



**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**POSGRADO**

**MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TITULO DE LA INVESTIGACION**

**CUMPLIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA EN  
LA JUSTICIA INDIGENA Y EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS DE  
LOS JUSTICIABLES.**

**TUTORES:**

**PHD. MERCK BENAVIDES BENALCAZAR**

**TUTOR DE CONTENIDOS**

**PHD. ELENA BURGALETA PÉREZ**

**TUTORA DE METODOLOGÍA**

**AUTOR**

**ABG. GALO FERNANDO BARAHONA BAEZ**

**MAYO, 2020**

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco de todo corazón, a mi madre Martha y a mi padre Galo, ya que sus constantes consejos han hecho que pueda ser un hombre de bien, su apoyo tanto económico como moral se ven reflejados en los triunfos que día a día voy alcanzando, a mis hermanas Pao y Verónica, en quienes quiero dejar un ejemplo de constancia y perseverancia, a mi tío Diego, ya que su aporte en esta maestría fue fundamental para que yo pueda culminarla con éxito, a mi sobrina Dianita, que con sus ocurrencias me ha sacado más de una sonrisa, a mi hijo Ismaelito, quien es mi motivo diario para nunca decaer, y como no agradecer a mi esposa Katy, que siempre ha estado en todo momento brindándome su cariño y apoyo incondicional.

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo, dedico a mi esposa Katy, a mi hijo Ismaelito, a Maty y a todas esas personas que han tenido que soportar mi mal carácter, mi estrés y mis fines de semana de trabajo y estudio, ocasionando que muchos días nos hayamos quedado con el sabor amargo de no poder compartir en familia.

A mis amigos, compañeros y profesores, que gracias a sus enseñanzas, hacen que vaya adquiriendo conocimiento, que servirá para estar preparando ante cualquier proyecto de vida.

## **RESUMEN**

La presente investigación, busca centrar el estudio de la justicia indígena, basado en los castigos espirituales, hasta los acontecimientos que se desencadenan en linchamientos, procurando dar un enfoque constitucional y humanitario, sobre el debido proceso en la aplicación de la justicia indígena, analizando si en realidad las autoridades indígenas cumplen con sus procedimientos de forma adecuada sin dejar de lado a nuestra Constitución, como norma rectora que impide abusos de poder y que frena la mal utilización de algunas prácticas que terminan en torturas, humillaciones, desconocimiento del principio de inocencia de las personas y más actos que muchas veces han creado un debate profundo sobre la eficiencia de la justicia indígena como medio de justicia y de sanación espiritual.

Palabras clave: debido proceso, linchamientos, sanación espiritual, eficiencia de la justicia indígena, abuso de poder.

## **ABSTRAC**

In this article we address the study of native justice specifically community, from spiritual punishments to the events that trigger killing without sanctioning of the law , trying to give a constitutional and humanitarian approach, on the process of application of native justice, we want to analyze if the native authorities are following the correct process in their procedures , without ignoring our constitution law, as a ruling norm that prevents abuses of power and stops the misuse of some procedures that end in torture, humiliation, ignorance of the principle of innocence of the people and more actions that many times have created a deep debate on the effectiveness of native justice as a means of justice and spiritual healing.

**Key words:** Due process, linchamiento, spiritual healing, efficiency of indigenous justice, abuse of power.

## INDICE

INDICE	5
INTRODUCCION	7
1. CAPITULO I.- MARCO TEORICO	9
1.1. Antecedentes y situación problemática	9
1.1.1 Antecedentes	9
1.2 Bases Teóricas	11
1.2.1 Justicia Indígena	11
1.2.1.1 Concepto y características de la justicia indígena	15
1.2.1.2 Pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad en el Ecuador	17
1.2.1.3 Tratados y convenios internacionales	21
1.2.1.4 Convenio OIT Nro. 169	24
1.2.1.5 Derecho consuetudinario	26
1.2.2 El debido proceso	29
1.2.2.1 Definición del debido proceso	29
1.2.2.2 Principios rectores del debido proceso	31
1.2.2.3 Garantías constitucionales del debido proceso	32
1.2.2.4 El debido proceso en la justicia indígena	34
1.2.2.5 Aplicación del debido proceso en la justicia indígena	39
1.2.3 Jurisdicción y competencia en la justicia indígena en el Ecuador	43
1.2.3.1 Jurisdicción en la Justicia Indígena	43
1.2.3.2 Competencia de la Justicia Indígena	45
1.2.4 El derecho a la defensa	47
1.2.4.1 Concepto de derecho a la defensa	47
1.2.4.2 Garantías constitucionales del derecho a la defensa	50
1.2.4.3 Aplicación del derecho a la defensa en la justicia indígena	54
1.2.5 Derechos humanos de las personas	56
1.2.5.1 Concepto de derechos humanos	56
1.2.5.2 Clasificación de los derechos humanos	59
1.2.5.3 Tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el Ecuador	62
1.2.5.4 Derechos humanos de los justiciables en la justicia indígena	65
1.2.6 Situación problemática	67
1.2.7 Formulación y justificación del problema científico	67

1.2.8	Objetivos de la investigación _____	68
1.2.8.1	Objetivo general _____	68
1.2.8.2	Objetivos específicos _____	68
2.	CAPITULO II.- MARCO METODOLOGICO _____	69
2.1	Enfoque de la investigación _____	69
2.2	Tipo de investigación _____	71
2.2.1	Nivel _____	71
2.2.2	Diseño _____	72
2.2.3	Métodos _____	72
2.3	Técnicas e instrumentos de recolección de información _____	73
3.	CAPITULO III.- RESULTADOS _____	75
3.1	Presentación de resultados _____	75
3.2	Análisis e interpretación de resultados _____	75
3.2.1	Entrevista 1: Sr. Sergio Guajan _____	76
3.2.2	Entrevista 2: Abg. William Tréboles Baroja _____	79
3.2.3	Entrevista 3. Dr. Javier de la Cadena Correa _____	82
3.3.	Representación Gráfica _____	86
3.4	Comentario y análisis de las entrevistas _____	87
4.	CAPÍTULO IV. – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES _____	90
4.1	Conclusiones _____	90
4.2	Recomendaciones _____	93
	Bibliografía _____	95

## INTRODUCCIÓN

Hablar de la justicia indígena, quizás no sea algo nuevo, ya que existen varios criterios recogidos en libros, documentos, foros, etc., que han mostrado su aplicación y las formas como se han ido acoplando a nuestro diario vivir, sin embargo adentrarnos en una investigación social y política sobre sus procedimientos y posibles violaciones a derechos humanos, es más complejo y merece un amplio estudio que al finalizar la presente investigación, se demostrara como en realidad se aplican los castigos realizados a los injusticiados, haciendo una diferenciación entre la justicia ordinaria y la indígena.

Para Daniela Flores, la aplicación de la justicia indígena está enmarcada en varios factores consuetudinarios y al respecto dice lo siguiente: “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”. (Flores, *La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho ordinario*, 2011, pág. 3). Al respecto es indiscutible que los pueblos indígenas hayan buscado en la ley, un respaldo para llevar a cabo sus actuaciones, y de esta manera poner a su comunidad en un ambiente propicio para que se desarrollen sus nuevas generaciones, sin estar esperanzados en una justicia ordinaria que no tiene la confianza suficiente dentro de la sociedad. Pero así mismo es debatible si esta visión ancestral y de costumbres ha llevado a una verdadera justicia, entendiéndose como tal, el derecho que tenemos cada ser humano desde varios puntos de vista y no simple y sencillamente desde el ámbito de personas que son base de una sociedad sin menoscabo de culturas, de etnias, de clase económica o de condición social.

El escritor Rodolfo Stavenhagen, dice algo muy importante acerca del reconocimiento de la justicia indígena y de su pluralidad, mencionando en palabras cortas lo siguiente: “el reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario por parte del Estado, abriendo un espacio para la aceptación de un pluralismo legal y jurídico, aportaría un elemento indispensable para la mejor defensa de los derechos humanos de los pueblos

indígenas”. (Stavenhagen, 2013, pág. 5). Lo que quiere decir que los pueblos indígenas al estar reconocidos por nuestra constitución, tienen derecho a que sus saberes sean respetados al igual que sus procedimientos, teniendo la protección nacional e internacional en caso de alguna vulneración, pero así mismo deben comprometerse con la aplicación de los derechos humanos a las personas ajusticiadas a las cuales no siempre se les realiza un castigo indígena basado en rituales o en mecanismos de sanación moral, sino que se han optado por malas prácticas como humillaciones, arrastrones, quemaduras o en ciertos casos han llevado hasta la muerte de la persona capturada como presunta responsable de la intranquilidad de una comunidad, cabildo o espacio territorial indígena. Afirmación que se justifica mediante reportes de los medios de comunicación, tanto en el ámbito televisivo, radial y escrito, en donde se ofrece una amplia cobertura en cuanto a los castigos antes señalados.

Este estudio minucioso nos dará más luces para la posibilidad de alcanzar una normativa que ayude a manejar con raciocinio y sin vulneración de derechos, la justicia indígena, en temas relacionados con los castigos que ellos aplican, desde varios puntos de vista tanto del ámbito ordinario, así como del mando comunitario representado por sus autoridades indígenas debidamente elegidos, quienes se pronunciaran sobre el debido proceso que cumplen en sus castigos y si estos están ligados al debido proceso establecido en nuestra Constitución, sin dejar de lado a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Ecuador.

## CAPITULO I.- MARCO TEORICO

### 1.1. Antecedentes y situación problemática

#### 3.1.1 Antecedentes

Desde el reconocimiento del pluralismo jurídico enmarcado en el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, se ha despertado en la ciudadanía varias interrogantes sobre su aplicación, métodos a utilizar, procedimiento, bases legales y demás situaciones que a diferencia de la justicia ordinaria no tiene un procedimiento establecido en alguna norma regulatoria que indique o facilite su aplicación, a pesar que muchos han sido los intentos por crear una ley orgánica que asegure el cumplimiento de sus atribuciones así como controlar sus excesos y su incompetencia en asuntos relacionados con la justicia ordinaria, ya lo decía el autor Jaime Vintimilla en su libro titulado Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, “que faltaban estudios cuantitativos sobre la dimensión de los conflictos tratados en las comunidades, sobre tipo de controversias y los mecanismos de solución.” (Vintimilla, 2012, pág. 9). Ahora bien, la justicia indígena nace sobre sus costumbres ancestrales, en las cuales el robar, ser vago o aplicar la brujería, son causas extremadamente delicadas que afectan la tranquilidad y buen vivir de una comunidad, por esta razón en muchos casos desde la antigüedad se pensaba que los ritos a los dioses como el sol, la luna, el agua, las montañas, podrían ocasionar un cambio radical en las personas que de una u otra manera están desobedeciendo la cultura indígena que es lo más sagrado para una persona que tiene sus principios y valores enseñados desde sus ancestros.

Como parte de estos rituales espirituales, los miembros de la comuna han buscado organizarse de mejor manera para que dentro de su territorio se respeten sus derechos que por siglos se les han sido violentados, en tal razón se reconoce legalmente sus costumbres y tradiciones en busca de una equidad cultural dentro de un país pluricultural y multiétnico. En el artículo la Interculturalidad: el camino para el Ecuador, Enrique Ayala Mora, habla sobre el origen de las comunidades y dice lo siguiente: La base

organizativa de los indígenas es la comuna, esta base organizativa ha existido por seis u ocho mil años hasta el presente.

Pese a esta realidad, solo en 1938 se reconoció legalmente a las comunas, desde entonces, impulsadas por las organizaciones de izquierda, surgieron uniones de comunas parroquiales o cantonales. (mora, 2014, pág. 19). Esto muchas veces ha ocasionado desviar el propósito innato de aplicar la justicia indígena, la cual se ha visto combinada con linchamientos, en donde sin piedad alguna se ha procedido a golpear, ultrajar, humillar y hasta matar a la o las personas que han sido encontradas cometiendo algún tipo de delito así como también aquellas que han infringido las reglas que rigen dentro de una comunidad, convirtiéndose en actos que han producido el rechazo de muchas personas que ven estos hechos como atentatorios a los derechos humanos, los cuales son violentados por mala práctica de la justicia indígena, que si bien es cierto no todas son consentidas por las autoridades del cabildo, pero que si generan una reacción frente al pueblo enardecido que quiere hacer justicia con sus propias manos.

Según una investigación realizada y divulgada en la serie “Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador” (Saldaña, 2012, pág. 9) se determina que la justicia indígena dentro de la cosmovisión andina, está plenamente aceptada, es decir las comunidades le tienen más respeto a este tipo de justicia que a la aplicada por el órgano estatal, porque en ella ven más agilidad, arrepentimiento de los acusados, y sobre todo la reincidencia no es común cuando se ha aplicado esta justicia indígena. En tal virtud esta forma de justicia comunitaria cada vez toma más fuerza, misma que al no poseer una ley propia puede desencadenarse en actos violentos que pasarían al cometimiento de otros delitos, dejando en la indefensión a cualquiera de las partes.

En los últimos tiempos es tan amplio el análisis legal y doctrinario sobre la justicia indígena, que ha sido objeto de debate a nivel mundial, ante esto el 18 de septiembre del año 2007, la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobó la declaración sobre los derechos de los pueblo indígenas, que a pesar que no sean vinculantes para los estados miembros, generan antecedentes que pueden derivar a las luchas sociales, fuente de adquisición de poder para lograr reivindicarse en una sociedad que cada vez se siente amenazada por la forma en la cual se trata a los seres humanos. En 1998, las bases del movimiento indígena ecuatoriano, tras una larga lucha

en busca de sus derechos, logran introducir en el texto constitucional de 1998 lo siguiente: “Art. 1.- El Ecuador, es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”. (constituyente, 2008, pág. 9). Para analizar de mejor manera este artículo hay que enunciar brevemente lo que dice el autor Riccardo Guastini en su libro disposición vs. Norma, indicando lo siguiente: “la disposición es parte de un texto aun por interpretar, la norma es parte de un texto interpretado”, (Guastini, 2008, pág. 1) lo que quiere decir que para interpretar el artículo transcrito anteriormente, se puede observar de distintas maneras, bien para lograr adoptar medidas propias con respeto a sus castigos y respeto a su independencia, o de lo contrario utilizar a la ley o a la norma como una forma de sacar ventaja sobre ciertos actos que podrían estar mezclados con tendencias políticas que lo único que buscan es aparentar una solución a problemas internos tales como la inseguridad.

Por último la Constitución del año 2008, genera en cierta parte una tranquilidad para las personas que defienden los derechos humanos, ya que se limitan las actuaciones de los procesos de castigo en el ámbito indígena, introduciendo en su texto deberes y responsabilidades para las y los ciudadanos de pueblos indígenas, sin perjuicio de otros previstos en la constitución y la ley.

## **3.2 Bases Teóricas**

### **3.2.1 Justicia Indígena**

- **Antecedentes de la justicia indígena en el Ecuador**

La justicia indígena en el Ecuador tiene su origen en los primeros asentamientos de personas de estas comunidades registrados en el territorio nacional. El surgimiento de esta, debe ser analizado en tres momentos: la etapa aborígen, la etapa de la colonia y la etapa de la conformación de la república, debido a que cada una aporta elementos importantes en su conformación y aplicabilidad. (Monge, 2014, p. 7)

El historiador Enrique Ayala Mora, manifiesta que se estima que alrededor del año 500 ya existen evidencia de la capacidad de organización de estas comunidades, integrándose en cacicazgos regidos por una autoridad encargada de dictar normas y reglas de convivencia. Para el año 1200, con la llegada de los incas al territorio de lo que hoy es el Ecuador, se fueron desarrollando y fortaleciendo nuevas reglas que les permitieron fortalecer las bases de su organización social, política, económica, todas estas mediadas por sus creencias y cosmovisión particular.

Con la llegada de los españoles al territorio nacional se sucedieron una serie de hechos que tuvieron como finalidad eliminar a la población indígena y con ellos todo el sistema de organización creado para gestionar los diferentes ámbitos de su vida. El proceso de conquista significó para la historia e incluso para la actualidad el intento de invisibilizar el conocimiento y poder de organización desarrollado por los indígenas en todos los ámbitos (Ayala, 2008, p. 22). Sin embargo, toda la represión a la que fueron sometidos no logró disminuir la resistencia indígena, ya que lograron la implantación de mecanismos en defensa de sus costumbres, saberes y en general de su cosmovisión originaria en la relación con el mundo, manteniendo viva su esencia.

Contrario a lo esperado por los colonizadores los pueblos indígenas lograron hacer frente al modelo colonial, continuando con prácticas propias de su cultura y civilización, entre las que se encuentran, el ejercicio de la justicia indígena (Díaz y Antúnes, 2016, p. 3). Esta situación hace evidente las múltiples interpretaciones que pueden existir acerca el mundo y su funcionamiento, de la manera en que pueden ser abordados los diversos conflictos que enfrentan a los seres humanos, así como también de los diferentes puntos de vista que pueden aportar en su solución, tomando en cuenta los conocimientos y saberes ancestrales que han sido transmitidos de generación en generación.

La justicia indígena, según Escobar (2015, p. 3) denomina como sistema oral consuetudinario, la razón es que en las prácticas relacionadas con el Derecho Indígena no existen normas y leyes escritas ya que su aplicación está basada principalmente en las prácticas ancestrales que se han mantenido a pesar de la etapa de colonización y la implantación de la República. Aun a pesar de todos los conflictos y abusos a los que

fueron sometidos lograron mantenerlas vigentes utilizándolas en los ámbitos penales, laborales y morales, ya que ellos consideran este como el lineamiento jurídico a utilizar para dar solución a los posibles conflictos o inconvenientes que se presentaban en el transcurso de su vida.

La base del ordenamiento jurídico de los pueblos indígenas es la Ley de Ayni, la cual fue utilizada para tratar asuntos en lo social, cultural y jurídico (Escobar, 2015, p. 28). Los tres principios fundamentales que rigen la justicia indígena son: AMAKILLA que significa no ser ocioso; AMA LLULLA hacer referencia al hecho de no mentir, y, AMA SHUA, que trata sobre no robar. Teniendo en consideración estos elementos, los pueblos indígenas realizan un proceso de administración de justicia en el que se busca mantener el equilibrio con la Pachamama, siguiendo las costumbres de la comunidad de la cual forman parte. Para aquellos asuntos de mayor complejidad y gravedad se recurría a la sabiduría de los ancianos para lograr una justa solución de los conflictos.

A pesar de los intentos de los colonizadores por tratar de eliminar todo vestigio de la sabiduría, cosmovisión y formas de organización de las comunidades indígenas, ellos lograron continuar y mantener sus prácticas aún a pesar de los castigos a los que eran sometidos por parte de los colonizadores. Escobar (2015, p. 29), también menciona que es a raíz del surgimiento de la República que los pueblos indígenas adquieren mayor libertad para realizar una administración de la justicia conforme a su cosmovisión del mundo, siempre que esta se realice al interior de sus comunidades y para situaciones relacionadas con el ámbito familiar, comunitario, propiedad de tierra u otros que no entren en conflicto con los preceptos formulados por parte del ordenamiento jurídico de la nación.

Cárdenas (2010, p. 14), explica que es durante la Presidencia de Rodrigo Borja en el periodo comprendido entre los años 1988 a 1992, cuando los indígenas comienzan a tomar mayor fuerza en el escenario político del país. Si bien al interior de sus comunidades ejercían la justicia indígena esta no era reconocida ni avalada por parte del ordenamiento jurídico nacional. Los pueblos y comunidades indígenas comenzaron a dar muestras de su capacidad de organización, congregándose para exigir que se cumplan sus derechos en cuanto al uso de tierras, practicar su cultura y tradiciones, poder hablar su idioma originario sin ningún tipo de discriminación, ejercer libertad de

credo, incluir dentro de la educación aspectos relacionados a sus necesidades específicas.

Es a raíz de la aprobación y entrada en vigencia de la Constitución de 1998 que el Estado ecuatoriano se reconoce como multicultural y multiétnico. La incorporación de estos elementos a la Carta Magna del país, según explica Coloma (2017, p. 14) representó una conquista importante para los pueblos indígenas ya que se abrió la posibilidad de que ellos sean considerados parte del Estado, reconociendo su derecho a vivir bajo las costumbres y preceptos que ancestralmente forman parte de su realidad.

Durante los años 90, América Latina asistió a un proceso de reformas a nivel constitucional, países como Colombia, Perú y Bolivia también incorporaron a sus ordenamientos normativos elementos que facultaban el reconocimiento de la pluriculturalidad, la existencia de pueblos indígenas y la importancia de hacer válidos sus derechos. Entre los más relevantes se encuentran: la oficialización de sus idiomas nativos, la protección de los ambientes naturales en los que habitan, y la aceptación de la existencia del Derecho Indígena consuetudinario. (Cárdenas, 2010, p. 8)

Otro de los avances importantes en el reconocimiento y aceptación de la justicia indígena se instala cuando la Constitución de 1998, en su artículo 191, manifiesta la existencia del pluralismo jurídico, lo que significa que dentro del territorio nacional coexisten sistemas de aplicación de derechos, que responden contextos históricos particulares, los cuales se ponen de manifiesto en las costumbres y tradiciones de los diferentes conglomerados sociales que habitan en el territorio nacional.

Además, Cárdenas (2010, p. 9) señala que, en esta Carta Magna, quienes ejercen como autoridades de las comunidades indígenas cuentan con plenas atribuciones para administrar justicia, con base en las normativas y reglamentaciones internas de sus comunidades, así como en el Derecho Consuetudinario. Sin embargo, la aplicación del Derecho indígena también se encuentra supeditada a la constitución ya que se debe verificar que su funcionamiento no entre en conflicto ni transgreda el funcionamiento efectivo del sistema judicial del país.

