



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**TEMA: LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA JUSTICIA INDÍGENA Y SU
COSMOVISIÓN CULTURAL EN RELACIÓN A LOS DERECHOS
HUMANOS TUTELADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA
DE 2008**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTOR: JESSICA PAOLA BERMEO ALVARADO

DIRECTOR: DRA. PAOLA PRISCILA VALLEJO CÁRDENAS

CUENCA - ECUADOR

2020

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA JUSTICIA INDÍGENA Y SU COSMOVISIÓN
CULTURAL EN RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS TUTELADOS EN LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 2008

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTOR: JESSICA PAOLA BERMEO ALVARADO

DIRECTOR: DRA. PAOLA PRISCILA VALLEJO CÁRDENAS

CUENCA – ECUADOR

2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*

Índice de Contenidos

Índice de Contenidos	I
Títulos en español e inglés	III
Resumen.....	4
Palabras claves:.....	4
Abstract	5
Keywords: indigenous justice, cosmovision, human rights, legal pluralism.....	5
Introducción	6
Metodología	8
Desarrollo	10
Definir doctrinariamente y jurídicamente la figura de la justicia indígena y la inserción en la legislación ecuatoriana	10
La cosmovisión cultural como punto de partida de la Justicia Indígena....	12
La Libre Determinación como Derecho Constitucional	15
El Pluralismo Jurídico como fundamento para insertar la figura de la Justicia Indígena en la Legislación Ecuatoriana	17
Comparar los castigos impuestos por la justicia indígena con los de la justicia ordinaria en relación al respeto de los Derechos Humanos	20
Poder punitivo del Estado y su Finalidad.....	21
Principio de Legalidad	22
Pena y su Finalidad	23
Clasificación de las Penas	24
Reparación Integral de los Daños y sus Mecanismos	26
Derechos Humanos y su relación con la Justicia Indígena	28
Procedimiento Administrativo de la Justicia Indígena:	29
Castigos de la Justicia Indígena.....	32
Expulsión de la comunidad	34
Identificar si la Justicia Indígena vulnera los Derechos Humanos y los Límites de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.....	35
La competencia de la Justicia Indígena en la Constitución de la República del Ecuador del 2008.....	35
Clases de competencia	36
1. Límites de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.....	38

2. La justicia Indígena Penal y el non bis in ídem.....	40
3. Rehabilitación desde la perspectiva de la justicia ordinaria	42
Entrevista	43
Conclusiones.....	47
Bibliografía y linkografía:.....	51
Anexos.....	57
.....	57

Títulos en español e inglés

Los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los derechos humanos tutelados en la Constitución de la República.

The limits imposed on indigenous justice and its cultural cosmovision in relation to human rights tutored in the 2008 Constitution of the republic

Resumen

Cuán vano es sentarse a escribir cuando aún no te has levantado para vivir.

Henry David Thoreau.

Las costumbres que ha Desde siempre los pueblos y comunidades indígenas han sido llamados pueblos barbaros, no obstante, gracias al estudio de varios doctrinarios, la sociedad comienza a interrogarse si se debe respetar su cosmovisión y modo de vida conjuntamente con sus sanciones al cometer delitos contra la comunidad o si se debe regular su comportamiento en base a un sistema jurídico que sigue arqueando tipos sociales. Por ello, el presente artículo científico tiene por finalidad estudiar si las justicias indígenas al establecer sus sanciones ancestrales violan Derechos Humanos consagrados en la Carta Magna y Tratados Internacionales al igual que si respeta los límites establecidos en la Constitución de la República. Y como señala Thoreau, hay que adentrarse a las comunidades indígenas para escribir sobre ellas, por ello el método usado es de carácter cualitativo, analizando información recolectada y comparando con las entrevistas a miembros de comunidades indígenas para establecer un panorama completo, y no simple letra muerta.

Palabras claves: justicia indígena, cosmovisión, derechos humanos, pluralismo jurídico.

Abstract

How vain it is to sit down to write when you have not yet stood up to live.

Henry David Thoreau.

Indigenous peoples have historically been considered as barbaric, this idea was supported by the practice of their customs when applying justice, however, thanks to the constant struggle of these communities and the studies performed by various doctrinarians, society, and the government have begun to respect their worldview and way of life in society, this thanks to the constitutional recognition of what is called legal pluralism, which has to do with the guarantee provided by the State to the application of sanctions that these peoples and communities impart, however, there have been several retractors who have stated that these practices violate human dignity, so they consider that the administration of justice within these peoples and communities should be regulated by the ordinary justice system. This research aims, through a qualitative study and using the methods of bibliographic and analytical-synthetic review, to study whether indigenous justice, in establishing its ancestral sanctions, violates human rights enshrined in the Magna Carta and international treaties, thus exceeding the limits established in the Constitution of the Republic.

Keywords: indigenous justice, cosmovision, human rights, legal pluralism.

Introducción

El Ecuador según su Carta Magna es un Estado Constitucional de Derechos, además en el mismo cuerpo normativo se menciona que es Pluricultural y Plurinacional, la justicia indígena juega un rol particular e importante dentro del ordenamiento jurídico del país, este tipo de justicia surge de las costumbres milenarias que han sido practicadas por parte de las 14 comunidades que se asientan a lo largo y ancho del territorio ecuatoriano.

La cosmovisión andina tiene como finalidad conseguir la armonía entre la naturaleza y los miembros de las comunidades, entendiendo que todo tipo de conflicto que se desarrolle es un punto de quiebre del mencionado equilibrio el cual debe ser resuelto mediante las prácticas ancestrales que han sido ejercidas a través de las diversas generaciones.

La constitución ecuatoriana de 1998 en el Art. 84 reconoció por primera vez una serie de derechos colectivos los que habitualmente se denominan derechos de tercera generación, estos estaban estrechamente ligados con las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en el Art. 191 se manifiesta que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones de justicia ajustadas al derecho consuetudinario de cada comunidad, siempre que estas no sean contrarias a lo establecidos en la normativa del país, sin embargo lo planteado en dicho cuerpo normativo no tuvo un desarrollo legal adecuado, por lo cual nunca pudo ser aplicado de manera eficaz, es en la presidencia del Economista Rafael Correa en donde se expide la Constitución del 2008 en la cual se establece en el artículo 1 que el Ecuador es un Estado plurinacional, otorgando el reconocimiento necesario a las comunidades indígenas garantizando de esta manera sus derechos, además de esta determinación, en el artículo 171 se puede observar que se otorga la facultad jurisdiccional a las comunidades, es decir el poder de juzgar a las personas, siempre y cuando se respete lo que establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en el artículo 8 numeral 2 "(...) siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos

por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (OIT, 2014, p. 31).

Según el aforismo *Nulla pena, Nulla Crimen, Sine legem* “No existe pena, ni crimen sin una ley previa que así lo determine”, el cual tienen relación con lo plasmado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el artículo 5 numeral 1 en el cual se establece cual es el principio de legalidad, se podría argumentar que las comunidades indígenas no cumplen con este principio, puesto que no cuentan con leyes escritas para castigar a los miembros de las comunidades, pero ¿se podría decir que las comunidades indígenas vulneran la ley? Para algunos doctrinarios esto es así, sin embargo también existen estudiosos del derecho como Yaku Pérez Guartambel y Lourdes Tibán que manifiestan que el derecho consuetudinario no vulnera la ley y que el contrario hasta se puede volver fuente del derecho.

La presente investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, partiendo de lo general como es la indagación de la doctrina del cómo se ha ido incorporando las comunidades indígenas en el Ecuador, buscando información útil para obtener suficiente conocimiento sobre las costumbres y tradiciones en cuanto a los castigos que se imponen con la finalidad de constatar si se cumple con el debido proceso al momento de juzgar, posteriormente se aterrizará a realizar las entrevistas a personas pertenecientes a diferentes comunidades de Oña; con el objetivo de obtener un resultado práctico de los hechos que se llevan a cabo, cuando se sanciona a una persona, y comprobar si es efectiva el modo de aplicación de justicia o si se da la vulneración derechos humanos.

Metodología

En la fundamentación teoría, el método a desarrollar será el analítico - sintético, porque se desea justificar la inserción de la justicia indígena en la legislación ecuatoriana, es así como se pretende realizar a través de la recolección de información, seleccionando la más relevante y resumiendo la misma para dar a entender el panorama completo del fenómeno social y jurídico de como en la actualidad la CRE 2008 pone límites a la justicia indígena.

En cuanto al diagnóstico situacional, el método será la recolección de información porque se va a estudiar las posturas que se manifiesta en la doctrina, en base al estudio de la aplicación de la Justicia Indígena y su cosmovisión cultural por medio de recolección de la información necesaria y científica, analizando cada uno de estos; para que posteriormente los resultados que se arrojen de la investigación proporcionen mejores conocimiento y entendimiento del tema para comprender a las personas de las comunidades indígenas dentro del marco de referencia de seres humanos que tienen identidades culturales propias a respetarse.

Finalmente, para mejor entendimiento se hará uso de estudio de casos considerando que en este objetivo, el tipo de investigación es deductiva y transversal prospectiva, con el estudio de casos nos facilitará entender que cada comunidad indígena es diferente en su forma de aplicar justicia,

a pesar que compartan el mismo término, porque van evolucionando de acuerdo a su propia realidad con sus propias costumbres. De igual manera, la justicia ordinaria al establecer conceptos desarrollados sobre “derechos humanos” encubre consecuencias desconocidas de la justicia indígena de principios conocidos como dignidad, debido proceso, principio de legalidad, etc.

Desarrollo

Definir doctrinariamente y jurídicamente la figura de la justicia indígena y la inserción en la legislación ecuatoriana

La historia del Ecuador ha estado marcada por su interculturalidad que se desarrolla gracias a las diversas comunidades indígenas que habitan en su territorio, sin embargo; fue hasta la Constitución del 2008 cuando los constituyentes marcaron un hito en el reconocimiento del Ecuador como un Estado Plurinacional, Pluricultural y Multiétnico, vinculando esta definición con la noción de pluralismo jurídico, pues es importante mencionar que si bien la justicia ordinaria usa el término “justicia indígena” para reconocer el sistema jurídico de los pueblos y nacionalidades, se debe puntualizar que cada comunidad tiene normativas diferentes, es decir el término se comparte pero el fondo de cada sistema jurídico responde a las costumbre de cada una de las nacionalidades y comunidades existentes en el territorio ecuatoriano.

El reconocimiento de la justicia indígena deviene de la lucha constante de estas comunidades tanto en la época colonial y republicana del Ecuador, los pueblos indígenas han sufrido una serie de injusticias que devienen de la colonización dentro de las cuales podemos nombrar la imposición de un sistema jurídico único e inflexible que no se adecuaba al derecho consuetudinario que ha sido la base del sistema jurídico de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Luque, Ortega y Carretero al citar a Boaventura de Sousa, manifiestan que, “el estudio de los procesos de justicia indígena es tremendamente complejo” (Luque, Ortega, y Carretero, 2019, p. 9). Resulta interesante la manera de conceptualizar la justicia indígena por parte de Santos, porque con pocas palabras, establece la realidad que atraviesa la justicia indígena, manifestando que es un proceso complejo de entender para las personas que no forman parte de la comunidad. Esto debido a las características y elementos de la justicia indígena la cual lleva intrínsecos preceptos propios, así como instituciones y procedimientos milenarios, que pueden ser

entendidos por las personas que integran la comunidad como parte de su cosmovisión, pero que resulta extraña y primitiva para el resto de la población quienes se someten a la justicia ordinaria.

Lourdes Tibán, en el artículo sobre “El Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en el Ecuador” saca a relucir elementos que los pone en manifiesto su conceptualización manifestando que: “son el conjunto de normas y leyes de los pueblos y nacionalidades indígenas para defender y administrar nuestras tierras y territorios, para mantener la paz y el orden en nuestras comunidades y pueblos” (2017, p. 50)., los elementos claves que pone en visibiliza Tibán son: mantener la paz y el orden, pues para hablar de justicia indígena hay que adentrarse en el alma de la comunidad que naturalmente está ligada con su pensamiento antropológico que basando en preceptos y procedimientos ancestrales busca la unidad como la base para el equilibrio social.

Doctrinariamente, muchos autores han intentado definir la justicia indígena, pero resulta enredado para los no miembros de las comunidades indígenas. Cruz Carrillo al citar a Jorge Castro determina que:

(...) para la justicia indígena, la exigencia de respeto a los derechos humanos puede resultar contraproducente porque concibe construcciones elaboradas a partir de la visión propia de las civilizaciones occidentales, con ingredientes de racionalidad, universalidad he individualismo que nada tienen que ver con la cosmovisión indígena (2017, p.112).

Consecuentemente, la CRE 2008¹ afirma en su artículo 171 que la naturaleza de la justicia indígena es propia y única, basada en la costumbre como fuente de carácter normativo, pues la colectividad indígena, al tener la característica de ser de tipo oral, permite guiar a sus miembros desde un punto de vista psicológico y social, porque todas las personas que integran una comunidad indígena reconocen y aceptan sus leyes, normas y

¹ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

tradiciones en cuanto a la situación jurídica, social y cultural, en necesario insistir en que la aplicación de sus normas son diferentes entre comunidades porque cada una de ellas tiene su propio sistema.

En la misma línea, Aroldo Cayún, extrayendo del pensamiento ancestral del Consejo Nacional de los Pueblos Indígenas de Chile CNPI, comparte la siguiente aproximación al derecho indígena: “La norma para constituir derecho no necesariamente debe estar escrita, basta la existencia de lo que los juristas llaman el OPINIO JURIS, esto es la convicción en los individuos de que al ejecutar un acto (previsto por la norma escrita) están ejerciendo un derecho o cumpliendo una obligación” (Pérez, 2015, 230), en este sentido, y respetando a los pueblos y nacionalidades indígenas, la CRE 2008 en un intento de describirlo jurídicamente alienta a la igualdad cuando de jurisdicción se trata ya sea por parte de la justicia indígena y la ordinaria al estipular en su artículo uno que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

De lo establecido se puede desprender que, la definición de justicia indígena embozada en la CRE2008, pareciera que no se contradice con la justicia ordinaria, todo lo contrario, trabajan en paralelo para aceptar la diversidad de culturas reconociendo su administración y sus sanciones, el verdadero inconveniente se presenta en la segunda parte del artículo 171 del cuerpo en mención, porque trae diversas interpretaciones que se podrían dilucidar como una contraposición de normas las que se analizarán en el desarrollo del presente documento.

La cosmovisión cultural como punto de partida de la Justicia Indígena

La Real Academia Española, brinda nociones sobre la cosmovisión, conceptualizándola como: “la visión o concepción global del universo” y a su vez también brinda una delimitación de la palabra cultural que se deriva de cultura y manifiesta que “es el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.” (2014). Se puede entender que, la cosmovisión

cultural es una idea, de cómo funciona el mundo en base al modo de vida, costumbres, y conocimientos ancestrales.

Como se aprecia la filosofía indígena sigue el principio de reciprocidad como punto de partida de lo que se considera justicia social y equilibrio jurídico, En la Revista de Lenguas Modernas N.º 28, cita a un estudiante indígena Bribri de 18 años del Campus, quien comparte un extracto acerca de la cosmovisión cultural:

(...)lo que se nos ha enseñado acerca de la naturaleza es que cada recurso que se encuentre dentro del ambiente o mejor dentro de las montañas tiene su dueño, estos dueños no son personas, sino que son seres invisibles. Una planta tiene dueño, un animal, no importa su especie, tiene dueño. Entonces, cuando una persona va en busca de recursos debe seguir o cumplir con los ritos que se tienen. Cuando una persona va a cazar debe extraer solo lo que necesite, no abusarse demasiado, no ir días seguidos, sino cuando llega la necesidad. Si una persona va seguidamente, el dueño hace que se pierda o que un animal lo accidente y muera. Entonces eso hace que no se explote demasiado(...) (2016, p. 394)

De acuerdo a lo expuesto la reciprocidad es un principio y fin de la vida social de las comunidades indígenas, pues su manera de interpretar el mundo es básicamente que cada individuo, cada elemento de la naturaleza, y el mundo en sí, tienen vida propia, entonces su mentalidad se basa en consumir lo necesario y no explotar los recursos brindados por la naturaleza, porque en caso de hacerlo, se da un desajuste en el equilibrio de la vida misma. Sin duda alguna, existe una correspondencia mutua, en primera la persona (persona indígena) que extrae algo de la tierra debe hacerlo de manera moderada, garantizando que se va a cuidar la naturaleza o en su defecto se seguirá sembrando lo necesario para proteger el sustento a las futuras generaciones.

