
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

La Justicia Indígena en el Ecuador

Rosa Cecilia Baltazar Yucailla*

Sumario

I. Introducción. II. Definición de justicia indígena. 2.1. Elementos de la justicia indígena. III. La justicia indígena a nivel de convenios y declaraciones internacionales. 3.1. Análisis del Convenio 107 y 169 de la OIT. 3.2. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. IV. Normativa nacional. 4.1. Autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional. 4.2. Ámbito territorial para la aplicación de la justicia indígena. 4.3. Garantías mínimas. 4.3.1. El derecho a la vida. 4.3.2. Derecho al debido proceso. 4.3.3. Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles. 4.3.4. Derecho a la no agresión física ni psicológica. 4.4. Participación de las mujeres. 4.5. La aplicación de la justicia indígena no contraria a la Constitución ni a los instrumentos internacionales. 4.6. Decisiones de la jurisdicción indígena respetadas por las instituciones y autoridades públicas. 4.7. Decisiones que estarán sujetas al control de constitucionalidad. 4.8. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada, Universidad San Francisco de Quito. Minor en Mediación y Arbitraje Internacional. Asesora Jurídica y Consultora en Derechos Humanos y Derecho Indígena, Derecho Ambiental y Contratación Pública. Correo electrónico: curibc1@hotmail.com.

I. Introducción

Durante varias décadas, las nacionalidades y pueblos indígenas fueron sometidos a una estructura estatal uniforme que desconocía sus necesidades y visiones como seres humanos y los trataban únicamente como objetos, pues eran utilizados como animales de carga o mano de obra calificada. A pesar de estas limitaciones y exportaciones, las nacionalidades y pueblos indígenas mantenía sus prácticas ancestrales como el uso de medicinas tradicionales, la protección del ambiente, el idioma, sus creencias, su forma de organización social, política, la administración de justicia indígena, entre otros.

Esta práctica durante generaciones permitió a las nacionalidades y pueblos ir adquiriendo fuerza para enfrentar al Estado y lograr la reivindicación de sus derechos colectivos al amparo de los instrumentos internacionales.

De ese modo, las nacionalidades y pueblos lograron la reivindicación de sus derechos colectivos y el ejercicio de los mismos se hace posible conforme lo establecido en la Constitución de 1998, por lo que en el tema de la justicia indígena las autoridades en uso de los procedimientos ancestrales solucionan conflictos que afecten la armonía de los miembros.

Sin embargo, surgen nuevas demandas de las nacionalidades y pueblos para el fortalecimiento de los derechos colectivos, entre estas la justicia indígena; en tal virtud la Constitución de 2008 incorpora nuevas garantías que permitan a las autoridades indígenas un mejor ejercicio de la función jurisdiccional.

II. Definición de justicia indígena

El derecho indígena comprende "los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses"¹.

"La justicia ancestral es una práctica vigente, milenaria, positiva y legal, basada en principios y valores conforme a las prácticas de abuelos y abuelas:

1 Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala*, México, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, No. 1-2, 1998, p. 1.

una visión basada en los derechos cósmicos, transmitida de generación en generación"².

De las dos definiciones anteriores podemos establecer que la justicia indígena es el sistema legal para solucionar conflictos que afecten la armonía y estabilidad de las nacionalidades y pueblos del Ecuador.

Este sistema en ocasiones es conocido como derecho mayor, justicia tradicional, derecho consuetudinario, derecho originario y ley indígena.

Sin embargo de las definiciones mencionadas, existen personas que por desconocimiento relacionan el sistema legal indígena con la justicia por mano propia, lo cual es un equívoco, pues "la justicia por mano propia o linchamiento es una reacción de venganza frente a la falta de acceso a la justicia, a la falta de protección por las autoridades, lo cual los lleva a ocasionar graves violaciones de derechos humanos, llegando hasta el asesinato"³.