La justicia indígena ha atravesado por una serie de etapas, desde la época de la conquista hasta los tiempos actuales, en las cuales sus prácticas y fundamentos han tratado de ser eliminados o modificados. A pesar de esto, han logrado mantener su esencia, rescatando las costumbres, tradiciones y saberes ancestrales que las originaron. Si bien sus formas de aplicación de la justicia difieren en cierta medida de las prácticas occidentales, esto no significa que sean menos válidas ya que responden a una historicidad que dan cuenta de la cosmovisión de una población que ha tratado de ser sometida por la fuerza e incluso desde la legalidad. Por lo tanto, el reconocimiento y aceptación de la valía de sus formas de ver y entender dentro de la Constitución se convierte en un precedente importante para poder convivir conforme a sus creencias particulares.

### **3.2.1.1 Concepto y características de la justicia indígena**

Los pueblos y nacionalidades indígenas, a lo largo de la historia han desarrollado prácticas que tienen su base principal en el derecho consuetudinario, amparado en tradiciones, costumbres y saberes ancestrales que dan paso a la conformación de la justicia indígena. La misma que es aplicada con el objeto de restituir el orden y la paz social que se puede ver en riesgo como consecuencia de determinadas conductas contrarias a los valores comunitarios que rigen sus formas de vida.

La justicia indígena hace referencia a la diversidad de prácticas derivadas de las costumbres y tradiciones de los diferentes pueblos y nacionalidades indígenas, cuya finalidad es establecer parámetros de actuación que regulen el funcionamiento de ámbitos como las relaciones sociales, el ejercicio de ciertas actividades y los posibles conflictos que pudieran alterar el orden social y la sana convivencia entre los miembros de la comunidad y con el entorno natural en el cual coexisten. (Flores, 2011, p. 2)

Desde la cosmovisión indígena alcanzar el relacionamiento armónico entre la naturaleza y las personas es un aspecto fundamental de la vida en sociedad. El hecho de que exista un determinado problema o dificultad, altera este equilibrio, razón por la cual se requiere de la intervención de las autoridades para determinar los medios o acciones a seguir para resarcir las afectaciones o daños ocasionados y de esta manera devolver el equilibrio que les permite interactuar de manera armónica.

A decir de Flores (2011) “la decisión acerca de las medidas para resarcir los daños no es tomada por una sola persona, para cumplir con este fin se conforma una asamblea comunal” (p. 3). Además de la reparación buscan que las medidas adoptadas sirvan como un referente de las consecuencias a las que se puedan enfrentar quienes cometen acciones que pueden ser comprendidas en la categoría de delito. Es decir, cumple una función, sancionatoria, reparadora y preventiva.

Díaz y Antúnes (2016) menciona que “la justicia indígena no cuenta con un ordenamiento que se esté plasmado en algún documento en el cual se encuentren tipificadas o descritas las conductas que están sujetas a sanción” (p. 6). Sus mecanismos de actuación se asientan en el sentir de la comunidad, por esta razón los casos de juzgamiento se desarrollan de manera pública y están a cargo de la asamblea comunitaria. El sentido comunal de la justicia indígena marca una clara diferenciación con el sistema judicial occidental, en el que la decisión final ante un delito, recae exclusivamente en el juez.

La justicia indígena tiene una tradición histórica que ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico del Ecuador. Si bien no posee un marco escrito, esta se sostiene en los códigos, tradiciones, costumbres, valores y creencias de cada uno de los miembros de su comunidad, las cuales han logrado ser transmitidas a lo largo de las generaciones y se mantienen vigentes hasta la actualidad (Núñez, 2018, p. 177). La base de su aplicación se centra en principios como el bien común, el respeto a la vida, el equilibrio, la tolerancia, la redistribución, el respeto a los mayores entre otras. Se trata de una justicia cuya finalidad principal es alcanzar el bien colectivo.

Entre las características que menciona Flores (2011, p. 4) respecto a la justicia indígena y su aplicabilidad se especifican que la asamblea comunal tiene la potestad para aplicar la justicia indígena en problemas relacionados con conflictos internos. De igual manera, los involucrados deben ser individuos que sean parte de la comunidad, para ejercer el derecho a actuar para la resolución de este tipo de conflictos. En cuanto al procedimiento general de aplicación se detallan los siguientes pasos:

- Una vez que la persona afectada da a conocer la existencia de un conflicto ante las autoridades se da inicio al proceso.
- La asamblea comunal, da inicio a una etapa de investigación para recolectar pruebas que den cuenta de lo sucedido.
- Una vez comprobada la existencia del problema se procede a la confrontación de las partes, sin que entre ellos exista ningún tipo de intervención de terceros.
- En caso de que la asamblea considere necesarios se determinará el tipo de sanción a imponer dependiendo de la gravedad del caso.
- La pena máxima existente en la justicia indígena es la expulsión definitiva de la comunidad.
- Entre los tipos de sanciones impuestas se encuentran: multas, indemnizaciones, castigos físicos como baños de agua fría, ortiga o golpes con látigo.
- Al ser el proceso público, los responsables de la conducta contraria a la norma indígena, son sancionados moralmente, ya que todos los miembros de la comunidad son testigos del proceso.

### **3.2.1.2 Pluriculturalidad, multiculturalidad e interculturalidad en el Ecuador**

Desde hace más de treinta años que en el pensamiento latinoamericano viene configurándose una transformación del enfoque occidental de conformar las instituciones, Estados y naciones, nacido en el seno del movimiento etnopolítico de las décadas de los 60 y 70 (Barabas, 2018, p. 3). El concepto de multiculturalidad aparece ya desde la década de los 80 como un intento de reconocer e integrar a los pueblos indígenas; esto en el marco del enfoque de derechos que ya se había venido desarrollando. Esta fue la primera forma que adoptó la salida institucional al conflicto de las minorías étnicas en sus relaciones de poder con la cultura occidental, según comentan Díaz y Antúnez (2018, págs. 1-21).

Desde la perspectiva crítica de Hernández (2016, p. 181), se observa cómo el multiculturalismo en tanto discurso occidental de integración de pueblos originarios recoge una perspectiva vacua y por fuera de la historia, considerando al conjunto de minorías étnicas como pueblos que han logrado sacar de los procesos históricos su propio pasado ancestral y lo han traído al presente en forma de sabiduría.

Aún sin adentrarse del todo en las perspectivas críticas, la necesidad de denominar al fenómeno de la diversidad de culturas es imperiosa. En América Latina es fácil ver la multiplicidad de etnias que conviven en mayor o menor medida unas con otras, que comparten territorios, instituciones, etcétera. Toda esa diversidad con múltiples dimensiones ha sido llamada de distintas formas a lo largo del pensamiento antropológico, sociológico e histórico: multiculturalidad, interculturalidad, pluriculturalidad. (Cahuasquí, 2017, pág. 45)

Barabas (2018, p. 67) explica que hay al menos tres sentidos en que ha sido utilizado la noción de multiculturalidad: la existencia observable de distintas culturas en una unidad que puede ser nacional, territorial, etc., la creencia de la convivencia en armonía entre las muchas diversidades étnicas y la perspectiva que la concibe como multiculturalismo, en tanto ideología política que surge de concepciones liberales occidentales y que se impone como hegemonía en la dimensión cultural.

El concepto que recoge esta realidad observable e inmediata, al decir de Cahuasquí (2017, pág. 67), es la pluriculturalidad, fenómeno de la existencia objetiva de variadas expresiones culturales asociadas al origen étnico. Sin embargo, el autor aclara que es una perspectiva que se posiciona desde una cultura hegemónica que es la que observa esta diversidad, por tanto, deriva en etnias subordinadas a las dominantes. Así, Guerrero (2010, p. 32) comenta que de esta visión hegemónica es que surge el concepto de multiculturalidad, desde el cual se configura una lógica despolitizada y que se enfoca solo en el reconocimiento de la diversidad en términos culturales sin enfocarse en los conflictos y contradicciones de poder en que estas diferencias se construyen. Así, el reconocimiento de una realidad subyugada que puede resarcirse mediante el reconocimiento diferenciado de derechos solo potencia la marginalización y la escisión entre las distintas etnias respecto de la cultura hegemónica.

La multiculturalidad encierra en su seno una visión paternalista y excluyente de la perspectiva étnica, porque apela más a la visión occidental y al reconocimiento de esta población como inferior más no al rescate de su valor como comunidad y pueblo ancestral. Los Estados liberales han decidido incluir estas diversidades y, según su grado de liberalismo o progresismo, reconocen más o menos derechos y entregan más o menos

concesiones (Cahuasquí, 2017, p. 17). Ya sean el lenguaje, las instituciones, el territorio, la autonomía... cada uno de estos ámbitos han sido conquistados (la mayor de las veces a la fuerza) por los indígenas para que los Estados, que se reconocen multiculturales, incluyan dentro de su propia visión occidental la de estos pueblos. De esta manera, la multiculturalidad surge desde la perspectiva liberal, pero no es un acto voluntario de bondad que realizan para con los pueblos indígenas; más bien, son estos quienes han tomado de forma sostenida estos derechos arrebatados a lo largo de la historia.

Como se aprecia, ninguno de estos conceptos está desprovisto de las bases ideológicas que los generan. El multiculturalismo nace desde el Estado liberal, y como tal propende a integrar las diversidades en los principios que lo constituyen, por ejemplo, el de igualdad ante la ley, el que al decir de Cahuasquí (2017, pág. 48) tendría, por debajo, la anulación de conflictos mediante la anulación de la diversidad misma.

Es así como se conforma una retórica de la diversidad aceptada en su dimensión cultural, el pluralismo cultural, sin considerar que, en muchos casos, si no la mayoría, las relaciones interculturales se dan en el marco de la explotación, discriminación y racismo (Cahuasquí, 2017, p. 47; Guerrero, 2010, p. 32; M. Barabas, 2018, p. 67).

La interculturalidad es otra perspectiva para analizar la diversidad cultural. Entendiendo la diferencia y aceptándola, deviene que es posible no solo coexistir en un mismo territorio geográfico o nacional o de otra índole, sino convivir atendiendo a la diferencia y aprendiendo de ella en una relación dinámica (Bombín, 2016, pág. 56). Por lo tanto, se la concibe como un objetivo a desarrollar en las sociedades pluriculturales, entendiendo que ella es una forma de relacionamiento que debe aprenderse para generar una convivencia enriquecedora y una nueva realidad común.

Rossmann (2019, págs. 7-13) plantea que la interculturalidad, lejos de ser un concepto acabado y con significado inequívoco, se erige desde los conflictos que implican la diversidad, la autonomía, la inclusión, la discriminación, la aceptación, etcétera. Esto ocurrirá siempre que haya diversidad. Cada contexto cultural, deviene en su propia noción de interculturalidad. Así, en ciertos casos se interpreta como convivencia respetuosa, o bien como equidad o libre determinación: esto dependerá de qué clase de conflicto y relación concreta se evidencie en los territorios pluriculturales.

Como expresa Bombin (2016, p. 53), muchas veces la interculturalidad será más fuente de contraposición y encuentro dispar que igualdad u homogeneidad con desigualdades solapadas; más bien, la interculturalidad debe generar espacios en los que las diferencias se acepten y se resuelvan atendiendo a la diversidad de las culturas que se confrontan, aprender recíprocamente y generar instancias de diálogo.

Rossmann (2019, págs. 7-13) coincide con la mayoría de los autores al considerar el concepto de la interculturalidad, y, de paso, el de multiculturalidad, como aquel que genera puentes de diálogo entre culturas propiciando relaciones sinérgicas. Esto tiene que ver, dice, a diferencia del multiculturalismo, que se revisen las causas y los orígenes de las desigualdades para no ocultar el conflicto, sino resolverlo. Desde esta perspectiva, no existe la visión verticalista de inclusión al Estado liberal, sino una consideración horizontal de respeto y convivencia.

Es así como en Latinoamérica se han hecho múltiples esfuerzos por reconocer o incluir de distintas maneras a las diversas culturas (sobre todo las indígenas) en la institucionalidad actual. Cahuasquí (2017, p. 31), para el caso de Ecuador, comenta que la concepción hegemónica viene dada por la implantación del Estado liberal en el que la moral, el derecho y la visión de “blanco” excluyó todas las otras diversidades que, en este territorio, como en toda Latinoamérica, se desenvolvían desde mucho antes. La nación como producto de la “imaginación” del Estado no reconoció todos los elementos identitarios preexistentes y creó una conciencia en torno al Estado-nación que terminó por desatar el conflicto incluso a nivel individual: los sujetos, parte constituyente de una nación, se enfrentan a esta visión liberal occidental de progreso y modernidad, pero, a su vez, encarnan sus propias cosmovisiones ancestrales arraigadas previo al surgimiento de la nación.

Silva (2005, p. 13) explica que aquella identidad nacional homogénea y hegemónica no constituye un elemento identitario real o anclado en la historicidad de los pueblos, más bien, explica que representa el resultado de la disputa dispar entre la relación del yo y el otro, una imposición artificial. Sin embargo, si bien se impone una cosmovisión ajena, esta “clandestinización” de los modos culturales disidentes se expresan de diversas formas, como en el arte y el folclore (Cahuasquí, 2017, pág. 36).

Aquellas expresiones que son tan forjantes del presente del Ecuador constituyeron una de las formas en que las diversidades y “minorías” étnicas lograron hacerse un espacio en el imaginario nacional, según comenta Cahuasquí.

La independencia no consiguió quitar los rasgos coloniales de exclusión. El Estado criollo levantado fue uno cuya religión era la católica, el idioma el español y que mantuvo muchas de las formas de sometimiento y tributo con poblaciones indígenas y afrodescendientes (Cahuasquí, 2017, pág. 37). Ayala (2005, p. 43) concluye que el Estado criollo no consiguió integrar realmente a los distintos grupos que lo constituían y se forjó, más bien, en vista a la protección de los intereses de una minoría.

Es en este contexto en que se construyen desde el Estado las diversas formas de relacionarse con la pluriculturalidad de Ecuador. Guerrero (2010, p. 283) comenta sobre las distintas fases por las que pasó la historia del Ecuador respecto a su relación con la diversidad, concluyendo que incluso después de la revolución liberal de principios del siglo XX, en la que los indígenas se levantaron en masa en contra del Estado y de terratenientes, aún seguía discriminándose y excluyéndose de la realidad nacional.

Hoy, luego de la Constitución de 2008 y del intento por generar una integración real de los conflictos que aún se palpan en la realidad ecuatoriana, Cahuasquí (2017, pág. 42) aún no cree que se haya conseguido la interculturalidad a nivel institucional desde el Estado. Si bien se ha abierto el espacio para debatir al respecto, dando el espacio jurídico para que las instituciones indígenas puedan ser parte integrante de la institucionalidad mayor y reconocidas por ésta, el debate entre la unidad del estado-nación y de la dificultad que reviste sostenerlo por sobre la autodeterminación de los pueblos implica que la plurinacionalidad aún no sea una realidad efectiva. Aún, las “minorías étnicas” son consideradas como tal y, por tanto, se las integra a la realidad nacional más que generar un diálogo horizontal.

### **3.2.1.3 Tratados y convenios internacionales**

Como se vio anteriormente, a partir de la reivindicación de pueblos indígenas y la voluntad de los Estados por incluir a las “minorías”, hace ya más de cuarenta años que

se están haciendo esfuerzos institucionales por resguardar los derechos de los pueblos indígenas. El convenio 169 de la OIT es el único instrumento cuyo marco jurídico es vinculante y, por lo tanto, reviste una importancia especial al derivar en acciones obligatorias para los Estados que lo ratifican. No obstante, hay otra serie de declaraciones y acuerdos internacionales que han intentado ampliar a las colectividades indígenas las bases del derecho, aunque con múltiples visiones de las que resultan aplicaciones ambiguas y, al decir de Bengoa (2017, p. 262), hasta contradictorias.

Como lo expresa la ONU (2013, pág. 1), no existe una definición unívoca de pueblos indígenas y se observa en la perspectiva jurídica una multiplicidad de significados y visiones. Sin embargo, revisando todas las concepciones de los distintos organismos y documentos relacionados, pueden verse las siguientes características:

- Elementos culturales, económicos o sociales que evidencien una diferencia respecto de otros grupos en la nación.
- Grupos que desciendan de estos grupos culturales que históricamente se han desenvuelto al margen de las instituciones mismas y derivadas del colonialismo.
- Autoconciencia de pertenencia a estas colectividades.
- Relación profunda con el entorno en que se desenvuelven.
- Que no pertenezcan a sectores culturales hegemónicos dentro de las distintas colectividades del Estado-nación.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas de 2007 es relevante en tanto es uno de los primeros intentos de ampliar la concepción de los derechos indígenas a otras materias, sobre todo respecto al derecho a la autodeterminación.

Esta declaración establece una serie de lineamientos que permite a los Estados y a los pueblos indígenas trazar sus propias normas y marco jurídico para reconocer y garantizar derechos mínimos. Uno de los más importantes es el derecho a la libre determinación, el cual hace referencia a la libertad de cada pueblo para llevar a adelante su desarrollo económico y social bajo condiciones políticas propias libremente determinadas. Este es uno de los derechos centrales de la declaración, se liga con otros y, además, de él se derivan otros. A decir de las Naciones Unidas (2013, pág. 2), todos

los otros derechos deben considerarse en función de la libertad de determinación de que disponen los pueblos.

De igual manera, la autodeterminación implica que puedan ser parte en la toma de decisiones sobre aquellas materias que los afecten a través de sus propias instituciones.

Según veíamos antes, la postura de Hernández (2016, p. 181) acerca de las visiones generalizadas respecto de la etnicidad y la pluriculturalidad, el discurso que subyace a estas iniciativas es más bien de carácter multiculturalista, en donde se reconocen los derechos de los pueblos indígenas en tanto poseedores de una cultura “ancestral”, del derecho a la tierra por tener una conexión profunda con ella o una vida espiritual profunda. En la Declaración de la cual se habla, pueden leerse todas estas ideas respecto del derecho a la tierra, territorios y recursos que se establecen para los pueblos indígenas.

También se reconocen en la Declaración derechos de índole económica, social y cultural, entre los que se incluyen el derecho a la salud o vivienda –y que se cruza con el derecho a la determinación de su devenir económico, social y cultural–, o el derecho a ser parte de una colectividad o nación. De igual manera se incluye el derecho a la igualdad y la no discriminación, para que gocen de igual manera que los otros grupos de la sociedad de sus derechos. Sin embargo, la Declaración en sí misma no tiene carácter vinculante, quedando algunos derechos en el marco convencional por estar relacionados.

Esta Declaración no ha sido la única al respecto. Ya desde 1957 (el Convenio 107 de la OIT) se aprecia en el derecho internacional, los intentos por considerar a los pueblos indígenas como parte integrante de las naciones y los Estados. Sin embargo, como plantea Bengoa (2017, p. 259), entre tantos marcos e instrumentos, la concreción de los derechos resulta difícil dada la abstracción y la falta de instrumentos para llevar a cabo la aplicación de los derechos. De igual manera, al revisar el detalle de la historia del debate al respecto, se evidencia el conflicto que significó y significa aún hoy la aceptación de la libre determinación en tanto los Estados-nación ven afectada su unidad interna y cohesión; además, aún sigue siendo problemática el aseguramiento a los derechos económicos y territoriales bajo el supuesto de la libre determinación, pues

supone autonomía respecto a ciertos recursos económicos que siempre han sido potestad del Estado.

#### **3.2.1.4 Convenio OIT Nro. 169**

El Convenio 169 promulgado por la Organización Internacional del Trabajo, referente a los Pueblos Indígenas y Tribales, fue adoptado en Ginebra el 27 de junio del año 1989 y ha sido ratificado por diferentes países de América Latina. Ecuador comunicó su rectificación del Convenio ante la OIT el 15 de mayo de 1998, esto en respuesta al reconocimiento y aceptación de la diversidad multiétnica y pluricultural de la cual forman parte las diversas comunidades indígenas del país.

El Ecuador como Estado, asume a nivel internacional la responsabilidad de garantizar y proteger los derechos de las minorías étnicas que habitan el territorio nacional. Díaz (2002, p. 35) explica que previo a la adhesión del Ecuador al Convenio 169, formulado por la OIT, a nivel nacional ya se habían gestado una serie de cambios para el reconocimiento de las comunidades indígenas, como resultado de las movilizaciones de las cuales fueron protagonistas y les permitieron alcanzar mayor visibilidad y fuerza política. (OIT, 1989, pág. 3)

En el literal b) del mismo artículo se menciona que es aplicable a los pueblos indígenas, caracterizados de esta manera porque descienden directamente de los grupos humanos que habitaron el territorio previo a la etapa de la invasión española. Se destaca que independientemente de la situación jurídica en la que se encuentren actualmente, continúan manteniendo prácticas de organización social, económica, cultural e incluso jurídica, que dan cuenta de sus formas de ver, entender e interactuar con el mundo. (OIT, 1989, pág. 20)

En el Artículo 5 la OIT (1989, pág. 25), determina la necesidad e importancia de garantizar que la implementación de esta normativa evalúe los valores, prácticas, creencias y ritualidad de cada pueblo para el planteamiento de acciones que sean funcionales dentro de su institucionalidad para la solución de conflictos de carácter individual y colectivo. Así la solución de conflictos en los diferentes ámbitos, deberá

estar atravesada por el respeto irrestricto a su cosmovisión del mundo y a las creencias que forman parte de su tradición e historicidad.

En relación a la aplicación de la legislación nacional, el artículo 8 del Convenio Nro. 169 formulado por la OIT (1989, págs. 30-31), menciona que es fundamental tomar en cuenta las costumbres y tradiciones que fundamentan su derecho consuetudinario. De igual manera se hace mención al hecho de que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen pleno derecho a la conservación de sus costumbres y a trabajar conforme a su institucionalidad, siempre y cuando no representen un atentado a los derechos fundamentales reconocidos a nivel Constitucional, ni por los derechos humanos reconocidos en el ámbito del Derecho Internacional. En caso de que exista algún tipo de conflicto se deberán establecer procedimientos que permitan salvarlos sin atentar contra los derechos de estas poblaciones y comunidades.

