi encontrar la armonización de la justicia nacional.

Objetivos Específicos

- Establecer los considerandos y la filosofía de la aplicación del pluralismo jurídico (justicia indígena).
- Determinar el debido proceso y la legitima defensa de la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador

- Elaborar el ante proyecto de la ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, y presentar a las autoridades de la Universidad Técnica de Ambato y los Asambleístas de Tungurahua.

Factibilidad

- **Política.** - En el ámbito político es realizable porque debemos partir que todo ser humano es político por naturaleza, y quien cree que no lo es, es un Dios o una bestia, razón por la cual todos somos políticos al momento de razonar, pero principalmente el establecer respuestas a los diferentes problemas de la realidad, en que vivimos, más aún cuando se trata de los indígenas y sus derechos colectivos.
- **Socio-cultural.** - La constitución del 2009 ratifica que el Ecuador es un país plurinacional, multicultural e intercultural, esto quiere decir que tenemos muchas nacionalidades con la aplicación de diversas culturas y todas, debemos respetarnos y ser tolerantes en su desarrollo y practicidad, entonces es necesario su aplicación.
- **Tecnológica.** - El derecho consuetudinario se caracteriza por ser oral y transmitido de generación en generación, pero la sociedad a cambiado y se a tecnificado, razón por la cual también se debe ayudar al derecho propio, es decir tiene que ingresar la tecnología a los procesos jurídicos en la justicia indígena, para que puede tener éxito, y no se quede fuera de la modernidad, así garantizamos el fortalecimiento del pluralismo jurídico.
- **Organizacional.** - En el aspecto organizacional las comunidades indígenas llevan la delantera, ya que desde los ancestros se tiene una estructura administrativa de organización y cumplimiento de respeto y obligatorio, lo que garantiza la aplicación de un 100 % de los objetivos del derecho propio.
- **Equidad de género.** - En las comunidades indígenas las mujeres tienen un papel preponderante, ya que, si no participan en los procesos de purificación y sanción de la justicia indígena, esto es de nulidad absoluta, ratificando con esto que es aplicable por que las mujeres tienen ya su posición bien marcada en todos los procesos y las actividades de la comunidad.

- **Ambiental.** - La globalización en el mundo, ha llevado a todos los pueblos a una contaminación total, poniendo en peligro la salud de los seres vivos del planeta, por ello es importante regresar los ojos: al campo, al sector rural, a la agricultura y cultivar la tierra, ya que solo así se conseguirá la paz mundial, caso contrario por la falta de alimentos y agua, se producirán las futuras guerras mundiales. Y esto se puede prevenir con la armonía en las comunidades indígenas, para que no emigren a las grandes ciudades, por ello hacemos un llamado para que se respete sus leyes y su derecho consuetudinario.
- **Económica – financiera.** - En recursos económicos y financieros, se pondrá en ejecución el presente proyecto de ley con la autogestión del autor, luego se trabajará en el auspicio del mismo de las empresas públicas y privadas que tienen contacto y desarrollo en los pueblos indígenas, ya que ellos serán los primeros beneficiados por su ejecución.
- **Legal.** - En él, aspecto legal se cumplirá estrictamente con el Artículo 425 de la Constitución donde nos menciona claramente el orden jerárquico de las leyes: Constitución, Tratados internacionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias, entre otras, así también cumplir con el bloque constitucional, entre ellas las leyes internacionales que provienen de convenios, como también de los precedentes de la Corte Constitucional, emitidos para el cumplimiento coercitivo.

PROYECTO DE LEY PARA LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR

CONSIDERANDO:

“Que, el Art. I de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

Que, el Art. IO de la Constitución de la República del Ecuador dispone que: las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Que, el Numeral 3, del Art. II de la Constitución de la República del Ecuador, los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Que, el Art. 57 numerales 9 y 10 de la Constitución Política del Estado, Uno de los derechos colectivos de 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 es "conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad. " y "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 Art. 76 No 7. 1. i de la Constitución, Nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

Que, el Art. 171 de la Constitución reconoce, las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en.

Las 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’.

Que, la Constitución de la República, como un derecho de protección, en su Art. 76 No. 7. f señala.: Ser asistido gratuitamente por una traductora o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

Que, la Constitución de la República, como un derecho a la defensa de toda persona, en su Art. 77 No, 7, I, a señala ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo o de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Que, el Estado ecuatoriano en el año de 1998 al suscribir el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT. contrajo la obligación de poner en vigencia y aplicación directa las normas, procedimientos y derechos propios que las autoridades de los pueblos y nacionalidades indígenas observan en sus territorios, conforme a los contenidos del artículo 8, 9 y IO de dicho Convenio (OIT 169, 2014).

Que, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ratificado e incorporado por la Asamblea Nacional Constituyente del 2008, como parte del ordenamiento jurídico nacional, en su Art. 34 establece que Los pueblos indígenas tienen derecho a promover desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, de conformidad con las normas internacionales.

Que, el Art. 17, 343, 344, 345 y 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, reconocen a la justicia indígena, como un medio alternativo y constituye un servicio público, así como establece la obligación de que los policías, jueces, fiscales, defensores, funcionarios públicos y servidores judiciales observen previo a sus decisiones y actuaciones los principios de: diversidad, igualdad non bis in ídem, pro jurisdicción indígena, e interpretación intercultural. Además, establece el procedimiento en caso de declinación de competencia e impulsa la promoción de la justicia intercultural en todo el país.

“Que, no obstante, de que la norma constitucional y los convenios internacionales son de directa e inmediata aplicación, es importante contar con una ley que viabilice un mejor entendimiento y establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Que, la Asamblea Nacional del Ecuador: tiene la imperativa misión de coadyuvar al ejercicio efectivo de estos derechos, en el marco del Estado Intercultural y Plurinacional;

Que, en el Art. 120. No. 6 de la Constitución de la República, La Asamblea Nacional le corresponde codificar; reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

Que, en el Art. 132, No. 1 de la Constitución de la República, estatuye que a la Asamblea Nacional le corresponde, aprobar como leyes las normas generalmente de interés común y regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Que, en el Art. 133 No. 2 dispone que las Leyes serán orgánicas, las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales" (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

“Que, en el Art. 53 No. 2 de la Ley Orgánica del Función Legislativa establece que las leyes serán orgánicas Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (TIBAN L. , 2010)

En uso de sus atribuciones y facultades, expide el siguiente:

PROYECTO DE LEY PARA LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL ECUADOR

TITULO I

ÁMBITO Y PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Art. 1.- Objetivo de la ley. - El objetivo de la presente ley es brindar todas las herramientas y procesos para la aplicación de la justicia indígena en base al derecho consuetudinario en todas las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas, legalizados por el Art. 171 de la Constitución, el artículo 343 Ley Orgánica de la Función Judicial y los demás instrumentos jurídicos internacionales sobre el tema.

Art. 2.- Se considera que la presente ley tiene un sistema propio de aplicación de justicia, en el cual estrictamente se cumple con el debido proceso y la legítima defensa, ya que solo así se consigue la paz social y la armonía en el pluralismo jurídico, razón por lo cual tiene su propia legitimidad y legalidad, con el control coercitivo de las autoridades competentes.

Art. 3.- las comunidades indígenas están divididas en caseríos, cabildos, comunas, pueblos, comunidades, nacionalidades, todas con su propia jurisdicción, y reconocidas como derechos colectivos como menciona la constitución.