En cambio, la justicia indígena se centra en la búsqueda de la rehabilitación y la reinserción de la persona que cometió el delito, para esto las autoridades indígenas aplican procedimientos consuetudinarios reconocidos y aceptados por las nacionalidades y pueblos indígenas.

Estas características importantes incluso lo difieren de la justicia ordinaria, toda vez que la "justicia indígena es más económica, más ágil, más eficiente, se centra menos en la privatización de la libertad como castigo y pone énfasis en la reparación de las víctimas, la conciliación de las partes para lograr la armonía en la convivencia comunitaria"⁴.

La justicia indígena comprende que el culpable es más útil a la sociedad cuando está en goce de su libertad, por ejemplo: en caso de robo el responsable del delito debe trabajar para reponer la pérdida; en lesiones graves por peleas, el culpable asume el costo médico hasta que la víctima se recupere; incluso en los casos más graves como el asesinato el responsable del delito no va a la cárcel pues como castigo debe trabajar para la manutención de la viuda, los hijos o hijas si los hubiere, de modo que esta persona será un referente para el resto de los miembros de la nacionalidad o pueblo indígena,

2 Canqui, Elisa, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p. 64.

3 Lang, Miriam, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Quito, Editorial UNIFEM, 2009, p. 10.

4 *Ibid.*, p. 11.

pues antes de cometer el delito deberán pensar en las sanciones a las cuales deberán someterse⁵.

2.1. Elementos de la justicia indígena

La justicia indígena tiene elementos esenciales propios del sistema, por lo que es importante estudiar cada una de ellas de acuerdo con el siguiente detalle:

Milenario. Las nacionalidades y pueblos indígenas desde antes de la llegada de los españoles se regían por el sistema tradicional, pues hay que recordar que los incas y los ingas contaban con normas de convivencia que les permitía interrelacionarse. De este modo podemos afirmar que la justicia indígena es un sistema milenario, pues ha persistido por generaciones y hoy es aplicado por las nacionalidades y pueblos.

Colectiva. La justicia indígena es un sistema colectivo, pues en su aplicación y ejercicio se cuenta con la participación de las familias y en sí de todos los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas, por lo cual el sistema no pertenece a ciertos dirigentes o a ciertos líderes sino a toda la colectividad indígena.

Sistema en permanente evolución. La justicia indígena -sin dejar de lado la filosofía de su existencia- se encuentra en constante proceso de avance y desarrollo, pues su ejercicio y aplicación debe ser de acuerdo con la realidad de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Es ágil, oportuno y dinámico. La aplicación de la justicia indígena es ágil, oportuna y dinámica porque es inmediata y beneficiosa aun en los conflictos graves o complicados, pues se busca solucionar el problema para la armonía de las nacionalidades y pueblos.

Justo. Aunque lo justo para unos puede ser injusto para otros, con el objetivo de lograr la armonía de las nacionalidades y pueblos indígenas, la colectividad de manera participativa e imparcial busca emitir la resolución adecuada para que su ejecución sea posible por el sancionado, sin que se tengan resentimientos posteriores que puedan generar problemas colaterales.

5 Cfr. "UNIFEM y las mujeres andinas, Informe de trabajo 2007-2008", Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, Editorial UNIFEM, Quito, 2008, p. 8.

Oral. Las nacionalidades y pueblos indígenas no cuentan con códigos ni textos escritos en la aplicación de la justicia indígena, la oralidad ha sido el medio de comunicación durante generaciones para instruir y educar a los descendientes para un nuevo reto.

Gratuita. En la aplicación de la justicia indígena participan los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas, que buscan imponer las sanciones adecuadas y restablecer la armonía, por lo que no existe un interés económico sino el interés por el bien común.

III. La justicia indígena a nivel de convenios y declaraciones internacionales

Los instrumentos internacionales han jugado un papel importante en la lucha de los pueblos y nacionalidades indígenas por la reivindicación de sus derechos colectivos, es por ello importante analizar algunos instrumentos pues sus aportes fueron grandes frente al sistema Estatal que hasta hace algunos años no aceptaba la existencia de la diversidad cultural, étnica, social, política, religiosa y jurídica.

