

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

Sistema de Posgrado

Facultad de Jurisprudencia

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
IV PROMOCIÓN PARALELO “A”**

AUTOR:

Salazar Ojeda, Cristofer Leonardo

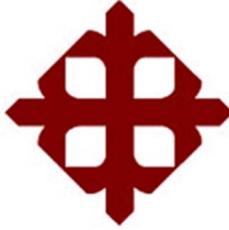
ENSAYO:

LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN
EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS

TUTOR:

SR. NICOLÁS RIVERA HERRERA

**Guayaquil, Ecuador
2016**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

DECLARO QUE:

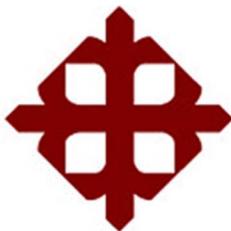
El examen complejo LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 1 días del mes de julio del año 2016

EL AUTOR

Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
AUTORIZACIÓN**

Yo, Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAScuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 1 díasdel mes de julio del año 2016

EL AUTOR:

Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

ÍNDICE

ÍNDICE	3
CAPÍTULO I.....	5
INTRODUCCIÓN	5
1.1.- EL PROBLEMA	5
1.2.- OBJETIVOS	5
Objetivo General	5
Objetivos Específicos	5
1.3.- BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.....	6
2.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
2.1.1.- Antecedentes	7
2.1.2.- Descripción del Objeto de Investigación	8
2.1.3.- Variables y Preguntas de Investigación	8
Variable Independiente.....	8
Variable Dependiente	8
Preguntas de Investigación	9
2.2.- FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	9
2.2.1.- Antecedentes de Estudio	9
2.1.2.- Bases Teóricas.....	11
2.1.2.1.- La Justicia Indígena.....	11
2.1.2.2.- Posición Teórica Constitucionalista.....	113
2.1.2.3.- Las Garantías Constitucionales dentro de este nuevo orden de Estado ...	14
2.1.2.4.- Los Derechos Humanos y de Libertad en la justicia ordinaria e indígena	16
2.1.2.5.- El Proceso en la Justicia Indígena	17
2.3.- METODOLOGÍA	20
2.3.2.- Categoría	20
2.3.3.- Diseño	20
2.3.4.- Población.....	20
2.3.5.- Métodos de investigación.....	21
2.3.6.- Técnicas.....	21
2.3.7.- Procedimiento	21
CAPÍTULO III.....	22

CONCLUSIONES	22
3.1.- RESPUESTAS	22
CONCLUSIONES	30
RECOMENDACIONES	31
BIBLIOGRAFÍA.....	32
ANEXOS.....	34
Anexo No. 1: Documento Crítico – Jurídico.....	34

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1.- EL PROBLEMA

La Constitución del Ecuador (2008) en su artículo 171 concede a las comunidades, pueblos y nacionales indígenas las competencias para aplicar funciones jurisdiccionales en base a sus tradiciones ancestrales en las que se sustenta su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, garantizando que la solución de sus conflictos no sean contrarios a lo que dispone la norma suprema y los instrumentos internacionales.

Lamentablemente este otorgamiento de competencia jurisdiccional ha sido a través de los años muy criticada y sometida al escrutinio y control constitucional, teniendo en cuenta que existe evidente y claro conflicto en cuanto a la aplicación del derecho, reflejo de ello las decisiones de la jurisdicción indígena dejan mucho que desear en el plano de aplicación de sanciones y penas.

1.2.- OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar la aplicación de la justicia indígena en el marco de sus competencias, para determinar su importancia dentro del Derecho Constitucional ecuatoriano.

Objetivos Específicos

- Fundamentar el conocimiento doctrinario, teórico y jurídico del Derecho Indígena en el marco del Constitucionalismo.
- Conocer la opinión de las y los Abogados en libre ejercicio sobre la práctica de la justicia indígena.
- Plantear fundamentos de un documento crítico – jurídico.

1.3.- BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

El marco teórico se sustentará en el estudio y análisis de lo que dice la Constitución, el Derecho Consuetudinario, Instrumentos Internacionales, para luego confirmar con la opinión especializada de Jueces y Juezas, Abogados y Abogadas, Usuarios de ambas justicias; quienes basados en la práctica jurídica casos basados en sentencias y jurisprudencia nacional e internacional sobre al exceso de competencias en la justicia indígena.

De esta forma se confirmará el estado de competencias tanto en la justicia indígena como ordinaria, de tal forma que el análisis se enfoque tanto en lo constitucional como doctrinario sobre las competencias y la aplicación de ambas justicias en el marco de la constitucionalidad ecuatoriana.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

2.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1.1.- Antecedentes

Empezare manifestando un definición, creo yo las más entendible sobre la justicia indígena en donde se dice: Al hablar de Justicia Indígena, o derecho indígena, nos referimos a aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad.(karla, 2014)

Como ya se había mencionado con anterioridad, la Constitución del Ecuador (2008) que se encuentra en vigencia, de manera específica en el Art. 171, le concede a las comunidades, pueblos y nacionales indígenas, competencias específicas y concretas para aplicar la justicia en base al proceso que se mantiene de acuerdo a las tradiciones ancestrales, sustentada en su derecho propio, pero solo dentro del ámbito de su territorio, pero en casos extremos pudiendo llegar a solicitar la intervención de las autoridades de la justicia ordinaria.

Este otorgamiento de competencias jurisdiccionales ha traído consigo muchas críticas, sobre todo debido a las penas que se aplican, las cuales son consideradas crueles, inhumanas y totalmente atentatorias a los derechos humanos fundamentales, citare al profesor Hesse Konrad, quien dice : Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho no solo cuando tienen por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos sino cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares.(Konrad, 1996) De aquí que el respeto a los derechos fundamentales debe ser aplicado por todos los seres humanos.

El tema investigado cumplió con el elemento de novedad, ya que si bien se han realizado múltiples estudios sociales y jurídicos sobre la justicia indígena, esta vez se le da un giro al plantearla desde el enfoque del respeto y la dignidad de la vida humana, las consideraciones que se merece el ser humano tanto en el sistema consuetudinario como en el ordinario. Dentro del aporte teórico brindado, debo indicar que he realizado la recolección bibliográfica encontrada tanto en libros, revistas, trabajos de investigación, conseguidos en las diferentes bibliotecas de la ciudad así como en el internet, haciendo las determinaciones de la fuente.

La significación práctica de la problemática estudiada, está fundamentada en el documento crítico que se ha propuesto, en el cual hago el análisis del por qué es necesario erradicar los castigos físicos de la justicia indígena, ya que si se trata de un derecho tradicional, oral, éste derecho también debe avanzar conforme avanza el derecho ordinario, el cual trata de garantizar los derechos humanos inherentes a la persona.

2.1.2.- Descripción del Objeto de Investigación

En la presente investigación se hace el estudio y análisis de las competencias jurisdiccionales de la Justicia Indígena, su procedimiento y las sanciones y penas que imponen y que son motivo de controversia en la justicia ordinaria.

Además, se hace la debida citación a la determinación jurídica constante en la Constitución del Ecuador y los Instrumentos Internacionales que hacen el reconocimiento del Derecho Indígena, Consuetudinario, basado en las culturas ancestrales de los pueblos.

2.1.3.- Variables y Preguntas de Investigación

Variable Independiente

Reconocimiento Constitucional de la Justicia Indígena

Variable Dependiente

Incorrecta aplicación de la justicia indígena en el marco de sus competencias

Preguntas de Investigación

- ¿Qué es el Derecho Indígena?
- ¿Cuál es el procedimiento de juzgamiento que se sigue en el Derecho Indígena?
- ¿Cuáles son las sanciones y penas que se aplican en la Justicia Indígena?
- ¿Cuál es la opinión de los profesionales del Derecho sobre el reconocimiento constitucional y aplicación jurisdiccional de la Justicia Indígena?
- ¿Cuál es la crítica jurídica para contrarrestar la incorrecta aplicación de la justicia indígena?