Resulta lógico, lo mencionado por Pérez Guartambel al indicar que:

(...) todos los estados encuentran su origen en la mente. La mente es su fundamento y son creaciones de la mente. Si uno habla o actúa con un pensamiento impuro, entonces el sufrimiento le sigue de la misma manera que la rueda sigue la pezuña del buey (...) por lo tanto este pensamiento de lo recto, del derecho o camino a la perfección ayuda a entender con claridad meridiana que el mundo cosmogónico-filosófico es un elemental reflejo de cómo actuamos (2015, p.239).

Uno siembra lo que cosecha, es una frase muy usada por las personas de la tercera edad para comunicar que si el acto de un individuo es bueno recibirá actos buenos; y si su comportamiento es malo, también recibirá actos malos, en pocas palabras recibo lo que doy. Lo que evidentemente está en armonía con el relato del estudiante indígena Bribí de 18 años, esta es pues la base de la cosmovisión cultural indígena en donde se explica el funcionamiento del universo, todos pertenecen a él y toda acción u omisión realizada afecta no solo al individuo en cuestión sino a toda la comunidad porque son una unidad.

Para ello, y regresando a las palabras de Lourdes Tibán, mantener la paz y orden de la comunidad es sinónimo de una armonía interrumpida, pero cuando se quiebra son los ancianos, maestros de vida, cabildos o conocidos como autoridades indígenas quienes tienen el deber de restablecer el equilibrio natural de las cosas, teniendo como base fundamental los principios de: Ama Quilla= No ser ocioso, Ama Llulla = No mentir, y Ama Shua = No robar.

A simple vista parece que la comunidad indígena es fácil de entender, pues concretamente hasta ahora, se ha dicho que todo ser humano pertenece a un mundo con el que se encuentra conectado, y si el individuo agrieta ese equilibrio, se aplica principios básicos; si una persona es gandul entonces se dedicará a robar, por lo tanto el cabildo y sobre todo los padres deben corregir aprendizajes que tuvieron ser integrados en el niño que posteriormente será un hombre; si una persona miente para tener

un beneficio, obviamente se miente a uno mismo, lo cual puede provocar una inferencia a la comunidad que puede desembocar en delitos como la estafa, el engaño, entre otros. Y por último si un individuo se dedica al ocio, entonces jamás sembrara ni cosechara en su vida, que al final puede desembocar en violencia intra-familiar o delegar responsabilidades a otros sujetos, teniendo un constructo o modo de vida errado y en des concordancia con sus valores.

De tal suerte que para los miembros de las comunidades indígenas, si cada planta, árbol, piedra tiene vida, y únicamente se debe extraer de la naturaleza lo necesario, cobra cierto grado de sentido la utilización del agua, la ortiga, el látigo que tienen significados de purificación como correctivos para sacar malas energías y pensamientos, y de aplicar rectitud; debido a que, para ellos la violación de la normas se asemeja a una enfermedad que se encuentra en la mente del indígena y al momento de aplicar estas sanciones, el ser humano se sana.

A criterio de otras personas, que no pertenecen a estas comunidades, los castigos descritos en líneas anteriores burlan la justicia ordinaria y al mismo tiempo atentar contra la dignidad del ser humanos, ya que consideran que las sanciones indígenas son ineficaces y que se les debería imponer otros tipo de castigos que restituya el daño hecho.

La Libre Determinación como Derecho Constitucional

La libre determinación es un derecho que tienen los pueblos, al elegir la forma de llevar una sana convivencia, escogiendo libremente: el gobierno, instituciones, por las cual van a ser representados, sin embargo muchas de las veces cuando se habla de libre determinación, no se tiene un concepto claro del mismo porque muchas personas concluyen que este término va a eliminar la justicia indígena para suplirla por la justicia ordinaria, ya que se tiene la idea que los pueblos y comunidades no pertenecen al mismo país.

Por lo que es menester recurrir a lo manifestado por Pérez Guartambel en su libro la “Justicia Indígena” quien al citar a Francisco de

Vittoria en su obra “Relectiones theologicae de Indis” hace alusión al origen de la libre determinación:

Las tierras recién descubiertas en América, pertenecían, en su justo título, a sus propios naturales. Consecuencia, es el derecho de los aborígenes a disponer por si mismos de su propio territorio y de su gobierno. Esto es el principio de autodeterminación (2015, p. 242).

Se debe tener presente que esta libre determinación debió ser reconocida desde un principio a las comunidades indígenas, respondiendo así a los derechos innatos que les pertenecen por ser pueblos originarios dueños de las tierras, de sus costumbres y de sus formas de gobierno: “a fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional” (Wilson, 2019, párr.18).

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo 3 dispone: “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación y en virtud de este derecho pueden determinar libremente su condición política, y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2007, p.5).

Al analizar lo mencionado por los autores citados, se puede verificar que, la autodeterminación es un derecho concerniente a la colectividad humana, relacionado al derecho que tienen estas comunidades y nacionalidades a contar con su propio gobierno el cual debe ser respetado por todas las personas, cumpliendo lo que dispone la Constitución de la República en el capítulo de Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en el Artículo 57 en donde claramente se describe que“ (...) El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derecho (...)” (Ecuador, R.O.449, 2008).

Para contextualizar a la autodeterminación desarrollada en líneas anteriores se debe vincular a esta figura con la auto-gobernación, para lo cual acudimos a lo manifestado por Cornell, quien claramente dice “una forma de superación de la pobreza, considera necesario que los indígenas puedan ejercitar la facultad de tomar decisiones, lo cual es un componente básico que inculca, también, la noción de responsabilidad dentro del pueblo indígena, supeditados a las consecuencias de normas que han establecido” (2015, p.71).

El Pluralismo Jurídico como fundamento para insertar la figura de la Justicia Indígena en la Legislación Ecuatoriana

La doctrina ha señalado que existen dos tipos de pluralismo jurídico, el uno conocido como pluralismo jurídico unitario y el otro como pluralismo jurídico igualitario. En el caso concreto del Ecuador, se caracteriza el pluralismo jurídico unitario porque “(...) el Estado se reserva la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas jurídicos reconocidos” (Caicedo, 2017, p.311). De tal manera que el Estado Ecuatoriano, a través de sus órganos auxiliares señalan los casos que pueden ser llevados a cabo por la justicia indígena y se establece límites a los mismos, que son: cuando se traten de asuntos internos y que no vaya contra la Constitución ni los Derechos Humanos; es así como se da un reconocimiento parcial de la justicia indígena. En pocas palabras, la justicia indígena debe estar sujeta a un control constitucional, y relegada a una legislación secundaria pues sus resoluciones son desvalorizadas al catalogarse como anticonstitucionales o violatorias de derechos.

Por otro lado, el pluralismo jurídico igualitario es aquel que: “(...) se identifica por reconocer y dar igual valor jurídico a uno o varios sistemas de resolución de conflictos, diferentes al estatal (...)” (Caicedo, 2017, p.311). Este segundo tipo de pluralismo jurídico se basa en el respeto de las decisiones tomadas por la justicia indígena en cualquier asunto que afecte a su comunidad con independencia de otro organismo de la justicia ordinaria. Básicamente, se desarrolla en que ningún sistema de justicia es

superior a otro y su manera de aplicar justicia depende únicamente de ellos mismos.

Con el transcurrir de los años, los pueblos y comunidades indígenas al igual que el resto del mundo, fueron evolucionando; sin embargo existen varios autores que manifiestan que: “(...) los pueblos y comunidades indígenas están atrasados con cincuenta años en relación a la justicia ordinaria (...)” (Luque, Ortega, Carretero, 2019, p.9). Desconociendo unas de las características esenciales de la justicia indígena que es la mutabilidad, es decir en las culturas indígenas los sistemas normativos no son estáticos, existe un progreso de acuerdo a sus creencias. Tomando de base esta idea, se funda la Confederación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador “CONAIE” en 1986, que ha sido un pilar fundamental para el reconocimiento de sus derechos; en la actualidad, pues con el esfuerzo y las luchas contra el Gobierno se plantearon una sola meta: “... que se respeten sus derechos colectivos” (CONAIE, 1986). En la actualidad, el país tiene representantes indígenas organizados por el Movimiento Pachakutic como alcaldes, prefectos, concejales etc., que son el resultado de sus pugnas por una igualdad de identidad a nivel nacional.

Todo ello, contribuyo para que, en la Constitución de 1998, específicamente en el período del Dr. Rodrigo Borja Cevallos, se otorgue derechos a los pueblos y comunidades indígenas, ejemplificando lo antes redactado, en el artículo uno de la Constitución de 1998 establecía “El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. (...)” (Ecuador, R.O. 1, 1998). Esto quiere decir, que desde aquella fecha el Estado reconoció que el territorio ecuatoriano tiene una gran diversidad de culturas y etnias, otorgándoles la facultad de que los pueblos y comunidades mantengan sus tradiciones y costumbres, de acuerdo a su cosmovisión social. A más de ello, se añadió en la Carta Magna, la facultad jurisdiccional de aplicar justicia con base a sus procedimientos como disponía el artículo 191; pero al igual que la Constitución actual, se instruyó que estas prácticas de justicia “(...) no sean contrarias a la Constitución ni las leyes.”(Ecuador, R.O. 1, 1998). En un

inicio, la ley ecuatoriana se tradujo a la facultad de juzgar según el derecho consuetudinario indígena, pero se afirmó que todos los ecuatorianos, incluyendo las comunidades indígenas, estén obligados a respetar y cumplir la Constitución de 1998.

La nueva Carta Magna podría considerarse de avanzada en cuanto al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, pues es en este cuerpo normativo en donde se estipulan normas equitativas basadas en el derecho a la justicia, declarando a los pueblos y comunidades indígenas el goce de los derechos. El artículo 171 de la actual Constitución supone una redacción similar al art. 191 del CRE 1998 en donde se pone de manifiesto que, las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales en base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Así mismo establecía que El Estado garantizará las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas, y que las mismas deben estar bajo el control de constitucionalidad (Ecuador, R.O. 449, 2008).

Es así que las autoridades indígenas son reconocidas tanto por la jurisdicción indígena como por la ordinaria, quienes serán los encargados de impartir justicia en apego a sus costumbres y su cosmovisión, en efecto, el protagonismo de los pueblos y comunidades indígenas en esta época y con la CRE2008 se basa en la libre autodeterminación, como se explicó anteriormente, entendiendo a esta como la libertad de elegir a sus autoridades de acuerdo a sus costumbres, reconociendo al derecho consuetudinario indígena como la base del respeto a la pluriculturalidad manifestada en la Carta Magna, teniendo siempre presente que este derecho será diferente de acuerdo a la realidad de cada pueblo o comunidad indígena, dando paso a un derecho vivo, real y no escrito, cuyo fin máximo es devolver el equilibrio a su comunidad y a los miembros de la misma.

Comparar los castigos impuestos por la justicia indígena con los de la justicia ordinaria en relación al respeto de los Derechos Humanos

El término justicia proviene del latín *justicia* que significa “justo” y deriva del vocablo *ius*. A lo largo de la historia grandes filósofos, juristas, sociólogos, etc., han intentado definirla. No obstante, no existe concepto preciso que abarque lo que realmente significa, porque la justicia es hasta cierto punto subjetiva. A continuación, se describe lo señalado por las grandes mentes, que notoriamente lo hicieron con base a su realidad y su momento histórico.

Para Platón, todas las virtudes se basan en la justicia, y estas son: la prudencia, la templanza y la valentía. La prudencia es ser acertado en las deliberaciones. En sus palabras: “(...) los filósofos o gobernantes son aquellos que tiene en uso la posibilidad de razonar para el bienestar y futuro de las polis” (Prestán, 2018, párr. 5). Como sucesor de Platón, Aristóteles definía a la justicia como: “la justicia es una virtud por la cual se dice que el justo practica intencionadamente lo justo y que distribuye entre sí mismo y otros” (Sarmiento y Fernández, 2020, pp. 14-15).

En otras palabras, para Aristóteles, la justicia también era una virtud, o la práctica diaria de que sus acciones sean efectivas, o mejor dicho una disposición habitual para hacer el bien por parte del hombre que adquiere como resultado de las condiciones anteriores. La justicia para este filósofo debe ser encajada o ajustada en el cosmos de cada sociedad, según su realidad tanto socio-económica como político- jurídica.

En la cultura griega, la justicia nace de un valor intrínseco, al igual que otros valores como la igualdad, la libertad, solidaridad, etc.; sin embargo, la justicia tienen un fin social, que es establecer un orden, y lo que verdaderamente importa es entenderla desde su raíz más pura, pues ignora la legalidad, y se centra en la visión de su propia naturaleza, es decir en mérito de las acciones u omisiones cometidas por la sociedad se da una retribución proporcional, sea un castigo o a su vez un reconocimiento.

Poder punitivo del Estado y su Finalidad

En la justicia ordinaria, existe la clasificación de diferentes ramas del derecho, entre ellas está el derecho penal, que se traduce al poder punitivo que tiene el Estado, es decir, la facultad sancionadora de administrar justicia a través de los órganos judiciales (jueces) y órganos administrativos (Fiscalía General del Estado). En materia penal, se regula la conducta de los individuos cuando su comportamiento se adecua a una norma penal, es precisamente en este punto, cuando el Estado ejerce la potestad punitiva, para hacer efectivo los derechos de la víctima, para conseguir el resarcimiento y la reparación integral, de igual modo, en la acción privada, ya que las partes son las encargadas de impulsar el proceso penal.

Como parte introductoria el Código Orgánico Integral Penal (COIP) bien hace al expresar que el derecho penal tiene, una doble función. Por un lado, protege los derechos de las víctimas de un delito, y al mismo tiempo, restringe los derechos del victimario cuando el actor vulnera un bien jurídico protegido; recordando que los derechos terminan cuando comienza el derecho de otra persona.

Sin duda alguna, este sistema ha ido evolucionando para evitar el derecho penal del enemigo, y a su vez la venganza por la propia mano, o que se quede en la impunidad. Es así como el COIP también está subordinado a la CRE2008, en su artículo 76, numeral 6: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Ecuador, R.O. 107, 2014). Es decir, para establecer una pena por parte de las autoridades correspondientes se debe medir entre el bien jurídico vulnerado, debe estar en relación con el castigo impuesto.

De ello, resulta lógico encontrar la finalidad en el artículo uno del COIP: “Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y

la reparación integral de las víctimas” (Ecuador, R.O 107, 2014). Ahora bien, el propósito de transcribir este artículo es para dar un enfoque de cómo la justicia penal ordinaria estipula su sistema, primero considera que el Estado, por medio de sus órganos jurisdiccionales mantienen la facultad sancionadora, pero para aplicar dicha facultad, es necesario tener un catálogo de cuáles son los delitos junto con sus respectivos procesos, lo que básicamente se conoce como *nullum crime sine lege*, añadiendo que debe existir el respeto del debido proceso y sus garantías para los sujetos del proceso; para motivar la rehabilitación del individuo y garantizar la reparación a la víctima.

Principio de Legalidad

Este principio se deriva del derecho romano cuyo aforismo: *nullum crime sine lege*, que significa no hay crimen sin ley previa, se entiende pues, que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Según el COIP esto tiene relación con la tipicidad, es decir, que la conducta establecida por el legislador, al hecho anterior, se adecue. Tomándose en cuenta que la tipicidad va evolucionando con el derecho penal, por ejemplo, hace unos años, dar un cheque sin fondos era delito castigado con cárcel, en la actualidad ese delitos se encuentra derogado.