3.1. Análisis del Convenio 107 y 169 de la OIT

La evolución de los instrumentos internacionales en la protección de los derechos humanos, permitió que surjan normativas que consagren los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas, así apareció el Convenio 107 de la OIT de 1957, con un lineamiento abiertamente integracionista, conforme lo establecía el artículo 2 numeral 1: "Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países".

Este instrumento permitió el desarrollo de las nacionalidades y pueblos, al reconocer el derecho consuetudinario para la aplicación de la justicia indígena tanto en conflictos internos como externos, esta última se observaba para los casos en que el acusado sea un miembro de la comunidad, pues para la administración de la justicia ordinaria sobre un indígena fue importante

observar la realidad cultural del pueblo, además del respeto al debido proceso. Este instrumento hablaba también sobre la propiedad colectiva o individual de los pueblos indígenas que debían ser protegidos y respetados por los Estados Parte del Convenio.

Posterior a esa normativa aparece un nuevo instrumento jurídico que limita el pensamiento integracionista⁶ y se enfoca en la aceptación de la diversidad dentro de un Estado.

En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes reemplazó sustantivamente a su predecesor y trajo conceptos adelantados, que permitan mayor protección de los derechos indígenas. Además se empezó a delinear claramente la voluntad de hacer efectivo un reconocimiento pleno, incorporando a su texto el compromiso asumido por los Estados ratificantes de reconocer la existencia del derecho consuetudinario.

Así, el Convenio adoptó medidas de vital trascendencia, como las de consulta y participación, condiciones de trabajo, seguridad social, salud, educación y medio ambiente, con esta última especialmente se hace necesario que los Estados tomen en cuenta los perjuicios que se pueden generar en contra de la cosmovisión indígena al afectar su hábitat.

En el tema de administración de justicia indígena el Convenio reconoce los métodos propios en resolución de conflictos en las comunidades indígenas, con el único limitante de que no se vulneren los derechos humanos. El instrumento no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario a los casos civiles (Art. 8), pues no existe la clasificación por materias, sino que formula expresamente que deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros (Art. 9 inciso 1), con lo cual el Convenio 169 tampoco establece un límite material al derecho consuetudinario.

En cuanto a la competencia personal, el Convenio es explícito en lo que respecta a los casos penales (Art. 9 numeral 2), expresando que los métodos de los pueblos indígenas deberán respetarse en el caso de miembros de dichos pueblos, pues es de vital importancia comprender el mundo indígena antes de establecer una sanción.

6 Pues este pensamiento preocupaba a las nacionalidades y pueblos, ya que en algún momento pudo haberse logrado la unificación de culturas mediante políticas.

Así el convenio es un instrumento internacional congruente y posibilita la protección de los derechos colectivos de manera efectiva.

3.2. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, evidentemente consagra los derechos colectivos para la aplicación de la justicia indígena, pues establece que las nacionalidades y pueblos "tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características, política, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado" (Art. 5).

Este instrumento internacional, mediante el (Art. 3) enfatiza en que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, y por ende pueden impulsar su propio desarrollo, mediante la determinación de su condición política, económica, social y cultura, de acuerdo con su realidad y necesidad.

Además, la Declaración establece que en "ejercicio del derecho a la libre determinación los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos", facultando así la aplicación de los conocimientos ancestrales que les permita mantener la armonía dentro de sus nacionalidades y pueblos (Art. 4).

Cabe mencionar que el instrumento tiene avances importantes en los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas, para que los Estados Parte los observen y garanticen su pleno ejercicio. Por esta razón es que las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador demandan del Estado la aprobación de la Declaración mediante Ley.