En esta misma línea en el artículo 9, se formula que, analizando la compatibilidad del sistema judicial de cada nación, con los métodos empleados por los pueblos y nacionalidades indígenas para la penalización de las faltas y delitos cometidos, estos tendrán que ser respetados y reconocidos como medios de aplicación de la justicia. De igual manera las personas encargadas de emitir fallos de tipo penal, deberán tener en cuenta las costumbres y tradiciones de estos para evitar que se transgredan sus derechos esenciales.

Como se puede observar, los artículos mencionados, destacan la importancia de velar por el respeto de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, en estricto apego a las costumbres, tradiciones, valores, creencias, así como de sus prácticas particulares en el ámbito de la administración de justicia, que dan cuenta de sus procesos históricos de organización y formas de vida.

La manera de entender el mundo de las comunidades y pueblos indígenas, así como también los mecanismos creados para la resolución de conflictos, responden a una cosmovisión particular que dan cuenta de su historia, cultura, tradición, en general de su manera de relacionarse con el mundo. La forma de administración y aplicación de justicia de estos grupos difiere de la manera occidental, sin embargo persiguen fines similares, en busca de la restitución del orden, equilibrio y paz social, en el que todos

los miembros tengan los mismos derechos y oportunidades, además de formar parte de procesos en los que se garanticen sus derechos fundamentales.

### **3.2.1.5 Derecho consuetudinario**

Como ya se ha mencionado, el derecho consuetudinario está en el origen mismo de las comunidades y se arraiga en la costumbre respecto de las actividades humanas. Es, por tanto, dinámico (Díaz y Antúnez, 2017, p. 15).

Stavenhagen (en Sierra, 2018, p. 157) visualiza el estudio del derecho consuetudinario desde cuatro dimensiones, siendo la primera la que habla de la concepción del derecho como un elemento constituyente de la identidad de los pueblos y esencial a ellos, por lo que no se puede escindir a una comunidad de su propio modo de regular sus actividades sin vulnerarlas; también releva la consideración del derecho propio como un aspecto de la realidad social y no como un elemento abstraído de ella; una tercera dimensión a tener en cuenta es la relación necesaria que tiene el derecho estatal con el derecho propio de los pueblos indígenas que han estado sometidos a procesos de colonización, evitando con esto el analizar el derecho como un aspecto aislado; y, por último, Stavenhagen plantea la dificultad que reviste analizar el derecho consuetudinario como tal, como norma no escrita.

Sierra destaca esta visión, pues permite un marco de estudio pertinente para el derecho que no está escrito. Así, según sus observaciones en el terreno de la antropología, pudo dar cuenta de que muchas veces este tipo de derecho responde más a la valoración derivada de concepciones morales que norman las actitudes que a consideraciones abstractas o normas preestablecidas. Es decir, que suele ser la retórica en torno a los valores y actitudes esperadas desde la perspectiva del deber ser las que se barajaban en las resoluciones reales de conflicto en algunas comunidades indígenas (Sierra, 2018, p. 157). Al decir de Collier (1995, pág. 12), en muchos casos el derecho consuetudinario se vuelve más la aplicación de un lenguaje sustentado en el sistema valórico que la aplicación de normas abstractas estipuladas en cuerpos imaginarios.

De igual manera, el considerar el derecho consuetudinario como sinónimo de derecho indígena reviste ciertos conflictos. Sierra arguye que la noción de consuetudinario

remite a una concepción de inacabado, de contrario al derecho estatal. Esto implicaba subvalorar el derecho de los pueblos y subyugarlo al derecho tradicional de cada Estado, lo que finalmente llevaba a una vulneración de derechos sistemática por cuanto muchos indígenas eran juzgados por hechos que para ellos no constituían delitos, en lenguas diferentes que hacían incomprensible para ellos los procesos, etcétera. Esto posicionó el concepto de derecho indígena como una categoría distinta, aunque corría el riesgo de encajarse y/o homologarse de manera forzada al derecho estatal.

Para Chacón (2015, p. 55) es importante llegar a una definición de sistema jurídico, puesto que, según reconoce la OIT, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas nace de las costumbres, pero es evidente que no todas las costumbres constituyen derecho. Desde esta perspectiva, Chacón (2015, p. 55) y Espinoza (2018, pág. 415) reconocen en los pueblos indígenas una constitución como sistema social que está dotado de elementos valóricos y culturales que son compartidos por sus miembros y que no son aplicables a individuos que no pertenecen a él, aún cuando pueda tener coincidencias con otros sistemas. De allí que las normas y procedimientos de impartición de justicia, aunque tienen un origen distinto al occidental de tipo legislativo-legal, pueden ser perfectamente consideradas derecho.

Desde este punto de vista, la costumbre es fuente de derecho si se atiende a su origen histórico y a sus formas de impartir justicia (Chacón, 2015, p. 55; Espinoza, 2018, p. 415). Pero, además, es también importante por su legitimidad y validez, la que está dada por la aceptación de todos los miembros de una comunidad, además de integrar diversos factores, como aquellos que son valóricos y políticos. Espinoza comenta al respecto que, en opinión de Kelsen (en Espinoza, 2018, p. 418), sería la expresión de un derecho apegado a valores democráticos: el derecho consuetudinario no solo sería efectivo por cuanto logra regular y normar el comportamiento humano, sino porque actúa desde la propia conciencia de la comunidad. Es en este sentido en que el derecho consuetudinario se erige como soberanía popular.

Así, el derecho indígena es tal porque se sustenta en las costumbres, y, según plantea Chacón (2015, p. 56), estas revisten un evidente sentido de obligatoriedad, por cuanto los sujetos que pertenecen a una comunidad deben someterse a ellas para seguir formando parte. La costumbre, como fuente de derecho, se vuelve un elemento

coercitivo, de carácter imperativo, cuya única diferencia con el sistema de derecho jurídico legal estatal sería la fuente de este.

Entender los distintos tipos de derechos que puedan coexistir en el territorio de un mismo Estado nación desde una perspectiva intercultural, de convivencia y reconocimiento, implica un gran desafío para la propia naturaleza del Estado nacional. Esto es así porque su surgimiento se ancla en la necesidad de espacios homogenizados en los que desenvolverse: misma lengua, misma religión, mismo derecho. (Ayala, 2005, p. 67; Chacón, 2015, p. 56; Guerrero, 2010, p. 34).

En la actualidad esto se expresa en la supeditación de los derechos indígenas consuetudinarios al sistema jurídico estatal nacional, como se evidencia en el marco que establece la OIT en tanto reconoce la existencia de ambos, pero el derecho indígena se puede ejercer en tanto no afecte a las disposiciones nacionales. Sin embargo, como comenta Espinoza (2018, p. 415), para su implantación histórica fue importante dejar un pequeño margen de acción al derecho indígena por parte del Estado para coaccionar de formas menos conflictivas, además de que en el derecho de la época sí se consideraba aún a la costumbre como una fuente de derecho legítima (siempre que no fuera directamente contraria a la doctrina de la iglesia u otros valores de la corona española de ese entonces).

De lo dicho se desprende la noción de pluralismo jurídico, refiriéndose a la existencia al mismo tiempo de distintos sistemas imperativos o normativos que determinan obediencia de sus miembros en un mismo territorio (Correas, 2003, p. 32). Así, según Chacón (2015, p. 65), el interés por un estado plurinacional cuya base sea intercultural deriva en la necesidad de aceptar de igual manera a todos los sistemas normativos que pertenezcan a otras culturas, y esto solo se da de manera concreta cuando se garantiza su existencia. Esto está establecido actualmente en la Constitución ecuatoriana vigente, la que permite la existencia de distintos sistemas jurídicos según las nacionalidades que se encuentren en el territorio nacional, subordinados a las disposiciones de la propia Constitución y a los tratados internacionales (Díaz y Antúnez, 2017, p. 17).

Sin duda esto reviste un problema complejo debido a que pone en contradicción nociones cristalizadas sobre el derecho, como la de un único sujeto de derecho, o bien

la igualdad de todas las personas ante una misma ley en un territorio dado (Espinoza, 2018, p. 415; Chacón, 2015, p. 46). De igual manera, la variedad de significados que puede entrañar un derecho basado en las costumbres históricas, y, por tanto, su dinamismo, colisiona directamente con la idea de la precisión y la unicidad de significados. Por tanto, la idea del pluralismo jurídico es un concepto que está provisto de muchos conflictos que determinan que en la actualidad aún sean difíciles de integrar de manera democrática y amparada en la libre determinación de los pueblos las distintas expresiones de derecho y culturales en los Estados nacionales.

Muchos de estos conflictos, según el pensar de Chacón, están dados por la normatividad hegemónica, por la incapacidad o dificultad de pensar la diferencia como algo aceptable. Se consideran algunos aspectos del derecho indígena consuetudinario como inmorales o bien alejados del deber ser propio de la modernidad occidental, y cuando las normas colisionan, se estima que se resuelvan bajo las mismas formas que tiene el derecho estatal para resolver, como el que en una contradicción se preserva la norma de jerarquía mayor, o bien la más moderna. Bajo esta lógica, dice Chacón, es imposible que el derecho indígena consuetudinario tenga el lugar que le corresponde, pues siempre sería derogado por el estatal.

Es importante, por lo tanto, la noción de pluralismo jurídico porque apunta directamente a ampliar de manera real el ejercicio de los derechos humanos a los pueblos indígenas, generando una validación y convivencia de facto de las diversidades culturales, socioeconómicas y políticas que coexisten en un mismo territorio, dándose de manera efectiva un reconocimiento a la diversidad y su legitimidad como ser y deber ser.

### **3.2.2 El debido proceso**

#### **3.2.2.1 Definición del debido proceso**

El debido proceso se entiende como un derecho esencial que se encuentra contemplado en diferentes normativas, con el objeto de garantizar a las personas un acceso a la justicia igualitario. Es una garantía contemplada dentro de los Estados democráticos y de Derecho cuya finalidad es asegurar que todas las personas independientemente de su condición social, étnica, política, económica e incluso del tipo de delito o infracción

cometido, sean juzgadas conforme a derecho, sin que exista ningún tipo de perjuicio o preferencia.

Agudelo (2005) “define el debido proceso como uno de los derechos fundamentales inherentes a todos los seres humanos, se le otorga el carácter de instrumental y se lo considera como una de las expresiones por excelencia del derecho procesal” (p. 89). Se encuentra estrechamente ligada al mandato constitucional a la cual se acogen quienes esperan ser juzgados bajo criterios de claridad, justicia, para su efectivo cumplimiento, el ordenamiento jurídico, cuenta con una serie de mecanismos que tienen por objeto su protección tales como recursos de amparo y algunas acciones de tutela.

En este sentido, se establece que el debido proceso, no puede ser entendido por fuera del ordenamiento jurídico, se encuentra estrictamente relacionado con la normativa nacional para dar una respuesta efectiva a las partes imputada y a la demandante para dar solución a la dificultad que los convoca en un enfrentamiento de carácter jurídico. Por lo tanto, se configura como un principio básico en la administración de justicia, para asegurar que se respeten los derechos consagrados dentro de la Constitución.

A decir de Gómez (2013, p. 343) el debido proceso, hace referencia al conjunto de factores, elementos y condiciones de tipo jurídico y carácter procesal que se requieren para poder intervenir desde la legalidad en los derechos de la población. Es decir, en un principio constitucional enfocado en velar por el cumplimiento de las formalidades que competen de manera exclusiva a los procesos judiciales, sin que en el intervengan circunstancias que pudieran ser atentatorias de los derechos esenciales que la normativa garantiza en lo referentes a los asuntos procesales y administración de justicia.

Por su parte Salmón y Blanco (2012, p. 61) respecto al debido proceso mencionan que es un mecanismo cuya función es encontrar la solución de una controversia siguiendo estrictos protocolos detallados en la normativa para garantizar que se cumpla de la manera más justa posible. Este tipo de acciones ayudan a velar por la efectiva aplicación en lo relacionado con el respeto a la titularidad de los derechos, de igual manera buscan que quienes están siendo sujetos de un proceso tengan ante sí todos los recursos necesarios para hacer un uso legítimo de sus derechos a la defensa independientemente de su inocencia o culpabilidad.

El derecho al debido proceso cumple una doble funcionalidad, por un lado, opera como un derecho fundamental contemplado dentro de la constitución y por otro, se convierte en una garantía que avala el cumplimiento de derechos de tipo subjetivo, indispensables para mantener la paz social y el orden público (Bechara, 2015, p. 90). Por lo tanto, se trata de un derecho fundamental en el cual se garantiza a los sujetos procesales que se respetará de manera irrestricta su derecho a que sean escuchados sus pruebas y alegatos para la toma de decisiones por parte de quienes ejercen el rol de administradores de justicia.

### **3.2.2.2 Principios rectores del debido proceso**

Tal como se ha indicado los el debido proceso en un derecho fundamental de los seres humanos, según señala Gómez (2013, p. 346) se encuentra regido por los siguientes principios rectores que aseguran su funcionamiento:

- Acción judicial y acceso a los tribunales.
- Tutela judicial efectiva.
- Derecho para acceder a un juicio de carácter justo y público.
- Ejercer el derecho efectivo a emplear los recursos reconocidos por la legalidad para su defensa.
- En caso de no contar con los recursos suficientes, el sistema de justicia les brindará la asistencia jurídica necesaria.
- Los jueces actuarán con independencia e imparcialidad.
- El principio de buena fe y lealtad procesal.
- Dirección adecuada del proceso para agilizar su resolución con base a lo estipulado en la normativa.
- Los procesos se desarrollan de forma oral, para la elaboración de la documentación correspondiente se siguen las directrices dictadas en la normativa.
- Las audiencias se realizan de forma pública, salvo en los casos en los que sea necesaria la protección de la intimidad de las partes procesales.

- Los tribunales tienen la obligación de valorar las pruebas en toda su integralidad en correspondencia con la causa en la cual están siendo presentadas, para asegurar su validez.
- Las causas procesales, así como también las resoluciones de los jueces deben estar debidamente motivadas.
- Dentro del debido proceso también se abre la posibilidad de que cualquiera de las partes involucradas pueda impugnar la decisión del juez cuando consideren que no se garantiza el cumplimiento de sus derechos, siempre que existan las suficientes motivaciones y pruebas para hacerlo.
- Los medios ordinarios o extraordinarios que se pueden utilizar para impugnar las decisiones judiciales se encuentran debidamente explicadas en la normativa.

De manera general se entiende que el principio general del cumplimiento del debido proceso se sostiene en la aplicación y administración efectiva de la justicia. Corresponde al aparato judicial y de manera particular a los jueces, operar de tal manera las partes procesales sientan plena seguridad de que la justicia está actuando de tal forma que se cumplen las normativas y reglamentos contemplados en la Constitución y en la normativa relacionada.

### **3.2.2.3 Garantías constitucionales del debido proceso**

Las garantías constitucionales son herramientas de que dispone el marco constitucional para proteger y resguardar los derechos en él estipulados y el propio sistema constitucional (Cepeda, 2014, p. 43). El Ecuador, en tanto Estado de Derecho según consagra el artículo primero de la Constitución, tiene como responsabilidad fundamental garantizar el resguardo de los derechos fundamentales de las personas aun cuando signifique limitar su poder coercitivo en la impartición de justicia. En concordancia con esto, se adscribe a los tratados internacionales en la materia y se estipula y garantiza con esto el derecho al debido proceso, cuya aplicación a nivel constitucional está ligada al sistema de Derechos Humanos establecido por la Declaración de 1948.

El artículo 76, a lo largo de todos sus incisos, establece garantías básicas para el resguardo del debido proceso. Estas garantías se refieren a i) el deber de las autoridades

de resguardar y garantizar el cumplimiento de deberes y derechos de todas las partes, ii) el derecho fundamental a considerar a toda persona como inocente hasta que el debido proceso demostrase lo contrario, iii) la obligatoriedad de ser juzgado y procesado por actos tipificados en la ley, iv) el carácter constitucional de la obtención y carácter de las pruebas, que de no ser tal invalidaría su calidad probatoria, v) la aplicación de la norma menos rigurosa en caso de que hayan normas contradictorias regulando la misma materia, vi) la proporcionalidad entre las faltas y las penas y vii) el derecho a la defensa, en el cual se establecen varios puntos que determinan cómo debe ser resguardado.

Así, la legalidad y la seguridad jurídica como principios y garantías básicas que aseguran el acceso al debido proceso son determinantes como la limitación al poder del Estado en su ejercicio de impartición de justicia.

Blum (2018, p. 32) comenta que la visión de la Corte Constitucional al respecto es que el derecho al debido proceso recoge todos los otros derechos y garantías a los que debería supeditarse el ejercicio de todas las autoridades ya sean administrativas o jurídicas.

En el artículo 11, inciso 9, la Constitución de la República del Ecuador establece:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, **y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.**

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada

la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, p. 22.)

Otro artículo que se refiere a este derecho es el 169, el cual estipula:

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. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, p. 97)

En la quinta sección, en lo que respecta a la Defensoría del Pueblo, el artículo 215 en su inciso 4 señala que es atribución de este organismo “ejercer y promover la vigilancia del debido proceso y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas” (p. 113).

También respecto a la Corte Constitucional, se establece en el art. 437, en el inciso 2, que cualquier persona o colectividad puede presentar un recurso de acción extraordinaria de protección, el cual será aceptado en virtud de “que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución” (p. 194).

El derecho al debido proceso se establece, entonces, en sí mismo como un conjunto de garantías constitucionales que resguardan los principios de legalidad, de igualdad, de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, derecho a un juez imparcial, derecho al juicio sin dilaciones, el principio de non bis in ídem y cosa juzgada, derecho a la defensa, a la publicidad, derecho a la sentencia justa y el principio de la doble instancia (Sarango, 2008, p. 31).

#### **3.2.2.4 El debido proceso en la justicia indígena**

Como ya se dijo anteriormente, el debido proceso es parte fundamental de cualquier procedimiento jurídico, es decir es un mecanismo procesal que permite asegurar el

respeto de los derechos de las personas que han sido sometidos a la administración de justicia, el mismo que impone las reglas que ha de seguirse durante el juzgamiento de una persona, razón por la cual también se le conoce como principio jurídico procesal, que determina que toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, que le aseguren una resolución justa y equitativa.

En este sentido, todo tipo de administración de justicia que se gestione en el territorio ecuatoriano, debe permitir a la persona procesada ser oído y hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez, es decir debe materializarse el debido proceso desde la perspectiva de garantía constitucional, que asegure la convivencia pacífica y la seguridad jurídica del país, sobre la base del respeto de los derechos humanos de las personas.

Ahora bien, siendo el Ecuador un país pluricultural e intercultural, que reconoce la autonomía de ciertas segmentos poblacionales como las comunidades indígenas, a las cuales incluso se les respeta su propio sistema de administración justicia, pero sobre la base del respeto de los mandatos constitucionales y de los derechos de ellos justiciables, adquiriendo gran relevancia el debido Proceso como conjunto de procedimientos que deben seguir las autoridades indígenas, para prescribir sus resoluciones de acuerdo a sus costumbres ancestrales.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. (Constitución de la República, 2008, p, 136)

Es importante recalcar, que la administración de justicia indígena no puede violentar los derechos de las personas que son sometidas al imperio de su jurisdicción y competencia, por lo tanto, sus procedimientos deben ser siempre respetuosos de la ley y de los derechos, como así lo expresa la Dra. Nina Pacari que dice:

La sociedad indígena en su sistema sumarísimo ha desarrollado un procedimiento que tiene que ser cumplido conforme se señaló anteriormente al precisar que no se trata ni de linchamiento ni de justicia por mano propia. Y en la medida en que el Art. 171 de la Constitución expresamente señala que las autoridades de los pueblos indígenas están facultados para administrar justicia aplicando sus normas y procedimientos de acuerdo a sus costumbres o derecho Consuetudinario, está reconociendo: 1. Que existe un procedimiento jurídico distinto al establecido en la justicia ordinaria; 2. Obliga a la autoridad indígena para que se aplique el procedimiento de acuerdo a las costumbres o derecho Consuetudinario de su pueblo; 3. Reconoce el derecho del acusado para que éste exija el cumplimiento del procedimiento ancestralmente se viene practicando. Entonces, la garantía del debido proceso que señala la Constitución, en relación a la administración de justicia indígena, debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, puesto que el debido proceso si está garantizando en ese contexto. Así como tratándose del juzgamiento de un comunero indígena ante un juzgado común, de hecho, se deberá exigir la garantía del debido proceso que se encuentra establecido en la Constitución y demás leyes nacionales. Pero, además, puede darse el caso de que el comunero reclame el ser juzgado por su autoridad al sentir que su debido proceso estará más garantizado con la administración de justicia Consuetudinario. (Pacari Vega, 2002, p. 86, 87)

En este sentido, como bien lo indica la Dra. Nina Pacari la garantía del debido proceso que señala la Constitución, en relación a la administración de justicia indígena, debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, es decir debe estar determinado en las leyes de las comunidades o en las costumbres de las mismas.

En la justicia indígena, las autoridades que se encuentran investidas de la potestad de administrar justicia, deben cuidar que el debido proceso sea respetado en base a los procedimientos y normas ancestrales, los mismos que deben estar en armonía con los mandatos constitucionales y así evitar la vulneración de los derechos humanos de las personas procesadas. Las autoridades que imparten justicia en las comunidades indígenas son escogidas por sus miembros envistiéndolos de la capacidad y competencia para conocer y resolver alguna causa, con total independencia, siendo justos e imparciales, sin preferencias de ningún tipo.