Claus Roxin de una manera más estética describe: “que la protección eficaz de los bienes jurídicos presupone que toda acción u omisión punible haya sido definida por la ley lo más exactamente posible al hecho en cuestión (...) este principio tiene su origen en la teoría del Estado, en la época del Racionalismo” (Universidad Católica de Cuenca, 2016, p.27) Como se ha mencionado, esta época también hace alusión a que el legislador sólo puede castigar lo que se ha definido previamente. Postura que comparte Roxin, al destacar que en los delitos como el asesinato, violación, robo, son conocidos socialmente; mientras que delitos de carácter económico, los relacionados al medio ambiente o la informática, son desconocidos en su gran mayoría. Cosa contraria a lo que sucede en la justicia indígena.

Penas y su Finalidad

Zaffaroni, citando a Von Liszt concibe la pena como: “el mal que el juez infringe al delincuente por el delito a fin de manifestar la desaprobación social para el acto y su autor” (2018, párr.19). La pena al igual que la justicia, históricamente están ligadas, en un inicio la pena era la expresión o el resultado de justicia, o en ciertas sociedades de venganza. La famosa ley del Tali6n “ojo por ojo, diente por diente” gener6 socialmente la idea que el victimario debe sufrir por haber roto el orden social y a su vez establecer el orden en caso de que se haya quebrado.

El COIP, es el cuerpo normativo encargado de establecer los delitos y las penas, decretando normas de interpretaci6n como se se6ala en su art6culo 13, para fines pr6cticos, son tres particularidades: primero, la materia penal al ser delicada en su integridad debe estar sujeta a la Carta Magna e instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, es por tal motivo, que las penas de tortura f6sica y psicol6gica se eliminaron para dar paso a nuevas teor6as de rehabilitaci6n social. El segundo numeral, es claro, cuando a6ade que debe entenderse de forma literal, es decir, que la descripci6n del tipo penal se adecue al comportamiento. Conjuntamente el numeral tres proh6be las analog6as, en otras palabras, comparar delitos existentes o amplificar los presupuestos legales, para sentenciar una pena (Ecuador, R.O 107, 2014). Concretamente, estas tres reglas de interpretaci6n del COIP, en la justicia ordinaria, es para que la ciudadan6a cuente con un sistema claro, con pautas escritas textualmente, que permiten alcanzar la finalidad de la pena.

En el mismo cuerpo legal el art6culo 51, describe: “la pena es una restricci6n a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jur6dica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposici6n legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada” (Ecuador, R.O 107, 2014). Prosigue con el fin mismo de la pena, en su siguiente articulado:

Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales (Ecuador, R.O 107, 2014).

Saltándose la historia de la pena, actualmente en la justicia penal ordinaria del Ecuador, cuando se habla de pena esta significa encarcelar al autor de una infracción, que se encuentre expresada en el COIP cuando se ha probado la responsabilidad del autor y las circunstancias del hecho; sin estos dos requisitos fundamentales existe una duda de la comisión del tipo penal.

So pretexto del análisis previo en el artículo 52 cuando se refiera a la finalidad de la pena, se puede determinar que existen en tres características concernientes a la pena; a) tiene un carácter preventivo de manera general, es decir, la sociedad por el sentimiento de temor a perder el derecho a la libertad, se abstiene de realizar delitos; b) en cuanto al desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, se puede aseverar que la realidad de los reos dista mucho en cuanto al texto utópico de rehabilitar porque usualmente los ex reos al cumplir condena mantienen una desconfianza al sistema judicial c) la reparación integral a la víctima, que no necesariamente es una retribución económica.

Clasificación de las Penas

Cabanellas (1979), hace una larga clasificación de las penas, sin embargo, para efectos de la presente investigación se tratará dos de ellas:

Por su naturaleza o relación al mal inferido por parte del llamado delincuente: que a su vez se sub-clasifica en corporales, pecuniarias, e incapaces. Por corporales se entiende que es la lesión física que se realiza al cuerpo humano, como mutilaciones, azotes, etc., y que son caracterizados por la justicia indígena. En cuanto, a las penas pecuniarias

se refiere a las multas o retribución económica, y; por último, las penas incapaces hacen relación a la suspensión de los derechos civiles y políticos del sujeto activo del delito.

La otra clasificación a analizar es: “por los bienes o derechos que se afecta”, aquellas penas que van contra los bienes jurídicos protegidos por parte del Estado, que se encuentran dentro de la Constitución, como la vida, libertad, propiedad, fe pública, etc., (Cabanellas 1979).

La razón de invocar a Cabanellas, es porque el COIP ordena que las penas a más de ser impuestas por una sentencia firme, tienen una clasificación con matices similares a los antes descritos. Es así como en los artículos 59, 60 y 61, determina tres tipos de penas, que pueden tener carácter de principal o accesorias; y son: a) penas privativas de libertad, b) penas no privativas de libertad, y c) penas restrictivas de los derechos de propiedad. Pero por el tema que se abarca, solo es importante estudiar el primer punto.

Comenzando con la primera clasificación, las penas privativas de libertad reemplazan a las sanciones corporales a través de la evolución jurídica. En la legislación penal ecuatoriana, la cárcel es la materialización del delito cuando se detiene o se aprehende al sujeto activo del mismo. Una característica es que no puede durar más de cuarenta años, tiempo máximo, en contra posición de lo que en otros países existe la cadena perpetua o vitalicia; y a continuación en su tercer inciso se decreta, que si se aprehende a una persona como medida cautelar, este tiempo en el que se restringe su libertad de movilidad estará a favor de la persona sentenciando, ya que se tomará en cuenta para restar los años que vaya a determinar la autoridad competente.

Luego están las penas no privativas de libertad, que muchos autores comentan deberían ser tomadas primero en consideración que las privativas de libertad, dependiendo de la peligrosidad de fuga del reo, pero para ello, se debe demostrar el arraigo; con el fin de no causar daño físico

al reo, importante para concientizar ya sea justicia ordinaria o justicia indígena.

Reparación Integral de los Daños y sus Mecanismos

La reparación integral es la consecuencia principal de la responsabilidad de la autoridad pública o del particular que ha vulnerado derechos constitucionales. Por lo tanto, la reparación dispuesta en sentencia debe ser analizada en función de la situación de la víctima y no desde la posición jurídica del perpetrador de la violación, sea autoridad pública o un particular (Ruiz, Aguirre, Ávila, 2017, p.12).

El COIP conceptualiza que “reparación integral es la solución objetiva y simbólica que restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfacer a la víctima” (Ecuador, R.O 107, 2014). En este sentido, la pena impuesta al sujeto activo del delito, significa que debe ser dictada basada en hechos y lógica, que intente corregir lo que más se pueda, el derecho violado. Esto no escatima una alta cantidad de dinero, pues en ciertos casos, no se puede valorar económicamente, y es así como la reparación integral de daños contiene mecanismos estipulados en el artículo 78 del cuerpo legal en mención.

Haciendo un paréntesis, y antes de entrar a analizar los mecanismos de la reparación integral. Se debe hacer hincapié que la misma constituye un derecho y una garantía. Es un derecho, para la persona que se considere afectada, pues se está vulnerando los bienes jurídicos que el Estado reconoce y necesita que se le compense. Y al mismo tiempo es una garantía, porque debe observarse a lo largo del desarrollo del proceso, es decir, debe asegurarse la obligación de restituir a la víctima sus derechos vulnerados, hasta donde se pueda.

A continuación, los mecanismos de reparación integral son herramientas que permitan restituir los derechos vulnerados, si bien el COIP determina cinco de ellas, estas son interdependientes, sea individual o de forma colectiva (Ecuador, R.O 107, 2014).

En primera esta la restitución, que está relacionada a aquellos casos donde debe repararse derechos como la libertad, vida familiar, ciudadanía, nacionalidad, retorno al país, recuperación de empleo, o de derechos políticos. Un ejemplo sería cuando se ha encarcelado injustamente a un individuo, en este caso, la restitución es el mecanismo de remediar este hecho.

Así mismo, se tiene a la figura de la rehabilitación, la misma que procura que la víctima reciba atención médica y psicológica, en casos como la violación, la persona afectada debe tener un adecuado tratamiento; en esta línea el Estado proporciona estos servicios públicos y sociales. Simultáneamente, se establece la indemnización de daños materiales e inmateriales, es decir cuando se puede dar una valoración económica de la infracción penal.

Por otro lado, se implementa las medidas de satisfacción o simbólicas, estas se dan cuando a la víctima se le ha vulnerado derechos de honra, o del buen nombre, donde su reputación o dignidad está en juego. Por ello, la decisión judicial puede abarcar desde las disculpas y reconocimiento público de los hechos y responsabilidad del individuo a quien se ha calumniado, por ejemplo, hasta las conmemoraciones y homenajes como en el caso de los hermanos Restrepo.

Y como último mecanismo de reparación está la garantía de repetición, una de las más importantes, porque la sociedad genera sentimiento de seguridad, esta medida significa que los delitos no se reiterarán, y se crearán condiciones necesarias y suficientes para evitar la reincidencia de los mismos. A causa de ello, se apunta que los individuos no pueden volver a ser víctimas de los delitos del mismo género, y que ya fueron víctimas antes, sin duda alguna el Estado debe tomar precauciones prácticas. Acotando que la justicia indígena, tiene la reparación económica, mientras que demás aún no se ha incorporado.

Derechos Humanos y su relación con la Justicia Indígena

Es por tal motivo, que los derechos humanos no son términos que deben tomarse a la ligera, porque garantizan la existencia de una persona sin importar si tiene una identidad cultural distinta a la mestiza, o si en su defecto tiene diferente raza, género, sexo, edad, religión, etc., es así como en la Constitución de la República del Ecuador, adopta este concepto para entablarlo al artículo 11, numeral 2, de que todas las personas somos iguales. En otras palabras, el individuo sigue siendo persona, que conlleva al mismo tiempo derechos y obligaciones independientemente del prototipo social-jurídico pre-establecido.

Para el Juez Jaramillo en el Libro de la Justicia Indígena redactada por Carlos Pérez Guartambel, manifiesta que las sanciones que se le impone a un miembro de una comunidad

(...) no constituyen prácticas que tengan como fin la tortura o la denigración de la dignidad de las personas; por el contrario, son medios tradicionales propios de sus costumbres con un alto significativo simbólico que tiene por objeto devolver a los infractores su función dentro de la comunidad y su dignidad como miembro de la misma; así como también buscan restaurar el equilibrio y la armonía con la naturaleza y sus valores” (2015, p.37).

Eduardo Díaz Ocampo y Alcides Antúnez manifiestan que:

(...) los indígenas piensan que con castigos aplicados a una persona, esta se va a arrepentir de su error y no va a volver a repetirlo, por el contrario lo que sucede es que la justicia indígena malinterpreta su aplicación sin el más mínimo respeto a los principios consagrados en la misma Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos. (Correa, “Interculturalidad numeral 4”, p. 22).

En esta perspectiva a lo largo de los años, y por la historia de la humanidad en diferentes escenarios, se ha hecho uso de los instrumentos

internacionales para destacar que los tratos crueles, inhumanos, degradantes son castigos de un derecho represivo, y no de rehabilitación; teniendo por resultado la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada el 9 de diciembre de 1975.

Por ende, nuevamente existe un conflicto entre la justicia ordinaria con conceptos claros como derechos humanos que prohíben los tratos inhumanos, frente a la filosofía andina de las comunidades indígenas con relación a su manera de aplicar justicia. Quién se equivoca, y quién tiene la razón, si en los mismos Tratado Internacionales y en las Constituciones se reconoce el derecho de autonomía de las comunidades indígenas y de igual manera establece límites claros.

Procedimiento Administrativo de la Justicia Indígena:

1.- Willachina (aviso o demanda)

El primer es cuando existe la realización del delito, donde la persona ofendida da aviso al cabildo de la transgresión cultural que sufrió, en donde tendrá el apoyo de su familia o conocidos, es una noticia alarmante porque es una enfermedad social, realizado este hecho se da inicio a un proceso de juzgamiento de transgresión cultural (Pérez, 2015, p. 279).

De modo idéntico, sucede en la justicia ordinaria, cuando se denuncia un delito, porque la víctima lo que busca es una reparación del bien jurídico vulnerado; por lo tanto, se observa que comparten la misma finalidad y el mismo modo de acusación informal. Ya que, al inicio de una investigación penal, se da búsqueda de los indicios penales.

2.- Tapuycuna (Investigar el problema)

Parafraseando a Pérez, 2015, es la etapa en donde se realiza las averiguaciones sobre el hecho, por lo que se tiene varios métodos de

indagación, como de qué familia proviene, sus amistades, etc., es importante conocer si la persona sospechosa está laborando, por lo que se llega a una conclusión, que sí es así, esa persona no es el autor del acto. O también puede ser una persona que es alcohólica que abandonó a su familia, por lo que se llega a una sola conclusión de que su conciencia no está sana, pero si la persona acepta el hecho se da por terminada la etapa. En el caso que se niegue el hecho, se realiza las diferentes averiguaciones cómo realizar inspecciones en el lugar donde sucedió la transgresión cultural, se analiza la vestimenta del acusado, ya debemos tener en cuenta que todos estos pasos se realizan enseguida que se dio a conocer a las autoridades del cabildo por lo que todo se mantiene fresco y es de ayuda para la investigación.

Si bien el autor Pérez Guartambel hace un examen minucioso de las investigaciones que llevan a cabo la justicia indígena, se puede censurar que, en la realidad, dichas investigaciones se basan únicamente en la declaración de los testigos y de cómo ellos ven al acusado, por consiguiente, su aspecto físico o su situación económica no es prueba fidedigna para seguir con el procedimiento penal indígena.

3.- Chimbapurana (Confrontación entre el acusado y el acusador.)

Es la instancia de los careos, de comparación y confrontación de palabras entre los involucrados. Dentro del juzgamiento, este es el paso más importante de todo el procedimiento, porque a diferencia del juzgamiento judicial, aquí no existen abogados que representen a las partes, sino que son las partes involucradas las que hablan cuántas veces sean necesarias hasta que todo quede claro y no existan confusiones al momento de determinar las responsabilidades y sanciones. (Tibán, 2008, párr. 19).

La confrontación es una etapa muy parecida a la evacuación de pruebas, pero no de verificaciones documentales sino de argumentos orales que se dan entre el acusado y el acusador, sin que interceda una

tercera persona. Es conocido que, entre los miembros de la comunidad indígena, el honor, el buen nombre, la integridad personal, son bienes jurídicos de relevancia en el aspecto social, incluso para postularse como autoridad indígena, debido a ello, esta confrontación sin un abogado, es para defender su reputación.

4.- Killpichirina (Imposición de la sanción)

Es la etapa en donde se da por finalizada las averiguaciones y se está listo para tomar una decisión en contra de los autores. Teniendo como la sanción más fuerte la expulsión de la comunidad, sobre este punto Lourdes Tibán sostiene: “Las sanciones son establecidas de acuerdo a la gravedad del caso; y estas sanciones no se basan en las señales por las leyes de la justicia mestiza, se basan en las leyes consuetudinarias de la comunidad” (2008, párr. 20).

Para establecer una sanción en la justicia indígena al igual que la justicia ordinaria, se considera la necesidad de la víctima. Aquí la justicia indígena para determinar una multa, devolución de lo robado, una reparación económica, espiritual o material, debe ser corroborada por un testigo, justificando de este modo la necesidad de la víctima; lo que en la justicia ordinaria se entiende como reparación integral.

5.- Paktachina (Ejecución de la sanción)

En esta etapa en donde se da el cumplimiento de las sanciones, por lo que no debe quedar rencores, entre la persona que realizó el acto de transgresión cultural, contactos y el afectado, tampoco de existir un acto de venganza, por lo que con el procedimiento que se llevó a cabo es suficiente para terminar el proceso, sancionar sin preferencias, ni injusticias, cumpliendo con las costumbres de la comunidad, como nos describe Lourdes Tibán quienes puede aplicar sanciones en las comunidades: “Las personas que aplican la sanción son las personas mayores de edad, los

padres, los familiares, el padrino de bautizo o de matrimonio, el presidente del cabildo u otras autoridades indígenas locales” (Tibán, 2008, párr. 21).