IV. Normativa nacional

Dentro del sistema nacional, la Constitución Política de la República es el instrumento jurídico que consagra los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador, ahora en una forma más amplia que

la Constitución de 1998, pues recoge propuestas que fueron presentadas en aquellas épocas como por ejemplo la plurinacionalidad, la oficialización de los idiomas, el derecho del ambiente, entre otros.

Así, el artículo 1 de la Constitución establece que el "Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laica" por lo que el Estado reconoce la existencia de varias nacionalidades y entiende que su aceptación no generará el surgimiento de nuevos estados dentro del Estado ecuatoriano como erróneamente se había interpretado ante las primeras propuestas presentadas por las nacionalidades y pueblos indígenas.

El artículo 2 determina que el "Castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fije la Ley", en este sentido los idiomas de las nacionalidades y pueblos son reconocidos, y se garantiza su uso en todas las actividades que realicen, por lo que ya no puede existir el maltrato o burla por parte de ciertos grupos, que al escuchar el diálogo entre indígenas decían: "hablarán en cristiano", por ignorancia, desconocimiento e incluso por racismo, pues para algunos hasta ahora es imposible aceptar la existencia de la diversidad dentro de un Estado.

Afortunadamente el desconocimiento de la ley no excusa a persona alguna por lo que es importante que todos observen y respeten los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos, pues esto evitará que se generen conflictos.

Otra de las demandas de los pueblos indígenas fue que en el marco constitucional se reconozca los derechos del ambiente, toda vez que de acuerdo con la cosmovisión indígena la Pacha Mama tiene vida, debe ser respetada y cuidada para el buen vivir de la humanidad, por lo que el artículo 10 del mismo cuerpo legal señala que "la naturaleza será sujeto de derechos que le reconozca la Constitución".

Este reconocimiento implica valorar al ambiente "jurídicamente como un interés supremo, en virtud del cual se establecerán deberes y obligaciones específicos para todas las autoridades del Estado y para los ciudadanos, límites en el ejercicio de ciertas actividades públicas y privadas, así como facultades o mecanismos para reclamar y exigir el cumplimiento de los preceptos sobre el ambiente"⁷.

7 Fundación Natura, *Propuesta de reformas a la Constitución del Ecuador en Materia Ambiental*, Editorial Fundación Natura, Quito, 2007, p. 5.

La disposición constitucional es fundamental pues se logrará la protección del ambiente, para la subsistencia de las presentes y futuras generaciones no sólo de las nacionalidades y pueblos indígenas, sino también de toda la sociedad ecuatoriana y, por qué no decirlo, del mundo.

Además de los derechos mencionados, la Constitución refuerza algunos derechos ya reivindicados en el 98, entre ellos está el de la justicia indígena, pues existen nuevas disposiciones que deben ser estudiadas.

En ese sentido, el numeral 9 del artículo 57 determina que los indígenas tienen derecho a "Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legítimamente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral". En concordancia con esta disposición tenemos el artículo 171 del mismo cuerpo legal, que señala:

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

De lo descrito se entiende que las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen facultad para ejercer funciones de justicia, de acuerdo con las costumbres y tradiciones propias, dentro de las circunscripciones territoriales, haciendo uso de normas y procedimientos que permitan solucionar los conflictos y buscar la armonía de sus miembros. Con esta aclaración, es importante realizar un análisis concreto del artículo 171 de la Constitución.

4.1. Autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional

Los miembros del Consejo de Gobierno de las nacionalidades y pueblos indígenas son las autoridades indígenas. Estas autoridades son electas por la asamblea general previo análisis riguroso de los perfiles que se requieren para cada uno de los cargos; de este modo el presidente, vicepresidente, tesorero, secretario y síndico del consejo deben ser personas honorables, reconocidas y respetadas por su capacidad, conocimiento, experiencia, honradez y liderazgo.