2.2.- FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.2.1.- Antecedentes de Estudio

La posición del Derecho Consuetudinario, es fundamenta por el Dr. Raúl IlaquicheLicta, quien en su trabajo “Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un Caso”, presentado en la Revista Yachaikuna, número 1 de marzo de 2001, nos dice:

“Los pueblos y nacionalidades indígenas, como toda colectividad humana tienen un derecho, pero no un derecho como lo conocemos, sino un derecho llamado costumbre indígena, derecho consuetudinario o derecho indígena, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes, de la característica de oralidad, y de que no está codificado; con autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las jurisdicciones o territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes. Este sistema jurídico propio de los indígenas, se sustentan y se fundamentan en la preexistencia de un derecho o costumbre jurídica entre los indígenas” (Ilaquiche, 2001).

Finalmente, en opinión de la Dra. Nina Pacari, en su artículo “Pluralidad Jurídica: Una realidad constitucionalmente reconocida”, publicada por la Universidad Andina “Simón Bolívar” en el año 2002:

“La vigencia de la pluralidad jurídica en Ecuador es una realidad constitucionalmente reconocida, un reto fundamental para la sociedad pluricultural ecuatoriana, pero su aplicación aún exige superar las cargas ideológicas de dominación que bajo el escudo de estereotipos suelen adjetivar a la administración de justicia indígena como sinónimo de salvajismo”(Pacari, 2002).

El Derecho Internacional se dirige hacia la prohibición absoluta de la imposición de castigos físicos, por ser necesariamente crueles, inhumanos y degradantes, teniendo en cuenta que en la humanidad, desde hace 200 años no hay castigos corporales, los azotes se terminaron, por lo que a nivel mundial las penas corporales no sólo son pura retribución, sino también una forma de tortura, y por lo tanto resultan inadmisibles en cualquier tipo de sociedad y en todos sus términos prohibidas por la Comunidad Internacional.

En particular, en el sistema regional latinoamericano de protección de los derechos humanos, los estados se encuentran obligados a abstenerse de imponer penas corporales, pues dichas penas constituyen una forma de tortura.

Pero si analizamos la imposición de castigos físicos desde la perspectiva de la justicia indígena, ésta se basa en “la vergüenza pública y el castigo físico” con el propósito de conseguir que “se enderece del mal camino”, es decir que “corrijan sus errores, en vista del reconocimiento del derecho a la aplicación de las costumbres y tradiciones para la solución de conflictos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado debe entonces regular esta aplicación y obligar a la función judicial ordinaria a respetar y a colaborar con la justicia o derecho indígena, pero debemos hacer hincapié que se entiende por costumbre conforme lo establece Guillermo Cabanellas en Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual 1990 “La costumbre es la repetición de ciertos actos de manera espontánea y natural que por la práctica adquieren fuerza de ley”(Cabanellas G. , 1990), de lo manifestado por Cabanellas se diría que la costumbre es la primera y principal fuente del derecho y en

albitio de la competencia de la justicia indígena se debería decir que esta costumbre deber ser genuina y ello necesariamente refleja en la paz social de la colectividad.

Particularmente en el Ecuador, la aplicación de una supuesta justicia indígena se ejerce mediante castigos corporales y juicios sumarísimos para delincuentes hallados in fraganti en las comunidades campesinas, especialmente de la Sierra.

La justicia indígena en nuestro país conforme lo dice "Carlos Peres Guartanbel no tiene normas escritas recopiladas en un cuerpo legal, sin embargo sin embargo existen los preceptos desde tiempos inmemoriales"(Guartan, 2010), si bien es cierto que se la ha venido aplicando desde épocas muy pasadas, pero en donde no se protegía tanto a los derechos humanos, como se lo hace actualmente

El sistema indígena de penas en el Ecuador es tan heterogéneo como el número de comunidades que las aplican. Esto supone que muchas sanciones guardan gran similitud con las penas del sistema formalizado (amonestación, multas, pérdidas patrimoniales en general, pérdida de un cargo comunal, trabajos comunales, expulsión del territorio, etc.), pero se diferencian especialmente en cuanto a la aplicación de los castigos corporales como son los azotes, los ortigazos, los baños de agua fría, etc., que reciben el repudio de la sociedad ecuatoriana e internacional en cuanto al no respeto de la humanidad de las penas.

Existe confrontación de la justicia indígena con la justicia ordinaria en cuanto a la aplicación de la competencia jurisdiccional, cual atenta contra los derechos de libertad, los derechos humanos, el debido proceso y la seguridad jurídica.

2.1.2.- Bases Teóricas

2.1.2.1.- La Justicia Indígena

Un acercamiento a lo pluricultural necesariamente nos lleva a plantearnos lo que es una cosmovisión. Cada persona tiene un enfoque de lo que le rodea, de las

cosas, de la vida, de la justicia, del mundo etc., esta visión propia del cosmos trae siempre una carga cultural, las manifestaciones sociales, políticas, económicas, filosóficas de su colectivo.

Solamente con el ánimo de ilustrar, los ecuatorianos según José Ricardo Martínez Cobo, ha dicho en las Naciones Unidas que “en donde quiera que nos encontremos viviendo, disfrutamos los éxitos del país, el orgullo nos invade, nos sentimos más ecuatorianos cuando triunfamos como nación, y lo mismo le ocurre a cualquier persona perteneciente a una etnia propia porque también se sabe ecuatoriano, pero a la vez, y de igual manera, disfrutan y se llenan de orgullo con los éxitos de su grupo porque los enlaza una identidad con éste, viven y piensan en función de su colectividad y del país, y eso es parte de lo unitario en relación con su propia conciencia étnica” (Revista Tribunal Constitucional, 2004).

El Art. 1 de la Constitución de la República del Estado reconoce, como forma de la unidad nacional, el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y, en consecuencia, el trato igualitario para las diferentes culturas. Diversas manifestaciones de lo unitario presenta la normativa de la carta fundamental, por ejemplo al señalar que "La soberanía radica en el pueblo" (CRE, 2008), o en su relación con la diversidad cuando indica "El Estado respeta o estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas" o al manifestar que son deberes primordiales del Estado "Fortalecer la unidad nacional en la diversidad".

El Derecho Indígena por su naturaleza misma se ha conservado y transmitido de generación en generación de manera oral, en vista de que el Derecho Indígena es práctico por lo que con relativa facilidad se puede guardar en la memoria colectiva de los pueblos. Esto no implica que el Derecho Indígena es estático al contrario permanentemente se va enriqueciendo con nuevas experiencias y prácticas de administración de justicia indígena.

2.1.2.2.- Posición Teórica Constitucionalista

En el Ecuador cobra importancia el movimiento indígena que junto a otros sectores sociales pugnarón para tener un nuevo gobierno que abandone el esquema de abstencionismo que preconizaba el Estado Liberal y se pasáramos a una etapa donde al Estado se le asigne el papel de promotor del desarrollo y del bienestar general.

Como habíamos mencionado al inicio, los Estados han pasado por procesos históricos de construcción de sus formas de gobierno, la pregunta es ¿qué entendemos como Ecuador – estado Constitucional de Derechos y justicia?. Un primera respuesta nos da el profesor José Luis Cea Egaña, él nos dice: “Puede ser que el estado constitucional equivale a una reformulación, desde sus bases hasta sus más elevados y determinantes objetivos, de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la Sociedad Civil en democracia y otros vectores de semejante importancia. De ese paradigma es criterio esencial la mayor independencia del Derecho con respecto a la soberanía, única manera que aquél se imponga a ésta, postulado que debe seguir en el orden jurídico interno y también, no cabe duda, en el ámbito internacional” (Cea Egaña, 1998).