Otra de las garantías que respeta la justicia indígena es el derecho a la defensa, es decir, no se prohíbe que los justiciables puedan ejercer su legítima defensa, sin embargo, no es necesario que las personas juzgadas contraten un abogado, puesto que las autoridades y la asamblea están obligados a respetar los derechos del procesado, entre ellos la oportunidad de justificar mediante pruebas su inocencia respecto de la infracción que se le imputa. Al respecto el doctor Carlos Pérez Guartambel dice:

Toda persona que ha cometido una infracción tiene derecho a una defensa justa, oportuna, capaz de garantizar el respeto a sus derechos, los de su familia y de la comunidad, así también que la decisión de la comunidad sea apegada al derecho y a la auténtica justicia, entendida como ese recibido lo que ha generado un acto correcto o incorrecto. En la comunidad no es necesario abogados titulados. (Pérez Guartambel, 2010, p. 244)

De la misma forma, en la justicia indígena las autoridades que intervienen en los procesos de juzgamiento deben brindar la garantía de la motivación de la resolución que emiten, detallándolos argumentos en los que se amparan para dictar el fallo, haciendo una relación entre la contestación y peticiones realizadas por el procesado, con la finalidad de estructurarla conforme lo ordena la Constitución.

La decisión que emiten las autoridades que imparten justicia indígena, no es definitiva puesto que opera la garantía de impugnación ante la Corte Constitucional conforme el mandato determinado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que en el Art. 65 manifiesta:

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. Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009).

Es decir, el procesado en todo momento tiene el derecho de impugnar la decisión del juzgador indígena si piensa o cree que sus derechos no han sido efectivamente tutelados y respetados, planteando una acción de protección ante la Corte Constitucional, que hará el respectivo control de la legalidad del fallo y en el caso de encontrar que se ha vulnerado derechos de los justiciables, dispondrá las medidas tendientes a resarcir el daño causado.

Una de las características de la justicia indígena, es la celeridad de su procedimiento respecto de la justicia ordinaria, por lo tanto, hay menos índices de casos en la impunidad, puesto que el juzgamiento se realiza inmediatamente planteada la acción o cometida la falta, sin embargo muchos detractores creen que el sistema que se utiliza es más bien la toma de la justicia en mano propia, a pesar de que existen autoridades indígenas con el imperio de administrar justicia y que las mismas han sido elegidas por la misma comunidad.

Como podemos observar, los pueblos indígenas administran justicia utilizando un procedimiento distinto, derivado de su derecho propio y sus costumbres que han pasado de generación en generación, por lo tanto si el procesado ha cometido la infracción en el territorio de la comunidad, deberá ser juzgado en base al procedimiento que se ha venido practicando en la misma, pero también puede ocurrir que la autoridad indígena que se enviste de competencia sea la que solicita juzgar al comunero para garantizarle un debido proceso en base al derecho consuetudinario de la comunidad.

En conclusión, la garantía del debido proceso en la administración de la Justicia Indígena debe ser respetada y aplicada por las autoridades con potestad juzgadora, observando en todo momento el procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, para que finalmente sus fallos o resoluciones no sean objeto de dudas, sino que más bien sean de la aceptación tanto del procesado como de la comunidad.

### **3.2.2.5 Aplicación del debido proceso en la justicia indígena**

Sobre la base de que, el debido proceso es parte fundamental del juzgamiento en la justicia indígena y que el mismo está determinado por el derecho propio o la costumbre de la comunidad, debemos señalar que toda causa inicia con el aviso o demanda en la cual la o las partes afectadas ponen en conocimiento del Cabildo los hechos constitutivos de la infracción, acción que puede darse de forma verbal o mediante escrito que pasara al análisis de las autoridades, quienes al recibirla convocaran a la respectiva audiencia.

Es decir, una vez analizada la denuncia o demanda, las autoridades de la comunidad emiten un oficio o citación a las partes litigantes, cuyo contenido en primer lugar es la fecha de emisión luego la identificación de los intervinientes, los hechos y circunstancias que motivo la interposición de la acción, el día y hora para el desarrollo de la asamblea y finalmente la sumilla de todas las autoridades que se avocaran conocimiento de la causa planteada.

Posteriormente se inicia una etapa denominada de investigación por parte de las autoridades nominadas para resolver la causa, en donde se realizan diferentes actividades encaminadas a recoger evidencias de forma directa y así solucionar el conflicto, es decir pueden hacer diligencia de inspección ocular, para casos como robo, asesinato, homicidio y otros más, receptar la declaración de testigos, allanamiento del lugar de los hechos, para este fin cuentan con la ayuda de los ancianos de la comunidad con quienes se elaborará que será exhibido en la asamblea convocada.

En la audiencia convocada todos los miembros de la comunidad que lo deseen pueden intervenir, una vez que comienza la misma se establecen con claridad todos los puntos

a resolver y las autoridades comienzan con su sustanciación, análisis, la recepción de testimonios, la evacuación de pruebas y finalmente dictan su fallo. Al respecto el doctor Carlos Pérez Guartambel dice lo siguiente:

La justicia indígena es comunitaria, es decir se juzga ante toda la comunidad, en un espacio que es a veces la casa comunal, la plaza, es decir en un espacio público sin restricciones de ninguna clase, no hay juzgamiento reservados o secretos, participan los parientes del procesado, del afectado y todos los comuneros a más de los testigos que conocen los hechos que se juzgan, por ello los medios de comunicación han captado algunas etapas del proceso, desventajosamente solo los correctivos, mas no el debido proceso y la defensa que ejercen (Pérez Guartambel, 2010, p. 237, 238).

Precisamente, como lo indica el doctor Guartambel parte de la defensa de los procesados es su derecho de evacuar prueba dentro del juzgamiento, pudiendo presentar toda clase de evidencia testimonial, documental, material y otros; siendo obligación de las autoridades indígenas recibirlas cuidando siempre que no se rompa el debido proceso, como por ejemplo al recibir la declaración de los testigos, los mismos no pueden tener ningún parentesco con el procesado y el afectado.

Ahora bien, por lo general al escuchar que se va a dar un juzgamiento y que las partes necesitan ejercer su derecho a la defensa, se piensa en la intervención de un profesional del derecho o abogado, sin embargo en la justicia indígena no es necesario contar con el patrocinio de un abogado, puesto que el procesado puede defenderse por sí mismo, o a través de sus familiares o terceras personas que tengan ese anhelo de defensa, las mismas que no podrán tener un lazo de parentesco con el afectado para así evitar parcialidades y garantizar la transparencia del proceso y la aceptación del fallo que emitan las autoridades juzgadoras.

El procesado tiene derecho a ejercer su defensa por sí mismo a través de su padres, familiares, padrinos y presentar las pruebas de descargo y los ofendidos acusan aportando las pruebas de cargo, eventualmente puede acusar un sector de la comunidad en defensa de la colectividad; sin embargo no puede no debe

permitirse jamás dejarse al procesado sin el legítimo derecho a ejercitar su defensa (Pérez Guartambel, 2010, p. 244, 245).

En la administración de la justicia indígena luego de evacuar las pruebas y de dar la oportunidad de defensa a las partes, las autoridades realizan el análisis de las pruebas aportadas al proceso para poder estructurar su fallo o resolución, si es necesario y la audiencia se ha extendido demasiado tiempo, la suspenden y la reinstalan al otro día, una vez entregado el dictamen se procede con la ejecución de lo resuelto.

Es la etapa de cumplimiento de las sanciones. Las sanciones corporales como el látigo, el baño y las ortigas son ejecutados por hombres y mujeres de buena reputación. Las personas involucradas en los hechos, castigados y sancionadores no serán víctimas de represalias o venganzas posteriores. Por lo general, las personas que aplican el castigo son las personas de edad, padres, padrinos de bautizo o matrimonio el presidente del cabildo u otras autoridades indígenas local. (Tibán, Lourdes y Ilaquiche, Raúl, 2008, p. 36-41).

Por otro lado, debemos indicar que en la justicia indígena existen tres niveles de conocimiento y resolución de los conflictos, los mismos que han sido determinados para poder conocer de mejor manera las quejas o demandas presentadas a las autoridades indígenas. Los niveles de conocimiento de las causas son: Primer nivel en el cual se pueden resolver los conflictos familiares como peleas entre esposos, problemas con los suegros, maltrato a los hijos, chismes, en especial los problemas de menor gravedad, sin embargo la competencia para resolver estos problemas es ejercida por los padres de los involucrados, padrinos de matrimonio o bautizo, pero esto no quiere decir que las autoridades de las comunidades o del Cabildo no estén presentes, puesto que serán testigos de los acontecimientos y les servirá de base en caso de que el problema se agrave.

A esta audiencia para resolver el conflicto presentado en este nivel, pueden acudir los familiares más cercanos, para aconsejar y exhortar que se resuelva el problema y que en lo futuro no se vuelva a repetir, buscando en todo momento mantener el bienestar familiar, e decir en este nivel de administración de justicia se ventilan conflictos menores de tipo doméstico y familiar.

Segundo Nivel en el cual se pueden conocer y resolver toda clase de delitos o conflictos que se hayan causado en la comunidad, como asesinatos, robos, hurtos, accidentes de tránsito, infidelidades, problemas de linderos entre los vecinos y otros más, su sustanciación comienza cuando las partes afectadas ponen en conocimiento de las autoridades indígenas las circunstancias de la infracción.

La carga de la prueba recae principalmente en los afectados o acusadores los mismos que una vez que hayan solicitado de las autoridades indígenas de la comunidad, deberán aportar con las evidencias necesarias para demostrar la culpabilidad del imputado, de la misma forma la otra parte debe hacerlo ejerciendo su legítimo derecho a la defensa.

Las autoridades indígenas que intervienen en el juzgamiento dentro de las comunidades están conformadas por el Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y Vocales, los mismos que como ya se dijo son elegidos por todos los comuneros quienes los envisten de la potestad de administrar justicia además de la realización de otras actividades, pero refiriéndonos a la sustanciación de causas quienes tienen un papel preponderante son el Presidente y Secretario, puesto que el primero presidirá la asamblea con amplias facultades para intervenir en cualquier momento cuando el caso lo amerite, como por ejemplo cuando las versiones no sean claras, y el segundo tiene como función redactar el acta de juzgamiento.

En el acta de juzgamiento a cargo del secretario de la comunidad constaran todas las intervenciones de las partes procesales, las pruebas que se hayan actuado, los posibles incidentes y finalmente la resolución con la debida motivación que respalde la decisión, puesto que están en juego los derechos de los justiciables y además porque el expediente será archivado y podrá servir de jurisprudencia en lo posterior para causas similares. En cuanto a las demás autoridades mencionadas anteriormente, estas están pendientes de todas las intervenciones procesales de las partes en litigio, de los testigos y así mismo pueden aconsejar y exhortar con la finalidad de que el problema se resuelva.

Tercer nivel o etapa de impugnación en donde cualquiera de las partes, que inconformes con la resolución dictada por las autoridades de la comunidad la impugnan la resolución ante la misma autoridad que la dictó, quienes posteriormente pondrán el expediente en

conocimiento de la Organización Cantonal quienes al resolver la apelación se ratificaran en el contenido del fallo o lo modificaran de conformidad con sus facultades.

En conclusión, la organización de las comunidades indígenas en cuanto a la administración de justicia se deriva de su propio derecho o de las costumbres que hayan ido heredando generación tras generación, es decir es todo un proceso determinado con reglas y principios a seguir por parte de las autoridades encargadas de juzgar, quienes deberán aplicar el debido proceso a fin de que las partes procesales tengan la garantía del respeto de los derechos constitucionales y humanos y los comuneros confíen en el sistema gracias a la transparencia de la gestión realizada.

### **3.2.3 Jurisdicción y competencia en la justicia indígena en el Ecuador**

#### **3.2.3.1 Jurisdicción en la Justicia Indígena**

La Constitución de la República como la norma de máxima jerarquía es la que determina todas las reglas y principios de convivencia en sociedad dentro del territorio ecuatoriano, en este sentido refiriéndonos a la administración de justicia se debe tener en cuenta que por la extensión territorial del Ecuador, es necesario que existan juzgadores con un cierto nivel de competencia y territorialidad, es así como se reconoce a las autoridades indígenas una jurisdicción y competencia que emana de la propia población, pues debemos recordar que son elegidos por la comunidad de acuerdo a sus normas y costumbres ancestrales.

La jurisdicción es una potestad estatal derivada de la Constitución de la República, para hacer respetar los derechos de los ciudadanos ecuatorianos a través de una administración de justicia, que depende de todo un andamiaje organizativo controlado por el Consejo de la Judicatura que a su vez es el ente rector de la función judicial que se encarga de juzgar y ejecutar lo juzgado, pero en el caso de la justicia indígena son las autoridades las encargadas de controlar los juzgamientos al interior de la comunidad a la cual pertenecen, por lo tanto la jurisdicción de la cual se envisten emana de su propio derecho o de sus costumbres ancestrales. Al respecto el Dr. Raúl Ilaquiche y Dra. Lourdes Tibán manifiestan lo siguiente:

La jurisdicción indígena se ejercerá de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y a su propio derecho y cultura, no sujeto a leyes que provienen de la Función Legislativa. Ese principio constitucional otorga a los pueblos y nacionalidades indígenas la capacidad de darse sus propias normas jurídicas. Al referirnos a las tradiciones ancestrales o al derecho propio básicamente, nos encontramos frente a una normativa jurídica o costumbre no escrito ni codificada, es por tanto, un conjunto de normas y reglas del comportamiento y de convivencia social basadas en la costumbre, que de generación en generación ha ido evolucionando, aplicando y convirtiéndose en verdaderos sistemas jurídicos conforme se ha determinado en líneas anteriores. La Constitución establece que para la resolución de casos en la jurisdicción indígena, es el espacio físico territorial en donde se encuentra asentados históricamente las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. (Tibán, Lourdes y Ilaquiche, Raúl, 2008, p. 42).

Siendo así, los pueblos indígenas conformados por comunidades con identidades culturales e históricas propias, han desarrollado sus propios sistemas de organización social, económica, política y sistemas jurídicos de administración de justicia; pero no debemos olvidar que también existen las nacionalidades indígenas que son organizaciones sociales milenarias con una existencia anterior al Estado, con un territorio determinado, una identidad histórica, idioma, cultura, con instituciones propias de organización social, económica, política, jurídicas y el ejercicio de autoridad propia.

La jurisdicción indígena es jurisdicción en estricto sentido de la palabra, es decir, presenta con sus características propias tres elementos: *Notio, iudicium e imperium*. En otras palabras, las autoridades indígenas están revestidas de tres facultades, a saber: a) Conocer el caso; b) Resolver el problema; y, c) Hacer cumplir la decisión en la práctica incluso con el auxilio de la fuerza pública. Algo que debe aclararse es el ámbito territorial o competencia territorial, es decir, donde deben administrar justicia las autoridades indígenas. Para ello podemos hacer un doble acercamiento dos: a) Espacio físico territorial; y, b) Lugar de trabajo o domicilio urbano. En el primer caso podemos advertir que el territorio debe coincidir con el ámbito de sus actividades sociales, económico y culturales, por ejemplo el territorio de una comunidad regido por un cabildo o

circunscripciones territoriales indígenas y el segundo se refiere al espacio físico de los grupos o colectivo de indígenas que habitan o labora en las ciudades como Quito, Guayaquil Cuenca, etc. (Vintimilla Saldaña, 2007, p. 41).

En conclusión, la jurisdicción es la potestad de administrar justicia en un ámbito territorial específico o extensión geográfica que limita su poder y deber de actuar, que en este caso es el lugar de habitabilidad de las comunidades indígenas en las cuales sus comuneros eligen las autoridades y las envisten de la facultad de juzgar infracciones de acuerdo con sus normas y costumbres ancestrales, así también de ejecutar sus decisiones con la ayuda de los familiares de las partes o por los ancianos de la comunidad, quienes además han sido garantes de un juzgamiento con la aplicación de un procedimiento adecuado o debido proceso sin embargo es al momento de la ejecución en donde muchos detractores mencionan que se viola los derechos humanos de los sentenciados.

### **3.2.3.2 Competencia de la Justicia Indígena**

Como ya se dijo, la Función Judicial es el poder estatal investido de la facultad jurisdiccional para administrar justicia y lo hace por intermedio de los juzgados y tribunales ordinarios y especializados que se han distribuido a lo largo del territorio ecuatoriano y a los que se les ha organizado con una competencia en razón de las personas, la materia, el territorio y los grados. La competencia es el complemento de la jurisdicción, en este sentido en la justicia indígena está delimitada por el ámbito territorial, conflictos internos y las personas pertenecientes a los pueblos y nacionalidades indígenas.

Las autoridades indígenas adquieren competencia para resolver los conflictos que afectan el bienestar de la comunidad, para esto debe tenerse en cuenta que su jurisdicción se activa cuando la persona que va a ser juzgada pertenece a la comunidad indígena o que el hecho que se va a juzgar sucedió dentro del territorio que corresponde al pueblo o nacionalidad. Al respecto la sentencia T-1294/05 de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, nos dice:

Dos factores son importantes a la hora de establecer cuándo adquieren competencia las autoridades indígenas para definir un asunto que afecta el

bienestar de la comunidad: uno es el factor personal, es decir la circunstancia de que la persona que va a ser juzgada pertenezca a la comunidad indígena respectiva, pues es precisamente tal pertenencia la que concede la identidad cultural que genera el fuero especial; el otro factor es el territorial, vale decir, el hecho de que la situación que se va a juzgar haya tenido lugar dentro de la comunidad indígena. En consecuencia, ha concluido la Corte que para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad. ([www.corteconstitucional.gov.co/sentencia/serie%T\\_1249-05/pdf.html](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencia/serie%T_1249-05/pdf.html), 2014).

En la justicia indígena o derecho indígena no existe una demarcación de la competencia por materias, puesto que las autoridades de las comunidades pueden conocer y resolver todo tipo de infracciones de conformidad con las costumbres ancestrales, la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT.

Ahora bien, las autoridades indígenas no pueden conocer y resolver casos fuera del territorio de la comunidad indígena que los envistió de la facultad de administrar justicia, puesto que no tendrían competencia en función del territorio de la misma forma podrán ejercer su facultad en cuanto a los comuneros miembros de los pueblos y nacionalidades indígenas, pues estas personas permanecen en la circunscripción territorial por lo tanto es el lugar donde tienen su desarrollo cultural, pero esto no quiere decir que personas de otras comunidades que cometan infracciones no puedan ser juzgadas en base al derecho indígena y por las autoridades designadas para llevar a cabo juzgamientos, sin embargo, si la persona no es indígena la misma podrá solicitar ser juzgada por el derecho ordinario.

Si la administración de justicia indígena la ejercen las autoridades de esos pueblos, significa que existe una jurisdicción territorial dentro de la cual dicha autoridad es competente para juzgar. En el caso de que un conflicto o un delito se hayan cometido en esa circunscripción territorial indígena, la autoridad de ese ámbito territorial sería la competente para conocer y resolver el caso. Pero ¿Qué

autoridad indígena lo juzgaría si el acusado es miembro de otra comunidad indígena que comete una infracción fuera de su territorio comunal?, los múltiples casos que se han presentado en los pueblos indígenas dan cuenta de que las autoridades (cabildos) de las dos comunidades indígenas han asumido la competencia y han resuelto el caso llevando a cabo el procedimiento público y sumario antes señalado. Pero ¿en quién radica la competencia en el caso de que un delito de abigeato se cometa en el territorio indígena y el infractor sea un no indígena?, de hecho, podría establecerse que en virtud del carácter identitario podría solicitar el ser juzgado por la justicia ordinaria. Igual situación podría darse en el caso de un comunero indígena que comete una infracción en la ciudad, esto es fuera de su ámbito territorial. En virtud de su identidad indígena, podría solicitar ser juzgado por sus autoridades tradiciones (Salgado, 2002, p. 88).

Por lo señalado, las autoridades indígenas al igual que las ordinarias, deben declinar del conocimiento de cualquier causa, si quienes están por ser juzgados no pertenecen al ámbito jurisdiccional de su competencia. En conclusión, la competencia en la justicia indígena son las reglas para ejercer la facultad jurisdiccional por parte de las autoridades, quienes administraran justicia en base al derecho indígena y a las costumbres de la comunidad.

### **3.2.4 El derecho a la defensa**

#### **3.2.4.1 Concepto de derecho a la defensa**

El derecho a la defensa es la base sobre la que se constituye el debido proceso, en cualquier tipo de actuación judicial o administrativa, por lo que no es una excepción la administración de justicia indígena. Este derecho garantiza la posibilidad de que el procesado concurra al proceso para defenderse de los cargos que se le acusa, presente alegatos y evacuar pruebas que crea le son favorables y controvertir as que no, defenderse en la audiencia de juicio ante la comunidad y finalmente si no se siente conforme con la resolución impugnarla ante la Corte Constitucional.

El derecho a la defensa, es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, y se aplica en todos los campos de la actividad humana y en todas las esferas del derecho, sin limitación alguna. Nadie puede pretextar la falta de reglamentación legal para desconocer el derecho de defensa de las personas (Camargo, 2000, p. 146).

El derecho a la defensa tiene una naturaleza jurídica sustantiva, constitucional, lógica, jerárquica y cronológicamente anterior a toda regulación procesal, sin embargo, no es estrictamente una figura procesal como bien lo dice el tratadista argentino Jorge Vásquez cuando manifiesta que:

El proceso no constituye el derecho de defensa, sino que debe regular las oportunidades debidas de manifestación; un procedimiento de cualquier género, que se hiciese al margen o en violación de la garantía de defensa, devendría insalvablemente nulo, carecería de efectos jurídicos válidos y debería ser jurisdiccionalmente revisado. Porque también de la índole sustantiva del derecho de defensa se deriva, como ha sido explicitado por la jurisprudencia Argentina que su ámbito de aplicación se extienda sobre toda relación jurídica en la que, a resultas de la misma, uno de los integrantes pueda experimentar el menoscabo o privación de un derecho o un bien. (Vásquez, 1996, p. 80).

El derecho a la defensa no es únicamente formal, puesto que depende de una valoración constitucional, es decir está íntegramente garantizado para que las partes defiendan sus intereses. Todo sistema de administración de justicia debe brindar la garantía a las partes procesales de ejercer su defensa recurriendo a todos los mecanismos establecidos en la ley.