El Consejo de Gobierno es el responsable de la administración política, económica, social y cultural de la comunidad, pueblo o nacionalidad. Además de las facultades descritas, el Consejo está investido de la función jurisdiccional para actuar y resolver los conflictos que afecten la armonía de los miembros, aplicando procedimientos ancestrales que garanticen el respeto a los derechos consagrados en la Constitución.

De ese modo, la facultad de administrar justicia no incumbe únicamente a los jueces y magistrados sino también a las autoridades indígenas conforme lo que se determina en el artículo 171 y el numeral 9 del artículo 57 de la Constitución.

Las autoridades indígenas de acuerdo con la gravedad de los conflictos tienen su nivel de participación, por ello en algunas nacionalidades y pueblos se habla de tres instancias a las cuales pueden acudir las víctimas o las partes en la búsqueda de una resolución justa.

El primer nivel de autoridades está conformado por los abuelos, padres, hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio y bautismo, que intervienen en conflictos más familiares como problemas conyugales, chismes e insultos. Hay que recordar que para la concepción indígena la presencia del abuelo es fundamental en la resolución del conflicto familiar, por los sabios consejos que pueden impartir a las partes. La participación de los padrinos también es importante en el sector indígena, por esto es por lo que para el bautismo y matrimonio las parejas realizan un análisis previo de los antecedentes de los futuros padrinos o compadres, toda vez que deben ser personas que generen respeto y admiración por sus buenas actitudes y formas de convivencia comunitaria.

El segundo nivel de autoridades está integrado por los miembros del Consejo de Gobierno de la comunidad⁸, los que conocen conflictos de robo,

8 De acuerdo con el sistema republicano las nacionalidades y pueblos indígenas se vieron en la necesidad de organizarse por comunidades conocidas como "[t]odo centro poblado que tenga la categoría de

hurto, accidentes de tránsito, divorcio e incluso asesinatos; en la resolución del problema se cuenta con la participación activa de la asamblea cuyos miembros están vigilantes a que se respete el debido proceso y no se cometan errores que puedan afectar a las partes. Es importante mencionar que el día de la ejecución de la sanción, se cuenta con la participación de todos los miembros de la comunidad incluso con los jóvenes, la presencia de estos últimos es fundamental pues ellos deben conocer las consecuencias de incurrir en faltas que afecten la armonía de su comunidad.

En el tercer nivel están los miembros del Consejo de Gobierno en la escala de las nacionalidades y pueblos. Se llega a esta etapa cuando el conflicto no pudo ser resuelto en la segunda instancia, o cuando surgen conflictos entre dos o más comunidades pertenecientes a un mismo pueblo o nacionalidad; en la resolución del conflicto participan las asambleas de las comunidades junto con sus respectivas autoridades.

4.2. **Ámbito territorial para la aplicación de la justicia indígena**

Desde antes de la reivindicación de los derechos colectivos, las nacionalidades y pueblos indígenas han aplicado la justicia indígena dentro de su ámbito territorial conocido como el lugar donde se desarrolla la convivencia comunitaria y se aplica los conocimientos ancestrales que permitan la armonía de todos los miembros.

Conforme a lo consagrado por la Constitución y los instrumentos internacionales, las autoridades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional pueden aplicar la justicia indígena dentro del ámbito territorial que no puede entenderse únicamente como la comunidad perteneciente a una nacionalidad o pueblo de la selva o páramo, sino también a la de los sectores en donde habitan los indígenas en las ciudades, pues todos son sujetos de los derechos colectivos.

La definición de territorialidad que establece el Convenio 169 en su artículo 13 inciso segundo, al hablar del hábitat incluye espacios físicos que

parroquia, que existiere en la actualidad o que se estableciere en lo futuro, y que fuere conocido con el nombre de caserío, anejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad, o cualquiera otra designación, llevará el nombre de comuna", artículo 1 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificación 2004-04, Internet, <http://www.americanlaw.ec/online/laws/comunas.pdf>, Acceso: 2 octubre 2009.

no son ocupados exclusivamente por los pueblos indígenas sino también de lugares a los cuales hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades económicas y culturales.