Algo que realmente se debe felicitar en la justicia indígena es que el sentimiento de venganza post actuación del cabildo conjuntamente con la sanción indígena no existe. A diferencia del sistema de justicia ordinaria que se destaca por la reinserción de los delitos, y emociones como el odio, desconfianza al sistema jurídico, vindicta a la contra parte, etc.

Castigos de la Justicia Indígena

Carlos Poveda opina que la justicia indígena “brinda la posibilidad de que las comunidades ejerzan procesos ágiles que determinen culpables que reparen sus acciones con trabajo que beneficien a las víctimas, pero también a su familia y a la comunidad.” (Machado, 2019, párr. 12). Con un solo fin como manifiesta Beatriz Villarreal Directora de INREDH² : “Lo que se busca es que la armonía de la comunidad no se rompan con actos que generen conflictos al interior de la estructura comunal” (Machado, 2019, párr. 10).

Empezando por la justicia indígena donde manifiesta que “ Desde la cosmovisión indígena, el castigo y el perdón ante la comunidad sirve como herramienta disuasiva, que se traduce en una verdadera rehabilitación (...) justicia ordinaria no genera verdaderos procesos de rehabilitación ni de reinserción de las personas que están privadas de su libertad” (Machado, 2019, párr. 12 -15)., por lo que dentro de los penitenciarias se observan procesos más violentos de los que se puede ver en ajusticiamiento indígena.

Se puede señalar que la justicia indígena es de alguna manera más efectiva en el momento de reparar a la víctima, de sancionar al sujeto activo, un punto muy importante al tomar en cuenta es que todas las personas involucradas quedan de acuerdo con lo que se lleva a cabo, sin rencores, ni actos de venganza. Por lo antes mencionado, es necesario

² Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos

tener claro el significado que tiene cada una de las sanciones que se aplican a los miembros que cometen un error dentro de la comunidad, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones.

Baños de agua

Gerardo Miguel sostiene que “somos agua del agua”, es un elemento purificador, el agua es todo. El hecho de echar bastante agua fría en la cabeza, es para “limpiar” la mala energía, llaki, que causó la infracción. Hay que volver al niño sano, bueno y vital. Hay que recuperar la buena energía de la madre tierra, allpa mama. Este retorno es reconstructivo, ya que se trata de recuperar la armonía vital pérdida” (2015, pp. 94-95).

Como se observa en la cita anterior todas las personas poseemos agua, por lo que se sostiene que sirve para limpiar y sanar las almas, que es un elemento de vital importancia. Este baño de agua que se hace a las personas que cometen un acto en contra de la comunidad, no se realiza con agua fría como manifiestan algunos autores, el agua con el que se les castiga esta al ambiente, es decir natural, ya que con lleva el símbolo de purificación del alma de la persona.

Ortiga

La ortiga es un elemento correctivo que se utiliza en las comunidades para reprender a los hijos cuando se portan mal o como amerita en el caso se aplica esta sanción de manera corporal en donde Pérez Guartambel opina que la ortiga “a los adultos se aplica además casi en todo el cuerpo a fin de sacar las malas energías cuando cometen infracciones contra la familia y la comunidad.” (Pérez, 2015, p. 266). Este tipo de sanción es la que más se aplica en la comunidad indígena.

Látigo

Pérez Guartambel indica de dónde proviene este látigo en el que nos manifiesta que “En el mundo andino se utiliza la vara, es decir un pequeño tallo de chakra, retama o chilca que no provoca lesión, igualmente se utiliza

la rampa de penco, el fuate o látigo para infracciones mayores” (Pérez, 2015, p. 267).

Expulsión de la comunidad

La expulsión de la comunidad se da por infracciones graves que se realizan en la comunidad y por incumplimiento de órdenes de autoridades superiores, siendo este el castigo más grave que se aplica a un infractor, por el hecho de que es un mal ejemplo para la comunidad, sin embargo, tiene la facultad de ingresar a una comunidad diferente de la que le expulsaron en donde podrá ejercer todos los derechos.

La expulsión es por excepción y en casos extremos como el homicidio y tiene su explicación, la herida social de los dolientes está fresca y al encontrarse en la comunidad entre dolientes e infractor por más disculpas y correctivos que se realicen irreversiblemente arrastra una cola de desquites y represalias o que agravaría la enfermedad social, que eventualmente podría generar revanchas interminables.” (Pérez, 2015, p. 278).

Para muchas personas el modo de sancionar a los miembros de las comunidades va en contra de los derechos humanos, porque se piensa que los sentenciados quedan con daños psicológicos, o que son sanciones insuficientes para el delito cometido. En contra posición a esta postura, existe la defensa de que estos castigos ancestrales, en algún momento fueron aplicados por los padres como por ejemplo, la jalada de orejas, correazos, chanclazos, bañar en agua fría, que por fin era el educar de acuerdo a las leyes sociales; y esto es lo que pasa con las comunidades indígenas con la diferencia que la aplicación de estas sanciones son con base a las costumbres y tradiciones, de acuerdo a la cosmovisión cultural, por el valor que les da cada uno de los actos y lo que simboliza, teniendo el castigo como objetivo “ a) castigar al delincuente, b) que éste recapacite, c) que reconozca que ha actuado mal y, d) que enmiende su actuación. Una vez cumplida la sanción, la comunidad podrá recuperar su tranquilidad y la armonía del buen vivir” (Nieves, 2015, p.95)., con el fin de obtener

resultados favorables para la persona afectada, y la comunidad; para que la persona que cometió el delito pueda integrarse a la misma, siempre y cuando se realice un pacto de no volverlo hacer y cumplir con las sanciones que le aplican, ya que estas sanciones pueden ser económicas, de colaboración con la comunidad y el más importante pedir perdón a la persona afectada, familia y a los miembros de la comunidad.

Identificar si la Justicia Indígena vulnera los Derechos Humanos y los Límites de la Constitución de la República del Ecuador de 2008

La competencia de la Justicia Indígena en la Constitución de la República del Ecuador del 2008

El artículo 1 de la Constitución de la República determina: “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 (...)” (Asamblea Constituyente, 2008, p. 8)., además la misma norma le otorga la potestad jurisdiccional como se establece en artículo 171 de la CRE, teniendo presente que en el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 343 y en el artículo 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se establece que se tendrá que respetar la aplicación de justicia de las personas indígenas, siempre y cuando no sea contraria a la Constitución y Derechos Humanos; de igual manera dispone el artículo 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas donde manifiesta que “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (Naciones Unidas, 2014, p.18)., dando una oportunidad a las personas indígenas de participar en las decisiones políticas, concediéndole el derecho de jurisdicción y por ende el derecho de competencia.

Pero todos se deben preguntar el ¿por qué se determinó que el Ecuador es un Estado plurinacional?, por lo que es menester nombrar a Cristian Quiroz Castro al citar a Masapanta en la revista INNOVA opina sobre el porqué se declaró al Ecuador un país plurinacional determinando que es:

(...) debido a que dentro de su territorio coexisten varias nacionalidades y etnias, como los indígenas, afro ecuatorianos, montubios, además de la población hegemónica, situación que ha permitido un profundo debate desde la perspectiva intercultural, que converge en un modelo democrático incluyente, donde prima el respeto y reconocimiento de los derechos de los grupos sociales minoritarios (2017, pp. 53-54).

Se otorga varios derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades otro de ellos lo señala el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 345 establece la declinación de competencia para las personas indígenas, en donde se puede observar que hay ciertas relación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, cumpliendo así con lo que se denomina como pluralismo Jurídico, e1 Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 344 literal c y d, nos habla de él Non bis in idem (doble juzgamiento), lo cual se analizará con profundidad más adelante, así como el principio Pro jurisdicción indígena, “ en caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible” (Asamblea Nacional, 2015, p.107). Ahora se puede observar que en la Constitución del 2008 a las personas indígenas se cumple con los derechos, se les toma en cuenta para la política, al momento de incurrir en sus territorios, tienen más fuerza de aplicabilidad que en la Constitución de 1998.

Clases de competencia

Competencia Material

En la competencia material se puede observar que es muy diferente a la justicia ordinaria por lo que, las comunidades indígenas al momento de

castigar a una persona no disponen de materias internas como civil, penal, familia etc., sino que se manejan de manera general en base a las costumbres y tradiciones, por lo que debemos respetar lo que dispone en el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en el artículo 9.1 dispone:

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. (2014, p.32).

Sin olvidar que el Ecuador es parte del Convenio 169 de la OIT, aceptando de manera tácita el derecho indígena, y sin olvidar que en la Constitución de 1998 y del 2008, reconoce el derecho de los indígenas y la declaración de Estado plurinacional.

Competencia Territorial

Se desarrollará desde el momento en que el cometimiento de una transgresión cultural ocurre dentro de la comunidad, se va aplicar justicia indígena sin ningún problema, como dispone el artículo 55 numeral 2 del Reglamento de Sustanciación de la Corte Constitucional, (pie de página) pero en el momento que se detuvo a una persona, que no pertenece a la comunidad indígena, se le pregunta ¿por qué juez quiere ser juzgado? Por lo que muchas de las veces las comunidades indígenas castigan sin respetar los derechos, pero también podemos observar que sucede lo mismo cuando una persona indígena comete una infracción fuera de su territorio, no se hace efectivo el derecho a declinación que nos manifiesta en el artículo 345 del COFJ.

Carlos Pérez Guartambel manifiesta que al momento que se presente este tipo de caso, se debe tener un diálogo entre la justicia ordinaria y la justicia indígena:

(...) estando claro que no existe justicia mejor ni peor, justicia buena ni mala, no hay justicia superior ni inferior, sencillamente son sistemas jurídicos diversos, con sus méritos y deméritos, aciertos y errores, parecería que la vía de la interculturalidad ayuda salir del atolladero (2015, p. 289).

Competencia Personal

Carlos Pérez Guartambel expresa “la respuesta no es fácil, en todo caso si es indígena y no conoce otra cultura que la suya, justo es que sea juzgado por su juez natural, la comunidad indígena” (Pérez, 2015, p. 290).

Es decir, la competencia personal que tiene la justicia indígena, no se refiere únicamente a que se va a juzgar a un miembro de una comunidad indígena, sino cuando la persona indígena comete un delito que esta fuera de su territorio. En este caso, el juez competente es el cabildo al que pertenece el infractor, sin importar a qué comunidad afecto con su acto. Sin embargo existe una pugna entre justicia ordinaria o justicia indígena cuando el sujeto activo del delito es indígena y cometió un delito en el territorio de la justicia ordinaria. En este punto hay que recalcar que la justicia indígena tiene otra división territorial, y que iría contra las garantías del debido proceso si se juzga un juez ordinario. Muy debatible en cuanto a derechos humanos se trata.

1. Límites de la Constitución de la República del Ecuador de 2008

En el artículo 171 sobre que: “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. (Asamblea Constituyente, 2008, p.53).

La Corte Constitucional Ecuatoriana en el caso “La Cocha” rigurosamente declaró como precedente constitucional que: “la justicia y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos

involucrados y presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”, (...) (Constitucional, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de 30 de Julio de 2014).

En concordancia con lo expuesto, se puede colegir que las comunidades indígenas por su lucha histórica han logrado resaltar en la Carta Magna, es así como han sido reconocidos y respetados por todos, pero también se ha visto la necesidad de establecer límites a su aplicación al momento de juzgar y ejecutar sus penas cuando se transgrede sus normas ancestrales.

Se puede aseverar que la justicia ordinaria hace su mayor esfuerzo en incluir otro sistema jurídico precisando que lo verdaderamente importante es verificar la correcta aplicación de los derechos de la persona sin distinción, para ello aplica sanciones que no vulneren derechos humanos algunos con el fin último de tener una buena convivencia social, sosteniendo que la justicia indígena no se escape de dichos propósitos.

Borja Jiménez, Emiliano, 2009, p.35 al fijar que los derechos humanos:

(...) constituyen uno de los límites materiales para el ejercicio de la justicia indígena; ya que aunque le son reconocidos legalmente sus tradiciones, prácticas y costumbres, incluidas las relativas a la resolución de conflictos y aplicación de sanciones, su actuación no puede ser contraria respeto a dichos derechos humanos” (Cruz, 2017, p.112).

Es decir, en esta segunda perspectiva, hay autores que simplemente consideran a los derechos humanos y a los sistemas jurídicos de cada país son incompatibles con la cosmovisión cultural indígena, pues es contraproducente imponer conceptos modernos a una realidad diferente a la justicia ordinaria, pues lo que provocaría es una confusión al momento de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas en la medida

que sus prácticas de corrección no estarían en armonizar con sus costumbres ancestrales. (Cruz, 2017).

La razón de exponer estos dos grandes criterios sobre los estudios realizados en torno a la justicia indígena es porque la CRE2008 se acoge al primer punto. Estableciendo que la justicia indígena está consciente de que existen otras organizaciones de gobierno, que de igual modo también han luchado para ser incorporadas en diferentes instrumentos internacionales, empero independientemente de la lucha, se debe acoger a los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que norman de manera general al individuo. Por tal motivo, los partidarios de límites a la justicia indígena puntualizan que su modo de aplicar justicia acata conceptos de derechos humanos y consecuentemente no pueden desviarse de los mismos, determinando que los límites del art. 171 a su jurisdicción son para no romper el orden establecido socialmente en relación a que las leyes están hechas por y para el hombre, sin importar su condición como la identidad cultural.

2. La justicia Indígena Penal y el non bis in ídem

En este apartado es menester hacer mención del artículo 76, numeral 7, letra i): “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la justicia indígena deberán ser considerados para este efecto” (Ecuador, R.O. 449, 2008). Es decir, el principio del non bis in ídem o nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

En Ecuador el 30 de Julio del 2014, la Corte Constitucional declaró el siguiente precedente constitucional, en relación al tema se fijó:

La justicia y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos, y nacionalidades

indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad (...) la administración de justicia indígena conserva su jurisprudencia para conocer y dar solución a los conflictos internos y que afecten sus valores comunitarios (Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, 2014).

Ahora bien, según el precedente constitucional dictado por la Corte Constitucional, al analizar los castigos impuestos llegan a la conclusión breve que el bien jurídico “vida” es tan importante que debe ser juzgado con pena privativa de libertad, y dejar a un lado la rehabilitación purificadora que tiene la justicia indígena.

Zambrano hace una acotación importante en el caso “La Cocha”, él afirma que se dio un doble juzgamiento porque la justicia indígena penal ya había seguido un proceso e incluso una manera de resolver, y sobretodo, que siempre estuvo de acuerdo a los límites establecidos por la propia Constitución en el artículo 171 de la Constitución de la República, el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, y los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT. En sus palabras textuales:

En este caso se evidencia “un proceso de doble juzgamiento”, porque la familia del occiso, de manera voluntaria solicitó la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha, de la comunidad de Guantopolo para imputar las sanciones conforme a su organización ancestral, resaltando que había impuesto mecanismos de compensación y de reparación económico que fueron cubiertos (...) Posteriormente intervino la justicia ordinaria estableciendo prisión preventiva para los presuntos infractores por el presunto delito de homicidio (...) (Zambrano, 2017, p.104)

Por lo mismo, Zambrano (2017) manifiesta que: las formas ancestrales de castigos para sancionar los delitos con base de la inmersión en agua fría, o baños con agua helada en el páramo de nuestra serranía a los infractores, además del azote con ramas de ortiga, y el castigo de azotes

con látigos de cuero, y hasta de golpes físicos han sido cuestionados y calificados como actos de tortura. Estos castigos han sido legitimados por las comunidades indígenas ecuatorianas afirmando que no se trata de actos de tortura, o barbarie, sino de expiación por las infracciones cometidas en el caso de los azotes y latigueadas, y en el caso del agua han sostenido que se trata de una forma de curación o sanación para limpiar los males (p. 103).

En todo caso, para los miembros de una comunidad indígena no existe la violación a los derechos humanos, porque ellos son los que ratifican sus decisiones a través de sus representantes, decidiendo cada uno de ellos, la sanción que se establecerá. Recordar que su visión del mundo equivale a una unidad, y que el delito es el quebrantamiento de dicha unidad por un mal, se debe curar, por medio de una purificación. Es así como la justicia indígena, y sus miembros autorizan a los cabildos las decisiones que se tomen en torno a un delito; siguiendo las líneas básicas del código civil, al establecer qué es ley en el artículo 1: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común” (Código Civil, 2005). Permite, en efecto, decir que la justicia indígena con su voluntad y su libre autonomía establece que normas hay que seguir, y cuáles serán sus castigos en caso de transgredirlos, admitiendo que su sistema jurídico es oral, y se pasa de generación en generación de forma hablada.