No puede funcionar sistema alguno de justicia judicial, en ninguna de sus ramas, que represente una verdadera tutela para la persona humana, si el derecho procesal no establece normas imperativas a que deben someterse los procesos y por lo tanto el ejercicio del derecho a la defensa para actores y demandado o imputados y procesados, con sus facultades y derechos subjetivos procesales, sus cargas y deberes, sus oportunidades de ejercicio, los instrumentos para hacer real y práctica la igualdad en el proceso. (Echandia, 1979, p. 185).

Es preciso, que recordemos que el derecho a la defensa tiene jerarquía constitucional en la legislación ecuatoriana, es por esto que toda la normativa inferior debe estar encaminada a garantizar su cumplimiento, de tal manera que, este derecho que en un comienzo adquiere la naturaleza de principio constitucional debe ser desarrollado por normas procesales a fin de convertirse en una norma plenamente ejecutable.

El derecho de defensa es inherente al hombre y la constitución lo consagra declarando que es inviolable la defensa en juicio de las personas y los derechos. Es éste uno de los principios más fecundos en materia procesal, y cuya aplicación ha dado lugar a una interesantísima jurisprudencia (...) La garantía de la defensa en juicio no supone que los litigantes deban ser oídos y tenga derecho a producir prueba en cualquier momento y sin ninguna restricción de forma, sino que deben encontrarse en condiciones de hacer valer sus derechos de acuerdo con las leyes procesales, las que pueden reglamentar esa facultad restringiéndola o limitándola para hacerla compatible con análoga facultad de los demás litigantes y con el interés de obtener una justicia eficaz. (Alsina, 1963, p. 253-254).

En el ámbito procesal, las partes deben tener igualdad de armas al ejercer su derecho a la defensa, en este sentido la normativa debe estar redactada de manera tal que no resulte atentatoria a los derechos, siendo el garantista de su materialización el juez y en caso de vulneración podría aplicar directamente el derecho constitucional a fin de no dejar en la indefensión a ninguna de las partes del proceso. En este sentido el tratadista Dino Caro Coria nos dice:

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego". (Caro Coria, 2006, p.39).

Para este tratadista, el derecho a la defensa es una garantía básica constitucional que todo ciudadano tiene ante una problema jurídico y que debe ser respetada en todas las instancias que dure el proceso, en definitiva la finalidad es obtener resultados favorables

para cada una de las partes, ya que a lo largo del proceso instaurado debe hacerse presente la eficacia de las actuaciones jurisdiccionales de los órganos o autoridades judiciales y que tienen la obligación de aplicar con conocimiento de causa este derecho.

El derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales, que reconoce principalmente la asistencia de letrado, la cual tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Se trata así de evitar desequilibrios entre las partes, que podrían originar indefensión. (Vallejo, 2006, p. 93).

Para este tratadista, la defensa es un derecho fundamental que tiene el propósito de una intervención efectiva de igualdad entre las partes, evitando los desequilibrios o arbitrariedades por parte de las autoridades, principalmente contra las personas procesadas privadas de la libertad, puesto que este es uno de los bienes jurídicos más valiosos que tiene el ser humano, es por eso que la constitución la ampara porque nadie puede quedar sin tener acceso a una defensa ejercida por un profesional de derecho y el estado se los otorga sin costo alguno sino tiene la capacidad de contratar defensa particular.

Finalmente, nuestra Constitución no es ajena a los preceptos internacionales establecidos en las normas de derechos humanos y siguiendo esa postura en su artículo 76 numeral 7 establece las garantías del derecho a la defensa, que los administradores de justicia y toda autoridad investida de jurisdicción debe respetar como requisitos ineludibles de la materialización del debido proceso y de la aplicación directa e inmediata de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos.

#### **3.2.4.2 Garantías constitucionales del derecho a la defensa**

El derecho a la defensa prohíbe imperativamente las situaciones tendientes a dejar en algún tipo de indefensión a las partes dentro de un procedimiento, a esto debemos sumar que para efectivizarlo debe existir la intervención de un profesional del derecho, es decir de un abogado de su confianza y que pueda brindar un apoyo técnico y suficiente para garantizar la aplicación y el respeto de sus derechos.

El ordenamiento jurídico desde su norma de máxima jerarquía hasta las secundarias trata de garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos, pero si son vulnerados pueden ser resarcidos a través de garantías jurisdiccionales y los mecanismos establecidos por ellas, pero si aun así persiste el perjuicio siempre se puede recurrir ante Cortes Internacionales.

El derecho de las personas a la defensa se encuentra ampliamente definido y determina en la Constitución de la República que ha creado todo un sistema de garantías para su aplicación, en este sentido se ha ordenado que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, lo cual implica la seguridad de las partes en cuanto a participar activamente del proceso en todo momento, sin ninguna restricción más que las impuestas por las normas adjetivas.

Debería estimarse que la única indefensión se produce cuando se impide a una parte ejercitar su derecho de defensa, tanto en el aspecto de alegar y probar, como en el de conocer y rebatir lo alegado y probado por la parte contraria, por lo que solo habría una verdadera indefensión. Una cosa es que se vulnere una 31 norma procedimental u otra procesal, lo que llegará a afectar a la eficacia de un acto, y otra muy distinta que se vulnere el derecho a la defensa de las partes, caso en el que, existiendo siempre infracción de una norma procesal, se llega más allá, pues se produce la indefensión. (Montero Aroca, 2012, p. 212).

De la misma forma, toda persona que tiene que enfrentar procesos judiciales debe contar con el tiempo tanto para buscar la ayuda profesional de un abogado, como para poder obtener las pruebas de descargo a su favor, para lo cual debe tener a su disposición los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Por otro lado, el derecho a la defensa debe garantizar a las partes ser escuchadas en el momento oportuno, es decir de forma oral a través de las audiencias correspondientes o por medio de escritos que realicen peticiones al juzgador, pero en todo momento deberá registrarse la igualdad de condiciones, para evitar vulneraciones de derechos.

En todo proceso judicial en el cual intervenga una persona debe asegurarse que los procedimientos sean públicos salvo las excepciones previstas por la ley, como por ejemplo los casos de violencia intrafamiliar o de delitos en los cuales se pueda revictimizar a las víctimas, es decir las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del proceso a fin de que puedan preparar sus estrategias jurídicas de defensa.

Otra de las garantías del derecho a la defensa, es la prohibición expresa de interrogar a cualquier persona, sin la presencia de su abogado o defensor público ni aún con fines de investigación, en este sentido organismos como la Fiscalía General del Estado, autoridades policiales o cualquier otra, no pueden violentar esta disposición. Las garantías del derecho a la defensa no solo se extienden para los ciudadanos ecuatorianos, sino también para los extranjeros o connacionales que hablen otro idioma para lo cual deberá ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

La defensa que debe ejercer una persona procesada en procedimientos judiciales, debe ser técnica y profesional es por esto que debe4 contratar los servicios de una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público en caso de no contar con recursos, en todo caso no podrá restricción en torno al acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. El Abogado es el llamado a convertirse en la figura primordial en el proceso, pues cumple una función de vigilar que las garantías del derecho de su defendido se cumplan inexorablemente constituyéndose en un garante vivo del proceso.

Toda defensa de una persona procesada podrá presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes, de la misma forma puede evacuar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, luego de ser analizadas bajo el principio de contradicción.

Por el principio de contradicción debe ser admitido a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento del reclamo de la contraria. De modo que el impulso y la colaboración en la jurisdicción le llegan al órgano judicial de dos partes; el juez

no debe decir en virtud de una sola propuesta de providencia, sino que debe 33 escoger entre dos propuestas, por lo general antitéticas. (Calamandrei, 1973, p. 214).

Para el correcto accionar del principio de contradicción cada una de las partes debe contar con la oportunidad de conocer las pretensiones y los medios probatorios de la contraparte y por esa razón es necesario un tiempo prudencial a fin de analizar los fundamentos contenidos en la demanda y en base a ello coordinar y obtener las pruebas suficientes y necesarias para generar los fundamentos de descargo en la contestación, la imposibilidad de actuar prueba y de aplicar el derecho a la contradicción violenta los derechos constitucionales y los derechos humanos que establecen incluso la posibilidad de realizar contra interrogatorios a los testigos de la contraparte.

Una de las garantías de mayor importancia del derecho a la defensa a nuestro parecer, es la que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, es decir no podrá someterse a un nuevo proceso si las circunstancias constitutivas del mismo son iguales a las juzgadas en proceso anterior. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena no son la excepción a pesar de tener su propia normativa y el derecho consuetudinario con el cual resuelven los conflictos.

Por lo general, los actos de las personas son realizados en compañía de los demás integrantes de la sociedad, quienes al estar presentes se convierten en testigos de lo sucedido y en el caso de presentarse una acción judicial estos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad a responder al interrogatorio respectivo. De la misma forma quienes en razón de su experticia actúen como peritos dentro de los procesos judiciales deberán acudir obligatoriamente a sustentar los informes emitidos de su trabajo, en caso de no hacerlo deberá ser sancionado, puesto que estará perjudicando el derecho a la defensa de las partes procesales.

Siendo los administradores de justicia los garantes del cumplimiento de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos, los mismos deben acatar las reglas procesales del derecho a la defensa de las partes, como el ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente, aspecto de vital importancia para evitar vulneraciones de

derechos. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto, pues para esto se ha creado el poder judicial.

La sentencia o resolución es la decisión que emite un administrador de justicia respecto de la causa expuesta a su conocimiento, es aquí donde se pone a prueba el profesionalismo y la experiencia del juzgador, pues el mismo debe motivar adecuadamente enunciando las normas o principios jurídicos en que se funda, en caso de no explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho se provocara la nulidad del fallo y al mismo tiempo la sanción para los responsables.

Finalmente, todo proceso judicial termina con la emisión de una sentencia por parte del administrador de justicia, el mismo determina que siempre existirá un vencido y vencedor, pero a pesar de ello las partes no pueden quedar conformes con la decisión y podrán recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, interponiendo recursos legales como el de apelación ante la Corte Provincial y de esta forma buscar que se materialice el principio de doble conforme, al evacuar las dos instancias determinadas por la justicia ecuatoriana para los procesos judiciales.

En conclusión, las garantías dispuestas por la Constitución de la República en cuanto al derecho de defensa son aquellas reglas procesales que deberán cumplir de forma estricta los administradores de justicia que prevengan en el conocimiento de las causas y en caso de no hacerlo se provocara vulneraciones de derechos que deberán ser corregidas por juzgados o tribunales de mayor jerarquía.

#### **3.2.4.3 Aplicación del derecho a la defensa en la justicia indígena**

Desde tiempos milenarios los pueblos y nacionalidades indígenas han ejercido prácticas y costumbres basadas en su derecho consuetudinario, en este sentido la administración de justicia es parte de este derecho, teniendo sus propios preceptos, objetivos, fundamentos características y principios. Las autoridades indígenas serán las encargadas de cumplir y hacer cumplir las normas, valores y principios comunitarios y los fundamentales como ama killa, ama llulla, ama shua (Solidaridad, reciprocidad y colectividad).

En la administración de justicia indígena, el procedimiento que forma parte del derecho a la defensa es la oralidad en todas las fases del proceso de juicio, dándole a las partes procesales la posibilidad de refutar las acciones que se investigan, con la finalidad de demostrar de desvirtuar la acusación ante la Asamblea que tiene conocimiento de la causa, es decir para que las autoridades indígenas puedan considerar los argumentos y evidencias expuestas, para que posteriormente sean tomadas en cuenta al emitir el fallo.

Como parte del derecho a la defensa, las autoridades indígenas en el proceso de juzgamiento realizan su propia investigación con ayuda de los comuneros, con la finalidad de alcanzar la verdad sobre el conflicto puesto en su conocimiento, de la misma forma no podrán impedir la intervención de un abogado especializado en derecho indígena, como patrocinador de cualquiera de las partes.

Es parte del derecho a la defensa en la justicia indígena, la intervención de los demás comuneros y de los familiares de los involucrados con la finalidad de solucionar los problemas a través del diálogo y el aconsejamiento para buscar la solución. Por otro lado, las mismas partes pueden defenderse por sí mismas sin la intervención de abogados.

Las autoridades indígenas que intervienen en los procesos de juzgamiento deben emitir su resolución de forma verbal y posteriormente la reducirán a escrito en donde deben realizar una adecuada motivación, de no hacerlo su fallo puede ser invalidado por la Corte Constitucional, sin embargo, la sentencia emitida en caso de no adolecer de fallas será ratificada.

En conclusión, en la justicia indígena al igual que en la ordinaria se garantiza el derecho a la defensa de las partes, si bien cuentan con algunas diferencias formales y materiales, en esencia su finalidad es dar a cada una de las partes la oportunidad de ejercer su defensa por sus propios derechos o a través de un profesional del derecho, que cuidara que los derechos de su patrocinado no sean vulnerados en el juzgamiento.

### **3.2.5 Derechos humanos de las personas**

#### **3.2.5.1 Concepto de derechos humanos**

Los Derechos Humanos también conocidos como fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos inherentes a todos los seres humanos, es decir cualquier persona titular de un derecho expuesto en forma positiva de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional e internacional, la misma que podrá exigir el cumplimiento de los mismos.

Los derechos humanos pueden definirse como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte". (Faúndez, 1996, p. 21).

Los Derechos Humanos es una herramienta esencial en el mundo del Derecho Internacional Público y en especial para las personas naturales y en algunos casos jurídicas, convirtiéndose en un bien jurídico a proteger por parte de un Estado, para garantizar su dignidad, obligándose a respetarlos y garantizarlos. Los Derechos Humanos en general tienden a proteger y mejorar las condiciones del ser humano permitiendo que este encuentre un perfecto equilibrio de justicia en base a la protección de sus derechos mediante el uso de instrumentos internacionales, que la mayoría de los países del mundo han aceptado como norma internacional.

Los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos<sup>4</sup> que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que

permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros. (Morales Gil, 1996, p. 19).

Al hablar de derechos humanos nos estamos remitiendo al hecho que para que una persona ejerza sus libertades y obligaciones necesita de indispensables derechos básicos que los adquiere por el mero hecho de ser una persona, en tal sentido al ser mecanismos de defensa cuentan con características propias que los distinguen de otros derechos, así tenemos que son innatos o inherentes por nuestra calidad de humanos, esto quiere decir que al nacer y tener vida somos acreedores a una serie de derechos y garantías que garantizaran la libertad y la dignidad humana en todas sus aristas.

Esta característica se encuentra determinada en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos que dice: Todas las personas nacemos con derechos que nos pertenecen por nuestra condición de seres humanos. Su origen no es el Estado o las leyes, decretos o títulos, sino la propia naturaleza o dignidad de la persona humana. (Declaración de los Derechos Humanos, 1948).

Otra de las características de los derechos humanos es la universalidad, es decir su reconocimiento a nivel mundial a pesar de que son intrínsecos y propios de cada individuo independiente de su raza, sexo, cultura o religión nacionalidad, sin embargo, aún se tiene que enfrentar que, en muchos lugares ignorados, por lo tanto, no se aplican y no se cumplen.

La Universalidad lleva consigo la premisa de que todos los Estados deben reconocerlos y garantizarlos sin importar el sistema político ideológico de sus programas de gobierno, sin embargo existen muchos casos de violación de los mismos, es por esto que Internacionalmente y ante la falta de garantía de su respeto y cumplimiento, los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas han constituido El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que a su vez ha creado La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en la ciudad de Washington D.C. y La Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica.

De la misma forma, los derechos humanos son inalienables y por lo tanto no susceptibles de transmisión, venta o cesión, etc.; es decir son legítimos de cada individuo lo que implica que ni siquiera con la voluntad de la persona, se le pueden ser negados o limitados como por ejemplo en la esclavitud sexual o laboral, ninguna persona puede renunciar a ellos, por lo tanto no puede ser sometido a ninguna acción que afecte directamente a su dignidad y libertad así como a otros derechos intrínsecos del ser humano.

Ninguna persona natural o jurídica o institución del Estado está en la facultad de violar los derechos humanos total o parcialmente, es decir son inviolables y en caso de existir afectación alguna se estará atentando contra la dignidad de las personas, razón por la cual recibe amparo de nuestra Constitución de la República.

Otra característica propia de los derechos humanos es su obligatoriedad por lo tanto el Estado y sus instituciones deben obligatoriamente garantizar y aplicarlos en beneficio de sus titulares, además deberá tomarse y desarrollarse todo tipo de política pública que permitan su efectivo goce y disfrute, sin que ninguna autoridad pueda tener excusa alguna para su no reconocimiento y aplicación.

Los derechos humanos son una figura jurídica que trasciende fronteras, es decir son totalmente reconocidos y protegidos por la comunidad internacional que puede y debe intervenir cuando considere que un Estado está violándolos, sin que esto signifique la violación de la soberanía.

Por otro lado, existe una característica bastante discutida y a veces confundida como lo es la indivisibilidad e independencia de los derechos humanos debido a la jerarquización que se le ha querido dar a ciertos derechos humanos sobre otros, sin embargo el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de la Constitución de la República ha eliminado esa calificación al determinar que todos los derechos se encuentran en el mismo nivel de paridad o equidad.

Finalmente, los derechos humanos son imprescriptibles e irrevocables porque no se pierden por el transcurso de tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no,

debido a que todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona quede irrevocablemente integrado a la categoría de Derecho Humano, que en el futuro no se puede perder.

### **3.2.5.2 Clasificación de los derechos humanos**

Los derechos humanos como ya se estudió, son el resultado de años de lucha para lograr que se valore al ser humano y se le tome en cuenta en todos los ámbitos. Por consiguiente, su reconocimiento no se dio de la noche a la mañana, sino que fueron gradualmente reconocidos y es precisamente de esta cronología de donde nace su clasificación.

En este sentido, la constante lucha de la raza humana para lograr una protección adecuada de su dignidad e integridad han determinado que los derechos humanos reconocidos en su beneficio, sean clasificados en tres grandes ramas, así tenemos en primer lugar los derechos civiles o políticos que los podemos definir de la siguiente forma:

Estos se fundamentan en la libertad y surgen ante la necesidad de oponerse a los excesos de la autoridad. Se proclamaron para limitar las competencias o atribuciones del Estado y se instituyeron como garantías a la libertad. Entre los primeros se cuentan los dirigidos a proteger la libertad, seguridad e integridad física y espiritual de la persona humana. Tales derechos son el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser tenido en estado de esclavitud o servidumbre; el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, incluido el derecho a un juicio justo; el derecho a la intimidad e inviolabilidad en el hogar y en la correspondencia; y, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia o religión. Entre los derechos políticos están el derecho a la libertad de opinión y expresión; el derecho a la libertad de reunión y asociación; el derecho a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a votar y a ser elegido. (Manual de derechos humanos, 2014, p. 31).

Estos son los primeros derechos humanos que fueron reconocidos por los Estados en el siglo XVIII es por esto que también reciben la denominación de derechos de primera generación que surgieron gracias a la lucha por fomentar la libertad y minimizar la intervención de los poderosos en la vida privada de las personas y garantizar la participación de todos los ciudadanos en el aspecto político.

Sin embargo, el objetivo fundamental del reconocimiento de los derechos humanos era garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos, es ahí donde nace la iniciativa de fomentar los derechos de segunda generación.

Se fundamentan en la igualdad y en consecuencia el ser humano le exige al Estado que cumpla con ciertas obligaciones de dar y hacer. Entre los derechos económicos, sociales y culturales figuran el derecho al trabajo, a unas condiciones de trabajo justas y favorables, a un salario justo, a la seguridad social, a una alimentación, vestuario y albergue adecuados, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la protección económica por discapacidad, A la protección y asistencia de la familia, madres e hijos, a la huelga y sindicalización, a la educación, cultura y ciencia. (Manual de derechos humanos, 2014, p. 32).

Por otro lado, encontramos los derechos de tercera generación o derechos de los pueblos, surgen como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones y los distintos grupos que las integran. Hacen referencia a tres tipos de bienes: paz, desarrollo y medio ambiente como un objetivo conjunto que debe alcanzarse:

Los Derechos de los Pueblos tienen la finalidad de proteger los derechos de la humanidad por lo que conformado por el derecho a la paz, derecho a un medio ambiente sano, derecho al desarrollo, derecho a una vida digna, derecho a la justicia internacional, etc. Se refiere a la protección de las nacionalidades o pueblos como unidades culturales que habitan un territorio, como son los pueblos indígenas, afroecuatorianos, montubios, etc. quienes tienen el derecho a la tierra y territorio, a la identidad cultural, a la libre determinación, justicia y

derecho propio, consulta y participación en la toma de decisiones, al desarrollo, propiedad intelectual, etc. (Manual de derechos humanos, 2014, p. 32).

Sólo mediante un espíritu solidario de sinergia, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas, será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales relativas a la paz, la calidad de vida o a la libertad informática, es por esto que las Naciones decidieron poner como objetivo fundamental la solidaridad.

A lo largo del tiempo esta es la clasificación tradicional de los derechos humanos que se ha venido manejando, sin embargo los avances tecnológicos que se ha logrado han hecho que muchos autores hablen de derechos de cuarta generación o derechos tecnológicos al servicio de la humanidad, pero existen ciertas situaciones que se salen de control y las herramientas tecnológicas son utilizadas de forma errónea, razón por la cual es necesario dotar a las personas de derechos adicionales para su protección.

Este conjunto de avances en informática, matemática aplicada y tecnología de telecomunicaciones que se agrupan bajo la etiqueta de nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), han cambiado nuestras relaciones sociales de un modo tan acelerado, que han producido una auténtica revolución de la información, del mismo modo que en su momento fue la revolución Industrial; amenazando con transformar por completo nuestra idea de sociedad y de las estructuras que la conforman. El uso de las informaciones permite influir y controlar la conducta de los ciudadanos sin necesidad de recurrir a medios coactivos, por lo que la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos y políticos se hallan determinadas por el acceso a la información. Hoy en día asistimos a la aparición de nuevas estructuras sociales, de nuevas formas de interrelación humana, de nuevas comunidades virtuales, cuyo patrón de adscripción no es el territorio, ni la lengua compartida, sino un nuevo modelo visionario de la sociedad que encuentra en la comunicación no presencial un elemento de unión entre individuos, y que en su conjunto representan también el riesgo de la aparición de otras maneras de agresión al sistema de derechos humanos (Aguilar, 2010, p. 13).