Las características de un estado Constitucional de derechos, se hallan, en primer lugar, en la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables; que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, la Constitución, cuya Parte Dogmática y de garantías es anterior y superior al Instrumento de Gobierno; la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político; secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad, 12 de modo que ya no se requiere la intermediación de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida.

La subordinación de la ley a la Constitución, vale sólo en la medida que respeta a la segunda. Con palabras elocuentes, Herbert Krüger lo plantea en la aseveración siguiente: “si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la

medida que lo permitía la ley, o la ley vale en la medida que respeta a los derechos esenciales” (Bachof, 1994).

Pero esa supremacía exige control para que sea efectiva, revisión que ha de ser especialmente hecha por los Tribunales Constitucionales, como Magistratura diferente de la Judicatura ordinaria y resueltamente configurada con la misión de guardián del Código Político.

En este tipo de estado, los jueces mantienen un rol fundamental. Jorge Luis Córdova Guzmán, nos indica que en el modelo constitucional tradicional, el Estado de Derecho consistía básicamente en la primacía de la ley y la democracia en la omnipotencia de la mayoría y por lo tanto el parlamento. “El papel del juez como órgano sujeto solo a la ley se configuraba, por consiguiente, como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia profundamente con las constituciones rígidas de la segunda pos guerra, que contemplan el paradigma del Estado de Derecho sometiendo también al legislador a la ley -a la ley constitucional, precisamente- y transformando así al viejo Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho”(Abendroth, 1986).

2.1.2.3.- Las Garantías Constitucionales dentro de este nuevo orden de Estado

Debemos empezar por aterrizar lo que nuestra Constitución dice respecto de los principios de aplicación de los derechos humanos, que “son la herramienta y la fuente para la cual existen las garantías. En este sentido la Constitución vigente ha progresado significativamente al codificar -si se quiere- cuáles son los principios sobre los que descansan esos derechos y como llevarlos a la práctica”(Web Revista Judicial).

Entonces el Estado ha reconocido que “no sólo las personas tienen derechos sino también las colectividades y la naturaleza, a quien otorga un conjunto de derechos que no será motivo de este análisis pero que implica una necesaria reflexión en torno a quien se declara con derechos a ser valer esa titularidad, si la misma descansa en las personas, en los colectivos sociales, o en el Estado como representación misma de la sociedad organizada” (Web Revista Judicial).

A los derechos reconocidos por esta nueva Constitución a los cuales se los ha clasificado o definidos como: derechos del buen vivir, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, derechos de participación, derechos de libertad, derechos de la naturaleza, y derechos de protección, la norma suprema ha establecido garantías para el ejercicio y cumplimiento de los mismos, en razón de que el Estado Ecuatoriano entra en una etapa de estado constitucional de derechos y justicia, manteniendo tres acciones o deberes primordiales en materia de derechos humanos:

1.- Una Acción negativa, que es respetar los derechos humanos, es decir dejar que el ciudadano ejerza sus derechos sin limitaciones que no sean las de cuidar el derecho de otra persona o colectivo;

2.- Una acción positiva que es hacer respetar los derechos humanos, esto es legislar, para lo cual debe adecuar su legislación interna a los estándares internacionales de protección a los derechos humanos.

3.- Una acción Excitativa, esto es la de difundir y promocionar los derechos humanos. No basta con que el estado establezca derechos, sanciones, reparaciones, etc. Lo ideal es que estos derechos tienen que ser conocidos por la ciudadanía, por los grupos distantes a los centros urbanos o los que se encuentren en grado de incomunicación.

Estas garantías están previstas en la Constitución, cuyo avance importante ha sido la inclusión como garantías Constitucionales de dos figuras adicionales importantes: la implementación de la norma y las políticas públicas.

El Artículo 85 dispone que las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. El Estado

garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (CRE, 2008).

Según Patricio Benalcázar Alarcón, “la construcción de política pública en un país que se considere democrático y respetuoso de los derechos humanos; debería tener como fuentes primigenias, los principios y disposiciones constitucionales legítimas” (Benalcázar, 2008). Generalmente, en la Constitución Política se establecen las reglas de relación social entre las fuerzas e intereses políticos, sociales, culturales y económicos vigentes en un momento histórico determinado; si estas reglas permiten legítimamente la vigencia de los derechos de las personas, los pueblos y nacionalidades; así como la convivencia pacífica entre sus miembros, constituyen el mejor escenario para el diseño de políticas públicas desde un enfoque de derechos.

2.1.2.4.- Los Derechos Humanos y de Libertad en la justicia ordinaria e indígena

El tema de derechos humanos en Ecuador, además de ser parte y estar absolutamente presente en los principios fundamentales de la Constitución 2008, se ha convertido en un asunto que más allá del reconocimiento para la garantía de estos derechos, en la actualidad lamentablemente son violados por el actual Gobierno. Es así que para comprender esta compleja situación en el ámbito derechos humanos y derechos colectivos, es necesario evidenciar que no se están siendo cumplidos así como tampoco están siendo garantizados por el Estado.

En cuanto violación de derechos humanos, derechos colectivos, derechos laborales, criminalización de la protesta social y persecución a dirigentes sociales y gremiales, tenemos hasta el momento que una vez que el Ejecutivo ha manifestado que en la Institución pública se quiere modernizar los servicios en atención de calidad y con calidez, se ha iniciado un proceso tanto de evaluación y de desenrolamiento, además de la aplicación del Decreto 813 del 7 de julio de 2011, que reforma el Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público -LOSEP, que en su artículo 8 instaura la figura de la renuncia obligatoria para la separación de los trabajadores en el sector público, es decir que el Decreto va en contra de los principios Constitucionales, así como también los

Instrumentos y Convenios Internacionales que garantizan el derecho al trabajo, como está presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 23 “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (DUDH, 1978).

Existen cientos de casos de líderes indígenas que han sido judicializados, se los investiga por terrorismo y/o atentar contra la seguridad del Estado, hay que tomar en cuenta que los dirigentes han promovido movilizaciones, han llamado a hacer uso del derecho a la resistencia y han realizado declaraciones en contra de la política y el modelo de desarrollo del actual Gobierno, lo califican de un régimen autoritario y que está en el marco de un modelo económico neoliberal y de carácter extractivista, por cuanto el Ejecutivo continúa negociando con los recursos naturales y estratégicos como agua, petróleo y minerales, que están ubicados en sus territorios ancestrales, tierras y territorios que les pertenecen a los pueblos y nacionalidades indígenas, y que está garantizada y reconocida su pertenencia tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT así como también en la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas de ONU.

Declaración de los Pueblos Indígenas de la ONU Art. 26:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización...

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos” (DUDH, 1978).

2.1.2.5.- El Proceso en la Justicia Indígena

La comunidad indígena es una estructura política, por las siguientes características: Tiene un sistema jurídico propio, (Usos y costumbres o sistemas

normativos); paralelamente a la existencia del Estado y su derecho positivo, las comunidades indígenas han aplicado sus propios sistemas jurídicos, es decir, han ejercido sus propio derecho, que a diferencia del derecho positivo, que es predominantemente escrito; éste en cambio es un conjunto de normas jurídicas orales de carácter consuetudinario que las comunidades indígenas reconocen como válidas, sus autoridades las utilizan para regular sus actos públicos, para la resolución de conflictos e intereses. Por tanto, las características principales del sistema jurídico indígena son las siguientes:

- a) Son normas jurídicas predominantemente orales;
- b) De carácter consuetudinario;
- c) Que los pueblos y comunidades reconocen como válidas; y
- d) Se utilizan para la resolución de sus conflictos e intereses.