3. Rehabilitación desde la perspectiva de la justicia ordinaria

Zambrano al citar al Profesor Miguel Polaino Navarrete manifiesta que: “El conocimiento del Derecho Penal de un pueblo nos permite determinar el grado de cultura alcanzado por éste” (Zambrano, 2017, p. 239).

Sabio Polaino al argumentar las primeras líneas, porque precisamente en este punto, se desata la pugna entre la rehabilitación del ciudadano en la justicia penal y del miembro de la comunidad indígena.

Pues se replantea la pregunta que muchos autores se han hecho y también gran parte de la población: ¿para qué sirve la cárcel? Desde el punto de vista del COIP, es para rehabilitar a la persona, para dar una reparación integral a la víctima y dar ese sentimiento de seguridad a la ciudadanía cuando los delitos son castigados. En opiniones de los estudiosos del derecho existen varias teorías, desde el análisis de la ley del Talión hasta el derecho penal del enemigo, y las más utópicas para mantener la paz social en la mayor medida de lo posible.

Empero, la historia carcelaria de los países latinoamericanos, por no decir a nivel mundial, son criticados fuertemente por la falta de rehabilitación de los reos, teniendo en cuenta que una persona después de vivir aislado en estos centros, tiende a cometer los mismos delitos con mejores técnicas o a su vez a delinquir nuevos delitos. Sin mencionar a profundidad que también se da vulneración de derechos humanos en dichos centros.

Entonces básicamente, si todos los ciudadanos conocen cada delito del código penal y aun así transgreden la ley, su castigo es la cárcel - en la gran mayoría de los casos - y finalmente se llega a la misma conclusión, los encierros en los centros de rehabilitación se convierten en escuelas criminales que también vulneran derechos humanos a los reos. Por lo tanto, la rehabilitación y las sanciones ancestrales violan derechos humanos, en diferentes mane

4. Rehabilitación desde la perspectiva de la justicia indígena

Entrevista

El Cantón Nabón, perteneciente a la provincia del Azuay, tiene nueve comunidades indígenas, que son: Shiña, Rañas, Pucailpa, Rosas, Ayaloma, Lluchin, Shiñapamba, Quillusisa y Pabán. Las mismas que son dirigidas por un solo Cabildo o conocida como la máxima autoridad indígena, seguido del vicepresidente, secretario, tesorero, y síndico. Cinco autoridades que van a determinar la competencia en casos de delitos de la comunidad indígena. Su manera de elección, es que cada comunidad debe

tener un representante, que se presenta de manera pública con las otras comunidades; posteriormente, se realiza una votación, y dependiendo del mayor número de votos, es cómo se determina el cargo público. En otras palabras, los candidatos no escogen el cargo que se va a ocupar, por el contrario los miembros de la comunidad al ejercer el voto y dependiendo del candidato con mayor número de votos ocupará el primer cargo de cabildo, y así consecutivamente – según el número de votos – se irá concediendo los demás cargos en el orden antes escrito. Recalcando que para determinar un castigo, se necesita que, cada miembro de la comunidad esté presente en la sanción, para que sea solemne se lleve a cabo, si llegará a faltar uno de estos miembros, no puede iniciar el proceso.

En la entrevista realizada el 30 de julio de 2020, a la señora Balbina Morocho y su esposo Rommel Sagbay de la comunidad indígena AYALOMA; conjuntamente con el expresidente del Cabildo el Señor Edgar Morocho de la comunidad indígena de SHIÑA; estas dos pertenecientes al Cantón Nabón, comentan que la cárcel va en contra de su principio “no ocio” (ama quilla) pues la persona que comete una infracción y se le dicta como sanción pena privativa de libertad, no tiene una verdadera rehabilitación social, puesto que el individuo al cumplir condena tiene sentimientos de venganza, odio y rencor a la sociedad. Incluso coinciden en que los centros de rehabilitación son peligrosos para la vida del infractor, aprendiendo nuevas modos de delinquir.

En palabras textuales de la señora Morocho: “la persona sale peor cuando entra a la cárcel, la cárcel es peligrosa”. Hasta este punto, no se puede argumentar nada nuevo sobre el derecho penitenciario ecuatoriano. Sin embargo, para ellos dentro de sus comunidades indígenas, los castigos como el baño de agua, la ortiga, la beta, los días de minga, y el uso del ají son sanciones que provocan el sentimiento de miedo, por ende de respeto hacia las leyes de la comuna, teniendo por finalidad que sus miembros no reincidan en el mismo delito.

Al expresidente de la comunidad SHIÑA, a su modo de pensar, la justicia indígena con el pasar del tiempo se perderá debido a que ellos están en un proceso de aculturización debido a los avances tecnológicos, empero para que se llegue a este resultado, pasaran muchas décadas. Mientras tanto, la aplicación de la justicia indígena en base a su realidad está en lo correcto cuando de delitos leves se trata, como por ejemplo, el robo, las riñas, las infidelidades, etc. Por consiguiente, como ex autoridad, apoya que los delitos graves como el asesinato, la violación, la violencia intrafamiliar, deberían ser competencia de la justicia ordinaria y sancionada con pena privativa de libertad porque la persona es peligrosa para la comunidad.

Es necesario aclarar que, los primeros entrevistados tienen conocimiento leve sobre su propia justicia indígena debido a que esta comunidad las generaciones anteriores son las que comunicaban que debe hacerse y que sanción aplicar en caso de trasgredir la armonía de su ambiente; y de igual manera, ellos manifiestan que en esta comunidad no se ejecuta habitualmente delitos. El delito que más se lleva a cabo, es el robo y las riñas, que son competencia directa del cabildo. A diferencia del señor Edgar Morocho, que tiene profundo estudio acerca de la Constitución y leyes indígenas, él sostiene que en caso de reincidir más de tres veces en delitos leves (robo, riñas) se debe otorgar la competencia a la justicia ordinaria para que se aplique la sanción de pena privativa de libertad.

Según la cosmovisión de AYALOMA y SHIÑA, comparten una sola manera de ver el mundo, qué es la unidad del individuo con la naturaleza, para ellos la cosmovisión es su realidad apoyada en la tierra (madre naturaleza) que les provee de lo necesario, a consecuencia de ello, cuando se quiebra esta paz o este orden, afecta a toda la comunidad, viéndose obligada a encontrar una solución con elementos propios de la naturaleza en base a sus tradiciones que tienen un propósito purificador. Añadiendo que estas dos comunidades, no tienen como sanción la expulsión del miembro de la comunidad indígena.

Como se describió desde un inicio de este trabajo, no todas las comunidades indígenas son iguales, teniendo diferentes leyes; ejemplificando, la comunidad de Shiña, al conocer un delito, primero se le da el consejo al individuo que trasgrede la ley, si a pesar de volver a cometer el mismo u otro delito, entonces ahí se aplica la justicia indígena. En contra posición, la comunidad Ayaloma, no existe el primer proceso de aconsejar al individuo, sino directamente se le sanciona con la justicia indígena. En las diferencias que se encontró en estas dos comunidades, son; en Ayaloma, se aplica el ají como sanción para las infidelidades, con el motivo de quitar el deseo sexual de otra persona que no sea el esposo o la esposa, al igual que se aplica el perdón como medida reparadora y como medida económica, la multa que es la beneficiaria toda la comunidad; mientras tanto en Shiña tienen un reglamento establecido, teniendo por primera instancia la mediación de las partes. Haciendo hincapié, que Ayaloma está más apegada a su cosmovisión, en cambio Shiña está más actualizada al tener norma escrita y conocimiento de las leyes ordinarias.

Conclusiones

- La justicia indígena ha llegado a considerarse como figura jurídica dentro de la legislación ecuatoriana, esto gracias a las constantes luchas de sus miembros a lo largo de los años, quienes han exigido el reconocimiento de los derechos que amparan a estas comunidades y que están consagrados en la Constitución, entre los cuales se encuentran la libre determinación, la competencia de sus autoridades, entre otros, esto a su vez ha permitido visibilizar temas como la cosmovisión y el sumak kawsay.
- La justicia indígena al ser un derecho dinámico, se basa en la oralidad, es así como se confía ciegamente en las palabras de los testigos, pues aún se mantiene valores como el buen nombre. Se podría entender que las declaraciones verbales no son del todo certeras, pudiendo darse confusión y duda sobre la responsabilidad del hecho ante las autoridades, no obstante, los cabildos sostienen que los testigos no mienten debido a su principio ama llulla (no mentir). Principio que rige la vida de las comunidades indígenas. Un tema que evidentemente es discutible en su totalidad, pues para defender al acusado o al acusador, se debe tener muy claro si el testigo es creíble y confiable.
- Pues la finalidad de la justicia indígena al igual que la ordinaria, es que la persona se rehabilite, sin embargo, para la justicia indígena no hay trabas al momento de llegar a este fin. Pues sus sanciones son directas para que el infractor comprenda, en un solo momento, que su comportamiento va en contra de la unidad de la comunidad. El propósito de su justicia, desde el punto de vista de los miembros, es curar la brecha de la delincuencia recordando al victimario de donde nació, que es la Pachamama, y que con ella misma con sus elementos puede purificar la mentalidad banal de las cosas ordinarias.
- La Constitución al establecer que el Estado Ecuatoriano es un Estado Plurinacional y Pluricultural, otorga a las comunidades indígenas una igualdad en cuanto a la competencia de juzgar y aplicar lo juzgado en toda situación que ocurra dentro su ámbito territorial, esto es que si se

respetaría a rajatablas lo predeterminado, se hablaría del pluralismo jurídico igualitario.

- A medida que se desarrollan los estudios sobre la cultura indígena, se debate entre si esta vulnera los derechos humanos o su derecho a la libre determinación permite aplicar sus propias sanciones; precisamente en este punto luego de la investigación realizada se podría manifestar que efectivamente se vulnera derechos humanos porque sin importar la identidad cultural del individuo se debe tener respeto a la integridad física y psicológica de la persona, como bien se establece en el artículo 2, numeral 11 de la Constitución de la Republica, que cada individuo es igual ante la ley, del mismo modo el en el Convenio sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, determina en el Artículo 1, que por tortura se entiende cualquier acto que produzca intencionalmente sufrimiento grave o dolores físicos o mentales a una persona con el fin de castigar por un acto cometido o que se sospeche que se ha cometido.
- Los miembros de la comunidad indígena realizan sus actos de purificación en base a su cosmovisión y libre determinación, en la realidad es que dar golpes con una beta, baños con agua de los páramos, ortigar el cuerpo, humillar a nivel social, no dejan de ser torturas para el acusado, consiguientemente considerándose penas que van en contra de los derechos humanos porque tienen el carácter de crueles, inhumanas y degradantes; por consiguiente, prohibidas de aplicar dentro de un proceso penal, independientemente del delito que se esté investigando.
- Lo manifestado en el párrafo anterior no quiere decir que las comunidades indígenas deben perder sus costumbres ancestrales para castigar delitos, pues esto tiene como fundamento su cosmovisión como pueblos remotos. De hecho, como puntos a destacar sobre la justicia indígena, es que no existe la reinserción del delito por la misma persona que comete la infracción, debido a que, dentro de su sistema de creencias se establece que la Pachamama, como divinidad, los castiga

y purifica, prácticamente sus penas son eficientes para modificar el pensamiento del acusado, por ende, se establece nuevamente el orden o la unidad de la comunidad cuando se delinquiró.

- Si bien dentro de Política Criminal existe dos funciones que es, el primero el estudio o método de observación anti-criminal y a su vez como segundo aspecto es la estrategia contra la delincuencia. Es decir, en un Estado Constitucional de Derechos y Garantías, las sentencias deben estar sincronizadas con los derechos humanos, y de igual modo, en ellas deben estar inmersas el beneficio para la víctima sin descuidar al victimario, caso contrario se hablaría de derecho penal del enemigo. En cierto punto deslegitimar una sentencia de una comunidad indígena llegaría a cumplirse con la teoría del derecho penal del enemigo, pues se recorta garantías de los ciudadanos como la libre determinación, la pérdida de beneficios carcelarios entendiendo que los miembros de la comunidad indígena tiene un sistema muy diferente al ordinario, y por último un aminorar el derecho a la defensa porque muy pocos abogados realmente tienen un concepto claro de las normas indígenas y muy pocos indígenas conocen el significado de pena privativa de libertad como rehabilitación y reparación a la víctima; incluso la desorientación en un proceso penal a una persona indígena es común.
- De igual modo, la cárcel está en contra del principio ama quilla (no ser ocioso), las comunidades indígenas son muy apegadas a la madre tierra, pues de ella se desprende lo necesario para su subsistencia, es así como existe el respeto y amor hacia ella. Entonces, para vivir bien, se debe trabajar, mantener la mente ocupada como bien lo señalan los miembros de la comunidad indígena, por ello, cuando una persona se le dicta pena privativa de libertad, dentro de su entendimiento, la persona en vez de pagar como se debe para evitar malos pensamientos, se le malcría en mantenerse vago; pues se gasta recurso en comida, agua, hospedaje, etc., cuando está bajo rejas.
- Las facultades otorgadas por la misma Constitución de la República a las comunidades y nacionalidades indígenas conjuntamente con el

reconocimiento de un Estado pluricultural y plurinacional, en cuanto a su competencia para llevar a cabo procedimiento penales a los bienes jurídicos relevantes, la justicia indígena si respeta estos límites planteados por la Carta Magna, esto se evidencia con las entrevistas realizadas donde se observa el respeto por las autoridades no indígenas y las leyes ordinarias.

- Como crítica a la justicia ordinaria, hay que indicar que la misma no se aplica en todas las comunidades indígenas, en otras palabras, la justicia ordinaria regula a la indígena dependiendo del grado de aculturización que tenga la comunidad. Por ejemplo a las comunidades entrevistadas del Régimen Sierra que son Ayaloma y Shiña, la presencia del sistema ordinario es conocido y aplicado, debido al sentimiento de “miedo” que se ha impuesto a los cabildos de dictar una sentencia contraria a los derechos humanos.
- La justicia indígena al tener los límites del artículo 171, se traduce básicamente en el pluralismo jurídico unitario donde el Estado otorga derechos relativos para los miembros de la comunidad indígena ya que la Carta Maga se ha convertido en un libro utópico que no se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, debido a que la individualización de cada comunidad es un factor para aplicar la ley ordinaria en comparación de otras comunidades, por lo mismo, el control de legalidad sobre los derechos humanos también van a depender de la comunidad que se examine. Esto provoca una desconfianza en el sistema jurídico para los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas porque algunos son temidos mientras que otros son sumisos ante la justicia ordinaria.