Art. 4.- Autoridades indígenas. - las autoridades indígenas son runas de la misma comunidad y elegidas en asamblea general, serán únicas, e indiscutibles, ante el pueblo indígena y la sociedad mestiza, su legitimidad, esta otorgado por su pueblo, así como sus actuaciones y disposiciones.

Art. 5.- Los cambios en el derecho consuetudinario serán valorados y aprobados por el sistema, siempre y cuando no altere la filosofía andina y la memoria ancestral, las innovaciones serán necesarias para mejor confort del runa y la huarmi, las sanciones pueden ser alteradas con el consentimiento de las autoridades competentes, siempre que estén destinadas a la consecución de la sanción y purificación del cuerpo y el alma, y se alcance la rehabilitación de la persona y siempre se mantenga la paz y armonía en la comunidad

Art. 6.- Principios de la Ley. - Además de los principios establecidos en la Constitución, tratados internacionales, el Código orgánico de la Función judicial, se establecen los siguientes principios básicos:

- a. Diversidad.
- b. Pluralismo Jurídico.
- c. Igualdad entre los Sistemas Jurídicos
- d. Non bis in idem
- e. Pro Jurisdicción Indígena.
- f. Interpretación Intercultural.

TITULO II

AUTORIDADES, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Art. 7.- Las autoridades en la jurisdicción indígena son: Cabildo, Directorio, Consejo de Gobierno, Consejo de Ancianos, y la Asamblea General, siempre respetando su derecho consuetudinario.

Art. 8.- Las autoridades gozan de libertad e independencia en su administración y atribuciones, siempre respetando la Constitución y todos los normativos del sistema nacional.

Art. 9.- Jurisdicción y Competencia. - La jurisdicción y competencia será estrictamente la ratificada por la constitución y los normativos nacionales, respetando siempre el derecho propio y sus memorias ancestrales.

Art. 10.-. Las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conocerán y resolverán los conflictos en todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad ni delito. Pero siempre en el marco del respeto al derecho propio y

cumpliendo el debido proceso y la legítima defensa. Para siempre mantener la paz y la armonía.

Art. 11.-Faltas leves, graves y muy graves. – para el proceso indígena se diferenciará el tipo de falta o infracción en 3 grados, de la siguiente manera:

primero.- que se da para aquellas faltas menores como es el caso de conflictos familiares, conyugales, chismes, rumores y comentarios (chismes), en la que se soluciona dentro del círculo familiar, siendo las autoridades los padres, los hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio, y si es necesario actúan los directivos indígenas. (Ilaquiche Licta, 2001)

Segundo. – en este nivel se sanciona infracciones más fuertes del primero, pero menos graves de rigurosidad, está sancionado por el Cabildo compuesto por el consejo de ancianos, yachas, sabios y taitas ejemplares de la comunidad, conocedores de la memoria ancestral y el proceso de sanación, curación, purificación y sanción de la comunidad. Donde sus laudos, resoluciones y decisiones son tomadas por la comunidad, dirigidas por el cabildo o las autoridades competentes, bajo principios éticos, morales, de respeto

Tercero. – Este último nivel en justicia indígena marca la elevada gravedad de las acciones mismas que deben seguir un debido proceso y respetando los normativos de las comunidades indígenas, mismas que pueden ser consuetudinarias o escritas, pero propias de la jurisdicción, en el cual se encuentran desglosadas todas las atribuciones del cabildo, institución o autoridad competente; para el análisis y juzgamiento de estos casos. Cabe recalcar que en la comunidad no se distingue a los delitos ni infracciones y las áreas que pertenece, al contrario, todas ingresan al proceso de juzgamiento donde se aplica el principio de proporcionalidad de acuerdo a su gravedad, siendo la más fuerte la expulsión de la comunidad por un tiempo prudencial. Es necesario hacer hincapié que, comparando con la cultura de Europa, se tendría la sanción administrativa, civil y penal (primer, segundo y tercer nivel) (VARGAS B. , DERECHO CONSUECUDINARIO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS DEL ECUADOR, 2016)

Art. 12.- El debido proceso mínimo para la aplicación de la justicia indígena será:

1. Willachina. - demanda
2. Tapuicuna. - investigacion
3. Chimbapurana. - audiencia, careo
4. Killpichirina. - sentencia
5. Pactachina. - ejecución, consejos

Art. 13.- Es necesario recalcar que en la justicia indígena no existe la sanción de prisión ni reclusión, porque en el derecho consuetudinario es ir en contra de la espiritualidad natural y señorial (Pacha mama y taita Inti), y lo único que se consigue con el runa o huarmi es un resentido social (LUMPEN).

Art. 14.- Conflicto de Competencia. - Los conflictos de competencia son estrictamente solucionados de acuerdo a las disposiciones de la constitución, es decir respetando el derecho consuetudinario, y los convenios internacionales, y en caso de duda serán resueltos por la Corte Constitucional.

Art. 15.- Usurpación de Funciones. - Si alguna persona o personas asumieran las funciones de autoridad indígena sin serlo y ejercieren las funciones jurisdiccionales facultadas a dichas autoridades, serán procesados y sancionados por las autoridades indígenas legítimamente reconocidas, de conformidad con los procedimientos, normas y derecho propio.

Art. 16.- En los Conflictos entre Campesinos no Indígenas. – Cuando exista conflictos entre campesinos o mestizos que no son indígenas se resolverá previo acuerdo de las partes bajo la tutela de las autoridades indígenas (puede ser procesada por la justicia indígena previo acuerdo)

Art. 17.- Los conflictos entre una Colectividad Indígena y un individuo que no se autodefine o niegue su condición de indígena para sustraerse de la competencia de la autoridad indígena, serán resueltos sumariamente por la Corte Constitucional. Para el efecto, la información de la autoridad indígena gozará del beneficio de la presunción de veracidad.

Art. 18.- Para la resolución de conflictos entre comunidades, serán procesadas por organizaciones inmediatas superiores, y en caso de no pertenecer a ninguna, se pondrán de acuerdo las comunidades en conflicto, para designar autoridades, de acuerdo al derecho consuetudinario.

Art. 19.- Infracciones cometidas por personas no indígenas en jurisdicción comunitaria, serán procesados por la justicia indígena, aplicando estrictamente el debido proceso y la legítima defensa en todas las etapas, cumpliendo con indemnización patrimonial, incluso llegando hasta la expulsión de la comunidad, los bienes inmuebles pasarán a propiedad de la comunidad, como los muebles se pagarán a un costo evaluado por las autoridades pertinentes. Los conflictos de indígenas fuera de la jurisdicción indígena serán procesados por la justicia ordinaria.

Art. 20.- Infracciones cometidas por personas indígenas fuera de su jurisdicción. - cuando un indígena comete infracciones en la sociedad que no es su jurisdicción, puede ser procesado por la justicia ordinaria, pero también puede ser solicitado por las autoridades indígenas, para que se traslade la competencia a la comuna, (en cualquiera de las formas, se debe respetar el principio de interculturalidad)

Art. 21.- Las Resoluciones de la justicia indígena. - las resoluciones adoptadas por la justicia indígena, en sus jurisdicciones, serán de estricto, obligatorio e inmediato cumplimiento, al igual que los tomados por cualquier órgano de la Función Judicial. Por consiguiente, no podrán volver a ser juzgados ni revisados por ningún otro órgano o instrucción del Estado, y el acto jurídico emitido por la autoridad indígena será cosa juzgada.