En ese sentido, se puede hablar de la aplicación de la justicia indígena en las grandes ciudades como Quito y Guayaquil, toda vez que fruto de la migración los miembros de las nacionalidades y pueblos indígenas habitan en las ciudades en donde realizan sus actividades económicas y culturales, y se gobiernan por autoridades indígenas escogidas con las mismas metodologías ancestrales.

4.3. Garantías mínimas

Las autoridades indígenas y la Asamblea de las Nacionalidades y Pueblos en la Resolución de los Conflictos en Aplicación de los Procedimientos Ancestrales, observan las garantías mínimas indispensables consagradas en los instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los Convenios 107 y 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Cada nacionalidad y pueblo, de acuerdo con sus procedimientos ancestrales resuelven los conflictos sin violentar las siguientes garantías:

4.3.1. El derecho a la vida

Es un derecho fundamental que no puede ser vulnerado bajo ningún argumento político, social, cultural o jurídico. Dentro de la justicia indígena no existe sanciones que atenten contra la vida del culpable, por lo que incluso en los casos más graves las autoridades buscan la rehabilitación verdadera de la persona con sanciones que le permitan resarcir los daños causados a las víctimas. Las nacionalidades y pueblos conocen que la vida es un derecho primordial y que no puede ser privada por nadie.

4.3.2. Derecho al debido proceso

Con el objetivo de que se protejan los derechos humanos y fundamentales del imputado y de la víctima, en todo proceso las autoridades indígenas en uso de los conocimientos ancestrales precautelan los derechos consagrados en los pactos, convenios y declaraciones internacionales.

El imputado tiene protecciones jurídicas necesarias para que en todas las etapas del proceso hasta llegar al juzgamiento se le respeten sus derechos, conforme a lo que dispone el artículo 14 del PIDCP.

Art. 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...) Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley⁹.

Del mismo modo, la víctima tiene derecho a que se le provea todos los recursos efectivos para solucionar sus reclamos, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 2, numeral 3 del PIDCP:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entrado en vigor: 23 marzo 1976.

Además de esas disposiciones legales las autoridades indígenas conocen que tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración obliga al Estado a vigilar para que se respete el debido proceso, pues las partes deben contar con un recurso efectivo y ser oídas con las debidas garantías.

En nuestra Constitución el debido proceso está consagrado en el artículo 76, y debe ser de obligatorio cumplimiento para las autoridades que administran justicia.

Sin embargo, es necesario aclarar que dentro del derecho indígena la protección al debido proceso será de acuerdo con la práctica consuetudinaria, pues ésta no puede acoplarse a todo lo determinado por el artículo 76 de la Constitución, ya que de lo contrario se llegaría a desconocer la aplicación de la justicia indígena al limitar sus procedimientos; es por esto por lo que entre las garantías consagradas por el derecho indígena tenemos: presunción de inocencia (numeral 2), y del numeral 7 los literales correspondientes a derecho a la defensa (literal a), contar con el tiempo y medios para preparar su defensa (literal b), ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad (literal c), someterse a procedimientos públicos (literal d), ser asistido gratuitamente por su traductor (literal f), replicar los argumentos de otras partes (literal h), no ser juzgado dos veces por una misma causa (literal i), y contar con una resolución motivada (literal l).

Adicionalmente, en el período de privación de la libertad, acto que no es común en la justicia indígena como ya se ha mencionado, se observa las garantías establecidas en el artículo 77 del mismo cuerpo legal. Así, dentro de la justicia indígena los acusados tienen derecho a conocer las razones de su detención (numeral 3), a comunicarse con sus familiares (numeral 4), no ser incomunicado (numeral 6), recobrará la libertad de manera inmediata al no existir responsabilidad (numeral 10).