Bibliografía y linkografía:

1. Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro oficial No. 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
2. Luque – González, A., Ortega – Armas, T., Carretero – Poblete. P.A. (2019). La justicia indígena en el Ecuador: en el caso de la comunidad de Tuntatacto. *Revista Prisma Social* N° 27(4º trimestre), 9. <https://search-proquest-com.vpn.ucacue.edu.ec/docview/2355327885?pq-origsite=summon>
3. Pérez, C. (2015). *Justicia Indígena*. (edición primera). Consultado el 13 de mayo de 2020. <https://www.azuay.gob.ec/wp-content/uploads/2019/11/Justicia-indigena.pdf>
4. Cruz – Carrillo, J. P. (2017, 10 de marzo). Pluralismo jurídico, justicia indígena y derechos humanos. *Neiva Colombia*, 16(1), 103-117. https://www.researchgate.net/publication/323273255_Pluralismo_juridico_Justicia_Indigena_y_Derechos_Humanos
5. Quiroz – Castro, C.E. (2017). Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador, Internte. *INNOVVA RESEARCH JOURNAL* 2(12), 49-58. <https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/3771/5/Pluralismo%20Jur%C3%ADdico%20y%20Justicia%20Ind%C3%ADgena%20en%20Ecuador.pdf>
6. Unión Interparlamentaria. (2016). *Derechos humanos*. Manual Parlamentario No. 26. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf
7. Corte Constitucional del Ecuador. (2014, 30 de julio). Sentencia No. 113-14-SEP-CC (Ruth Seni Pinoargote). <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=113-14-SEP-CC>
8. Dirección Nacional de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades. (2013). *Cuaderno para la interculturalidad #4*. Biblioteca Digital de la

- Defensoría Pública. Consultado 14 de marzo de 2020.
<https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/437/1/LIBRO%20%23%204%20INTERCULTURALIDAD.pdf>
9. Caicedo – Tapia, D. (2018, enero). Cosmovisión, autodeterminación, pluralismo y justicia indígena. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, II (38), 299-326.
[file:///Users/usuario/Downloads/articulos_38-11_1%20\(3\).pdf](file:///Users/usuario/Downloads/articulos_38-11_1%20(3).pdf)
 10. Carmona – Miranda, A.G., Carmona- Miranda, R. (2018, 11 de octubre). Cosmovisión, perspectivas indígenas en la sección regional Huetar Norte y Caribe: serie de relatos sociodiversos-culturales. *Revista de las Lenguas Modernas*, (28), 389-402.
<file:///Users/usuario/Downloads/34846-Texto%20del%20art%C3%ADculo-109880-1-10-20181011.pdf>
 11. Saavedra – Rionda, V. P. (2018). El reconocimiento de las justicias indígenas: un avance de doble filo. *Revista Dialnet Plus*, (131), 73-80.
<http://web.a.ebscohost.com.ucuenca.idm.oclc.org/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=8608b471-1002-4ef2-acc0-b732afd8b3eb%40sdc-v-sessmgr02>
 12. Ruiz – Guzmá, A., Aguirre – Castro, P., Ávila – Benavidez, D. (2017). *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Corte Constitucional del Ecuador.
 13. Universidad Católica de Cuenca. (2016). *III Congreso iberoamericano de derecho penal, derecho procesal penal y neo-constitucionalism*. Ediciones Nueva Jurídica.
 14. Sarmiento – Pelayo, M. P., Fernández - Moreno, A. (2020, mayo - agosto). Justicia social y diseño. *Bitacora Urbana Territorial*, 30(II), 14-15. DOI:10.15446/bitacora.v30n2.81925
 15. Rodríguez, Y., Berbell, C. (2018, 12 de agosto). *Ulpiano, el de dar a cada uno lo suyo*. Conflegal. Consultado el 02 de julio de 2020.
<https://conflegal.com/20180812-ulpiano-dar-uno-lo-le-corresponde/>

16. Prestan-Serrano, C. J. (2018, 03 de marzo). *La Justicia según Platón*. Gestipolis. Consultado el 02 de julio de 2020. <https://www.gestipolis.com/la-justicia-segun-platon/>
17. Zaffaroni, E. R. (2018, 23 de febrero). *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*. Curso de Criminología de Matías Bailone. Consultado el 04 de julio de 2020. <https://es.scribd.com/document/375105018/Zaffaroni-Sobre-El-Libro-de-Von-Liszt-de-Carlos-Elbert>
18. Asamblea Nacional República del Ecuador. (2014, 10 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal*. Editora Nacional. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
19. Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental* (undécima edición). <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxwcm95ZWNo2RlanVyaXNwcnVkZW5jaWFjZnJlGd4OjczNTczNGVkmWZjMzM5Nzg>
20. Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española* (edición del tricentenario). <http://bibliotecadigital.rah.es/es/inicio/inicio.do>
21. Fernández, G., (2020, 02 de noviembre). El principio de la libre determinación de los pueblos. *Libertalia*. <https://www.revistalibertalia.com/single-post/El-principio-a-la-libre-determinacion-de-los-pueblos>
22. Naciones Unidas. (2014). Aplicación de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Manual para parlamentarios N°23*. <http://archive.ipu.org/PDF/publications/indigenous-sp.pdf>
23. Figueroa- Vargas, S., Ariza- Lascarro, A. (2015, 11 de marzo). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Scielo*. <http://www.scielo.org.co/pdf/res/n53/n53a06.pdf>

24. Tiban, L. (2008, 01 de septiembre). *Derecho Indígena y su relación con la justicia ordinaria. América Latina en movimiento*. Consultado el 29 de junio del 2020. <https://www.alainet.org/es/active/26016>
25. Machado, J. (26 de julio del 2019). La justicia indígena evoca un ritual que va más allá de la ortiga, el agua helada y el latigazo. *Primicias*. Consultado el 02 de Julio del 2020. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/justicia-indigena-ortiga-agua-helada-otavalo/>
26. Nieves- Loja, G. M. (2015, 20 de agosto). El carácter reconstitutivo de la justicia indígena, en Chimborazo, Ecuador: perspectiva ética. *Aufklärung*, 2(2), 79-112. <https://www.redalyc.org/pdf/4715/471547045004.pdf>
27. Palomino- Manchego, J. F. (2020). *Constitución, Supremacía Constitucional y teoría de las fuentes del Derecho*. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/viewFile/2039/2181>
28. Serrano- Cayamcela, T. (2019). La Constitución ecuatoriana y sus contradicciones con la política migratoria respecto a los ciudadanos cubanos. *Revista Novedades en Población*. http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S181740782018000200145&script=sci_arttext&lng=en
29. Asamblea Constituyente. (2009, 09 de marzo). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro oficial No. 544. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judic%C3%B3n_fun_jud.pdf
30. Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro_lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
31. Zambrano – Pasquel, A. H. (2017). *Derecho penal parte general – Fundamentos del derecho penal y teoría del delito*. MURILLOS EDITORES. ISBN: 978-9942-28-038-1

32. Congreso Nacional Comisión de Legislación y Codificación (2015,10 de mayo). *Código Civil*. R. O. No. 0110-CLC-CN-05.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

ANEXOS

Anexos



Cuenca, 19 de enero del 2021

LA UNIDAD DE TITULACIÓN E INVESTIGACIÓN FORMATIVA DE LA CARRERA DE DERECHO MATRIZ

Certifica que:

El informe de originalidad TURNITIN correspondiente a la primera revisión de la investigación realizada por la estudiante **BERMEO ALVARADO JESSICA PAOLA**, con número de cédula **0107052219**, titulado **“Los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los Derechos Humanos tutelados en la Constitución de la República de 2008”**, indica un 10% de índice de similitud, 3% de fuentes de internet, 7% de publicaciones y tesis de maestría, 0% coincidencias excluidas.

Para los fines legales pertinentes,

Atentamente,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'P. Vallejo Cárdenas'.

Abg. Paola Vallejo Cárdenas, Mgs.
Unidad de Titulación e Investigación Formativa

www.ucacue.edu.ec

Cuenca: Av. de las Américas y Tarqui. ☎ Telf: 2830751, 2824365, 2826563 Azogues: Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).
☎ Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 Cañar: Calle Antonio Ávila Clavijo. ☎ Telf: 072235268, 072235870 San Pablo de la Troncal: Cda. Universitaria
km. 72 Quinceava Este y Primera Sur ☎ Telf: 2424110 Macas: Av. Cap. José Villanueva s/n ☎ Telf: 2706393, 2706392

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

*Cuán vano es sentarse a escribir cuando aún no te has levantado para vivir.
Henry David Thoreau.*

Los pueblos indígenas históricamente han sido considerados como barbaros, esta idea se sustentaba por la práctica de sus costumbres a la hora de aplicar justicia, no obstante, gracias a la lucha constante de estas comunidades y los estudios realizado por varios doctrinarios, la sociedad y el gobierno han comenzado a respetar su cosmovisión y modo de vida en sociedad, esto gracias al reconocimiento constitucional de lo que se denomina pluralismo jurídico, que tiene que ver con la garantía que brinda el Estado a la aplicación de sanciones que imparten estos pueblos y comunidades, sin embargo, han existido varios retractores que han manifestado que estas prácticas vulneran la dignidad humana, por lo que consideran que la administración de justicia dentro de estos pueblos y comunidades debe estar regulada por la justicia ordinaria, esta investigación pretende mediante un estudio cualitativo y utilizando los métodos de revisión bibliográfica y analítico-sintético, estudiar si la justicia indígena al establecer sus sanciones ancestrales viola Derechos Humanos consagrados en la Carta Magna y Tratados Internacionales sobrepasando así los límites establecidos en la Constitución de la República.

PALABRAS CLAVES: JUSTICIA INDÍGENA, COSMOVISIÓN, DERECHOS HUMANOS, PLURALISMO JURÍDICO

CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

*How vain it is to sit down to write when you have not yet stood up to live.
Henry David Thoreau.*

Indigenous peoples have historically been considered as barbaric, this idea was supported by the practice of their customs when applying justice, however, thanks to the constant struggle of these communities and the studies performed by various doctrinarians, society, and the government have begun to respect their worldview and way of life in society, this thanks to the constitutional recognition of what is called legal pluralism, which has to do with the guarantee provided by the State to the application of sanctions that these peoples and communities impart, however, there have been several retractors who have stated that these practices violate human dignity, so they consider that the administration of justice within these peoples and communities should be regulated by the ordinary justice system. This research aims, through a qualitative study and using the methods of bibliographic and analytical-synthetic review, to study whether indigenous justice, in establishing its ancestral sanctions, violates human rights enshrined in the Magna Carta and international treaties, thus exceeding the limits established in the Constitution of the Republic.

KEYWORDS: INDIGENOUS JUSTICE, COSMOVISION, HUMAN RIGHTS, LEGAL PLURALISM.

CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 15 de octubre de 2020

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



DR. WLADIMIR QUINCHE
ORELLANA
Documento certificado
digitalmente por emergencia
sanitaria en Ecuador por
COVID-19
Matriz-Cuenca
2020-10-15 08:04:09:00

**Dr. Wladimir Quinche Orellana Msc.
SECRETARIO CENTRO DE IDIOMAS**

Cuenca, 21 de enero del 2021

Señor Doctor

Ernesto Robalino Peña

DECANO DE LA UNIDAD DE CIENCIAS SOCIALES

Su despacho

De mis Consideraciones

PAOLA PRISCILA VALLEJO CÁRDENAS, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutora de la estudiante **BERMEO ALVARADO JESSICA PAOLA**, con número de cédula **0107052219**, quien realizo su Trabajo de Titulación denominado **“LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA JUSTICIA INDÍGENA Y SU COSMOVISIÓN CULTURAL EN RELACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS TUTELADOS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 2008”**, dede informar a usted que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal C del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado y Programas de Posgrados de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa el estudiante deberá presentar solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de **APROBADO** al antes mencionado Trabajo de Investigación.

Por lo antes expuesto y dando cumplimiento al Reglamento debo de asignar la nota de 40/40 correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación, además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor de mentado estudiante.

Atentamente:

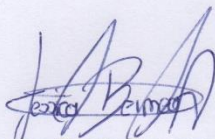


**DRA. PAOLA PRISCILA VALLEJO CÁRDENAS, MGS.
DOCENTE TUTOR**

**PERMISO DEL AUTOR DE TESIS PARA SUBIR AL REPOSITORIO
INSTITUCIONAL**

JESSICA PAOLA BERMEO ALVARADO, portadora de la cédula de ciudadanía N° **0107052219**. En calidad de autor y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación “**Los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los Derechos Humanos tutelados en la Constitución de la República de 2008.**” de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconocemos a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 02 de febrero del 2021



Jessica Paola Bermeo Alvarado

0107052219

EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:

Que, **BERMEO ALVARADO JESSICA PAOLA C.C. 0107052219** de la carrera de **DERECHO** modalidad Presencial, presento su diseño de Trabajo de Investigación con el Título: **"LOS LIMITES IMPUESTOS A LA JUSTICIA INDIGENA Y SU COSMOVISIÓN CULTURAL EN RELACION A LOS DERECHOS HUMANOS TUTELADOS EN LA CONSTITUCION DE LA REPÚBLICA DE 2008"**. Tutora: **Mgs. Paola Vallejo Cárdenas**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **12 de junio de 2020**, previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la Republica.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 02 de febrero de 2021.

AB. XAVIER ÑIGUEZ VIVAR

Elaborado por:	Ing. Maricela Ruiz L.
Revisado por:	Ab. Xavier Ñiguez Vivar
Autorizado por:	Ab. Xavier Ñiguez Vivar



AB. XAVIER
ÑIGUEZ VIVAR
Documento
certificado
digitalmente por
Emergencia
Sanitaria en
Ecuador por
COVID-19
Cuenca -
Ecuador
2021-02-03
16:08-05:00

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES**

CARRERA DE DERECHO

**DISEÑO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO**

TÍTULO:

**Los límites impuestos a la justicia indígena y
su cosmovisión cultural en relación a los
Derechos Humanos tutelados en la
Constitución de la República de 2008**

AUTOR:

JESSICA PAOLA BERMEO ALVARADO

TUTOR:

DRA. PAOLA PRISCILA VALLEJO CÁRDENAS

FECHA: 10 DE JUNIO DE 2020

Tema

Justicia Indígena.

Título del proyecto de investigación

Los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los derechos humanos tutelados en la Constitución de la República 2008.

Marco contextual de la investigación

En el Ecuador, las Comunidades Indígenas son denominadas originarias porque descienden de poblaciones que habitaban en alguna región geográfica a la que pertenecía el país en la Época de la Colonia, en esta época las comunidades y pueblos indígenas no eran tan visibles para la sociedad; sin embargo, en la actualidad más allá de la modernización y las fronteras estatales se conoce que la justicia indígena tiene competencia para establecer penas que conservan, al igual que todas sus instituciones sociales, económicas, culturales. A pesar que dichas penas son conocidas por los ciudadanos como sanciones salvajes y crueles.

A medida que pasa el tiempo, las comunidades indígenas se ven afectadas por el Estado de Derecho, buscando tener amparo y participación como ciudadanos ecuatorianos. En consecuencia se da el primer pronunciamiento por parte de la comunidad indígena con el objetivo de ser reconocido dentro de un estado plurinacional; esto en fecha de Mayo de 1990, la misma que tuvo apoyo de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), contando con la presencia de más de 35.000 mil indígenas de los cuales fueron de diferentes Organizaciones y Cabildos, teniendo como punto de partida la plaza de Latacunga llamada "El Salto", y posterior a esta marcha se dirigieron a las máximas autoridades

de la capital de Quito en la cual presentaron su propuesta que fue conocida como “El Mandato por la Defensa de la Vida y de los Derechos de las Nacionalidades Indígenas”, en la que solicitaban derechos como agua, tierra etc. De ahí que, el año de 1998 se le incorpora en la Constitución de la República del Ecuador (CRE), si bien el Estado garantiza y reconocía el ejercicio de autoridad de las comunidades indígenas, no se encontraban claramente establecidos, menos aún tenían fuerza de aplicación.

Posteriormente en el gobierno de Rafael Correa y con la Constitución del Ecuador del 2008 se plasma que el Estado ecuatoriano es Plurinacional y Pluriétnico, por lo que nace el término Pluralismo Jurídico, en donde otorga ciertos derechos a la comunidades indígenas, además se le otorga la facultad jurisdiccional es decir se les dota de un poder juzgador siempre y cuando teniendo se respete la Constitución, Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por lo cual también se le impone ciertos límites.

La determinación del sentido y alcance de la norma constitucional que consagra la justicia indígena ha de hacerse teniendo por marco normativo a la propia Constitución, así como a los principios y disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, la misma que se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, y por lo tanto sirvió de antecedente y de fuente material para el reconocimiento constitucional y

que fuera ratificado por Ecuador en abril de 1998, quedando de esa manera incorporado al derecho público interno, y que subsiguientemente se plasmó en la Constitución del 2008.

En esta perspectiva, en el marco constitucional normativo relativo a la justicia indígena se reconoce la validez del derecho consuetudinario indígena, desde el punto de vista del pluralismo formal, el cual como bien se mencionó es limitado. La primera limitación tiene que ver con la naturaleza de los asuntos sometidos a la justicia indígena, los conflictos internos, según señala el artículo 171 de la CRE.