Las resoluciones deben constar en actas y en archivos especiales de la comunidad, con un sigilo responsable, mismos que tendrán toda la descripción del caso tanto en los fundamentos de echo y de derecho, de igual forma el seguimiento y cumplimiento de la resolución, ya que dichos procesos servirán de modelo para casos similares.

Art. 22.- El derecho propio de cada comunidad puede estar en forma oral –Derecho Consuetudinario, o puede estar escrito- derecho positivo, de acuerdo a la decisión de las comunidades indígenas, ya que la modernidad también está en las comunidades o

pueblos ancestrales, pero siempre deben estar habilitadas y vigentes para cuando sea necesario ya sea en la justicia indígena, u ordinaria, e incluso por cualquier institución del estado.

Art. 23.- De la capacitación. - todos los operadores de justicia de los sistemas jurídicos existentes en el país serán capacitados para establecer la armonización y respeto de todos los principios a cumplirse en los procesos. Así también se incrementará la catedra de pluralismo jurídico en las carreras de derecho de las universidades del país, con un plan agresivo de capacitación a los colegios de abogados y los foros de cada provincia, en el cual se estudiará antropología jurídica, pluralismo jurídico y cultural, y se fomentará la comunicación intercultural .

TITULO VI

COORDINACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y LA ORDINARIA

Art. 24. De la Coordinación y Cooperación. – las comunidades indígenas por intermedio de sus autoridades, solicitarán la coordinación y la cooperación en lo que creyere necesario a la función judicial, fuerzas armadas, policía nacional, e instituciones del estado, para el cumplimiento del 100 % de la resolución, mismas que deben prestar la atención y ayuda necesaria, de acuerdo a sus atribuciones y en estricto acuerdo con la justicia indígena.

Art. 25.- La justicia ordinaria en fiel cumplimiento con el Art. 345 del Código Orgánico de la Función judicial, debe inhibirse de conocer y procesar casos o conflictos suscitados en jurisdicción indígena, ya que deben direccionar a las autoridades competentes (autoridades de la comunidad), para el proceso y la resolución respectiva, misma que contarán con peritos especialistas y únicos en los casos.

Art. 26.- La Corte Constitucional como máximo organismo de control constitucional, deberá tener una sala especializada en justicia indígena, con profesionales del derecho probados en su epistemología cultural, como también de juristas indígenas y especialistas, de cada una de las nacionalidades existentes en el país, quienes resolverán

las diversas dudas y preguntas que suscite en el territorio nacional, actuando como asesores: antropólogos y sociólogos probados por su competencia y honestidad.

Art. 27.- Todas las autoridades de la justicia indígena colaborarán en todo lo que fuera necesario con la justicia ordinaria y en formas visiversa, para alcanzar una verdadera justicia, como también se creará un departamento en la defensoría pública con abogados indígenas, conocedores del derecho consuetudinario.

TITULO VII

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LAS RESOLUCIONES INDÍGENAS

Art. 28.- Control de Constitucionalidad. – Toda resolución con carácter de sentencia ejecutado por la justicia indígena y que unas de las partes o terceras personas afectadas no estén conformes con su decisión, podrán interponer el recurso de control constitucional para su revisión respectiva a la Corte Constitucional como máximo organismo de control, mismo que servirá incluso como precedente constitucional

Art. 29.- La resolución o sentencia emitida por la Corte Constitucional será de cumplimiento inmediato y en forma coercitiva.

TITULO VIII

DISPOSICIONES

Disposición general. - Todos los tramites indígenas que estén en proceso o en conocimiento, por la justicia ordinaria serán revisados, y direccionados a las autoridades pertinentes de acuerdo al Art. 171.

Disposición Final. - La presente ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial y prevalecerá ante cualquier otro normativo pertinente.

Dado en la sala de sesiones de la Asamblea nacional de representantes de la República del Ecuador a los 16 días del mes de julio del 2019

Metodología.

para la elaboración del proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, se aplicará una metodología práctica, técnica y metódica, en donde se iniciará con una metodología como instrumento para elaborar un borrador de proyecto acorde a la realidad comunitaria, basada en el paradigma del funcionalismo y constructivismo, con una investigación de campo (líderes indígenas comunitarios, integrantes de cabildos, promotores culturales, autoridades educativas, ancianos de las diferentes comunidades, maestros y juristas) especialistas en el tema, como también una metodología: descriptiva, bibliográfica y documental con aportes científicos en las áreas de estudio, recolectando datos con la técnica de la encuesta, entrevista y observación, e instrumentos como el cuestionario, guía de entrevista y fichas de observación, para formar una filosofía andina con principios basados en la memoria ancestral, para luego ir plasmando en articulados que desglosen claramente la aplicación de la justicia indígena.

Modelo Operativo – Plan de Acción

- **Fases.** - la elaboración del proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, constará de 3 fases claramente diseñadas, para su cumplimiento.
 1. elaboración del proyecto de ley, mismo que reúne varias etapas: entre ellas, la recolección de necesidades, posibles soluciones, normativas, y estructura del primero y segundo borrador, mismo que será analizado por asesores y técnicos en el tema.
 2. una segunda fase se cumplirá con la elaboración del proyecto definitivo, que constará con la revisión exhaustiva del autor y asesores jurídicos tanto de la justicia ordinaria, como connotadores de la justicia indígena, así se presentará a las autoridades de la Universidad Técnica de Ambato, con el apoyo y la fundamentación del Dr. Ramiro Tite Director de la tesis en mención, por ende, de la propuesta en desarrollo.

3. en esta última fase ya con la venia de las autoridades de pos grado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, se presentará el proyecto a los asambleístas de la provincia, estableciendo el compromiso de presentar en la Asamblea Nacional de representantes, para que sea tratada en el orden día pertinente, sin dejar de lado la oportunidad, de acudir a la exposición y defensa del proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador

- **Metas.** - Las metas propuestas en el desarrollo de la propuesta para la elaboración del proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, tiene previsto la consecución y cristalización de los objetivos generales y específicos, como es la presentación en la, Asamblea Nacional y que sea aprobada en la misma, y así se transforme en ley de la republica de nuestro país.

- **Actividades:**

- Establecer reuniones de trabajo con sus respectivos cronogramas.
- Establecer equipos de trabajo para la investigación respectiva.
- Elaborar el primer borrador con la participación del autor del proyecto con asesores jurídicos e indígenas.
- Análisis y elaboración del segundo borrador con el compromiso de consultores jurídicos, e indígenas expertos.
- Elaboración del proyecto final y presentar a la Asamblea Nacional para su ejecución.

- **Recursos**

HUMANOS: Líderes indígenas, abogados, asesores, docentes y estudiantes

MATERIALES: libros, leyes, artículos científicos, precedentes constitucionales, sistema lexis, registros oficiales, materiales: técnicos, de oficina y didácticos.

- **Presupuesto por etapas.**

1 ra fase. - 1000

2 da fase. - 2000

3 ra fase. - 3000

Total 5000

- **Responsables:**

- Dr. Phd. Borman Renán Vargas Villacrés
- Dr. Mg. Ramiro Tite
- Equipo de investigadores
- Equipo de asesores
- Líderes indígenas

- **Tiempo:**

En la cristalización del proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador se estima 12 meses con el cumplimiento de sus 3 etapas.