Algunos autores se atreven incluso a pensar más allá y ya empiezan a hablar de derechos de quinta y sexta generación, en donde las personas tendrán que definitivamente ser amparadas ante las máquinas y su desarrollo tecnológico, puesto que las mismas en algún momento pueden alcanzar una conducta autárquica (libre) con respecto a su programador y realice un acto ilegal o atentatorio contra la humanidad.

Otros autores, ya hablan incluso de la sexta generación de derechos humanos en la cual habrá que amparar a la humanidad contra seres trans - humanos y en un estado ulterior (posterior) post-humano, o por utilizar una expresión mucho más viable, personas con identidad genética-cognitiva-informacional alterada por la modificación gano-nano-robo-tecno.

En conclusión, los derechos humanos son las herramientas jurídicas de protección de la raza humana que habita este planeta, la misma que con anteriores intervenciones bélicas de nivel mundial se vio amenazada de extinción y que hoy en día con los avances tecnológicos en todos los campos, se torna mucho más vulnerable y sensible a su destrucción y aniquilación masiva, razón por la cual las naciones deben unir esfuerzos y mantener la paz como objetivo primordial de supervivencia.

### **3.2.5.3 Tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el Ecuador**

Los Derechos Humanos han ido complementándose con varios instrumentos vinculantes más específicos, que incluyen tanto normas sustantivas de derechos humanos como disposiciones de aplicación para los procedimientos de denuncia, elaboración de informes e investigación y otras cuestiones. Junto con los dos Pactos, estos tratados forman lo que generalmente se conoce como los tratados básicos de derechos humanos que son los siguientes instrumentos:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado en 1966; entra en vigor en 1976), a partir de la vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se reconocieron una serie de principios inherentes a la condición humana, sin

embargo era apenas lo básico, razón por la cual se ha complementado con otros documentos, pactos y declaraciones.

Pronto se dio cuenta la comunidad internacional que la Declaración de Derechos Humanos era un documento que contenía lo esencial en esta materia, pues apenas esbozaba algunos elementos fundamentales para el bienestar de las personas, es así como en 1966, cuando era evidente que la Carta en sí misma no evitaba los conflictos armados que surgieron a partir de 1948, la ONU aprobó dos pactos más cuya función era reforzar la Declaración inicial, siendo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos el primero de ellos y posteriormente se emitiría el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A partir de entonces, los dos pactos y la Declaración de 1948 conformaron lo que ahora se conoce como la Carta de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adoptado en 1966; entra en vigor en 1976), los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) eran de exigibilidad inmediata, en cambio estos derechos fueron establecidos con aplicación progresiva, razón por la cual se los conoce como derechos de segunda clase en relación con los derechos civiles y políticos.

En 1985 se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), con la finalidad de incentivar a los Estados la aplicación directa de estos derechos y su judicialización, está compuesto por un grupo de expertos independientes al que los Estados están obligados a presentar informes periódicos sobre cómo se están ejercitando.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Adoptada en 1965; entra en vigor en 1969); Esta convención específica a la discriminación racial como: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga el objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública (art. 1). Asimismo, establece que los Estados parte se comprometen a enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la

discriminación racial o perpetuarla donde ya exista, así como a no participar en ningún acto o práctica de discriminación racial, y a prohibir y poner término a toda discriminación racial por parte de cualquier individuo, grupo u organización. (Bregaglio, 2008, p. 108).

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada en 1984; entra en vigor en 1987); A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, las naciones han buscado la manera de prohibir y erradicar la tortura y el maltrato. El artículo 5o. de la Declaración señala que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. (García de Alba, 2005, p. 19).

Convención sobre los Derechos del Niño (Adoptada en 1989; entra en vigor en 1990); instrumento por medio del cual se dio paso al reconocimiento como titulares de derecho a los niños, niñas y adolescentes, dejando atrás la doctrina de la situación irregular del menor y dando paso a una protección integral.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Adoptada en 2006; entra en vigor en 2008); la misma que establece un trascendental cambio de paradigma en la regulación de la capacidad jurídica, que consiste en el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas en situación de discapacidad, y en el paso del sistema de sustitución al sistema de apoyo en la toma de decisiones. (Benavides, 2005, p. 53).

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Adoptada en 2006; entra en vigor en 2010), la misma que se establece gracias a la extrema gravedad de la desaparición forzada, que constituye un delito y, en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional, un crimen de lesa humanidad, decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada, teniendo presentes el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación. (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2006).

Por último, se encuentra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que a través de sus intervenciones ha logrado sancionar vulneraciones de derechos y establecer directrices de obligatoria aplicación ante la presencia de vacíos legales en las respectivas legislaciones de los Estados parte de la Comisión y la ONU.

#### **3.2.5.4 Derechos humanos de los justiciables en la justicia indígena**

Del análisis realizado a lo largo de este trabajo sobre la justicia indígena, se puede establecer con claridad que las teorías actuales sobre la justicia tienen como punto de encuentro a los derechos humanos; en este sentido, siendo la justicia indígena un caso particular de coexistencia el derecho estatal y el derecho de los indígenas, queda por explicar de qué manera la segunda concepción es compatible con las exigencias del respeto a los derechos humanos, que es común tanto en los instrumentos de protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas como en la Constitución de nuestro país.

El respeto a los derechos humanos se presenta de diferentes maneras y con expresiones diferentes, así por ejemplo está el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) que exige a la jurisdicción indígena el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y a los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional; mientras que la declaración de la ONU refiere como límites a la jurisdicción indígena la ley, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y los derechos y las libertades de los demás. (Cruz, 2017, p. 111).

Las comunidades y pueblos indígenas del Ecuador, vienen administrando Justicia dentro de sus territorios, en base a la costumbre establecida en cada comunidad, esta debe ser totalmente respetuosa de los derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales, al respecto hay serias controversias en nivel nacional, puesto que las sanciones impuestas en su sistema de juzgamiento, son extremas y atentatorias contra los derechos humanos de los justiciables.

En el caso de la justicia indígena es la costumbre la que determina la proporcionalidad del castigo con la falta, es decir que el castigo a imponerse debe estar congruente a la falta cometida, pues no es lo mismo atentar contra la vida que contra la propiedad, sin embargo el ajusticiamiento con penas crueles y atentatorias contra la integridad física y psicológica de los justiciables, pone en tela de duda el respeto de los derechos humanos por parte de las comunidades indígenas y sus autoridades.

Este derecho ha sido el más cuestionado por la sociedad y las instituciones de defensa de los Derechos Humanos, porque han realizado un análisis de los hechos fuera de contexto de la cosmovisión cultural y social que tienen las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, donde el látigo, el baño o la ortiga conlleva la reacción curativa y reivindicativa de los actores involucrados. No todos los pueblos indígenas manejan este tipo de sanciones corporales, pero aquellas que la realizan son severamente cuestionadas. (Rosa, 2009, p. 454).

Para algunos defensores de este tipo de penas aplicadas por la justicia indígena, estas prácticas no deben ser consideradas torturas ni agresiones físicas y psicológicas, siempre y cuando este demostrado, que en esa comunidad es una forma tradicional de sanción social y que además permita la reivindicación de las partes asegurando la estabilidad y armonía comunitaria.

Este punto de vista u opinión no es compartida por Baltazar Rosa (2009) quien manifiesta que castigos como “el uso del látigo, la ortiga y el agua sirven para la purificación y regeneración del ser humano, quien por influencias de fuerzas negativas cometió un delito que afectó la armonía de las nacionalidades y pueblos” (p.454), esto quiere decir que la cosmovisión indígena al aplicar este tipo de sanciones está encaminada a sanar al infractor, limpiar el mal que se apodero de él y que lo llevó a trasgredir el orden; es decir que puede ser considerado un castigo desde el pensamiento cultural externo, pero no desde la cultura indígena.

En conclusión, la discrepancia está planteada y su solución no es muy fácil, más bien es compleja puesto que existe enfrentamiento de derechos y puntos de vista muy distintos pues para la justicia ordinaria significa un trato cruel las sanciones impuestas, mientras

que para los indígenas es un método de purificación aceptado y considerado como un medio para depurar su alma, más esto no quiere decir que se produzcan excesos al momento de la aplicación del llamado ritual de purificación, razón por la cual las autoridades indígenas están llamadas a precautelar la integridad física de los sancionados, es decir, que si bien se puede realizar el ritual se debe procurar que su aplicación no provoque lesiones permanentes que en el corto, mediano y largo plazo afecten la calidad de vida de las personas sancionadas dentro de las comunidades indígenas.

### **3.2.6 Situación problemática**

En los últimos años, el Ecuador se ha visto envuelto en varias noticias alarmantes sobre hechos punibles que han causado conmoción social, hechos que no solo se ejecutan en las zonas urbanas sino también en las zonas rurales del Ecuador, problemática que tiene más relevancia cuando por motivo de la migración y falta de empleo, las personas extranjeras en su mayoría de nacionalidad colombiana y venezolana, han violentado un territorio considerado un Dios para las culturas indígenas como lo es la pacha mama, cometiendo varios actos delictivos que por su cultura extranjera no tienen el mínimo conocimiento de cómo van hacer juzgados, aplicándose en contra de ellos algo más que una sanción penal, sino que también existe la aplicación de una justicia basada en actos culturales como lo es la implementación del agua fría, la ortiga y los latigazos, circunstancias que se han descontrolado produciendo linchamientos que es algo muy distinto a lo verdaderamente reconocido como legal, por tal motivo vamos a realizar un estudio jurídico sobre el debido proceso de la justicia indígena y sus debilidades a la hora de aplicar métodos que pueden alterar los derechos humanos de los justiciados y su derecho a la defensa.

### **3.2.7 Formulación y justificación del problema científico**

¿Las autoridades indígenas, cumplen con el debido proceso en la justicia indígena?

### **3.2.8 Objetivos de la investigación**

#### **3.2.8.1 Objetivo general**

Realizar un estudio jurídico sobre el cumplimiento del debido proceso y derecho a la defensa en la justicia indígena, para evitar la vulneración de los derechos humanos de los justiciables.

#### **3.2.8.2 Objetivos específicos**

- Efectuar un análisis jurídico, sobre el debido proceso y el derecho a la defensa en la justicia indígena, en base a las normas constitucionales, los convenios de derechos humanos, la costumbre y la doctrina.
- Determinar en qué casos se aplica la justicia indígena y si los mismos cumplen con las garantías básicas del debido proceso y el derecho a la defensa de los justiciables.
- Diferenciar el debido proceso y el derecho a la defensa de los justiciables, dentro de la justicia indígena.

## CAPITULO II.- MARCO METODOLOGICO

### 4.1 Enfoque de la investigación

**Cuantitativo:** La metodología cuantitativa, se centra en los aspectos observables susceptibles de cuantificación, y utiliza la estadística para el análisis de los datos. Es el procedimiento que busca cuantificar los datos y en general aplicar alguna forma de análisis estadístico señalar, entre ciertas alternativas, usando magnitudes numéricas que pueden ser tratadas mediante herramientas del campo de la estadística. Por eso la investigación cuantitativa se produce por la causa y efecto de las cosas.

Consiste en el contraste de teorías ya existentes a partir de una serie de hipótesis surgidas de la misma, siendo necesario obtener una muestra, ya sea en forma aleatoria o discriminada, pero representativa de una población o fenómeno objeto de estudio. Por lo tanto, para realizar estudios cuantitativos es indispensable contar con una teoría ya construida, dado que el método científico utilizado en la misma es el deductivo.

Para que exista metodología cuantitativa se requiere que entre los elementos del problema de investigación exista una relación cuya naturaleza sea representable por algún modelo numérico ya sea lineal, exponencial o similar. Es decir, que haya claridad entre los elementos de investigación que conforman el problema, que sea posible definir, limitarlos y saber exactamente dónde se inicia el problema, en qué dirección va y en donde desencadenara.

Su naturaleza es descriptiva, permite "predecir" el comportamiento del consumidor, los métodos de investigación incluyen experimentos y encuestas, para que posterior los resultados sean descriptivos y puedan ser generalizados.

Determinamos que la metodología cuantitativa estudia conductas y otros fenómenos observables, mostrando el comportamiento humano en situaciones naturales o artificiales, generando datos numéricos para representar los resultados, brindando el respaldo necesario para llegar a conclusiones generales de la investigación, debido a que estos datos son objetivos con orientación hacia un resultado estadístico.

Ante el problema de estudio, se fundamenta el enfoque cuantitativo que es secuencial y probatorio, parte de una idea que va acotándose y una vez delimitada, se derivan objetivos y preguntas de investigación, de las preguntas se establecen hipótesis y determinan variables; se desarrolla un plan para probarlas (diseño), luego se miden las variables y se realizan conclusiones. Con este enfoque se va a obtener con detalle, cuantos procesos de justicia indígena se han llevado a cabo en la comunidad de Topo, cantón Cotacachi y si los mismo se han llevado respetando los derechos humanos y derecho a la defensa de los justiciados. Los elementos de la investigación son claros, definidos y limitados. Los resultados obtenidos son de índole numérica, descriptiva y, en algunos casos, predictiva.

**Cualitativo:** La metodología cualitativa es de base lingüístico- semiótica usada principalmente en ciencias sociales. Se suele considerar técnicas cualitativas todas aquellas distintas a la encuesta y al experimento. Es decir, entrevistas abiertas, grupos de discusión o técnicas de observación y observación participante. La investigación cualitativa recoge los discursos completos de los sujetos para proceder luego a su interpretación, analizando las relaciones de significado que se producen en determinada cultura o ideología.

Se debe diferenciar entre la investigación cuantitativa asigna valores numéricos a las declaraciones u observaciones, con el propósito de estudiar con métodos estadísticos posibles relaciones entre las variables y generalizar los resultados a determinada población a través de técnicas de muestreo. Por el contrario, la investigación cualitativa no insiste en la representación. Afronta sus problemas de validez externa a través de diversas estrategias, entre ellas la permanencia prolongada en el campo, la triangulación de resultados o la adopción de representatividad estructural: incluir en la muestra a miembros de los principales elementos de la estructura social en torno al fenómeno de estudio.

Es multimetódica en el enfoque interpretativo, naturalista hacia su objeto de estudio. Esto significa comprender la realidad en su contexto natural y cotidiano, intentando interpretar los fenómenos de acuerdo con los significados que le otorgan las personas

implicadas. Con la investigación cualitativa, se obtienen datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable.

Cabe señalar que la investigación con enfoque cualitativo, al usar la inducción intenta dar respuesta a la pregunta y objetivos del proyecto investigativo, podemos definir la investigación cualitativa como el estudio de la gente a partir de lo que dicen y hacen las personas en el escenario social y cultural por lo que la investigación se fundamentara, en un análisis minucioso de los hechos y las personas partícipes en la justicia indígena, con el cual se conocerá a detalle sus experiencias, pensamientos y creencias que los motiva a tomar la justicia por sus propias manos. De esta manera la información forma parte de una mirada holística. Comprende que su objeto de estudio responde a una cultura, cuyos valores se debe respetar para que el análisis sea válido.

## **4.2 Tipo de investigación**

### **4.2.1 Nivel**

**Explicativo:** Se orienta a establecer las causas que originan un fenómeno determinado. Se trata de un tipo de investigación cuantitativa que descubre el por qué y el para qué de un fenómeno. Con esta investigación se revelan las causas y efectos de lo estudiado a partir de una explicación del fenómeno de forma deductiva a partir de teorías o leyes. La investigación explicativa genera definiciones operativas referidas al fenómeno estudiado y proporciona un modelo más cercano a la realidad del objeto de estudio.

Establecer este tipo de investigación contribuye a conocer a fondo la justicia indígena dentro de sus competencias y por qué muchas veces estos métodos de justicia vulneran los derechos humanos de los justiciados. Siendo los resultados y conclusiones de este tipo de investigación el que nos refleje un nivel profundo de conocimiento del objeto estudiado, de esta forma se puede distinguir las causas de muchos procesos, lo que al mismo tiempo permite anticiparse a los posibles efectos que puedan generar algunos cambios en el enfoque de estudio. Como técnicas a emplear en la investigación son el estudio de casos vivenciales, estudios correlacionales y revisión bibliográfica.

### 4.2.2 Diseño

Es un trabajo con diseño de campo que se aplica extrayendo datos e informaciones directamente de la realidad a través del uso de técnicas de recolección (como entrevistas o encuestas) con el fin de dar respuesta a alguna situación planteada previamente. Se va a realizar la investigación científica, dentro del territorio perteneciente a la provincia de Imbabura, cantón Cotacachi, comunidad Topo, en donde mediante la aplicación de entrevistas, se analizará el porcentaje de casos sometidos a la justicia indígena y si los mismos son atentatorios a los derechos humanos. De esta manera se comenzará la etapa exploratoria, donde se empieza a tantear el terreno y se plantearán las limitaciones de la investigación, A partir de entonces se elabora los instrumentos que se utilizan para recoger datos (entrevistas), los cuales proporcionarán una información que deberá ser analizada en sumo detalle de la cual será posible extraer un índice provisional para posterior la redacción final de resultados.

### 4.2.3 Métodos

**Histórico jurídico:** El método histórico-jurídico es esencial en la elaboración, interpretación y aplicación de normas jurídicas. Como método de la ciencia del Derecho puede identificarse en su estructura un conjunto secuenciado de procedimientos que constituyen pasos para la solución de problemas profesionales.

En la ciencia de la historia del derecho, el método histórico es el que utiliza la historia del derecho como disciplina científica que incorpora los métodos de la ciencia histórica a un segmento de la vida social como es el jurídico. Hay quienes piensan que deben prevalecer los modos de investigación jurídicos por sobre los históricos, de manera que la historia del derecho es más una ciencia jurídica que una ciencia histórica. Por ello debe aislarse el Derecho de otros factores presentes en la vida social para describir su evolución autónomamente.

La escuela histórica del derecho pensó en que ésta era la expresión máxima de la jurisprudencia. La opinión que prevalece es, sin embargo, que la historia del derecho es una ciencia histórica, que intenta comprender las realidades jurídicas pretéritas pero conectadas con el resto de la realidad social. No obstante, para reconocer que se trata de

realidades jurídicas el historiador del derecho necesita también recurrir a los conocimientos y técnicas del derecho.

La formación histórica no debe limitarse a transmitir conocimientos sobre hechos pasados, para comprender el presente y el futuro: sin renunciar a esta pretensión cultural, debe articular un sistema de acciones y operaciones de enseñanza-aprendizaje dirigidas a formar el método histórico-jurídico que le permite ser un profesional más competente.

Se aplicará el método histórico jurídico, basado fundamentalmente en la doctrina y fuentes de derecho, con lo cual determinaremos si en realidad ha existido un avance en temas jurídicos pluriculturales y sociales en donde la justicia indígena juega un papel sumamente importante en la toma de decisiones tanto políticas como jurisprudenciales. De esta forma se puede encontrar el sentido de la ley de los precedentes, del derecho derogado y de la evolución de la institución jurídica.

**Socio jurídico:** Es una acción social dirigida a crear, modificar, extinguir, transferir, transgredir, aplicar y ejecutar normas generales o situaciones jurídicas concretas. Puede tratarse de cualquier conducta en la que dos o más sujetos prevean consecuencias que impliquen la aplicación heterónoma de normas coactivas. Es un método que estudia los problemas, las implicaciones, objetivos y todo aquello concerniente a las relaciones entre el derecho y la sociedad, trabaja directamente en el entorno, ya sea natural o social, del asunto o problema sobre el que está indagando.

La problemática existente entre los últimos hechos de justicia indígena, realizados en la provincia de Imbabura, cantón Cotacachi, comunidad de Topo, y sus consecuencias jurídicas que marcaran un antes y un después en la perceptiva de la sociedad frente a estos casos que muchas veces son de conmoción social, pero que no son analizados desde el punto de vista jurídico.

### **4.3 Técnicas e instrumentos de recolección de información**

El instrumento que se utilizará para la recolección de información será las entrevistas: Se utiliza una técnica de recolección de información mediante una interrogación estructurada o una conversación totalmente libre, en ambos casos se utiliza un

formulario o esquema con preguntas o cuestiones para enfocar la charla que sirven como guía. Es por esto, que siempre encontraremos dos roles claros, el del entrevistador y el del entrevistado.

La presente entrevista se realizara a profesionales del derecho que tienen su protagonismo tanto en el derecho ordinario así como en temas de administración de justicia indígena, también se cuenta con el valioso aporte del presidente del cabildo de la comunidad de Topo, del cantón Cotacachi, provincia de Imbabura.

Las preguntas a ser utilizadas para la recolección de información mediante el uso de la entrevista son las siguientes:

- 1.- ¿Según su criterio y su experiencia profesional qué significa o cómo define usted a la administración de justicia indígena?
- 2.- ¿Usted conoce con qué frecuencia se realizan procesos de justicia indígena, dentro de su territorio?
- 3.- ¿Cree usted que en la práctica de la justicia indígena se respetan los derechos humanos de los ajusticiados?
- 4.- ¿Usted estaría a favor de la creación de una ley o norma que regule el procedimiento de aplicación de la justicia indígena?
- 5.- ¿De qué manera considera usted que se podría mejorar la administración de justicia indígena en el Ecuador?