Este reconocimiento condicionado determina también como segundo límite a su facultad jurisdiccional, y a su vez el respeto de los derechos humanos garantizados por los instrumentos internacionales y la misma Constitución de la República, de igual modo toma en consideración otros principios como el de non bis in ídem (el hecho no puede ser sancionado más de una vez), o la seguridad jurídica de “que no hay pena sin ley” (principio de legalidad) pues la misma carece de un ordenamiento jurídico escrito.

Cabe recalcar, que lo antes mencionado no implica que exista supremacía de un derecho sobre otro, sino que al existir dos grandes clasificaciones de justicia que tienen cosmovisiones distintas deben convivir con armonía dentro del Estado, que la Constitución de la República garantiza un Estado pluriétnico y pluricultural. Por consiguiente, su legitimidad para juzgar y ejecutar lo juzgado debe ser estudiado dentro de las normas, usos y costumbres, tradiciones ancestrales y procedimientos

de la misma Justicia Indígena, considerando que no existe una sola administración de justicia indígena sino que cada pueblo, comunidad y nacionalidad tiene sus propias formas de aplicar justicia y ciertos procedimientos suelen diferir unos de otros, pero que tiene como finalidad el restablecimiento de la paz dentro de la comunidad.

La justicia indígena o el derecho consuetudinario indígena tiene su propia estructura, lo que en derecho constitucional se le conoce como el derecho de la autodeterminación, actualmente, en las noticias se observa castigos impuestos por las comunidades indígenas, que ha criterio de ciertos televidentes son mal interpretados, considerando a los indígenas como personas que no tienen respeto a los derechos humanos como la vida, integridad física de la persona, derecho a un debido proceso, etcétera.

Como se mencionó en párrafos anteriores, se distinguen dos grandes límites establecidos por la Constitución: el primero se refiere al tipo de conflicto y el segundo al contenido de los criterios de decisión. En cuanto al tipo de conflicto, la justicia indígena está llamada a ocuparse solamente de los calificados como internos por el texto constitucional y, en lo atinente a los criterios de decisión empleados por las autoridades indígenas, éstos no pueden ser contrarios al orden público ni a los derechos humanos constitucionales e internacionalmente reconocidos. La cuestión es determinar qué es lo que ha de entenderse comprendido dentro de esta expresión.

En la doctrina se establece tres posibilidades; entre ellas es atribuir a la expresión un sentido material, es decir, si el conflicto supondría que las

controversias puedan ser consideradas de incumbencia interna, en otras palabras, relevante para la subsistencia y el desarrollo del pueblo indígena, queden sometidas a la justicia indígena. La segunda posibilidad es darle un sentido territorial o espacial, de manera que todo conflicto que ocurra dentro de ciertos límites geográficos, quedaría sometido a la justicia indígena. Y por última posibilidad está el de otorgar un sentido subjetivo, es decir que la calidad de los sujetos que forman parte del conflicto, sean considerados solamente entre indígenas. Como resultado de los párrafos anteriores, la primera opción pareciera permitir que las comunidades indígenas queden sometidas a órganos de justicia y a criterios de decisión de terceras personas. No obstante, no es así, cuando se está vulnerando derechos, y precisamente es en este punto donde el segundo límite entra en juego.

En este punto los derechos fundamentales de las personas, independientemente de la identidad cultural, su raza, género, sexo, etcétera no concibe la idea que las garantías judiciales de los individuos reconocidas por el Derecho Estatal vayan en desmedro de la preservación de la cultura y forma de vida del pueblo indígena. Si individuos extraños al pueblo indígena cometen un atentado de cualquier tipo que lesione los derechos de éste, tal infracción debe ser castigada por el Derecho Estatal, para respetar las bases de convivencia en una sociedad política que se define como pluricultural. Teniendo en cuenta lo que establece el Convenio de la OIT 169, en su artículo 9, numeral 1, en breves rasgos sitúa que la cosmovisión de la justicia indígena para sancionar los delitos cometidos dentro de su comunidad debe ajustarse con el sistema jurídico nacional, en

este caso ser compatible con la CRE 2008, y además con los derechos humanos internacionales reconocidos y ratificados por el Ecuador (OIT. 1989)

Sin embargo, la justicia indígena no tiene potestad para desmerecer los derechos fundamentales de los individuos que reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales, pues hacer justicia por mano propia violaría incluso la jerarquía de la norma; se debe tener en cuenta que estos límites intentan afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad, que supone la aceptación de cosmovisión del indígena, y a su vez, que las comunidades indígenas también reconozcan la jurisdicción del Estado. En resumen, en palabras de la sociología jurídica manifiesta que hay espacios de la vida social en los cuales el Derecho Estatal simplemente no rige, sino impone.

Formulación del problema

¿La aplicación de la justicia indígena en base a su cosmovisión cultural podría vulnerar derechos humanos consagrados en la Constitución de la República del 2008, al imponer penas distintas a los límites establecidos en la normativa ecuatoriana?

Objeto de estudio

La aplicación de la justicia indígena de acuerdo a su cosmovisión cultural frente a los límites planteados en la Constitución de la República en cuanto al respeto de los Derechos Humanos.

Campo de acción de la investigación

- Constitución de la República 2008. (CRE)
- Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo. (OIT)

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Línea de investigación

Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.

Objetivo general

Estudiar los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los derechos humanos tutelados en la Constitución de la República 2008.

Objetivos específicos

- Definir doctrinariamente y jurídicamente la figura de la justicia indígena y su inserción en la legislación ecuatoriana.
- Comparar los castigos impuestos por la justicia indígena con los de las justicias ordinarias en relación al respeto de los Derechos Humanos.
- Identificar si la Justicia Indígena vulnera los Derechos Humanos y límites de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.

Tipo de investigación

La presente investigación se va a desarrollar con un enfoque cualitativo porque la base de la investigación es holística y humanística, pues mira a las comunidades indígenas como un todo y no como grupos reducidos a variables, por el hecho de que son personas con garantías individuales.

Se utilizará el tipo de investigación histórico porque pretende indagar cómo se ha ido incorporando las comunidades indígenas en nuestra legislación, ya que según lo investigado cada comunidad tiene una forma de aplicar justicia, enfatizando que las palabras comunidades indígenas sólo son términos para conceptualizarlas, sin embargo, entre ellas tienen sistemas diferentes.

De igual modo, se empleará el tipo de investigación descriptivo-analítico entendiendo que la doctrina será la base que permita limitar las posturas y características del fenómeno a estudiar, por lo tanto, la información recolectada debe ser seleccionada y revisada.

Por último, se aplicará el método deductivo y transversal prospectivo: porque facilitará que la investigación parta de conceptos generales para aterrizar en estudios de casos, considerando que la justicia indígena al igual que la justicia ordinaria también va evolucionando de acuerdo a su realidad en base a sus costumbres.

Marco conceptual y teórico

Pluralismo Jurídico

El pluralismo jurídico en el Ecuador, según la Constitución de la República de 2008, establece que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (Ecuador, R.O. 449, 2008).

Por otra parte, señala Cruz (2017a): “el pluralismo jurídico es un fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos” (p.106).

Siguiendo la misma línea de Cruz (2017b) manifiesta que:” en América Latina en la actualidad, el pluralismo jurídico generalmente es sinónimo de una sociedad en la que conviven junto al derecho estatal, diferentes prácticas jurídicas de pueblos y comunidades indígenas” (p.106).

Caicedo (2017) en su obra “Cosmovisiones, Autodeterminación, Pluralismos y Justicia indígena” expresa lo siguiente:

En caso de existir un reconocimiento legal de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado será posible hablar de un pluralismo jurídico formal, sin embargo, es posible diferenciar entre un pluralismo jurídico formal unitario y un pluralismo jurídico formal igualitario, nos encontramos ante la presencia del primero de ellos cuando “el derecho [estatal] oficial se reserva la facultad de unilateralmente determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas jurídicos reconocidos” (...) “El modelo del pluralismo jurídico formal unitario es aquel que usualmente encontramos dentro de la mayoría de Estados, incluso en aquellos que pese a ser marcadamente diversos, y estableciéndose así en sus constituciones nacionales, proceden en su legislación secundaria a desconocer el valor igualitario de dicha justicia, desconociéndose al negarle efectos jurídicos o reduciéndose a un derecho de menor jerarquía, encargado de aquellos conflictos que no interesan a la administración de justicia del Estado, usualmente los que no revisten impacto económico, relevancia mediática e importancia social desde la visión occidental. El segundo modelo al que hacía referencia es el del pluralismo jurídico formal igualitario, el cual se identifica por reconocer y dar igual valor jurídico a uno

o varios sistemas de resolución de conflictos diferentes al estatal; se parte del principio de que ningún sistema es superior a otro, en consecuencia, el ejercicio y validez de cada justicia no será condicionada por la otra, sino que existirá una relación de constante coordinación y cooperación. En el caso de comulgar con la interculturalidad y la plurinacionalidad, la única posición coherente sería el caminar hacia la consecución de este tipo particular de pluralismo (p.311).

En otras palabras, el pluralismo jurídico se interpreta como aquel reconocimiento explícito de la existencia de varias culturas y varias nacionalidades dentro de un mismo territorio, como manifiesta Cruz se debe tener obediencia que la mayoría de los países latinoamericanos, el pluralismo jurídico se convirtió en un fenómeno que abarca la realidad de varias culturas y nacionalidades, teniendo por conclusión que encuadrar un solo sistema de justicia a nivel nacional significaba imponer y desvalorizar las costumbres y tradiciones indígenas como lo ejecutaron los colonos, sin embargo debe predominar el sistema de justicia ordinario.

Justicia Indígena

En la Revista INNOVA, 2017, Vol. 2, No.12 en su artículo sobre “El Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en el Ecuador” toma el concepto de Lourdes Tibán determinando que la justicia indígena: “es el conjunto de normas y leyes de los pueblos y nacionalidades indígenas para defender y administrar nuestras tierras y territorios, para mantener la paz y el orden en nuestras comunidades y pueblos” (Quiroz, 2017, p.50).

La CONAIE determina que: “Para nosotros los indios, el derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de un conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de los que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garanticen el convivir armónico” (Pérez, 2015a, p.231).

De igual modo, Pérez (como cita a Aroldo Cayún) extrayendo del pensamiento ancestral del Consejo Nacional de los Pueblos Indígenas de Chile (CNPI), nos comparte la siguiente aproximación al derecho indígena: “La norma para constituir derecho no necesariamente debe estar escrita, basta la existencia de lo que los juristas llaman el OPINIO JURIS, esto es la convicción en los individuos de que al ejecutar un acto (previsto por la norma escrita) están ejerciendo un derecho o cumpliendo una obligación” (Pérez, 2015b, p.230).

En la Revista Prisma Social N. ° 27, (como cita a Sousa Santos 2012): “El estudio de los procesos de justicia indígena es tremendamente complejo (Luque, Ortega, Carretero, 2019, p.9).

Es decir, la justicia indígena tiene sus propios preceptos, instituciones y procedimientos milenarios, que, a pesar de no ser escritos, tiene como base el dinamismo de una memoria colectiva, sin la necesidad

de contener códigos, pues lo importante de este sistema jurídico es que cada individuo de la comunidad conoce la norma y cómo se aplicará en caso de transgredirla. Todo ello se puede interpretar que, en las comunidades indígenas, la costumbre es una fuente de carácter normativo sobre todo al ser de tipo *hablada*, ya que guía a la colectividad desde el punto de vista psicológico y social. Esto permite afirmar que la naturaleza del derecho consuetudinario indígena es la costumbre porque toda la comunidad reconoce y la acepta sus leyes, normas y tradiciones en cuanto a la situación jurídica, social y cultural, insistiendo que la aplicación de la norma es diferente entre comunidades porque cada una de ellas tiene su propio sistema.

Cosmovisión Cultural

Pérez Guartambel (2015c) indica que:

(...) todos los estados encuentran su origen en la mente. La mente es su fundamento y son creaciones de la mente. Si uno habla o actúa con un pensamiento impuro, entonces el sufrimiento le sigue de la misma manera que la rueda sigue la pezuña del buey... por lo tanto este pensamiento de lo recto, del derecho o camino a la perfección ayuda a entender con claridad meridiana que el mundo cosmogónico-filosófico es un elemental reflejo de cómo actuamos 6(p.239).

Revista de Lenguas Modernas N.º 28, cita a un estudiante indígena Bribri de 18 años del Campus, quien comparte un extracto acerca de la cosmovisión cultural:

(...) lo que se nos ha enseñado acerca de la naturaleza es que cada recurso que se encuentre dentro del ambiente o mejor dentro de las montañas tiene su dueño, estos dueños no son personas, sino que son seres invisibles. Una planta tiene dueño, un animal, no importa su especie, tiene dueño. Entonces, cuando una persona va en busca de recursos debe seguir o cumplir con los ritos que se tienen. Cuando una persona va a cazar debe extraer solo lo que necesite, no abusarse demasiado, no ir días seguidos, sino cuando llega la necesidad. Si una persona va seguidamente, el dueño hace que se pierda o que un animal lo accidente y muera. Entonces eso hace que no se explote demasiado (...) (A. Carmona, R. Carmona, 2016, p. 394).

Para Saavedra (2018):

En otras palabras, el reconocimiento se relaciona con dos cuestiones distintas: la cosmovisión como sistema cultural coherente y los reflejos o manifestaciones de ésta. El hecho de que el reconocimiento se haga desde la perspectiva del Estado como organización “neutra” supone desarraigar las manifestaciones o reflejos de su cosmovisión y trasplantarlas a la cultura (presupuestos y categorías jurídicas) estatal. Teniendo dos efectos: desvirtuar de lo que se dice e invisibilizar de lo que se calla (p. 76).

Es decir, se debe aclarar que la filosofía indígena sigue el principio de reciprocidad. La reciprocidad es principio y fin de la vida social de las comunidades indígenas, pues su manera de interpretar el mundo es

básicamente que cada individuo siembra lo que cosecha, si su actuar es bueno por lo tanto recibirá actos buenos; y si su comportamiento es malo, también tendrá actos malos. En pocas palabras *recibo lo que doy*. Es así como la cosmovisión cultural indígena explica el funcionamiento del universo, y en caso de que esta armonía sea interrumpida, los ancianos, maestros de vida, o conocidos como autoridades indígenas tienen el deber de restablecer el equilibrio natural de las cosas a pues cada planta, árbol, piedra tiene vida, y solo se debe extraer de la naturaleza lo necesario, por ello los correctivos como el agua, la ortiga, el látigo que tienen significados de purificación, sacar malas energías y aplicar rectitud, porque su reflexión sobre la violación de la normas se asemeja a una enfermedad que se encuentra en la mente del indígena.

Doctrina

Al respecto Castro (2010) determina que:

(...) para la justicia indígena, la exigencia de respeto a los derechos humanos puede resultar contraproducente porque la exigencia de respetar los derechos humanos concibe construcciones elaboradas a partir de la visión propia de las civilizaciones occidentales, con ingredientes de racionalidad, universalidad e individualismo que nada tiene que ver con la cosmovisión indígena (Citado en Cruz, 2017c, p.112).

Como Cruz (cita a Jiménez, 2009, p.35) al fijar que los derechos humanos: "(...) constituyen uno de los límites materiales para el ejercicio de la justicia indígena; ya que, aunque le son reconocidas legalmente sus

tradiciones, prácticas y costumbres, incluidas las relativas a la resolución de conflictos y aplicación de sanciones, su actuación no puede ser contraria el respeto a dichos derechos humanos” (Cruz, 2017d, p.112).

La razón de exponer estos dos grandes criterios sobre los estudios realizados en torno a la justicia indígena es porque por un lado se puntualiza que la justicia indígena está consciente de que existen otras organizaciones de gobierno y de igual modo también han luchado para ser incorporadas en diferentes instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT, siendo así que ellos acatan conceptos de derechos humanos y consecuentemente no pueden desviarse de los mismos, siendo límites a su jurisdicción. Aunque en otro sentido, hay autores que simplemente consideran a los derechos humanos y a los sistemas jurídicos de cada país son incompatibles con la cosmovisión cultural indígena, pues es contraproducente imponer conceptos modernos a una realidad diferente a la justicia ordinaria, pues lo que provocaría es una confusión al momento de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas en la medida que sus prácticas de corrección no estarían en armonizar con sus costumbres ancestrales.