Administración de la Propuesta

En la administración de la propuesta se aplicará el estructural funcional, es decir será de estricta responsabilidad del autor del proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, con el asesoramiento del tutor o director de tesis y de profesionales del derecho como también de líderes indígenas

Unidad operativa que administrará la propuesta:

- Estructura: Borman R. Vargas V.: Autor
- Funciones: investigar, elaborar y ejecutar

Previsión de la Evaluación

- **¿Qué evaluar?**

Proyecto de ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador

- **¿Por qué evaluar?**

Porque será ley que armonice la justicia ordinaria con la justicia indígena en el Ecuador

- **¿Para qué evaluar?**

Para verificar el cumplimiento de los objetivos:

- Establecer los considerandos y la filosofía de la aplicación del pluralismo jurídico (justicia indígena).
- Determinar el debido proceso y la legítima defensa de la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador
- Elaborar el ante proyecto de la ley para la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, y presentar a las autoridades de la Universidad Técnica de Ambato y los Asambleístas de Tungurahua.

- **¿Con qué criterio evaluar?**

Con el de pertinencia, coherencia, efectividad, eficiencia, eficacia.

- **Indicadores**

cuantitativos y cualitativos

- **¿Quién evalúa?**

El Tutor de la tesis y los revisores designados por el consejo de Pos- grados de la Universidad Técnica de Ambato, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales.

- **¿Cuándo evaluar?**

Concluido las tres fases programadas.

- **¿Cómo evaluar?**

Con la metodología cuantitativa y cualitativa.

- **¿Fuentes de información?**

documentos, personas y otros.

- **¿Con qué evaluar?**

Fichas de observación y escalas didácticas

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Dávila, J. C. (2002). La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales. *Iuris Dictio*, Vol. 3, Núm. 6, 29-32.
- Asencio Mellado, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Editorial Trivium.
- Autexier, C. (1997). *Introduction au droit public allemande*. París: Presses Universitaires de France (PUF).
- Ávila Ordóñez, M. P. (2013). *El Derecho Penal Indígena: Entre la Diversidad y los Derechos Humanos*. Obtenido de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1752&context=auilr>.
- Bodes Torres, J. (1996). *El juez, la norma y el debido proceso*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.
- Bolivia, Asamblea Constituyente. (07 de 02 de 2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Obtenido de Vicepresidencia de la República: https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/ncpe_cepd.pdf.
- Buitrago Ruiz, Á. M. (2005). Derecho de Defensa en la etapa de indagación. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias PENales y Criminológicas*. Vol. 26. No. 78, 11-24.
- Cárdenas Achoa, C. A. (08 de 2010). *La justicia indígena según la Constitución del Ecuador del año 2008 y su representación en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrum, del Cantón Cañar*. Obtenido de Tesina previa a la obtención del Grado en Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales. Universidad de Cuenca: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>.
- Castellanos Tena, F. (1977). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México: Editorial Porrúa.

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (06 de 07 de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.
- Colombia, Cátedra Viva Intercultural. (2016). *Comunidades Étnicas de Colombia. Pueblos Indígenas*. Obtenido de Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/Comunidades-Etnicas-de-Colombia/Pueblos-indigenas/>.
- Comisión Andina de Juristas. (2009). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Díaz Ocampo, E. (2015). La formación de la justicia indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico. *Revista Derecho y Cambio Social*, Año 12, No. 42, 1-23.
- Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Obtenido de Asamblea Nacional. Aprobada mediante Decreto Legislativo No. 0. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008:
http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.
- Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. (05 de 06 de 1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Obtenido de Aprobada mediante Decreto Legislativo No. 000. Publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de Agosto de 1998: www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf.
- Ecuador, Código Civil. (10 de 05 de 2005). *Codificación 010. Publicado en Registro Oficial Suplemento No. 46*. Obtenido de <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>.
- Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial. (09 de 03 de 2009). *Ley 0. Registro Oficial Suplemento No. 544*. Obtenido de <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/normativa/codigo-organico-de-la-funcion-judicial.html>.

- Ecuador, COIP. (10 de 02 de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de Ley 0. Registro Oficial Suplemento No. 180:
<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>.
- Ecuador, Comunidad Chichico Rumi. (2007). *Justicia Indígena*. Obtenido de <https://comunidadchichicorumi.wordpress.com/justicia-indigena/>.
- Ecuador, LOGJCC. (10 de 09 de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Obtenido de <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/05/LEY-ORGANICA-DE-GARANTIAS-JURISDICCIONALES-Y-CONTROL-CONSTITUCIONAL.pdf>.
- El Comercio. (29 de 03 de 2011). *Retenidos en El Topo fueron sentenciados*. Obtenido de <http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/retenidos-topo-sentenciados.html>.
- Flores, D. (2010). *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*. Obtenido de Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH):
http://www.inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_daniel_aflores.pdf.
- Guanín Tamayo, M. V., & Cañizares Salinas, J. O. (11 de 2011). *La violación de los principios constitucionales en la aplicación de la justicia indígena*. Obtenido de Tesis previa a la obtención del título de Abogado. Universidad Técnica del Cotopaxi: <http://repositorio.utc.edu.ec/bitstream/27000/886/1/T-UTC-0636.pdf>.
- Heno Hidrón, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los Derechos Constitucionales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ilaquiche Licta, R. (2001). Administración de justicia indígena en la ciudad: Estudio de un Caso. *Revista Yachaikuna, No. 1, marzo*, 1-13.
- Llasag Fernández, M. G. (11 de 2010). *Justicia Indígena: Caso La Cocha*. Obtenido de Tesis para obtener el título de Maestría en Ciencias Sociales con Mención en Estudios Étnicos. FLACSO:

<http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/7616/2/TFLACSO-2010MGLF.pdf>.

Martínez Cobo, J. R. (1986, (Párr. 379-382). *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1)*. New York: ONU-Consejo Económico y Social.

Mouchet, C., & Zorraquín Becú, R. (2000). *Introducción al Derecho (12 edición actualizada)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Nieves Loja, G. M. (2015). El carácter reestructivo de la justicia indígena, en Chimborazo, Ecuador: perspectiva ética. *Aufklärung: Revista de Filosofía*, Vol. 2, No. 2, 79-102.

OEA. (14 de 06 de 2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Obtenido de Aprobada por la Asamblea General en la segunda sesión plenaria AG/RES. 2888 (XLVI-O/16): <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

OIT. (20 de 06 de 1936). *Convenio Núm. 50 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas*. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C050,/Document.

OIT. (20 de 06 de 1936). *Recomendación Núm. 46 sobre la supresión del reclutamiento*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 20ª reunión CIT - Estatus: Instrumento retirado.: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R046.

OIT. (27 de 06 de 1939). *Convenio Núm. 64 relativo a la reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 25ª reunión CIT - Estatus: Convenio dejado de lado (Convenios Técnicos):

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C064.

OIT. (27 de 06 de 1939). *Convenio Núm. 65 sobre las sanciones penales a trabajadores indígenas por incumplimiento de contrato*. Obtenido de

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C065,/Document.

OIT. (27 de 06 de 1939). *Recomendación Núm. 58 sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 25ª reunión CIT - Estatus: Instrumento retirado.:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R058.