También es importante mencionar, que las sanciones son diferentes a las que se aplican dentro del derecho positivo, en donde predomina principalmente las penas privativas de la libertad; en cambio en el sistema jurídico indígena predomina principalmente, la reparación del daño, a través de obras de beneficio social, a favor de la comunidad o de la persona afectada, de tal manera que la persona que comete algún ilícito es reintegrada a la comunidad, a través de ese tipo de trabajos; en este tipo de sistemas cuenta mucha la intervención de la comunidad, en cuanto que todos sus miembros se encargan del cabal cumplimiento de la sanción impuesta por las autoridades indígenas.

a.- Aviso o Demanda (Willachina)

El primer paso que deben dar los afectados es poner en conocimiento de los dirigentes del cabildo de manera oral y clara todo lo acontecido, trátase de peleas, chismes, robos, muerte, etc. En este sentido, el Willachina es un acto por el cual el ofendido formula la petición de solución al cabildo, petición que posteriormente será el tema principal de resolución en la asamblea comunal.

b.- Preguntar, averiguar o investigar el problema (Tapuykuna)

Es una etapa de investigación del problema con una variedad de diligencias como la inspección ocular o constatación del hecho en el caso de muertes, robos, peleas; tendientes a identificar la magnitud del conflicto.

c.- Confrontación entre las partes (Chimbapurana)

Es la instancia de los careos, de conaración y confrontación de palabras entre los involucrados. Dentro del juzgamiento, este es el paso más importante de todo el procedimiento, porque a diferencia del juzgamiento judicial, aquí no existen abogados que representen a las partes, sino que son las partes involucradas los que hablan cuántas veces sean necesarias hasta que todo quede claro y no existan confusiones al momento de determinar las responsabilidades y sanciones.

d.- Ejecución de la Sanción (Paktachina)

Dentro de la administración de justicia indígena se ha verificado que existen un sin número de sanciones como: las multas; la devolución de los objetos robados más las indemnizaciones; el baño con agua fría, ortiga, fueite o látigo; trabajos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la comunidad.

Las sanciones son establecidas de acuerdo a la gravedad del caso; y estas sanciones no se basan en las señaladas por las leyes de la justicia mestiza, se basan en las leyes consuetudinarias de la comunidad.

Es la etapa de cumplimiento de las sanciones. Está claro que cuando se ha cumplido la sanción las personas involucradas en el hecho, castigados y sancionadores, no serán víctimas de retaliaciones o venganzas posteriores.

Generalmente las personas que aplican la sanción son las personas mayores de edad, los padres, los familiares, el padrino de bautizo o de matrimonio, el presidente del cabildo u otras autoridades indígenas locales.

Para los pueblos indígenas las sanciones no son consideradas como negativas, sino que es una forma de hacer que el infractor tome conciencia, se arrepienta y cambie de

actitud, en el idioma kichwa se dice wanachina (hacer que se arrepienta), kunana (aconsejar). Las sanciones son aplicadas también con una connotación espiritual, es decir no solo se quiere corregir la parte racional o fisiológica del infractor sino también purificar el alma y el espíritu.

2.3.- METODOLOGÍA

La investigación fue cuali-cuantitativa. Cualitativa porque nos ayudó a entender el fenómeno jurídico y sus características. Cuantitativa porque para la investigación de campo se utilizó la estadística descriptiva.

2.3.2.- Categoría

De tipo exploratoria.

2.3.3.- Diseño

La presente investigación fue de carácter DESCRIPTIVO Y BIBLIOGRÁFICO, porque estuvo dirigida a determinar como es y cómo está la situación de las variables, a la vez que fue de aplicación al ofrecer propuestas factibles para la solución del problema.

2.3.4.- Población

COMPOSICIÓN	POBLACIÓN
JUECES Y JUEZAS	10
ABOGADOS/AS EN LIBRE EJERCICIO	70
TOTAL	80

El total de la población a ser aplicada la encuesta es de 80 personas.

2.3.5.- Métodos de investigación

Se aplicaron los siguientes métodos:

- **INDUCTIVO, DEDUCTIVO** que nos permitió lograr los objetivos propuestos y ayudó a verificar las variables planteadas.
- **INDUCTIVO**, porque analizamos otros factores como por ejemplo considerar el estudio o la aplicación de casos para llegar a la Ley.
- **DEDUCTIVO**, porque detallamos toda la estructura en sus principios y leyes generales para comprender, llegar a la solución de problemas en su futura aplicación.
- **ANALÍTICO-SINTÉTICO**, porque este método hizo posible la comprensión de todo hecho, fenómeno, idea, caso, etcétera.
- **HISTÓRICO-LÓGICO**, porque analizamos científicamente los hechos, ideas del pasado comparándolo con hechos actuales.
- **DESCRIPTIVO-SISTÉMICO**, porque fue una observación actual de los fenómenos y casos, procurando la interpretación racional.

2.3.6.- Técnicas

ENCUESTAS.- Se las realizó a la población determinada para conocer cuáles fueron sus expectativas.

INSTRUMENTO: El instrumento utilizado fue el Cuestionario.

2.3.7.- Procedimiento

- Se aplicaron las encuestas a los participantes de la muestra en el trabajo investigativo, dentro del Cantón Cañar.
- Los resultados fueron tabulados de forma que se estableció la frecuencia y el porcentaje por pregunta.
- Se hizo la graficación estadística de los resultados.

- Finalmente se hizo el debido análisis e interpretación de los mismos.

CAPÍTULO III CONCLUSIONES

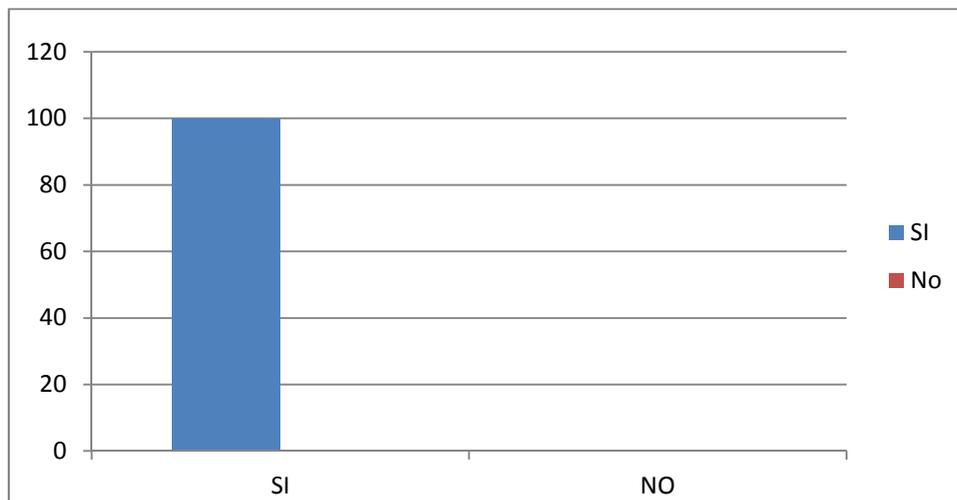
3.1.- RESPUESTAS

TRATAMIENTO ESTADÍSTICO Y REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE LAS ENCUESTAS A JUECES Y JUEZAS DE GARANTÍAS PENALES DEL CANTÓN CUENCA Y CAÑAR

1.- ¿Sabe usted lo que es el Derecho Consuetudinario?