## **CAPITULO III.- RESULTADOS**

### **5.1 Presentación de resultados**

Dentro de la presente investigación, se mostraran los resultados obtenidos a través de las entrevistas realizadas al señor Sergio Guajan, quien durante seis años se ha mantenido como presidente del cabildo de la comunidad de Topo, una de las comunidades más grandes del cantón Cotacachi, así mismo se realizó la entrevista al Abg. William Tréboles, quien es profesional en derecho, conocedor de la justicia ordinaria y de la justicia indígena, ya que a pesar de ser mestizo, convive con la comunidad indígena, lo cual le ha llevado a ser parte de la dirigencia dentro de su hábitat, y por ultimo tenemos la entrevista realizada al Dr. Javier de la Cadena, quien actualmente se desempeña como Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, experto en el ámbito judicial al haber ocupado varios puestos como Fiscal de la Provincia de Imbabura, juez del Tribunal Penal de Imbabura, juez de la Sala de lo penal de la Corte Provincial de Imbabura, Presidente de la Corte Provincial de Imbabura, entre otras funciones que le han permitido tener una vasta experiencia para brindar un criterio formado sobre la justicia indígena.

Uno de los factores por los cuales se hizo difícil la obtención de más entrevistas, es la actual situación que vive el país en cuanto a la declaratoria de emergencia nacional de salud por el virus denominado covid-19, lo cual ha imposibilitado mantener contacto con más expertos en el tema de mi investigación, sin embargo creo tener la suficiente información para poder obtener un resultado óptimo y preciso sobre la actual situación de la justicia indígena y el respeto al debido proceso y derechos humanos de las personas que se someten a sus procedimientos.

### **5.2 Análisis e interpretación de resultados**

A las preguntas realizadas a los entrevistados, estas fueron sus respuestas, mismas que serán analizadas para obtener de mejor manera una idea más elocuente de lo que ellos piensan acerca del debido proceso y el respeto de los derechos humanos dentro de la justicia indígena.

### **5.2.1 Entrevista 1: Sr. Sergio Guajan**

**¿Según su criterio y su experiencia profesional qué significa o cómo define usted a la administración de justicia indígena?**

En nuestras comunidades le conocemos a la justicia indígena como justicia runa o justicia restaurativa. Entonces en ese caso nuestro procedimiento se basa efectivamente en las costumbres y las tradiciones de cada pueblo y así mismo todas las decisiones que se llevan a cabo se lo hacen a través de un eje principal que se maneja directamente en la comunidad y es resuelto por la asamblea de la comunidad.

Hay niveles de resolver conflictos de acuerdo a la gravedad, también la primera instancia que podemos decirle se maneja dentro de la familia; se maneja con los familiares, con los padrinos, con los compadres, con los vecinos, se trata de subsanar el delito.

Luego en caso de que no se logre solucionar en una primera instancia se pasa a la segunda.

En la segunda ya hay un comunicado a la dirigencia, al dirigente al presidente de la comuna de la existencia de un delito, entonces el dirigente convoca a todos los cinco miembros del Cabildo, empiezan a convocar a las dos partes y se da un proceso de diálogo para subsanar como se llama la infracción y en caso de que no se logre solucionar en esa etapa se convoca a una asamblea general con unos vecinos, depende del caso se convoca con días de anticipación a la Asamblea Extraordinaria precisamente para resolver el tema de la infracción, entonces ahí para la Asamblea acude a todos los dirigentes de las comunidades.

En caso de una limitación de que puedan asistir los otros gobiernos comunitarios en caso de tener interés no pueden hacerlo con la participación de hombres y mujeres dirigentes de juntas de agua, comisiones se decide la resolución se toma conjuntamente con la Asamblea.

**¿Usted conoce con qué frecuencia se realizan procesos de justicia indígena, dentro de su territorio?**

Efectivamente existen casos, aunque no frecuentemente, pero existe casos que sí demanda al conocimiento desde los gobiernos comunitarios para temas de resolución. Entonces centrándome en delitos podríamos hablar de que no hay un límite para nosotros actuar dentro de la jurisdicción indígena al derecho de un territorio determinado. No hay una norma que nos impida un problema interno para resolver los actos, nosotros tenemos toda la potestad.

Existe reglamentos, existen acuerdos ministeriales de tratados internacionales que a nosotros nos faculta y enmarcado en la norma nosotros cumplimos el debido proceso que nosotros también como justicia indígena tenemos, si se cumple todas las etapas y hemos resuelto casos digamos los más leves se podría considerar el tema de demarcación de linderos, posesiones, adjudicaciones, hay algunas que puede haber conflictos como la usurpación de terrenos.

Existe también violaciones también se ha resuelto y que se han dado buenos resultados con las sanciones que se han aplicado dentro de la comunidad y hay otros delitos u otros casos o conflictos que sí se pueden resolver. Hay comunidades que si en verdad se maneja, manejamos nosotros como Topo Grande.

El tema de pensiones alimenticias no es una restricción para nosotros, la justicia indígena nosotros resolvemos, conversamos, fijamos montos y los encargados del cumplimiento somos la dirigencia y una comisión que día a día hacen el seguimiento del mismo.

**¿Cree usted que en la práctica de la justicia indígena se respetan los derechos humanos de los ajusticiados?**

Si, como tanto en la justicia ordinaria como en la justicia indígena prevalece la tutela de los derechos. Es por eso que la decisión que se toma es conjuntamente con la Asamblea, no es una decisión de una autoridad digamos de un cabildo de los cinco miembros del

Cabildo, no es la decisión es en colectivo y si se respeta todos los derechos consagrados en la Constitución.

**¿Cuáles son las garantías que ustedes otorgan a los infractores dentro de su comunidad, cuando se les aplica el tema de la justicia indígena existe alguna garantía que tenga el infractor?**

Si, como en cualquier proceso nosotros al infractor le consideramos la presunción de inocencia a una justicia efectiva. También a estar informados sobre sus derechos y en caso de poder actuar con una defensa lo puede realizar no hay una restricción o una limitación, nosotros como dirigentes; digamos usted puede venir acompañado de un defensor lo puede realizar, no hay un límite.

**¿Usted estaría a favor de la creación de una ley o norma que regule el procedimiento de aplicación de la justicia indígena?**

Más bien ese caso nosotros como dirigentes no estaríamos de acuerdo en la creación de una norma debido a que nuestros procesos se centran más de como decía de las costumbres y las tradiciones del pueblo mismo las sanciones que se le emite no están enmarcados en una norma.

Todos los procesos que nosotros mantenemos en la comunidad ya son procesos que están en nuestros propios conocimientos, de los mayores de las mamás y ellos son los que nos guían también a los gobiernos para la resolución de conflictos, en ese caso no le veo pertinente la creación de una norma pero sí la creación de digamos que haya un control, sea que existe ese control constitucional en el cual nosotros no podemos sobrepasar esos límites.

**¿Usted ha mencionado que tiene una amplia experiencia de seis años en el manejo de la Presidencia de la comunidad de Topo, con esa experiencia, cuántos casos de justicia indígena se han dado en su comunidad?**

Las más graves se podría considerar anualmente, hay casos que son simples que se resuelven con dos o tres reuniones, el tema de demarcación de linderos, en caso de haber

conflicto se cita las dos partes se conversa se llega a un acuerdo se sienta en un acta y ya está solucionado el asunto.

Con el tema hablando de una violación, esos casos se requieren bastante investigación, o bastante coordinación con el Ministerio de Salud Pública para determinar la existencia de la violación, nosotros coordinamos con las instituciones, nosotros no es que como dirigentes actuamos por nuestras propias cuentas, tenemos mecanismos de coordinación y cooperación como manda la constitución y como manda la Ley Orgánica de Garantías Judiciales y Control Constitucional.

### **5.2.2 Entrevista 2: Abg. William Tréboles Baroja**

**¿Según su criterio y su experiencia profesional qué significa o cómo define usted a la administración de justicia indígena?**

La administración de justicia indígena parte del derecho consuetudinario parte del uso y la costumbre de los pueblos de los pueblos indígenas de los pueblos legalmente reconocidos de nuestro Estado ecuatoriano en cada provincia en cada jurisdicción. Existen asentamientos de comunidades pueblos o nacionalidades y están reconocidos plenamente en la Constitución y la Constitución como garantista de derechos reconocidos a otros pueblos dentro de su jurisdicción.

Existen lineamientos la justicia ordinaria y para los pueblos la administración de justicia indígena. Cómo definimos la administración de justicia indígena en el marco jurídico. Primero, en el tipo de relación que mantienen las comunidades dentro de su propia administración, el cabildo comunitario legalmente constituido e inscrito en el Ministerio de Agricultura, allí nace la competencia que tiene el cabildo para proceder a administrar justicia.

Existen muchas áreas en las que se puede aplicar la justicia indígena en el tema de asuntos vecinales, en el tema de tierras en el tema de problemas de violencia intrafamiliar incluso en tipos también penales se puede aplicar la justicia indígena.

**¿Cree usted que en la práctica de la justicia indígena se están respetando los derechos humanos de los ajusticiados?**

Hay que diferenciar el tema de qué representa la administración de justicia indígena para los pueblos y nacionalidades para los quechuas, y hay que también diferenciar qué representa la justicia indígena para el mundo occidental. Para nosotros para los mestizos cuando no entendemos el principio de la ancestralidad, podemos catalogarlo como un ajusticiamiento como un linchamiento como una práctica que vulnera derechos constitucionales. Pero si examinamos concretamente el derecho consuetudinario el que es transmitido de generación en generación de los abuelos a los padres de los padres a los hijos, vamos a entender de mejor manera cuál es el fin de la justicia indígena, es que los comunitarios que las personas que pertenecen a la jurisdicción se rijan bajo los reglamentos y lineamientos que establece la comunidad que establece el cabildo y que establece la asamblea comunitaria.

Ahora existe un debido proceso que se cumple en base al derecho consuetudinario, pero también han existido casos de que se han cogido a posibles infractores no por parte de los representantes del Cabildo sino que el populacho que procede a ajusticiar, esto no está determinado dentro de un marco legal y ahí sí podría existir vulneración de derechos constitucionales, vulneración de derechos humanos, vulneración de derechos civiles, sí podría existir.

**¿Usted estaría a favor de la creación de una ley o norma que regule el procedimiento de aplicación de la justicia indígena?**

El tema político primero debe estar estructurado para poder presentar una propuesta mediante un proyecto de ley a la Asamblea Nacional, no ha existido mayor interés por parte de los grupos políticos que representan la Asamblea Nacional para proponer un proyecto de ley, en el año 94 desde la universidad andina Simón Bolívar, se crea un proyecto de ley para la administración de justicia indígena debidamente formulado, pero este proyecto de ley no ha permitido llegar a ser presentado o posiblemente analizado por la comisión encargada de estos asuntos, por cuanto no ha tenido primero respaldo político en virtud de que las nacionalidades indígenas en el Ecuador son muy diferentes.

Existen alrededor de 17 nacionalidades indígenas en el Ecuador y cada nacionalidad indígena tiene su propio uso y su propia costumbre, por ejemplo, en la forma de vestir en la forma de celebrar sus tradiciones, sus bailes, en la forma de cómo por ejemplo festejan el nacimiento como festejan o cómo despiden a un ser humano que acaba de fallecer. Existen diferencias entre las nacionalidades entonces iban a existir puntos diversos y diferencias en cómo se administra la justicia indígena en Cotopaxi y cómo se administra la justicia indígena en Imbabura, existen diferencias como administrar justicia indígena en Turó como en Topo pertenecientes al cantón Cotacachi y cómo se administra justicia indígena en Imantag, por ejemplo. Entonces, sería viable el proyecto de ley, pero muy difícil que se pueda establecer estas diferencias dentro de un marco legal.

**¿De qué manera considera usted que se podría mejorar la administración de justicia indígena en el Ecuador?**

El sistema educativo refleja muchas carencias, en el Ecuador está estabilizado el impartir una educación intercultural bilingüe que en la práctica no sucede, anteriormente existían escuelas comunitarias o escuelas unidocentes que existían en las comunidades indígenas y lamentablemente fueron cerradas, ahora la gente tiene que salir del campo a la ciudad para acceder al servicio educativo. Existe una complicación en el sentido de que la educación que se le da al ciudadano común que vive en el casco urbano debe ser muy diferente a la que se le debe dar al indígena al sector rural, en base a sus propias normativas en base a sus propias formas de convivir en la familia, por ejemplo, existe mucha emigración del campo a la ciudad, el representante de la familia el padre del hogar tiene que salir de la comunidad por ejemplo a Quito a trabajar en la construcción, quien se queda a cargo de la familia es la esposa, pero la esposa también tiene que cultivar la tierra tiene que cuidar los animales tiene que estar pendiente de las tareas de los hijos, representa en su totalidad al núcleo familiar.

Entonces todos estos dogmas llamémoslo así tienen que ser gastados desde un principio en un sistema educativo eficiente pero que se enfoque a una verdadera educación intercultural donde se enfoque el tema de educar a la gente sobre sus usos y costumbres.

### **5.2.3 Entrevista 3. Dr. Javier de la Cadena Correa**

**¿Según su criterio y su experiencia profesional qué significa o cómo define usted a la administración de justicia indígena?**

Tenemos que partir de que la lucha indígena ha traído bastantes cambios al sistema jurídico ecuatoriano, en el año de 1998 en la Constitución del 98 ya se da la posibilidad de que los pueblos indígenas realicen su propio enjuiciamiento en base al derecho propio. Sin embargo, en el año 2008 en la Constitución se declara al Estado como un estado plurinacional e intercultural y esto tiene sus implicaciones, la plurinacionalidad implica primeramente de que tenemos muchas nacionalidades en el Ecuador creo que son 13 o 16 bueno no estoy seguro, en estas nacionalidades tienen la posibilidad de aplicar el derecho propio en el juzgamiento de sus problemas internos, aparte de esto pues el sistema democrático del Ecuador implica que el monismo jurídico que antes había se abra hoy y entramos a lo que conocemos como el pluralismo jurídico y esa es la posibilidad que da del artículo 171 de la Constitución donde básicamente permiten a los pueblos comunidades y nacionalidades indígenas aplicar su derecho propio en base a las costumbres que ellos tenían.

Entonces en este marco pues hay que analizar de qué nosotros estamos involucrados en lo que se llama el bloque de constitucionalidad que implica el acatamiento de los tratados y convenios que ha suscrito el Ecuador y dentro de estos convenios pues tenemos 169 de la OIT para pueblos indígenas y triviales donde básicamente ya se hace un reconocimiento a la posibilidad que tienen estos pueblos originarios de aplicar su derecho propio en el momento de resolver sus conflictos, en tal sentido pues es procedente la justicia indígena en nuestro país, el pluralismo jurídico debe aplicarse sin embargo de que faltan algunas situaciones por definir el derecho todavía es muy precario en este sentido dentro de nuestra patria.

**¿Usted conoce con qué frecuencia se realizan procesos de justicia indígena dentro de su territorio?**

Bueno hay que analizar de que en Ecuador como hemos dicho aparte de la plurinacionalidad se ha reconocido la interculturalidad y esta interculturalidad trae consigo de que los ecuatorianos debemos aceptarnos que somos un país diverso y en esa diversidad pues tenemos diferentes formas de vida diferentes cosmovisiones.

En la región central del Ecuador básicamente en las provincias de la sierra, hablemos Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Cañar, Loja, también se podría decir existe con mayor frecuencia la aplicación de la justicia indígena. Hemos visto que incluso esta aplicación de la justicia indígena al no estar totalmente definido en el ámbito de su aplicación a pesar de que la Constitución es clara igual que en el 169 nos dice que ellos están habilitados para para aplicar su derecho propio dentro de su territorio, sin embargo, hemos visto que todavía no está muy definido.

La Corte Constitucional ha ido a través de varias sentencias como el caso la Cocha Amauta Huasi, el caso waorani, el caso comunero de Cayambe, entre otras sentencias ha ido dando algunas luces para que se vaya regulando y se vaya delineando la competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Nosotros hemos visto aquí en Imbabura de que existen algunos procesos de justicia indígena, hemos tenido también algunos conflictos de competencia entre justicia ordinaria y justicia indígena, donde básicamente hemos tenido que aplicar tratados internacionales muchas veces hemos hecho ponderaciones especialmente en lo que se refiere a delitos de naturaleza sexual que nos han solicitado la declinación de competencia y en ese sentido pues hemos tenido que aplicar muchas veces los convenios y tratados internacionales de protección a mujeres, niñas, niños, adolescentes y negarles la declinación de la competencia a esta justicia que en todo caso está reconocida, en definitiva pues existe todavía como decía anteriormente una falta de normativa para delinear las competencias de cada estado cada una de estas jurisdicciones.

**¿Cree usted que en la práctica de la justicia indígena se respetan los derechos humanos de los ajusticiados?**

Bueno, el tema del 171 es que nos dicen que el límite para la justicia indígena es en definitiva el único límite que es el respeto a los derechos humanos y en ese marco pues

hemos visto que las mujeres tienen mucha trascendencia dentro de un juzgamiento, entonces el derecho de mujeres debe ser respetado, hemos visto que existe en la aplicación de justicia indígena a veces maltratos físicos sin embargo eso está dentro de su cosmovisión está permitido y eso es justamente parte del pluralismo jurídico; entender la diversidad del derecho; entender que para ellos es muy diferente.

El juzgamiento no es un juzgamiento reparatorio, consideran que, con ella con el baño, con esto lo consideran más bien como una sanación, pero también la exposición de ortiga y todas esas situaciones lo que más bien contribuye justamente al restablecimiento de la normalidad dentro de una comunidad.

Ahora analizar hasta dónde se respeta o no los derechos humanos ya tiene otras implicaciones porque los derechos humanos tienen una diversidad más amplia y existen casos en los que como indicaba anteriormente casos de violencia de género, violencia sexual, violencia psicológica, contra las mujeres donde ellos quieren aplicar el derecho propio el derecho indígena pero sin embargo ahí nosotros como justicia ordinaria desde nuestra cosmovisión creemos que allí se estaría violentando los derechos humanos.

**¿Usted estaría a favor de la creación de una ley o norma que regule el procedimiento de aplicación de la justicia indígena?**

Bueno este punto ha sido un punto que se ha venido debatiendo desde hace unos diez años aproximadamente, entiendo que Lourdes Tibán cuando estuvo en la asamblea creó ya el proyecto de ley para justamente delimitar las competencias entre justicia indígena y justicia ordinaria, pasó toda la presidencia del Congreso y nunca se lo sometió al debate, anteriormente había otro proyecto y hasta ahí ha llegado, entonces yo considero muy importante que se cree una norma para la aplicación de la justicia indígena y el límite con la justicia ordinaria, sin embargo tenemos la norma del Código Orgánico de la Función Judicial me parece que es el 364 no tengo muy claro, en el que establece un procedimiento cómo hacer para declinar la competencia y básicamente quien alegue aplicación de justicia indígena debe someterse a un pequeño sumario un juicio sumario para justificar que efectivamente se trata de una autoridad de la justicia indígena de que en este sentido es el dirigente y pertenece a una comunidad, eso por un lado y con eso solicitarlas la determinación de competencia pero yo creo que el tema de realizar o no

una norma también ha causado una polémica porque quienes están inmersos dentro de las comunidades indígenas plantean que el momento que se crea una norma se está superponiendo la justicia ordinaria o el derecho ordinario, al derecho indígena, porque ellos dicen que no creen mucho en la positivización normativa sino más bien pues se habla mucho del tema consuetudinario.

Entonces es el momento en que nosotros las normativizamos y lo arreglamos el derecho; ellos dicen que la justicia indígena se está sometiendo a la justicia ordinaria y ese no es el sentido lo que ellos más bien hablan es de un sentido de igualdad, pero en todo caso yo creo que en Ecuador aún no estamos preparados para un reconocimiento, así como ellos lo plantean, por tanto, una norma pues le haría mucho beneficio para delimitar las competencias entre estas dos jurisdicciones.

**¿De qué manera considera usted que se podría mejorar la administración de justicia indígena en el Ecuador?**

Bueno la administración de la justicia indígena pues como habíamos comentado tiene características totalmente diferentes a la justicia ordinaria, la justicia indígena tiene su derecho propio como lo habíamos planteado.

Entendemos que la aplicación de ellos pues es muy efectiva dentro de sus comunidades, el problema es cuando se da este conflicto de competencias entre justicia indígena y justicia ordinaria, ahora pues para salvar cualquier situación o cualquier inconveniente que haya causado a los derechos humanos la aplicación de la justicia indígena tenemos pues también las garantías jurisdiccionales entre ellas lo que es la acción extraordinaria de protección para decisiones de la justicia indígena con lo cual de una forma se podría decir disimulada se está realizando un control de constitucionalidad a estas decisiones y digo disimulada porque el control constitucional tiene otras implicaciones, las implicaciones justamente de ser de tener una definición propia como característica también propia lo que es el control difuso o el control concreto que definitivamente es otro punto de vista que no es materia de este análisis en este momento.

En todo caso mejorar la justicia indígena yo creo que también depende de nosotros quienes estamos en una justicia ordinaria para que ellos vayan creando su derecho para

que corte constitucional vaya sentando mayores precedentes que permitan viabilizar y mucho más pues si es que en algún momento el legislativo llega a establecer una normativa con la que las cosas estén claras y en el Ecuador ya no existe enfrentamiento entre justicia ordinaria justicia indígena.

### 3.3. Representación Gráfica de las Entrevistas

- **Aplicación de la Justicia indígena en territorio.**



- **Respeto a los derechos humanos en la administración Justicia Indígena.**



- **Creación de una ley que regularía la administración de Justicia Indígena**



### 3.4 Comentario y análisis de las entrevistas

Del análisis a las respuestas proporcionadas por los entrevistados, se puede decir que todos coinciden en que la justicia indígena es un derecho consuetudinario, propio de los pueblos indígenas que durante años han luchado por reivindicarse en el ámbito, social cultural, y porque no decir en una equidad de derechos que lo único que buscan es llegar al buen vivir, a esa forma plena de gozar los derechos inherentes al ser humano, sin embargo, también es importante mencionar que esa justicia tiene límites a los cuales deben someterse sus autoridades y sus mandantes, ya que al tener una amplitud de derechos, esto pueden ser abusados y utilizados de mala manera.