OIT. (27 de 06 de 1939). *Recomendación Núm. 59 sobre la inspección del trabajo indígena*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 25ª reunión CIT - Estatus:

Instrumento retirado.:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R059.

OIT. (26 de 06 de 1957). *Convenio No. 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 40ª reunión CIT - Estatus: Instrumento que ha sido superado (Convenios Técnicos):

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.

OIT. (1989). *Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf.

ONU. (13 de 09 de 2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Obtenido de Aprobada mediante Resolución No. 61/295

- de la Asamblea General. 107a. sesión plenaria:
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.
- ONU, Asamblea General. (16 de 12 de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI):
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.
- Ortiz-T, P. (2014). *Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina: Una panorámica de cuarto de siglo*. Quito: OIT-IWGIA.
- Pérez Guartambel, C. (2015). *Justicia indígena*. Quito: CONAIE.
- Perú, Congreso Constituyente Democrático. (31 de 10 de 1993). *Constitución Política del Perú*. Obtenido de Jurado Nacional de Elecciones:
<http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>.
- Schwarze, J. (1992). *European Administrative Law*. Londres: Sweet & Maxwell.
- Sentencia No. 113-14-SEP-CC, Caso No. 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de 07 de 2014).
- Stavenhagen, R. (2010). *Derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Obtenido de Primer Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas "Construyendo un país con justicia social":
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4d39510046f6979db6a3fe199c310be6/PUEBLOS+INDIGENAS+Y+SU+JUSTICIA+PROPIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4d39510046f6979db6a3fe199c310be6>.
- Venezuela, Embajada en España. (2016). *Comunidades Indígenas*. Obtenido de Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. Embaja en España:
<http://embajadadevenezuela.es/comunidades-indigenas>.

ANEXOS

Anexo 1. Reseña del Caso de la comunidad La Cocha.

El 9 de mayo del 2010 Marco Olivo fue asesinado en la parroquia de Zumbahua, Provincia de Cotopaxi. Posteriormente se inició un proceso de investigación realizado por parte de los comuneros y autoridades de la comunidad.

El 16 de mayo se instaló una Asamblea que contó con la participación de la presidenta del Movimiento Indígena y Campesino, de Cotopaxi Dioselinda Iza, el Fiscal de Asuntos Indígenas Vicente Tibán, y el Jefe Político de la parroquia para sancionar a los 5 acusados de haber perpetrado el hecho.

Las resoluciones de la Asamblea fueron que los acusados recibirán las sanciones del baño en agua helada, recibir latigazos, ser ortigados, pagar una indemnización de 5000 dólares a la familia del joven fallecido. Para finalizar tenía lugar la reunión del Cabildo en la que el acusado principal firmaría un acta de compromiso para rehabilitarse y luego pasar al poder de sus padres para que en los próximos cinco años realice servicio comunitario.

De esta manera se realizó el procesamiento de los acusados miembros de la comunidad de la Cocha en la aplicación de la justicia indígena reconocida en la legislación nacional como en tratados internacionales.

El viernes 28 de mayo del 2010 el juez primero de lo penal Iván Fabara emite orden de prisión preventiva contra los cinco acusados de este delito, a petición del Fiscal Roberto Guzmán, por lo que fueron llevados a la Cárcel No. 4. Recién el 13 de mayo del 2011 salieron en libertad después de permanecer en prisión un año sin sentencia.

Con estos antecedentes los miembros de la comunidad plantearon una Acción Extraordinaria de Protección a la Corte Constitucional, solicitando que esta se pronuncie respecto a la competencia de las autoridades indígenas para conocer el caso, si las autoridades indígenas cometieron el delito de plagio de los acusados de asesinato como

alega la justicia ordinaria, que se determine si la justicia ordinaria puede influir en la justicia indígena como lo ha hecho, entre otras cosas.

A partir de la muerte de Olivo se han derivado seis juicios. Entre esos están uno contra los presuntos asesinos, otro contra los dirigentes de La Cocha por supuesta violación de los derechos humanos de los detenidos; otro contra los dirigentes de la comuna Guantopolo por agredir al juez cuando intentaron que se libere a la fuerza a los presuntos asesinos; otro contra el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi por liberar a los dirigentes de La Cocha, entre otros procesos. La Corte Constitucional solicitó un peritaje en el lugar de los hechos, y señaló que todo este proceso durará 45 días, es decir hasta el mes de mayo y que luego de ese mes y medio se conocerá el veredicto final de la Corte Constitucional.

Esta intromisión de las autoridades judiciales ordinarias en las decisiones de las autoridades de la justicia indígena, es un acto que viola los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a aplicar su justicia, que como hemos visto se encuentra reconocida en el art. 57.7, 171 de la Constitución, además de violar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala expresamente que las causas sometidas previamente a las autoridades indígenas no pueden ser conocidas por la justicia ordinaria. También se desconocen los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 de la OIT, y los artículos 3, 4, 5, y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los cuales señalan la facultad que tienen las colectividades indígenas de aplicar las prácticas y tradiciones propias y sus sistemas jurídicos para la conservación y preservación de su cultura.

De esta manera también se viola el principio del *Non bis in ídem* que determina que nadie puede ser juzgado por la misma causa dos veces, reconocido también en la Constitución del Ecuador art. 76. 7 literal i que expresamente señala: *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.* (Flores, 2010)

Anexo 2. Reseña del Caso de la comunidad El Topo.

El 19 de marzo en la comunidad del Topo en la parroquia de San Pablo del Lago, provincia de Imbabura fueron capturados por miembros de la comunidad Fausto C., de 25 años, Germán P., de 23, Elías T., de 22, acusados de robar un computador, además de electrodomésticos, gallinas, cuyes, vacas y más, desde hace ocho años.

De las declaraciones e investigaciones se pudo conocer que Segundo P. era el líder de la banda y que Manuel G. transportaba los productos del hurto en su camioneta de alquiler. También se determinó que los daños ascienden a 30000 dólares americanos.

Por esto fueron condenados a pagar Fausto C., Germán P., Elías T. y el chofer Manuel G. USD 15 000. Como garantía del pago se entregaron las garantías de terrenos y la letra de cambio que proporcionó Manuel G., mientras que los 15000 restantes serán pagados por Segundo P.

Además, los acusados recibieron baños de agua fría y ortigazos. No podrán abandonar la comunidad, pues también fueron sentenciados a reparar los daños con trabajo comunitario.

De esta manera, sin dilaciones y habiendo resarcido los daños ocasionados a los miembros de la comunidad del Topo, se hizo efectivo el resarcimiento de los daños, así como la aplicación de los castigos físicos y morales con la finalidad de que los acusados enmienden su conducta para futuro.

Según Marco Guatemala, presidente de la FICI (Federación Indígena y Campesina de Imbabura), uno de los puntos que genera conflicto en la aplicación de la justicia indígena es el ritual de limpieza que se hace con el baño y la ortiga. “Mientras que para unos es un castigo, para nosotros es únicamente una práctica tradicional de sanación”.(Flores, 2010)

Anexo 3. Encuesta dirigida a Abogados en pleno ejercicio, especialistas en temas indígenas, constitucionales y de derechos humanos.