Tabla No. 1: Derecho Consuetudinario

af	fa	fr
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%



Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración: Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

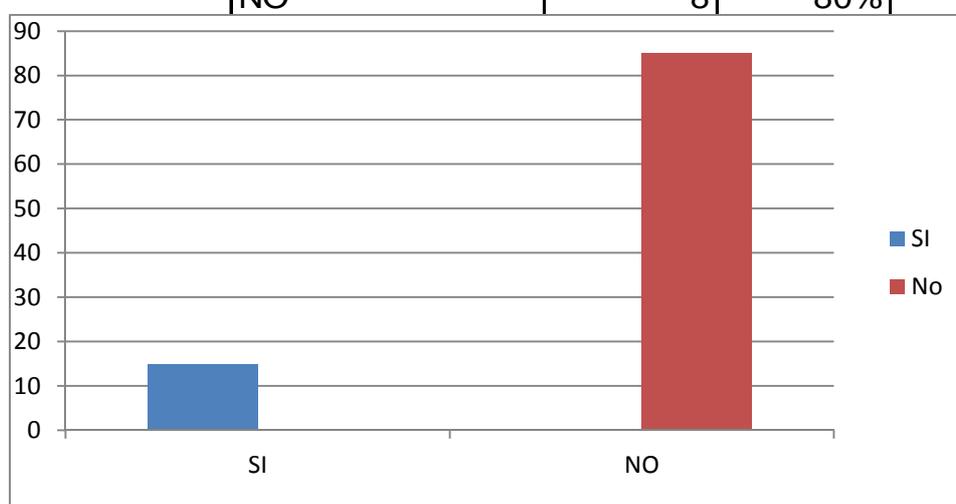
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: El 100% de los Jueces de Garantías Penales y Fiscales conocen lo que es el Derecho Consuetudinario, y están conscientes

de las reformas introducidas en la actual Constitución con respecto al reconocimiento de la pluriculturalidad jurídica.

2.- ¿Cree usted que la aplicación de la justicia indígena se adecúa a las normas del debido proceso?

Tabla No. 2: Adecuación a la norma del debido proceso

af	fa	fr
SI	2	20%
NO	8	80%



Fuente: Encuesta aplicada

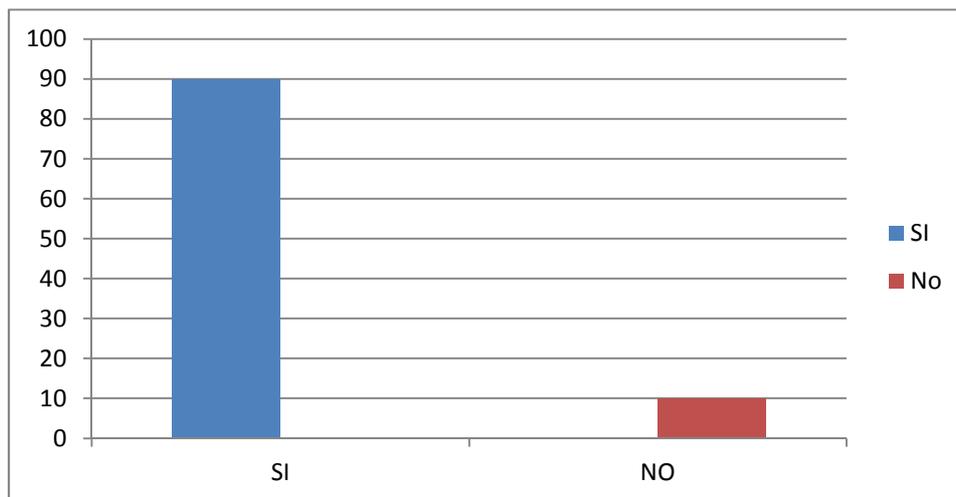
Elaboración: Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: La gran mayoría de los Jueces de Garantías Penales y Fiscales, encuestados esto es el 80% no creen que la aplicación de la justicia indígena se adecúan a las normas del debido proceso, porque atentan contra los derechos del ser humano, a pesar de que la justicia indígena pretende ser ejemplarizadora, no se puede pretender que es normal su aplicación en contraposición a la justicia ordinaria. Mientras que el 20% de los encuestados cree que la aplicación se adecua a las normas del proceso.

3.- ¿Considera que la justicia indígena se encuentra en confrontación a la aplicación de penas con la justicia ordinaria?

Tabla No. 3: Confrontación justicia indígena y justicia ordinaria

af	fa	fr
SI	9	90%
NO	1	10%
TOTAL	10	100%



Fuente: Encuesta aplicada

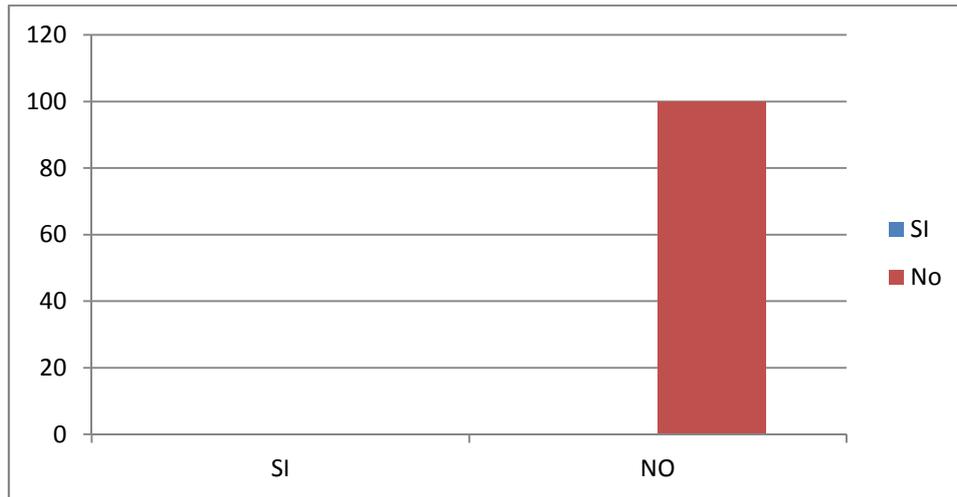
Elaboración: Abg. CristoferLeonardo Salazar Ojeda

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: El 90% de los Jueces de Garantías Penales y Fiscales consideran que la justicia indígena se encuentra en confrontación a la aplicación de penas con la justicia ordinaria, puesto que los códigos y leyes de la región y a nivel mundial, han desechado aquellas penas que denigren la calidad humana de la persona, que atenten contra los derechos garantizados en la Constitución. En tanto que el 10% de los encuestados no considera que la justicia indígena se encuentra en confrontación a la aplicación de penas con la justicia ordinaria.

4.- ¿La justicia indígena brinda seguridad jurídica al procesado?

Tabla No. 4: Seguridad Jurídica

af	fa	fr
SI	0	0%
NO	10	100%
TOTAL	10	100%



Fuente: Encuesta aplicada

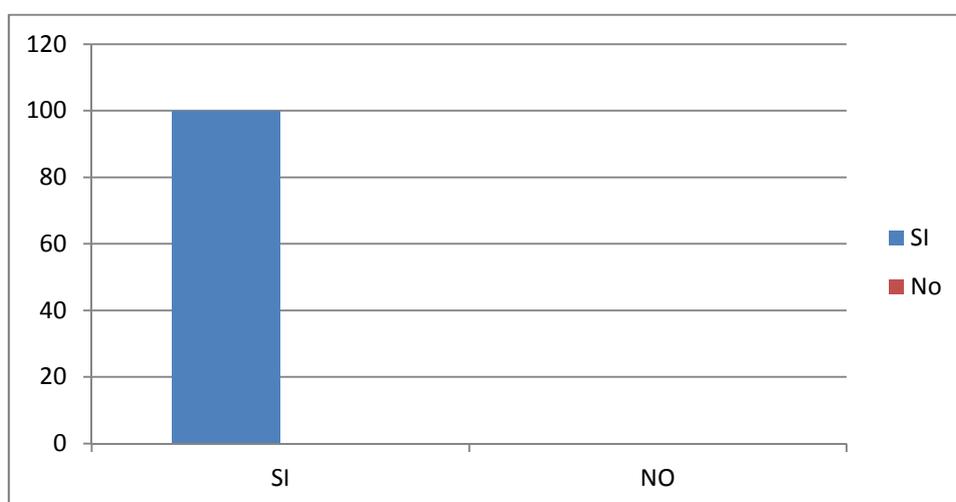
Elaboración: Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: El 100% de Jueces de Garantías Penales y Fiscales consideran que la justicia indígena no brinda seguridad jurídica al procesado, sobre todo teniendo en cuenta que las garantías del debido proceso no son aplicadas en la justicia indígena, la cual sigue un procedimiento que ha sido transmitido por generaciones, y que para las comunidades ecuatorianas, deben ser seguidas al pie de la letra.