En cuanto a la segunda pregunta, se dice por parte de los entrevistados, que los castigos de la justicia indígena, se ha convertido últimamente en algo frecuente, que se aplica de manera más habitual en las zonas rurales de las provincias de Imbabura, Cotopaxi, Chimborazo y otras más, que a diferencia de otras urbes tienen más presencia de indígenas, que tienen la competencia de utilizar su justicia para resolver de manera

rápida y oportuna cualquier inconveniente que pueda darse dentro de sus comunidades y que altere su paz y su cosmovisión cultural.

En la pregunta tercera, los conocedores del derecho y el dirigente indígena, han sido claros en que hay que saber diferenciar entre el procedimiento o el debido proceso dentro de la justicia indígena y los linchamientos que se pueden dar por el fervor de la gente que se encuentra cansada de la delincuencia y de la retardada aplicación de la justicia ordinaria, por lo que ellos son enfáticos en decir que a la justicia indígena le rige los principios básicos como lo es la práctica de una justicia restaurativa, en base a la sanación del cuerpo, y que con eso el infractor acceda a métodos ancestrales tales como el acial, la ortiga, el agua fría u otros cultos que harán que el ajusticiado haga conciencia de su errores y los pueda enmendar. Por lo tanto es diferente a los linchamientos que muchas veces si se dan dentro de la justicia indígena irrespetando los derechos básicos de los ajusticiados en cuanto a un debido proceso en el cual primé el principio de inocencia o de ser escuchado antes de ser acusado y castigado.

Estos hechos de violencia se dan más en zonas urbanas, por ejemplo dentro del cabildo del cantón Otavalo, si existen violaciones a derechos constitucionales por no llevar de forma eficaz la aplicación de la justicia indígena, es decir en personas de diferentes etnias como los mestizos o afro ecuatorianos, los castigos son más severos, ocasionando un sabor amargo sobre el alcance que pueda tener la justicia indígena al momento de juzgar a una persona.

En la pregunta número cuatro, dos de los tres entrevistados concuerdan en que si debería existir una ley que regule las disposiciones constitucionales sobre la justicia indígena, manifestando que ayudaría a establecer diferencias al momento de declinar la competencia, en varias situaciones que puedan presentarse, y de esta manera evitar más conflictos entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

En esta pregunta el representante de la comunidad de Topo, no está de acuerdo con la creación de una ley que regule su procedimiento ya que el indica que ellos se basan en los consejos de sus antepasados y en las decisiones que toma la asamblea comunitaria, es decir no son directamente las autoridades del cabildo quienes toman la decisión de aplicar la justicia indígena y en qué proporción hacerlo, ya que ellos someten a

conocimiento del cabildo para que de alternativas de solución al conflicto o su vez interponer el castigo al infractor, por lo tanto ellos dicen que ya tienen su propio procedimiento y no hace falta llevarlo a una ley.

Lo que si se concuerda es que para que exista una ley o normativa sobre este tema, la posibilidad está muy lejos ya que podría entenderse que la justicia ordinaria estaría interviniendo en sus decisiones y por otra parte el aspecto político tiene mucho que ver para que esta ley pueda ser aprobada, así como por la pluralidad de costumbres que son distintas en cada región y por ende en cada cultura.

Y por último contestando la última pregunta de la entrevista, se dice que un aspecto fundamental para que la justicia indígena mejore, es la educación en sus habitantes, una educación basada en la igualdad y en ser bilingüe que aporte contantemente al desarrollo de sus pueblos, sin tener que acudir a métodos que vulneren derechos constitucionales o peor aún derechos humanos. También se dijo que para mejorar la justicia indígena es responsabilidad de la justicia ordinaria, crear precedentes en cuanto a la aplicación de justicia que ayude a las comunidades a entender de mejor manera como pueden ellos emplear sus costumbres sin generar complicaciones al orden constitucional, es decir debe existir una justicia coordinada, atenta, eficaz, rápida y sin presiones políticas para alcanzar lo que todo ser humano busca que es justicia para todos.

## **CAPÍTULO IV. – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **6.1 Conclusiones**

**4.1.1** La justicia indígena se basa en el derecho consuetudinario, es decir no existe una norma escrita que, de cuenta de sus principios, sin embargo, la costumbre, valores, tradiciones de los pueblos indígenas se evidencia en su manera de actuar frente a la resolución de conductas que afectan el normal desarrollo de la comunidad. Con el reconocimiento de la justicia indígena dentro de la Constitución de la República y en la normativa internacional, los pueblos, nacionalidades y comunidades del país tienen el derecho a imponer sus reglas para la resolución de conflictos que aquejan a sus pobladores, tomando en cuenta que no se incumplan los derechos fundamentales constitucionales ni los derechos humanos. Es decir, siguiendo los principios básicos del debido proceso.

**4.1.2** Los pueblos y comunidades indígenas tienen una larga tradición en cuanto a costumbres, ritos, conductas, creencias y formas de actuar que son aplicadas en los distintos ámbitos de su vida. Con el reconocimiento del Estado ecuatoriano como un territorio pluricultural y multiétnico, estas poblaciones tuvieron la oportunidad de poner en práctica sus procesos de administración de justicia, teniendo como aval el derecho constitucional, para la resolución de conflictos siempre que estos no interfieran con los derechos y deberes fundamentales formulados desde el ordenamiento jurídico.

**4.1.3** La riqueza e historicidad de los pueblos indígenas se verá reflejada en cada uno de los aspectos que forman parte de su cotidianidad y la administración de justicia no es diferente. Tal es así que se observa un trabajo comunitario en la resolución de conflictos, en los cuales las decisiones son tomadas por parte de una asamblea y no únicamente por una persona. Se busca la unificación de criterios y la toma en cuenta de diversas perspectivas para asegurar que los castigos impuestos sean justos y no transgredan los derechos de ninguna de las partes en conflicto.

**4.1.4** La Constitución del Ecuador es clara al expresar la potestad de los pueblos para la aplicación de la justicia indígena en hechos internos que transgredan el normal desenvolvimiento de la comunidad, siempre que esto no transgreda los derechos

constitucionales y humanos de los implicados. En este sentido, dentro de la justicia indígena pese a no existir una normativa escrita, conocen los casos en los cuáles pueden aplicarla, corresponde a hechos como: hurtos, problemas entre vecinos, problemas familiares, pago de pensiones alimenticias, demarcación de linderos, posesiones, adjudicaciones, usurpación de terrenos e incluso en casos de violación. Similar a lo que sucede en la justicia ordinaria, los involucrados pueden presentar las pruebas que estimen convenientes para dar cuenta de su posición ya sea cómo demandantes o imputados.

**4.1.5** El nivel de injerencia de la justicia indígena se restringe estrictamente a conflictos que suceden al interior de la comunidad en los que se ven involucrados sus miembros. Se sigue un proceso en el cual las partes dan cuenta de los hechos que los convocan a fin de que la asamblea comunitaria tome las resoluciones que estime convenientes para que el responsable sea castigado en función del daño cometido. Un aspecto a señalar es que, si bien los casos en los cuales actúa la justicia indígena son respetados por el ordenamiento jurídico, esto no exime a los responsables de acogerse a las medidas del derecho ordinario en relación a hechos de carácter penal.

**4.1.6** El debido proceso en la justicia indígena se deriva de las costumbres, reglas y principios que han ido adoptando y heredando a través del tiempo. Las autoridades adoptan estos elementos con el objeto de que las partes procesales tengan plena garantía del respeto de los derechos constitucionales y humanos y los comuneros confíen en el sistema gracias a la transparencia de la gestión realizada. En lo referente al derecho a la defensa, se establece que se otorga a cada una de las partes la oportunidad de expresarse y presentar las pruebas o hechos que estime convenientes, los cuales son evaluados de manera detenida por la asamblea para establecer la culpabilidad o inocencia del imputado.

**4.1.7** Tal como sucede en la justicia ordinaria, dentro de la justicia indígena también se utilizan principios similares a los del debido proceso, con el objeto de asegurar que las partes procesales, o los sujetos que asisten a un conflicto, puedan confiar en que la asamblea comunitaria actuará conforme a la costumbre del derecho consuetudinario, de manera justa, igualitaria y equitativa. Esto va de la mano con el derecho a la defensa de

todos los sujetos, ya que tienen la oportunidad de expresar ante la comunidad las motivaciones y circunstancias que dieron lugar a los hechos e incluso pedir perdón.

**4.1.8** La justicia indígena y la justicia ordinaria tienen diferentes orígenes, sin embargo, sustentan su accionar en principios similares otorgando a los involucrados la posibilidad de ser parte de un proceso de juzgamiento garante de sus derechos, para una administración de justicia justa, basada en hechos probatorios que permiten llegar a sentencias o decisiones proporcionales a los daños o perjuicios ocasionados.

**4.1.9.** Una norma reguladora de la justicia indígena parece ser el instrumento adecuado para salvar las dificultades que se presentan en su administración y en su interacción con la justicia ordinaria. Sin embargo, el establecimiento de una norma semejante podría atentar contra el derecho de las comunidades a la jurisdicción indígena propia y, a su vez, no recoger en su total complejidad el variado universo de cosmovisiones indígenas. La investigación indica que, en lo inmediato, sería más adecuado un proceso educativo dentro de las comunidades para que, en ejercicio de su autonomía, generen instancias de diálogo sobre derechos humanos y su valorización, de modo que sus procesos se ajusten a aquellos sin disminuir su autodeterminación.

**4.1.10.** El hecho de ser una justicia rápida y eficaz, no quiere decir que atente contra los derechos de otras personas, a esto me refiero que en algunos casos, especialmente dentro del sector urbano, se ha venido utilizando malas prácticas de justicia indígena, en las cuales ni si quiera se ha determinado el grado de responsabilidad de la o las personas injusticiadas, pero sin embargo ya han sido sancionadas, sin haberse probado su participación en la infracción o delito inculpado. Es allí en donde debe prevalecer la necesidad de obtener una norma clara y precisa, que acoja un límite de poder y sanciones a las personas responsables de actos inhumanos dentro de la justicia indígena. Han existido un sin número de peticiones sobre la creación de esta norma o ley, sin que hasta la presente fecha se tenga resultados positivos, ya que mediante dictamen N° 5-19-RC/19, la Corte Constitucional del Ecuador, ha sido enfático en mencionar que los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, son autónomos, es decir no merecen intromisión del estado, claro está cuando esto no afecte de manera individual o general, derechos constitucionales.

**4.1.11.** Por último, la justicia ordinaria puede contribuir a mitigar el conflicto, generando precedentes para delimitar de manera más clara los ámbitos en que cada una tiene injerencia, estableciendo una jurisprudencia que esté basada en los derechos constitucionales que el Ecuador y el derecho internacional reconocen y aportando con la creación de una ley que clarifique estos límites y propenda al respeto cabal de los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas.

## **6.2 Recomendaciones**

**4.2.1** La justicia indígena, al igual que la justicia ordinaria tiene su razón de ser en la necesidad de mantener el orden y la paz social dentro de un grupo humano concreto. Por esta razón es importante que desde los Estados y la Comunidad Internacional se creen los mecanismos necesarios que aseguren el respeto a las prácticas y formas de entender la administración de justicia de las comunidades indígenas, haciendo válidas sus creencias y sabiduría ancestral.

**4.2.2** Es fundamental que el Estado ecuatoriano además del reconocimiento constitucional dado a la justicia indígena, formule mecanismos que hagan posible su protección y las garantías suficientes para su implementación en los casos que les corresponden y que atañen exclusivamente a la comunidad. De esta manera se aporta a mantener el orden y la paz social dentro de las comunidades siguiendo sus costumbres, creencias y valores.

**4.2.3** Es indispensable que desde los organismos estatales se formulen proyectos enfocados en ampliar el conocimiento de los principios esenciales que rigen dentro de los procesos de la justicia indígena. De esta manera se logrará un mejor funcionamiento que se mantenga en consonancia con las normativas y leyes de la justicia ordinaria.

**4.2.4** Es importante que las Asambleas comunitarias encargadas de aplicar la justicia indígena tomen en cuenta los hechos probatorios para la imposición de sanciones que además de castigar a los responsables, aseguren la reparación de las víctimas. De esta manera se estaría consolidando la conformación de una justicia que trasciende el ámbito

estrictamente sancionatorio y se coloca como un elemento que aporta en la restitución de los derechos y bienes afectados.

**4.2.5** Es necesario que las asambleas a cargo de la administración de justicia indígena dentro de las comunidades, reevalúen el rol y la función que cumplen, con el objeto de asegurar que todos los casos sean tratados de manera igualitaria, sin que existan posibilidades de dejar en indefensión a alguna de las partes. Se debe considerar procedimientos enfocados en brindar la misma oportunidad a todos de poder defenderse y presentar las pruebas correspondientes para que la asamblea tome la decisión que corresponda.

**4.2.6** Es importante la creación e implementación de una normativa en la cual se defina de manera clara los alcances y limitaciones de la justicia indígena a fin de que los procesos tratados en este ámbito no entren en conflicto con la normativa nacional e internacional. Además, esto servirá de base para que las partes involucradas en un conflicto puedan formar parte de asambleas de juzgamiento en las que se asegure el derecho al debido proceso y a la legítima defensa.

**4.2.7** La justicia indígena se fundamenta en creencias, valores y prácticas particulares de una comunidad, sin embargo, es necesario establecer lineamientos de funcionamiento que sean socializados y compartidos, para que exista uniformidad de criterios al momento de resolver conflictos que enfrentan a dos partes. Así se asegura que las resoluciones emitidas por parte de la asamblea sigan criterios de igualdad, equidad y proporcionalidad.

**4.2.8** El debido proceso y la legítima defensa son principios considerados dentro de la justicia indígena, sin embargo, al no existir especificaciones claras respecto a su funcionamiento y aplicabilidad pueden darse hechos que pongan en duda la imparcialidad de la asamblea. Por esta razón, resulta indispensable que se definan las consideraciones a tomar por parte de quienes cumplen el rol de juzgadores para evitar la vulneración de los derechos de los involucrados.

## **Bibliografía**

- Agudelo, M. (2005). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, 89-105.
- Alsina, H. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. . Buenos Aires.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi.
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Centro de estudios y publicaciones.
- Ayala, E. (2005). *Ecuador, patria de todos: manual de cívica*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Ayala, E. (2008). *Historia del Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Barabas, A. (2018). *Multiculturalismo e identidad en América Latina*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Antropología e Historia.
- Bechara, A. (2015). El debido proceso: una construcción principalista en la justicia administrativa. *Justicia*, 88-104.
- Bengoa, J. (2017). Potencialidades y limitaciones del Derecho internacional sobre (o de) los pueblos indígenas. *Revista Antropologías del Sur*, 259-269.
- Blum, E. (2018). *La aplicación del principio constitucional de legalidad como mecanismo que asegure el debido proceso en el ejercicio de la potestad sancionadora del Servicio Nacional de Aduana de Ecuador*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Bombín, S. (2016). *Escalera del proceso cultural: del multiculturalismo a la interculturalidad*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Borja Etlis, G. (06 de Enero de 2020). Perspectiva constitucional para la implementación penal con miras a la justicia restarurativa en el Ecuador. (F. Saá Páez, Entrevistador)
- Cahuasquí, S. (2017). *Del Estado pluricultural y multiétnico (1998) al Estado plurinacional e intercultural (2008): "Comunidades (no) imaginadas", etnicidad y poder*. Quito: Universidad Politécnica Salesiana .
- Calamandrei, P. (1973). *Proceso y Democracia*,. Buenos Aires.
- Camargo, P. (2000). *El debido proceso*. Bogota: Temis.
- Cárdenas, C. (2010). *La justicia indígena según la Constitución del Ecuador del año 2008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la Comunidad de Gallorumi, del Cantón Cañar*. Cuenca: Ucuena.

- Caro Coria, D. (s.f.). *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Obtenido de [www.jurídicas.unam.mx](http://www.jurídicas.unam.mx)
- Cepeda, C. (2014). *La aplicabilidad del debido proceso en la legislación ecuatoriana*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Chacón, D. (2015). Contribuciones a la proyección y fundamentación del concepto: derecho consuetudinario indígena. *Alegatos*, 53-70.
- Collier, J. (1995). El derecho zinacanteco. *Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social/Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas*.
- Coloma, P. (2017). *Justicia indígena, su aplicación, sanciones y su relación con la Legislación Ecuatoriana*. Quito: UCE.
- Conforti, F. (09 de Enero de 2020). Perspectiva constitucional para la implementación penal con miras a la justicia restarurativa en el Ecuador. (F. Saá Páez, Entrevistador)
- constituyente, A. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito.
- Correas, Ó. (2003). *Pluralismo Jurídico, alternatividad y derecho indígena*. Ciudad de México: Ediciones Fontamara.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T1294/5*. Obtenido de [www.corteconstitucional.gov.co/sentencia/serie%T\\_1249-05/pdf.html](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencia/serie%T_1249-05/pdf.html)
- Declaración de los Derechos Humanos*. (1948).
- Díaz, E., & Antúnes, A. (2016). La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina. *Derecho y Cambio Social*, 1-38.
- Díaz, E., & Antúnez, A. (2017). El derecho vivo y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Pensamiento Penal*.
- Díaz, E., & Antúnez, A. (2018). El pluralismo jurídico. Los principios de interculturalidad, pluriculturalidad y plurinacionalidad desde América Latina. *Derecho y Cambio Social*, 1-21.
- Díaz, F. (2002). Indígenas: Convenios Internacionales y Legislación Nacional. *Dictio*, 33-40.
- Echandia, H. (1997). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires.
- Escobar, J. (2015). *La justicia indígena y los derechos humanos en la Parroquia Salasaca del Catón Pelileo, Provincia del Tungurahua*. Ambato: UTA.
- Espinoza, Á. (2018). El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena como Derechos Humanos: su estado en el Derecho Chileno Moderno. *Cadernos de Dereito Actual*, 413-437.

- Faundez, H. (1996). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Sam José.
- Flores, D. (2011). La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho ordinario. *La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho ordinario*, 1, 17.
- Flores, D. (2011). *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*. Quito: INREDH.
- Gómez, C. (2013). El debido proceso como Derecho Humano. *Jurídicas UNAM*, 342-357.
- Guastini, R. (2008). En *Disposicion vs Norma* (pág. 1). Quito.
- Guerrero, P. (2010). *Corazonar, una antropología comprometida con la vida*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Hernández, M. (2016). Regímenes de historicidad en la nación pluricultural: educación intercultural y experiencias de tiempo en la era del multiculturalismo. *Historia y Geografía, Universidad Iberoamericana.*, 179-215.
- Jadán Heredia, D. (9 de Febrero de 2020). Perspectiva constitucional para la implementación penal con miras a la justicia restaurativa en el Ecuador. (F. Saá Páez, Entrevistador)
- Jaen Vallejo, M. (2006). *Derechos fundamentales del proceso penal*. Bogotá: Gustavo Ibañez.
- Manual de derechos Humanos*. (2014). Quito: Ministerio del Interior.
- Monge, N. (2014). *El vacío legal en la aplicación de la justicia penal indígena*. Ibarra: UNIANDES.
- Montero Aroca, J. (2012). *Derecho Jurisdiccional I*. Valencia : Tirant Lo Blanch.
- mora, e. a. (2014). la interculturalidad: el camino para el Ecuador. *ecuador intercultural*, 19.
- Naciones Unidas. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*. Obtenido de Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs9Rev.2_SP.pdf)
- Núñez, M. (2018). El reconocimiento de la "justicia indígena" como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. *ANIDIP*, 175-200.
- OIT. (1989). *Convenio Núm.* Lima: OIT. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

- Pacari Vega, N. (2002). *Justicia Indígena aportes para un debate*. Quito: Abya Yala.
- Pérez Quartambel, C. (2015). *Justicia Indígena*. Quito: Ecuarunari.
- Rossmann, T. (2019). ¿Es posible la interculturalidad en contextos multiculturales o sólo es un concepto de moda? ¿Cómo se vive desde la educación superior? *Revista Universitaria del Caribe*, 7-13.
- Saldaña, J. V. (2012). Ley Organica de Cooperación y Cordinacion entre la justicia indígena y la Jurisdicción ordinaria Ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena? En j. <. Saldaña, *Ley Organica de Cooperación y Cordinacion entre la justicia indígena y la Jurisdicción ordinaria Ecuatoriana: ¿Un mandato constitucional necesario o una norma que limita a los sistemas de justicia indígena?* (pág. 9). Quito: Cevallo Editora juridica.
- Salgado, J. (2002). *Justicia Indígena Aportes para un debate*. Quito: Abya Yala.
- Salmón, E., & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Idehpuep.
- Sarango, H. (2008). *El debido proceso y el principio de motivación de las resoluciones / sentencias judiciales*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Sierra, M. (2018). Del derecho consuetudinario a la justiciabilidad de los derechos indígenas. El legado de Rodolfo Stavenhagen a la antropología jurídica. *Desacatos*, 156-165.
- Silva, E. (2005). *Identidad nacional y poder*. Quito: Abya Yala.
- Stavenhagen, R. (2013). *Curso Antropología Jurídica y Género*. Cuetzalan, Mexico: Chávez, C., & Terven.
- Subijana Zunzunegui, I. J. (2015). El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito. *REVISTA DE VICTIMOLOGÍA / JOURNAL OF VICTIMOLOGY*, 1-26.
- Tibán, L., & Illaquiue , R. (2009). Jurisdicción Indígena En La Constitución Política Del Ecuador. En L. Tibán . Latacunga: Editorial Hanns Seidel.
- Vásquez, J. (1996). *La defensa penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Vintimilla Saldaña, J., Almeida, M., & Saldaña , R. (2007). *Derecho Indígena, Conflicto y Justicia Indígena en las Comunidades Kichwas del Ecuador*. Lima: Instituto de defensa legal.
- Vintimilla, J. (2012). Justicia comunitaria en los andes: Peru y Ecuador. En J. Vintimilla, *Justicia comunitaria en los andes: Peru y Ecuador* (pág. 9). Quito: Cevallos.