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

**ENCUESTA DIRIGIDA A ABOGADOS EN PLENO EJERCICIO,
ESPECIALISTAS EN TEMAS INDÍGENAS, CONSTITUCIONALES Y DE
DERECHOS HUMANOS**

1. ¿El procedimiento en la aplicación de la justicia indígena en el Ecuador, es diferente al de la justicia ordinaria?
SI___ NO___
2. ¿El proceso penal de la justicia indino a en el Ecuador, respeta las garantías mínimas del debido proceso?
SI___ NO___
3. ¿Se respetan a los procesados, sus derechos humanos en los procesos de la justicia indígena en el Ecuador?
SI___ NO___
4. ¿Se respetan en los procedimientos de justicia indígena en el Ecuador, los principios establecidos en la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos?
SI___ NO___
5. ¿En la justicia indígena, se garantiza adecuadamente el principio de presunción de inocencia?
SI___ NO___
6. ¿Vulnera la seguridad jurídica, el hecho de que la infracción y sanciones, no se encuentren reguladas en la justicia indígena?
SI___ NO___

7. ¿Posee el procesado un derecho al acceso a la defensa en la justicia indígena?

SI___ NO___

8. ¿Se encuentra en la justicia indígena, la posibilidad del procesado de aportar pruebas, restringido?

SI___ NO___

9. ¿Existe una adecuada proporcionalidad en la justicia indígena, entre las infracciones y las sanciones que se imponen?

SI___ NO___

Anexo 4. Encuesta dirigida a miembros de comunidades indígenas ecuatorianas, de Otavalo, en la provincia Imbabura; de La Cocha, en Cotopaxi y del pueblo Kayambi en Pichincha



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

**ENCUESTA DIRIGIDA A MIEMBROS DE COMUNIDADES INDÍGENAS
ECUATORIANAS, DE OTAVALO, EN LA PROVINCIA IMBABURA; DE LA
COCHA, EN COTOPAXI Y DEL PUEBLO KAYAMBI EN PICHINCHA**

(Encuesta dirigida ta miembros pak comunidades indígenas ecuatorianas pak Otavalo pi marka Imbabura; paktakucha pi Cotopaxi pashpakllakta Kayambi pi Pichincha)

1. ¿Conoce usted, cuáles son los actos prohibidos en su comunidad?
(¿Riksin kan maykan, anawnrashkakuna prohibidos pi payuchilla-llakta?)
SI___ NO___ (ARI___ MANA___)
2. ¿Conoce usted, cuáles son las sanciones por cada uno de los actos que están prohibidos en su comunidad?
(¿riksin kan maykananawn sanciones rayku sapan shukpakrashkakunaiwka están prohibidos pi payuchilla-llakta?)
SI___ NO___ (ARI___ MANA___)
3. ¿Se respetan a los procesados, sus derechos humanos en los procesos de la justicia indígena en el Ecuador?
(¿Kanmuchankichita procesados ukiapukkunarunakuna pi ruraykunapakapuk runa pi Ecuador?)
SI___ NO___ (ARI___ MANA___)
4. ¿Se respetan en los procedimientos de justicia indígena en el Ecuador, los principios establecidos en la legislación nacional e instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos?

(¿kanmuchankichi pi shukuchukunapakapuk runa pi Ecuador kallarikuna establecidos pi legislación nacional rin instrumentos jurídicos internacionales pakapukkunarunakuna?)

SI___ NO___ (ARI___ MANA___)

5. ¿En la justicia indígena, se garantiza adecuadamente el principio de presunción de inocencia?

(¿Pi apuk runa kan garantiza adecuadamente kallaripakyuyanakuypak inocencia?)

SI___ NO___ (ARI___ MANA___)

6. ¿Vulnera la seguridad jurídica, el hecho de que la infracción y sanciones, no se encuentren reguladas en la justicia indígena?

(¿Vulnera shinamikuchu jurídica rashkapakiwka infracción pash sanciones mana kan encuentren regulada piapuk runa?)

SI___ NO___ (ARI___ MANA___)

7. ¿Posee el procesado un derecho al acceso a la defensa en la justicia indígena?

(¿Charin procesado shukapukman acceso ta defensa pi apuk runa?)

SI___ NO___ (ARI___ MANA___)

8. ¿Se encuentra en la justicia indígena, la posibilidad del procesado de aportar pruebas, restringido?

(¿Kan encuentra pi apuk runa posibilidad pak procesado pak aportar tariPAYKUNA restringido?)

SI___ NO___ (ARI___ MANA___)

9. ¿Existe una adecuada proporcionalidad en la justicia indígena, entre las infracciones y las sanciones que se imponen?

(¿Tiyanshukshinak proporcionalidad pi apuk runa puras infraccionespash sancionesiwka kan imponen?)

SI___ NO___ (ARI___ MANA___)

PAPER

“LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDIGENA Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES”

Marcelo Alejandro Cañar Barrera.
Universidad Técnica de Ambato, FJCS-Carrera de Derecho.
Telf. (03)2827887
Email. acanarbarrera18@gmail.com

RESUMEN.

Dentro de las Constituciones Nacionales podemos dar una manifestación clara acerca de lo que constituyen los Derechos Constitucionales con respecto a los Derechos Humanos, los cuales han sido reconocidos de manera muy clara y eficaz dentro de instrumentos jurídicos internacionales. Se puede tener un conocimiento claro del conjunto de ventajas, si así se lo puede llamar, a lo que constituye un verdadero reconocimiento a la condición de la humanidad, los cuales podemos encontrar que están manifestados en diferentes entornos, así que es indispensable mantener vivo el conjunto de facultades y garantías que de una manera efectiva se pueda mantener un desarrollo integral del ser humano. Ahora bien, con respecto a la justicia Indígena que se desarrolla en el Ecuador, podemos describirla o establecerla como un reconocimiento a una jurisdicción con característica de autonomía, donde supone la posibilidad de que las distintas comunidades, nacionalidades y pueblos, no solamente conozcan, sino también, tramiten y sancionen, a los distintos infractores quienes cometan distintos hechos que puedan transgredir sus normas comunitarias, las que se encuentren dentro de sus propios territorios, por medio de algún miembro de la comunidad. El reconocimiento que se le da a la pluralidad jurídica en nuestro Ecuador, se puede considerar como un gran avance para lo que son las culturas ancestrales, ahora bien, tomando en cuenta a quienes son los implicados conjuntamente con materia de Derecho, sería un verdadero reto por la gran diferencia que existe entre la justicia indígena con la ordinaria. Con la ausencia de normas prescritas dentro del Derecho de cada uno de los pueblos, que son transmitidos por medio oral en las distintas generaciones, manifiesta de manera muy clara una

restricción a derechos constitucionales del infractor, tales tenemos como son, la presunción de inocencia, la de proponer pruebas, un acceso a la defensa, la proporcionalidad entre infracción y pena. Se encuentra reconocida la propia administración de la justicia indígena, con la condición de que no se vulneren los derechos humanos que se encuentran establecidos y reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales.

ABSTRACT.

Within the National Constitutions we can give a clear manifestation about what constitute Constitutional Rights with respect to Human Laws, which have been recognized very clearly and effectively within international legal instruments. One can have a clear knowledge of the set of advantages, if it can be called, to what constitutes a true recognition of the condition of mankind, which we may find to be manifested in different environments, so it is indispensable to keep alive the Set of faculties and guarantees that in an effective way can maintain an integral development of the human being. However, with respect to the indigenous justice system in Ecuador, we can describe or establish it as a recognition of a jurisdiction with a characteristic of autonomy, where it presupposes that different communities, nationalities and peoples not only know, but also, prosecute and punish, the different offenders who commit different facts that may violate their community rules, those that are within their own territories, through some member of the community.