5.- ¿Apoyaría usted la presentación de un documento jurídico sobre la confrontación de la justicia indígena con la justicia ordinaria en cuanto a la competencia otorgada en la Constitución de la República y los Instrumentos Internacionales?

Tabla No. 5: Documento Jurídico

af	fa	fr
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%



Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración: Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

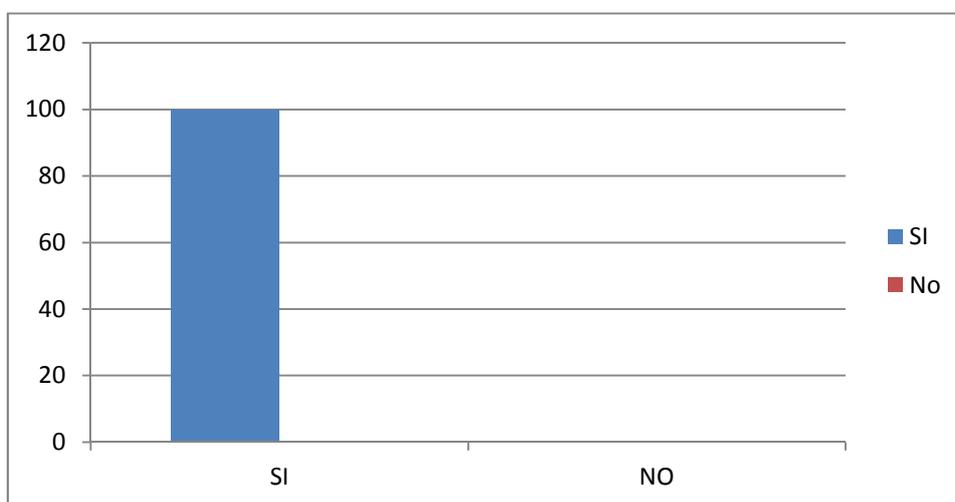
ANÁLISIS E INTERPRETACION: El 100% de Jueces de Garantías Penales y Fiscales consideran que la mayoría de los encuestados apoyarían la presentación de un documento jurídico sobre la confrontación de la justicia indígena con la justicia ordinaria en cuanto a la competencia otorgadas en la Constitución de la República y los Instrumentos Internacionales.

**ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA
ENCUESTA REALIZADA A LOS ABOGADOS Y ABOGADAS EN LIBRE
EJERCICIO DEL CANTÓN CUENCA Y CAÑAR**

1.- ¿Sabe usted lo que es el Derecho Consuetudinario?

Tabla No. 6: Derecho Consuetudinario

af	fa	fr
SI	70	100%
NO	0	0%
TOTAL	70	100%



Fuente: Encuesta aplicada

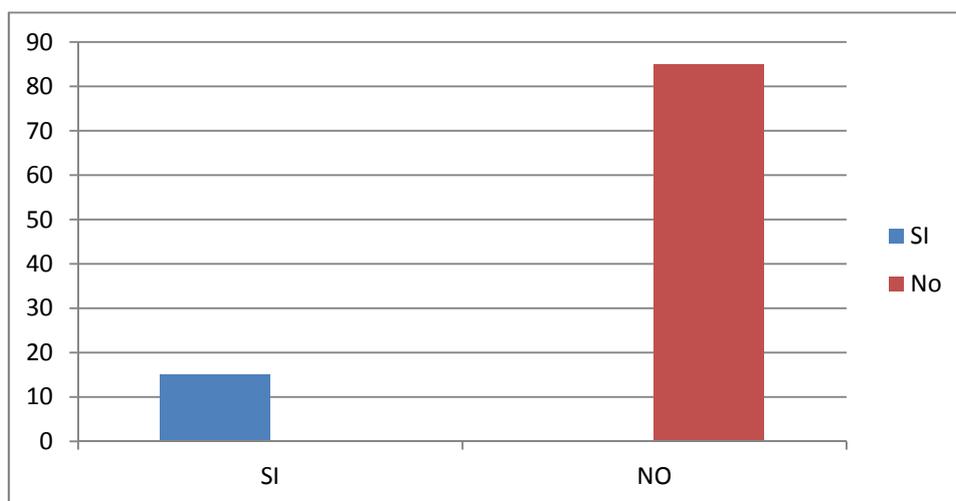
Elaboración: Abg. Cristofué Leonardo Salazar Ojeda

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: El 100% de los Abogados en libre ejercicio encuestados, conocen lo que es el Derecho Consuetudinario, ya que nuestro país es pluricultural, y por consiguiente se conviven con pueblos y comunidades indígenas y afroecuatorianas.

2.- ¿Cree usted que la aplicación de la justicia indígena se adecúan a las normas del debido proceso?

Tabla No. 7: La norma y el Debido Proceso

af	fa	fr
SI	11	16%
NO	59	84%
TOTAL	70	100%



Fuente: Encuesta aplicada

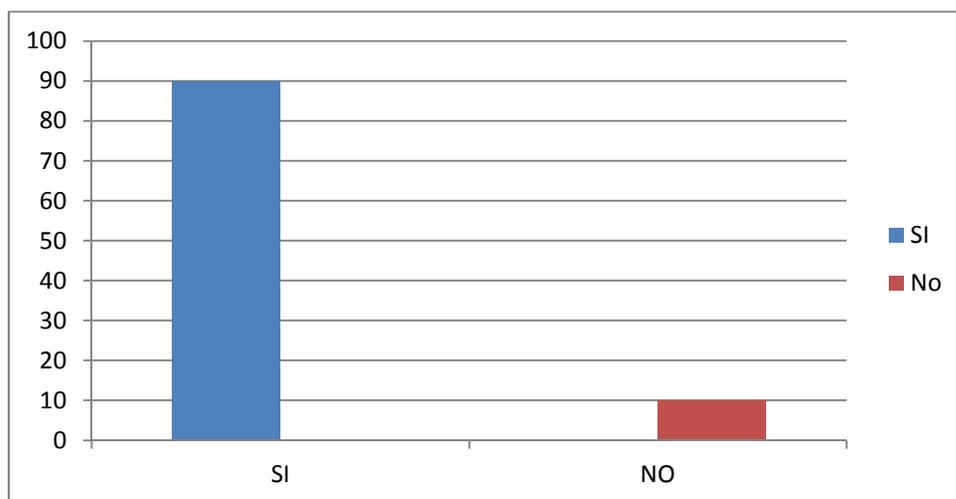
Elaboración: Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: El 84% de los Abogados en libre ejercicio no consideran que la aplicación de la justicia indígena son adecuadas al debido proceso, ya que en éste lo primordial es el respeto a la integridad física humana, al respeto al ser humano y esto no incluye cualquier tipo de violencia o castigo en la humanidad del procesado. En cambio el 16 % de los encuestados consideran que si se adecuan a las normas del debido proceso

3.- ¿Considera que la justicia indígena se encuentra en confrontación a la aplicación de penas con la justicia ordinaria?