Derechos Humanos

Las Naciones Unidas de Derechos Humanos establece: “los Derechos Humanos son inherentes a todas las personas; definen las relaciones entre individuos y las estructuras de poder, especialmente el

Estado; delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas pueden disfrutar de sus derechos humanos.” (ACNUDH, 2016, p. 19).

Para el Juez Jaramillo en el Libro de la Justicia Indígena redactada por Carlos Pérez Guartambel (2015d), manifiesta que las sanciones que se le impone a un miembro de una comunidad:

(...) no constituyen prácticas que tengan como fin la tortura o la denigración de la dignidad de las personas; por el contrario, son medios tradicionales propios de sus costumbres con un alto significativo simbólico que tiene por objeto devolver a los infractores su función dentro de la comunidad y su dignidad como miembro de la misma; así como también buscan restaurar el equilibrio y la armonía con la naturaleza y sus valores (p.37).

De igual modo, Correa (como se cita en Díaz Ocampo y Alcides Antúnez) manifiestan que:

(...) los indígenas piensan que con castigos aplicados a una persona, esta se va a arrepentir de su error y no va a volver a repetirlo, por el contrario lo que sucede es que la justicia indígena malinterpreta su aplicación sin el más mínimo respeto a los principios consagrados en la misma Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos (Correa, sfe, p. 22).

En esta perspectiva a lo largo de los años, y por la historia de la humanidad en diferentes escenarios, se ha hecho uso de los instrumentos internacionales para destacar que los tratos crueles, inhumanos, degradantes son castigos de un derecho represivo, y no de rehabilitación; teniendo por resultado la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada el 9 de diciembre de 1975.

Por ende, nuevamente existe una pugna entre la justicia ordinaria con conceptos claros como derechos humanos que prohíben los tratos inhumanos, frente a la filosofía andina de las comunidades indígenas del mundo con relación a su manera de aplicar justicia. Quién se equivoca, y quién tiene la razón, si en los mismos tratados internacionales y en las constituciones se reconoce el derecho de autonomía de las comunidades indígenas y de igual manera establece límites claros.

Límites de la Constitución de la República

En el artículo 171 sobre que: “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” (Ecuador, R.O. 449, 2008).

La Corte Constitucional Ecuatoriana en el caso “La Cocha” rigurosamente declaró como precedente constitucional que:” la justicia y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del

sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena”, (...) la administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios” (En Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, 2014).

En concordancia con lo expuesto, se puede colegir que las comunidades indígenas por su lucha histórica han logrado resaltar en la Carta Magna, es así como han sido reconocidos y respetados por todos, empero también se ha visto la necesidad de establecer límites a su aplicación al momento de juzgar y ejecutar sus penas cuando se transgrede sus normas ancestrales, ya que la justicia indígena malinterpreta su potestad de administrar justicia con los derechos individuales de la persona independientemente de su identidad cultura.

Si bien la Constitución del Ecuador, tiene una narrativa integradora, que no se ajusta en la realidad con las diferentes comunidades indígenas; si se puede aseverar que la justicia ordinaria hace su mayor esfuerzo en incluir otro sistema jurídico precisando que lo verdaderamente importante es verificar la correcta aplicación de los derechos de la persona sin distinción, para ello aplica sanciones que no vulneren derechos humanos algunos con el fin último de tener una buena convivencia social, sosteniendo que la justicia indígena no se escape de dichos propósitos.

Hipótesis o ideas a defender en la investigación

La justicia indígena al momento de aplicar su jurisdicción vulnera los límites impuestos en la Constitución de la República de 2008 así como los derechos humanos establecidos en este cuerpo normativo.

Métodos a utilizarse en la investigación

En la fundamentación teoría, el método a desarrollar será el analítico - sintético, porque se desea justificar la inserción de la justicia indígena en la legislación ecuatoriana, es así como se pretende realizar a través de la recolección de información, seleccionando la más relevante y resumiendo la misma para dar a entender el panorama completo del fenómeno social y jurídico de como en la actualidad la CRE 2008 pone límites a la justicia indígena.

En cuanto al diagnóstico situacional, el método será la recolección de información porque se va a estudiar las posturas que se manifiesta en la doctrina, en base al estudio de la aplicación de la Justicia Indígena y su cosmovisión cultural por medio de recolección de la información necesaria y científica, analizando cada uno de estos; para que posteriormente los resultados que se arrojen de la investigación proporcionen mejores conocimiento y entendimiento del tema para comprender a las personas de las comunidades indígenas dentro del marco de referencia de seres humanos que tienen identidades culturales propias a respetarse.

Finalmente, para mejor entendimiento se hará uso de estudio de casos considerando que en este objetivo, el tipo de investigación es deductiva y transversal prospectiva, con el estudio de casos nos facilitará entender que

cada comunidad indígena es diferente en su forma de aplicar justicia, a pesar que compartan el mismo término, porque van evolucionando de acuerdo a su propia realidad con sus propias costumbres. De igual manera, la justicia ordinaria al establecer conceptos desarrollados sobre “derechos humanos” encubre consecuencias desconocidas de la justicia indígena de principios conocidos como dignidad, debido proceso, principio de legalidad, etc.

Cronograma de tareas

ACTIVIDAD	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre
Selección del Tema	X						
Recolección y organización de la información y casos a estudiar	X	x					
Integración y Análisis de la Información		x	X				
Aprobación y Redacción de la información				x	x		

de acuerdo a los objetivos planteados en el anteproyecto							
Desarrollo del artículo científico				X	x		
Revisión Final						x	

Población y muestra en caso de ser necesario

No se requiere.

Linkografía

33. Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador 2008*. Registro oficial No. 449. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
34. Luque González, A., Ortega Armas, T., Carretero Poblete. P.A. (2019). La justicia indígena en el Ecuador: en el caso de la comunidad de Tuntatacto. *Revista Prisma Social*, N° 27(4° trimestre), 9. ISSN: 1989-3469
35. Pérez, C. (2015). *Justicia Indígena*. (edición primera). ISBN: – 978 – 9978 – 14 – 193 – 9

36. Cruz Carrillo, J. P. (2017). Pluralismo jurídico, justicia indígena y derechos humanos. *Neiva Colombia*, 16(1), 103-117. DOI: 10.25054/16576799.1449
37. Quiroz Castro, C.E. (2017). Pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador. *INNOVVA RESEARCH JOURNAL*, 2(12), 49-58. DOI: <https://doi.org/10.33890/innova.v2.n12.2017.526>
38. Oficia del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2016). *Derechos humanos. Manual Parlamentario No. 26*. ISBN: 978-92-9142-676-8 (UIP)
39. Seni Pinoargote, R. Sentencia No. 113-14-SEP-CC (2014). Recuperado de <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=113-14-SEP-CC>
40. Dirección Nacional de Comunidades, Pueblos y Nacionalidades. (sfe). *Cuaderno para la interculturalidad #4*. Biblioteca Digital de la Defensoría Pública. Recuperado de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/437/1/LIBRO%20%23%204%20INTERCULTURALIDAD.pdf>
41. Caicedo Tapia, D. (2018). Cosmovisión, autodeterminación, pluralismo y justicia indígena. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, II (38), 299-326. DOI: 10.14679/1064
42. Carmona Miranda, A.G., Carmona Miranda, R. (2018). Cosmovisión, perspectivas indígenas en la sección regional Huetar Norte y Caribe:

serie de relatos sociodiversos-culturales. *Revista de las Lenguas Modernas*, (28), 389-402. ISSN: 1659-1933

43. Saavedra Rionda, V. P. (2018). El reconocimiento de las justicias indígenas: un avance de doble filo. *Revista Dialnet Plus*, (131), 73-80. ISSUE: 131

44. Rodríguez, A. (2015). Ecuador: 25 años del primer levantamiento indígena. *Marcha*. Recuperado de <https://www.marcha.org.ar/ecuador-25-anos-del-primer-levantamiento-indigena/#:~:text=Se%20estableci%C3%B3%20como%20fechas%20de,de%20Santo%20Domingo%20de%20Quito>

45. Wray Espinoza, A. (sfe). *Justicia indígena: sus límites constitucionales*. Recuperado de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/Justicia_indigena.pdf

Anexos propios del trabajo del artículo científico

Encuestas

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA PARA JUECES Y JUEZAS	
Fecha:	30 Julio 2020
Nombre:	Edgar Augusto Moracho Moracho
Cargo/función:	Ex Presidente - Cabildo.
Criterios éticos: La entrevista será efectuada bajo parámetros éticos que se registrarán por criterios ligados al principio de protección y reserva de la información que ha sido proporcionada bajo un consentimiento informado. Se resguardará el anonimato a fin de prevenir incidentes personales, plasmando una proyección general de lo manifestado por las y los actores.	
Objetivo:	Estudiar los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los derechos humanos tutelados en la Constitución de la República 2008.
1. ¿Conoce usted sobre el pluralismo jurídico, que entiende por este término?	
Si, Hay dos tipos de Justicia.	
2. ¿Qué entiende usted por autodeterminación como derecho?	
Si, cuando la comunidad decide su forma de justicia.	
3. ¿A su criterio que es la Justicia Indígena?	
Es la cosmovisión del pueblo	
4. ¿Conoce la diferencia que existe entre Justicia Indígena y Justicia Ordinaria?	
Justicia Inpieno - Son tradiciones de la comunidad Justicia Ordinaria - Cuando van presos - Cárcel.	
5. ¿En su comunidad tienen alguna normativa en la cual se recojan las penas que se aplican en caso de existir un delito?	
El reglamento del año 2013	

6. ¿Dentro de su comunidad, quien aplica justicia en representación de los habitantes?	El Cabildo
7. ¿Cuáles son los castigos que más aplican dentro de su comunidad?	Boñeo Agua - LATIGO - ORTIGA - BETA
8. ¿Cuál es el propósito fundamental de la aplicación de los castigos dentro de su comunidad?	Mi propia Comunidad
9. ¿Qué opina usted del sistema de justicia que se aplica en su comunidad?	Vivir bien, y en armonía Antes era buena, ahora tiene falencias o perdido la fuerza, hay muchos problemas.
10. ¿Qué entiende usted por el termino Cosmovisión?	La comunidad debe mantenerse unida de acuerdo a sus costumbre y tradiciones.
11. ¿Considera usted que la forma de justicia aplicada en su comunidad es respetada por la sociedad?	No, se respeta la JUSTICIA ORDINARIA.
12. ¿Conoce usted el significado de Derechos Humanos?	Si, las comunidades no violaran derechos.
13. ¿Considera usted que los castigos aplicados por su comunidad respetan los Derechos Humanos?	Si, porque gracias a los castigos se respetan entre todos
14. ¿Qué opina usted de la pena privativa de libertad que se aplica en justicia ordinaria?	Si, solamente en casos graves como: - Violación - Asesinato - Violencia Intrafamiliar

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA PARA JUECES Y JUEZAS	
Fecha:	30 JULIO 2020
Nombre:	LUD ROMMEL SAGBAY
Cargo/función:	Miembro Comunidad
Criterios éticos: La entrevista será efectuada bajo parámetros éticos que se regirán por criterios ligados al principio de protección y reserva de la información que ha sido proporcionada bajo un consentimiento informado. Se resguardará el anonimato a fin de prevenir incidentes personales, plasmando una proyección general de lo manifestado por las y los actores.	
Objetivo:	Estudiar los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los derechos humanos tutelados en la Constitución de la República 2008.
1. ¿Conoce usted sobre el pluralismo jurídico, que entiende por este término?	
No	
2. ¿Qué entiende usted por autodeterminación como derecho?	
No	
3. ¿A su criterio que es la Justicia Indígena?	
Es cuando hacen algo mal, como un quiebre.	
4. ¿Conoce la diferencia que existe entre Justicia Indígena y Justicia Ordinaria?	
JUSTICIA INDIGENA - HAY CASTIGOS POR EL HABILDO JUSTICIA ORDINARIA - CARCEL	
5. ¿En su comunidad tienen alguna normativa en la cual se recojan las penas que se aplican en caso de existir un delito?	
Ley ORAL POR ANTEPASADOS.	

6. ¿Dentro de su comunidad, quien aplica justicia en representación de los habitantes?	Los cabildos que son elegidos por la comunidad.
7. ¿Cuáles son los castigos que más aplican dentro de su comunidad?	- baños de agua - latigo - Disculpas a la comunidad
8. ¿Cuál es el propósito fundamental de la aplicación de los castigos dentro de su comunidad?	No volver a cometer el delito.
9. ¿Qué opina usted del sistema de justicia que se aplica en su comunidad?	Está bien, porque no vuelven a cometer el delito
10. ¿Qué entiende usted por el termino Cosmovisión?	La economía es mejor porque la naturaleza no provee todo, solo se tiene que cultivar.
11. ¿Considera usted que la forma de justicia aplicada en su comunidad es respetada por la sociedad?	Si, todos.
12. ¿Conoce usted el significado de Derechos Humanos?	No
13. ¿Considera usted que los castigos aplicados por su comunidad respetan los Derechos Humanos?	No.
14. ¿Qué opina usted de la pena privativa de libertad que se aplica en justicia ordinaria?	Los personas salen con venganza y rencor. En las comunidades se debe aplicar Justicia Indígena en todos los casos.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA PARA JUECES Y JUEZAS	
Fecha:	30 Julio 2021
Nombre:	BALBINA MOROCHO
Cargo/función:	Miembro Comunidad
Criterios éticos:	La entrevista será efectuada bajo parámetros éticos que se regirán por criterios ligados al principio de protección y reserva de la información que ha sido proporcionada bajo un consentimiento informado. Se resguardará el anonimato a fin de prevenir incidentes personales, plasmando una proyección general de lo manifestado por las y los actores.
Objetivo:	Estudiar los límites impuestos a la justicia indígena y su cosmovisión cultural en relación a los derechos humanos tutelados en la Constitución de la República 2008.
1. ¿Conoce usted sobre el pluralismo jurídico, que entiende por este término?	
No	
2. ¿Qué entiende usted por autodeterminación como derecho?	
No	
3. ¿A su criterio que es la Justicia Indígena?	
Se castiga y se pega para tener miedo y no hacer cosas malas	
4. ¿Conoce la diferencia que existe entre Justicia Indígena y Justicia Ordinaria?	
JUSTICIA ORDINARIA - CARCEL	
JUSTICIA INDIGENA - PEGAR PARA PURIFICAR	
5. ¿En su comunidad tienen alguna normativa en la cual se recojan las penas que se aplican en caso de existir un delito?	
No, es por las generaciones de los mamis, papas	

6. ¿Dentro de su comunidad, quien aplica justicia en representación de los habitantes?	
	CABILDO.
7. ¿Cuáles son los castigos que más aplican dentro de su comunidad?	Aplicar Aji - Infidelidad para quitar la calentura. CARGAR SACOS. Beñao.
8. ¿Cuál es el propósito fundamental de la aplicación de los castigos dentro de su comunidad?	Aplicar A TODOS LOS QUE HACEN COSAS MALAS CASTIGOS Y TENER TEMOR
9. ¿Qué opina usted del sistema de justicia que se aplica en su comunidad?	Si, está bien es mejor que la cárcel.
10. ¿Qué entiende usted por el termino Cosmovisión?	ASHI CAUOSHO - VIVIR BIEN. MONOPELIANA - NO PELEAR. Todo es bueno la familia, hijos, naturaleza para vivir.
11. ¿Considera usted que la forma de justicia aplicada en su comunidad es respetada por la sociedad?	No mucho, algunos miembros no tienen miedo
12. ¿Conoce usted el significado de Derechos Humanos?	No
13. ¿Considera usted que los castigos aplicados por su comunidad respetan los Derechos Humanos?	No
14. ¿Qué opina usted de la pena privativa de libertad que se aplica en justicia ordinaria?	Las personas encerrados no hacen nada, no hay rehabilitación, la cárcel es peligrosa, las personas salen peor.

Imágenes