The recognition that is given to legal plurality in our Ecuador, can be considered as a great advance for what are the ancestral cultures, but taking into account those who are involved in matters of law, would be a real challenge. By the great difference that exists between the indigenous and the ordinary justice. With the absence of prescribed norms within the law of each of the peoples, which are transmitted by oral means in the different generations, clearly shows a restriction on the constitutional rights of the offender, such as presumption of innocence, the

right to propose evidence, an access to defense, the proportionality between infraction and punishment. The administration of indigenous justice itself is recognized, provided that the human rights established and recognized in the Constitution and international instruments are not violated.

INTRODUCCIÓN.

En nuestro país el índice de ajusticiamiento indígena es un número muy alto de casos evidenciados en distintos lugares, con los que podemos encontrar una gran diferencia de carácter muy notable con lo que corresponde a la justicia ordinaria, todo esto sucede porque el sector de un sinnúmero de comunidades indígenas desconocen de que con su manera de ajusticiamiento pueden cometer varias vulneraciones de derechos, no solo a la víctima, sino a prescritos en la Constitución y en tratados internacionales en los cuales el Ecuador se encuentra como un participante, de entre tantos países alrededor del mundo.

La importancia de esta presente investigación es que puede dar grandes aportes a distintos estudios nacionales de lo que es la cultura y la materia indígena, con lo que corresponde no solo a sus distintas características, sino también a sus principios, formas y maneras de como procesan y sancionan, entonces con este medio podemos distinguir la cantidad de contrariedades que existen entre la manera de aplicar la justicia indígena y así mismo de la aplicación de la justicia ordinaria.

MÉTODO.

La investigación que se ha llevado a cabo por medio de un análisis jurídico de manera muy amplia y a su vez han sido con aportaciones cualitativas y cuantitativas con un apoyo de carácter bibliográfico-documental y de campo, de éste modo hallándose en un enfoque descriptivo y explicativo, y así se pudo identificar la población inmersa en dicha investigación con una totalidad de 110,

las mismas que son: Abogados en pleno ejercicio, especialistas en temas indígenas, constitucionales y de derechos humanos, así como, miembros de comunidades ecuatorianas, como, Imbabura (Otavalo), Cotopaxi (La Cocha), y en Pichincha (Kayambi), estos siendo utilizados como herramientas para la obtención de datos de las encuestas y entrevistas, las cuales contienen 9 preguntas y así comprobar la hipótesis.

Después se ha dado a entender que los datos proporcionados por medio del análisis e interpretación son correctos con lo que se puede comprobar la hipótesis, donde la impartición de la justicia indígena suele quebrantar los derechos humanos establecidos en la Constitución y demás instrumentos jurídicos internacionales.

SUJETOS.

Para la presente investigación se realizó una ardua labor con Abogados en libre ejercicio, especialistas con temas Constitucionales, de Derechos Humanos y a su vez de materia Indígena, y obviamente con miembros de distintas comunidades indígenas, donde se aplica la Justicia indígena y mas no la ordinaria.

INSTRUMENTOS.

Como técnicas de investigación dentro del Tema, se desarrollará por medio de entrevistas, encuestas y un análisis documental; gracias a la aplicación de las encuestas se pudo obtener datos con percepciones y a su vez de concepciones de profesionales quienes se encuentran inmersos en lo que es el Derecho Indígena y así mismo de Derechos Humanos, así mismo, gracias al Análisis Documental, permitió añadir información muy indispensable acerca de ambas variables, de carácter actual y veraz.

La instrumentación también utilizada fue la del cuestionario que consta de 9 preguntas las que tienen un contenido de lo que responde a la variable dependiente e independiente.

PROCEDIMIENTO.

La formulación del problema radica en que daríamos a conocer de cómo se da la impartición de la justicia indígena en el Ecuador y el quebrantamiento de derechos constitucionales que se encuentran prescritos en la Carta Magna, y así mismo, en tratados y convenios de carácter internacional de derechos humanos en los que el Ecuador es parte. A través de las interrogantes que se encuentran planteadas en la presente investigación podemos conocer acerca de los principios que dan información de la justicia indígena, cual es la incidencia con respecto a la impartición de la justicia indígena y la violación de derechos constitucionales, y a su vez, dar a conocer los mecanismos que se pueden otorgar para que se pueda solucionar la violación de los derechos constitucionales, los cuales se encuentran derivados por la manera de impartir la justicia indígena.

RESULTADOS.

Podríamos manifestar que con la presente investigación se ha podido evaluar acerca de la justicia indígena en el Ecuador y su constitucionalidad, en este sentido, con respecto a la profundidad de los estudios ancestrales y sus contenidos en jerarquía suprema, así también como en los tratados internacionales, y con esto y en lo posible ponderar lo que son las limitaciones y exageraciones, en torno a lo que se trata en la impartición de justicia. Para esta investigación se usaron herramientas de carácter técnico, humanas, bibliográficas, presupuestarias y así mismo financieras, todas y cada una de ellas con la intención de que se pueda cumplir con lo que fueron los objetivos planteados con una suficiencia investigativa y con una profundidad científica

acorde al trabajo de investigación. Con el fin de verse beneficiados, e primer lugar tenemos al sistema de justicia ecuatoriano, ya que se pueden establecer posibles opciones de solución, y, en segundo lugar, quienes se encontrarían de una manera beneficiada serían las distintas comunidades indígenas del país, ya que la impartición de justicia indígena que se encuentre llevando a cabo podrían contar con lo que corresponde a una verdadera herramienta investigativa y así poder perfeccionar su manera de ajusticiar.

DISCUSIÓN.

La presente investigación es muy importante en el carácter jurídico social, ya que se encuentran inmersas un sinnúmero de personas que de una manera son afectadas, por este motivo es que la parte discutible de la investigación se encuentra porque la justicia indígena por medio de su aplicación es por motivos del poco conocimiento de las concepciones de actualidad con respecto a derechos humanos que se encuentran prescritos en la Constitución y convenios internacionales.

Algunos de los elementos por los que se caracteriza esta presente investigación son por el sometimiento a los posibles y sinnúmero de infractores a distintos procesos con bajos elementos de juicios de justeza, una cantidad de ausencia en sus garantías para con los procesados, existencia de penas crueles las cuales tienen más características de una tortura que de un fin de reeducación.

Con esto no es que se busca una limitación o restricción de lo que se concedió a la justicia indígena, sino más bien se trata es una armonización de la práctica de la misma conjuntamente con los derechos que se encuentran establecidos en la Constitución, así con esto, lo mejor sería que a más de que se mantenga la práctica originaria exista así mismo una manifestación donde se encuentre garantizados los derechos constitucionales y así poder hacer que se evidencie una evolución en materia de justicia.

BIBLIOGRAFÍA.

Andrade Dávila, J. C. (2002). La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales. *Iuris Dictio*, Vol. 3, Núm. 6, 29-32.

Asencio Mellado, J. M. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Editorial Trivium.

Autexier, C. (1997). *Introduction au droit public allemande*. París: Presses Universitaires de France (PUF).