Tabla No. 8: Confrontación justicia indígena y justicia ordinaria

af	fa	fr
SI	63	90%
NO	7	10%
TOTAL	70	100%



Fuente: Encuesta aplicada

Elaboración: Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: El 90% de los encuestados confirman que existe confrontación entre la justicia ordinaria e indígena en el tema de la aplicación de penas, pues no existe el respeto a los derechos humanos fundamentales, a pesar de ser un derecho consuetudinario, mantenido generación tras generación, no se puede aceptar que se apliquen castigos físicos. En cambio el 10 % de los encuestados consideran que no existe confrontación a la aplicación de penas en la justicia ordinaria

CONCLUSIONES

Se procedió a realizar el estudio a través de la historia ecuatoriana, para conocer cómo se han dado los cambios en cuanto al reconocimiento del derecho indígena, lo cual ha tomado mucho tiempo y esfuerzo, ya que hay que darse cuenta que estos fueron los primeros pobladores de nuestro territorio actual, y se les dio muy poco valor, y han tenido que luchar tenazmente para alcanzar el reconocimiento constitucional que tienen como pueblo dentro de la sociedad ecuatoriana.

El Derecho Indígena es actualmente reconocido a nivel nacional como internacional, el respeto a un derecho consuetudinario, transmitido de generación en generación de forma oral, se mantiene intacto gracias a que estos pueblos no han dejado que se pierdan tradiciones y costumbres ancestrales, sobre todo en cuanto a administrar justicia, puesto que tienen un sistema muy rígido, tanto en el proceso como en la sentencia y la imposición de las penas, las cuales incluyen castigos corporales, que a pesar de la actualidad de la justicia, dentro de las comunidades indígenas no han variado, lo que ha creado un conflicto de leyes con las ordinarias.

Es verdaderamente interesante analizar sobre el procedimiento en el juzgamiento dentro de las comunidades indígenas, las fases perfectamente determinadas con las actividades que se deben realizar en cada una de ellas, la forma en que se aplica la pena conforme a la gravedad del delito cometido, y sobre todo, la imposición de las penas corporales, que cada vez llaman la atención a nivel mundial, porque son actualmente consideradas como bárbaras, puesto que es impensable que en estas épocas, el derecho a la integridad física sea menospreciado de esta forma, ya que actualmente se están cometiendo una gran violación de los derechos humanos, con la mal llamada aplicación de la justicia indígena, en referencia a lo que establece el Dr. Alejandro Rosillo Martínez en su obra *La tradición Hispanoamericana de los derechos Humanos Crítica y Derecho-5* la finalidad de los derechos Humanos es procurar el bien del ser humano y de la comunidad lo mismo que su salvación, (Martínez, 2012). Pues es clara el mensaje que este autor nos trata de dar pues en pleno siglo XXI no se puede permitir que actos que violen derechos humanos puedan quedar en la impunidad.

RECOMENDACIONES

Apoyar la socialización de la Justicia Indígena en diferentes lugares y comunidades, para que se conozca por qué se aplican este tipo de penas en lugar de aplicarse el de la justicia ordinaria, sobre todo haciendo hincapié que se trata de un derecho consuetudinario.

Emitir documentos críticos hacia este tipo de prácticas, para lograr llegar a un acuerdo tanto en la justicia ordinaria como indígena, sobre la competencia en la aplicación de sus normas jurídicas consuetudinarias, tratando de evitar los castigos que la justicia ordinaria no lo hace.

BIBLIOGRAFÍA

- C.T. (2010). Código del Trabajo. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cabanellas, G. (1990). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Consultor Magno.
- Cabanellas, G. (2009). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Ferraro, L. P. (2001). *Derechos Humanos y Discapacidad*. Buenos Aires: Ed. Humanitas.
- Guartan, C. P. (2010). *justicia indígena*. Cuenca: imprenta Grafisum.
- karla. (15 de junio de 2014). *monografias.com*. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos97/justicia-indigena/justicia-indigena.shtml>
- Konrad, H. (1996). *significado de los derechos Fundamentales*. Madrid: IVAP-Marcial Pons.
- Lachwitz, K., & Breitenbach, N. (2002). *Derechos Humanos y Discapacidad Intelectual*. Publicación de Inclusión Internacional.
- Martinez, A. R. (2012). *La Tradición hispanoamericana de los derechos Humanos*. Quito: V/M Graficas.
- monografias.com. (s.f.). *justicia indígena*. *monografias .com*.
- Ossorio, M. (2009). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: DATASCAM.
- (Konrad, 1996)Significado de los Derechos Fundamentales-IVAP-Marcial Pons.
- (Guartan, 2010)Justicia Indígena.
- (Cabanellas G. , 1990) Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.
- Abendroth, W (1986). El Estado de Derecho Democrático y Social como Proyecto Político. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Albó, X. (2004). “¿Cómo manejar la interculturalidad jurídica en un país pluricultural?”, Ponencia presentada en el Foro Internacional Sociedad Civil y Acceso a la Justicia, Cochabamba, 14 y 15 de abril de 2004.
- (Martinez, 2012) La Tradición Hispanoamericana de los derechos humanos. Dr. Alejandro Rosillo Martínez. V/M graficas.
- Almeida, I. (1994). "Pueblos Indios". En ILDIS: Léxico Político Ecuatoriano. ILDIS, Fundación Friedrich Ebert. Quito.

Andrago, A. (2007). Legislación Indígena; Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador CODENPE, Imprenta hojas y signos, Octubre.

Ayala, E. (1992). Estado nacional, soberanía y estado plurinacional. En VVAA: Pueblos Indios, Estado y Derecho. ILDIS; AbyaYala; CORPEA; Taller Cultural Causanacunchic; CEN. Quito.

Bachof, O. (1994). Jueces y Constitución. Madrid: Ed. Civitas.

Benalcázar, P. (2008). Movilidad Humana, de lo Constituyente a lo post constituyente, Montecristi - Ecuador, 17 de julio.

Bernal, C. Metodología de la Investigación, II edición, Pearson Educación.

Cabanellas, G. (1986). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Editorial Heliasta, vigésima edición, Buenos Aires – Argentina.

Carrara, F. (1990). Programa de Derecho Penal, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja.

Cea Egaña, J. L. (1998). “Tratado de la Constitución de 1980”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Cueva, L. (2001). El Debido Proceso. Primera Edición. Editorial Impreseñal Cía. Ltda. Quito

De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. "Derecho Penal Guatemalteco". Editorial Bosch. México DF. 1984.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 23, numeral 1.

Declaración de los Pueblos Indígenas de la ONU, Art. 26

Pacari, Nina. “Pluralidad Jurídica: Una realidad constitucionalmente reconocida”, publicada por la Universidad Andina “Simón Bolívar”, Quito, 2002.

Pérez, C. (2006). Justicia Indígena. Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Colegio de Abogados del Azuay, Cuenca – Ecuador.

Revista judicial, El Ecuador y los Derechos Humanos:<http://www.dlh.lahora.com.ec>

Revista del Tribunal Constitucional año 1, Nro. 4, IV Trimestre, Diciembre 2004, Quito – Ecuador.

ANEXOS

Anexo No. 1: Documento Crítico – Jurídico

Para el año 2008 con la aprobación de la Constitución en Montecristi, se reconoce el Estado plurinacional, así el Art. 1 de la Constitución del 2008 señala que “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”

El Estado reconoce la existencia de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afro ecuatorianas quienes poseen sus propias costumbres, lenguaje, y tradiciones ancestrales y las reconoce como naciones, esto con la finalidad de procurar el efectivo goce de sus derechos como ciudadanos parte del Estado y también garantizar del desarrollo de su cultura.

En concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, ya en la Constitución de 1998 así como también en la actual Constitución se reconocen una serie de derechos colectivos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas entre los cuales se encuentra también el derecho a aplicar sus prácticas tradicionales para la solución de los conflictos dentro de sus comunidades.

Por ello es importante definir qué es la Justicia Indígena y bajo qué parámetros se ejerce, para no confundirla con otras figuras que se establecen en el derecho ordinario o peor aún negar su existencia ya que como vemos la pluralidad jurídica del Ecuador fue reconocida a partir de 1998.

Para la cosmovisión andina, la armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad son dos circunstancias fundamentales para el desarrollo normal de la convivencia social. Los conflictos que se susciten dentro de sus comunidades rompen con este equilibrio, de manera que frente a un conflicto las autoridades buscan medidas para restablecer el equilibrio a través de una compensación o resarcimiento del daño además de ser un escarmiento para los demás miembros de la comunidad.

Las sanciones y el procedimiento va acorde a la cosmovisión de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades ya que la vida en la comunidad es fundamental para el desarrollo de sus vidas, por este motivo la medida para resarcir los daños se toma en asamblea comunal, mas no por una sola autoridad.

Dentro de la Justicia o Derecho Indígena no existe división de materias, se trata de la aplicación de medidas consuetudinarias para la solución de conflictos de distinta naturaleza

El proceso inicia cuando el afectado pone en conocimiento a las autoridades del conflicto

- Las autoridades inician una etapa de investigación para constatar lo sucedido
- Se lleva a cabo una confrontación entre el acusado y el acusador, la misma que es directa sin intervención de terceros
- Por último se establece una sanción si se considera necesario. La misma que depende de la gravedad de la acusación. La sanción más fuerte es la expulsión del acusado de la comunidad, no existen penas de muerte. Si no era de tal gravedad, la sanción va desde sanciones económicas tales como multas, indemnizaciones, a sanciones físicas como baños de agua fría, el uso de la ortiga o del látigo.
- El escarmiento público, es de gran conmoción para los miembros de la comunidad por tratarse de su medio de convivencia, estas sanciones no solo son físicas sino también morales.

Debido a sus costumbres el significado de estas sanciones físicas para los miembros de la comunidad no es el mismo que para los miembros de la sociedad mestiza. Dentro de su cosmovisión a través de estas sanciones físicas como el uso de la ortiga o látigos se busca una finalidad positiva que es la purificación de la persona que delinque para establecer nuevamente la armonía de la comunidad.

En particular este tipo de sanciones han sido confundidas con un delito tipificado en el Código Penal como linchamiento. Este dista mucho de lo que significa justicia indígena, ya que como vemos es necesario que para que se trate de justicia indígena las partes sean miembros de la comunidad así como también debe ser un conflicto suscitado dentro de la misma. Las sanciones físicas aplicadas por la justicia indígena en ninguno de los casos provocan lesiones físicas severas o que imposibiliten a los acusados, es también una sanción moral que busca el restablecimiento de la paz dentro de la comunidad.

Mientras que el linchamiento es una muchedumbre de personas que no son miembros de una comuna, comunidad, pueblo ni nacionalidad indígena, sino se trata de personas enardecidas en búsqueda de venganza y que desean, en muchos de los casos, acabar con la vida del delincuente sin ningún tipo de reparo. Como vimos en las sanciones que se aplican por parte de las autoridades indígenas no se contempla la pena de muerte.

- **Legislación Internacional**

El 15 de mayo de 1998 Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y Tribales. Este Convenio reconoce varios derechos colectivos relacionados con los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades sobre sus territorios, recursos naturales, el uso y conservación de sus lenguas propias entre otros.

En los art. 8, 9, 10, 11 y 12 reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas su derecho a aplicar sus tradiciones y prácticas producto de sus costumbres para solucionar sus conflictos y sancionar los delitos que puedan cometerse dentro de sus comunidades.

Otro instrumento legal internacional es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los art. 3, 4 y 5 reconocen el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, lo que les faculta a tomar sus propias decisiones en asuntos internos y aplicar sus prácticas administrativas, jurídicas y organizativas dentro de sus comunidades.

Específicamente el 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, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”

- **Pluralismo Jurídico**

En vista del reconocimiento del derecho a la aplicación de las costumbres y tradiciones para la solución de conflictos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado regula esta aplicación y obliga a la función judicial ordinaria a respetar y a colaborar con la justicia o derecho indígena.

a) **Código Orgánico de la Función Judicial**

Publicado en el Registro Oficial suplemento 554 el 9 de marzo del 2009, en concordancia con la Constitución y los tratados internacionales determina en el art. 7 “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.”

Respecto a los jueces de paz el art. 253 es claro al señalar que la justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena. El ámbito de la justicia indígena será dentro de sus territorios según el art. 343.

b) **Principios de la justicia intercultural**

Se encuentran en el art. 374, el mismo que establece que la actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos estos son:

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

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

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

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

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

Competencia de los jueces ordinarios y autoridad indígena El art. 345 establece que las causas sometidas previamente a las autoridades indígenas no podrán ser puestas en conocimiento de jueces ordinarios a la vez, señalando que “los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena... la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”.

A pesar de que como vemos la legislación ecuatoriana y los tratados internacionales reconocen derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, con la finalidad de mantener y desarrollar sus culturas,

mencionaremos dos casos en los cuales el Estado desconoce estos derechos colectivos, nos referiremos específicamente al derecho de aplicar sus costumbres y tradiciones en la solución de conflictos, y su derecho a ser consultados sobre los planes de prospección y explotación de recursos naturales no renovables dentro de sus territorios.



Presidencia
de la República
del Ecuador



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda, con C.C: # 0302169958 autor(a) del trabajo de titulación: **LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS** previo a la obtención del grado de **MASTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 01 de julio de 2016

f. _____

Nombre: Cristofer Leonardo Salazar Ojeda

C.C: 0302169958



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	LA INCORRECTA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Abg. Cristofer Leonardo Salazar Ojeda		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Teodoro Verdugo. Dr. Nicolás Rivera.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional.		
GRADO OBTENIDO:	Master en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	01 de julio del 2016	No. DE PÁGINAS:	38
ÁREAS TEMÁTICAS:	JUSTICIA INDIGENA(COMPETENCIAS)		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	INCORRECTA-APLICACIÓN-JUSTICIA-INDIJENA-COMPETENCIAS		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

El presente estudio tiene por objeto realizar un análisis de cómo se encuentra ejerciendo en la realidad social la justicia indígena empezando con un antecedente histórico, para luego analizar con el paso del tiempo como se viene realizando este procedimiento de la justicia indígena, ya que actualmente se encuentra muy debatida, tanto por los órganos jurisdiccionales como para la población en general, ya que se ha causado una gran vulneración de derechos, humanos, fundamentales, debido proceso y la seguridad jurídica, basándonos en libros, ensayos, internet, investigaciones de campo, comparando diferentes ordenamientos jurídicos y criterios doctrinarios

tratando de ver la problemática de este asunto, así como el procedimiento del mismo, pues del estudio se ha podido observar que en la mayoría de casos se vienen cometiendo una serio de violaciones de derechos, es por esta razón que el estudio va dirigido para toda la sociedad ecuatoriana, así mismo buscando cuáles serían sus posibles soluciones para tratar de determinar el ámbito de su competencia de esta clase de jurisdicción, tratar de establecer procedimientos políticas públicas para que exista una mejor seguridad jurídica y control de violación de derechos constitucionales.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0984034991	E-mail: osonardo@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Nuques Martínez, Hilda Teresa	
	Teléfono: 0998285488	
	E-mail: tनुques@hotmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA	
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	