Ávila Ordóñez, M. P. (2013). *El Derecho Penal Indígena: Entre la Diversidad y los Derechos Humanos*. Obtenido de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1752&context=auilr>.

Bodes Torres, J. (1996). *El juez, la norma y el debido proceso*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.

Bolivia, Asamblea Constituyente. (07 de 02 de 2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Obtenido de Vicepresidencia de la República: https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/ncpe_cepd.pdf.

Buitrago Ruiz, Á. M. (2005). Derecho de Defensa en la etapa de indagación. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias PENales y Criminológicas*. Vol. 26. No. 78, 11-24.

Cárdenas Achoa, C. A. (08 de 2010). *La justicia indígena según la Constitución del Ecuador del año 2008 y su representación en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrum, del Cantón Cañar*. Obtenido de Tesina previa a la obtención del Grado en Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fendamentales. Universidad de Cuenca: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>.

Castellanos Tena, F. (1977). *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. México: Editorial Porrúa.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (06 de 07 de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

Colombia, Cátedra Viva Intercultural. (2016). *Comunidades Étnicas de Colombia. Pueblos Indígenas*. Obtenido de Facultad de Jurisprudencia. Universidad del Rosario: <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/Comunidades-Etnicas-de-Colombia/Pueblos-indigenas/>.

Comisión Andina de Juristas. (2009). *Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudio de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Díaz Ocampo, E. (2015). La formación de la justicia indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico. *Revista Derecho y Cambio Social*, Año 12, No. 42, 1-23.

Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Obtenido de Asamblea Nacional. Aprobada mediante Decreto Legislativo No. 0. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf.

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. (05 de 06 de 1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Obtenido de Aprobada mediante Decreto Legislativo No. 000. Publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de Agosto de 1998: www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf.

Ecuador, Código Civil. (10 de 05 de 2005). *Codificación 010. Publicado en Registro Oficial Suplemento No. 46*. Obtenido de <http://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>.

Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial. (09 de 03 de 2009). *Ley 0. Registro Oficial Suplemento No. 544*. Obtenido de

<http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/normativa/codigo-organico-de-la-funcion-judicial.html>.

Ecuador, COIP. (10 de 02 de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Obtenido de Ley 0. Registro Oficial Suplemento No. 180: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/system/files/document.pdf>.

Ecuador, Comunidad Chichico Rumi. (2007). *Justicia Indígena*. Obtenido de <https://comunidadchichicorumi.wordpress.com/justicia-indigena/>.

Ecuador, LOGJCC. (10 de 09 de 2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Obtenido de <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/05/LEY-ORGANICA-DE-GARANTIAS-JURISDICCIONALES-Y-CONTROL-CONSTITUCIONAL.pdf>.

El Comercio. (29 de 03 de 2011). *Retenidos en El Topo fueron sentenciados*. Obtenido de <http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/retenidos-topo-sentenciados.html>.

Flores, D. (2010). *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*. Obtenido de Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH): http://www.inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_daniel_aflares.pdf.

Guanín Tamayo, M. V., & Cañizares Salinas, J. O. (11 de 2011). *La violación de los principios constitucionales en la aplicación de la justicia indígena*. Obtenido de Tesis previa a la obtención del título de Abogado. Universidad Técnica del Cotopaxi: <http://repositorio.utc.edu.ec/bitstream/27000/886/1/T-UTC-0636.pdf>.

Henaó Hidrón, J. (2003). *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los Derechos Constitucionales*. Bogotá: Editorial Temis.

Ilaquiche Licta, R. (2001). Administración de justicia indígena en la ciudad: Estudio de un Caso. *Revista Yachaikuna, No. 1, marzo*, 1-13.

- Llasag Fernández, M. G. (11 de 2010). *Justicia Indígena: Caso La Cocha*. Obtenido de Tesis para obtener el título de Maestría en Ciencias Sociales con Mención en Estudios Étnicos. FLACSO: <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/7616/2/TFLACSO-2010MGLF.pdf>.
- Martínez Cobo, J. R. (1986, (Párr. 379-382). *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1)*. New York: ONU-Consejo Económico y Social.
- Mouchet, C., & Zorraquín Becú, R. (2000). *Introducción al Derecho (12 edición actualizada)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Nieves Loja, G. M. (2015). El carácter reconstructivo de la justicia indígena, en Chimborazo, Ecuador: perspectiva ética. *Aufklärung: Revista de Filosofía*, Vol. 2, No. 2, 79-102.
- OEA. (14 de 06 de 2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Obtenido de Aprobada por la Asamblea General en la segunda sesión plenaria AG/RES. 2888 (XLVI-O/16): <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.
- OIT. (20 de 06 de 1936). *Convenio Núm. 50 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas*. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C050,/Document.
- OIT. (20 de 06 de 1936). *Recomendación Núm. 46 sobre la supresión del reclutamiento*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 20ª reunión CIT - Estatus: Instrumento retirado.: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R046.
- OIT. (27 de 06 de 1939). *Convenio Núm. 64 relativo a la reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 25ª

reunión CIT - Estatus: Convenio dejado de lado (Convenios Técnicos):
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C064.

OIT. (27 de 06 de 1939). *Convenio Núm. 65 sobre las sanciones penales a trabajadores indígenas por incumplimiento de contrato*. Obtenido de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:CON,es,C065,/Document.

OIT. (27 de 06 de 1939). *Recomendación Núm. 58 sobre la duración máxima de los contratos escritos de los trabajadores indígenas*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 25ª reunión CIT - Estatus: Instrumento retirado.:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R058.

OIT. (27 de 06 de 1939). *Recomendación Núm. 59 sobre la inspección del trabajo indígena*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 25ª reunión CIT - Estatus: Instrumento retirado.:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R059.

OIT. (26 de 06 de 1957). *Convenio No. 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes*. Obtenido de Adopción: Ginebra, 40ª reunión CIT - Estatus: Instrumento que ha sido superado (Convenios Técnicos):
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.

OIT. (1989). *Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf.

ONU. (13 de 09 de 2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Obtenido de Aprobada mediante Resolución No. 61/295

de la Asamblea General. 107a. sesión plenaria:
http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

ONU, Asamblea General. (16 de 12 de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Obtenido de Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI):
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Ortiz-T, P. (2014). *Justicia comunitaria y pluralismo jurídico en América Latina: Una panorámica de cuarto de siglo*. Quito: OIT-IWGIA.

Pérez Guartambel, C. (2015). *Justicia indígena*. Quito: CONAIE.

Perú, Congreso Constituyente Democrático. (31 de 10 de 1993). *Constitución Política del Perú*. Obtenido de Jurado Nacional de Elecciones:
<http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>.

Schwarze, J. (1992). *European Administrative Law*. Londres: Sweet & Maxwell.

Sentencia No. 113-14-SEP-CC, Caso No. 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de 07 de 2014).

Stavenhagen, R. (2010). *Derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Obtenido de Primer Congreso Internacional sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas "Construyendo un país con justicia social":
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4d39510046f6979db6a3fe199c310be6/PUEBLOS+INDIGENAS+Y+SU+JUSTICIA+PROPIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4d39510046f6979db6a3fe199c310be6>.

Venezuela, Embajada en España. (2016). *Comunidades Indígenas*. Obtenido de Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores. Embaja en España:
<http://embajadadevenezuela.es/comunidades-indigenas>.