De ese modo, las autoridades indígenas en la administración de la justicia indígena observan el derecho al debido proceso, pero siempre de acuerdo con los principios consuetudinarios; no es posible someter la justicia indígena a ningún sistema occidental, pues se limitaría el derecho indígena. Es por esto por lo que para establecer la responsabilidad sobre autoridades indígenas por posibles violaciones a las garantías al debido proceso, se deberá hacer un análisis de acuerdo con la justicia indígena de la comunidad, pueblo o nacionalidad, sus formas y procedimientos de aplicación, pues cada una tiene su propia característica especial.

4.3.3. Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles

Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la administración de justicia observan el derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles en todos los procesos de resolución de conflictos, no aceptan la existencia de violación de los principios internacionales.

Las nacionalidades y pueblos durante la época de la colonia y parte de la república fueron sujetos a la esclavitud por lo que conocen sus consecuencias y perjuicios y por ello están vigilantes para que no se repitan los atropellos a los derechos colectivos.

La vulneración a los derechos colectivos existía en aquellas épocas en las cuales los indígenas no eran considerados como sujetos de derechos sino como objetos, por lo que servían únicamente para trabajar y obedecer a los patrones, pues se dedicaban "exclusivamente al trabajo manual"¹⁰.

4.3.4. Derecho a la no agresión física ni psicológica

Este derecho ha sido objeto de cuestionamiento por la sociedad y las instituciones protectoras de derechos humanos, pues señalan que en la aplicación de la justicia indígena existe agresión física y psicológica, sin embargo es importante comprender que todas las sanciones establecidas en la administración de justicia indígena se orientan a la rehabilitación de la persona y su reinserción en la sociedad, por lo que no se puede hablar de la afectación a los derechos humanos sino más bien de precautelar los derechos del culpable al no someterlo a la justicia ordinaria en la cual tenga que ser privado de su libertad.

De ese modo es fundamental entender que el uso del látigo, la ortiga y el agua sirven para la purificación y regeneración del ser humano, quien por influencias de fuerzas negativas cometió un delito que afectó la armonía de las nacionalidades y pueblos.

10 Ayala Mora Enrique, *Resumen de Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2001, p. 42.

4.4. Participación de las mujeres

La presencia de las mujeres dentro de la administración de justicia indígena es fundamental, pues representan el eje de la resistencia y la continuidad de la cultura, siendo por naturaleza las portadoras y transmisoras de la historia y los saberes a las nuevas generaciones¹¹.

En la lucha por la reivindicación de los derechos colectivos, la participación de las mujeres ha sido importante pues al igual que Tránsito Amaguaña y Dolores Cacungo han encabezado las marchas y protestas para que el Estado reconozca la existencia de la diversidad.

De ese modo las mujeres participan en las resoluciones para el beneficio de las colectividades, por lo que son miembros de los consejos de gobiernos de las nacionalidades y pueblos y, al igual que los hombres, pasan por el análisis riguroso que realiza la asamblea.

Al ser parte del consejo de gobierno las mujeres también participan en la aplicación de la justicia indígena, ya con una visión más incluyente; las resoluciones son más equitativas pues no hay direccionamientos a favor del hombre o de la mujer.

El papel de la mujer en la justicia indígena es sumamente importante por dos aspectos particulares:

a) La justicia indígena no es una norma escrita sino un sistema registrado en la memoria, por lo que las mujeres mediante la oralidad transmiten sus conocimientos de generación en generación para que se mantengan las prácticas ancestrales.

b) La justicia indígena es una normativa procedimental que tiene sus etapas de investigación para encontrar la evidencia, implicando la participación de la familia y la comunidad; en estas etapas la mujer desde una visión diferente a la del hombre realiza una investigación más amplia y verídica¹².

Además, las mujeres por sus conocimientos ancestrales, participan en la ejecución de las sanciones pues son quienes se encargan de realizar los rituales sagrados para la purificación del sujeto.

11 Canqui, Elisa, *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral*, Editorial UNIFEM, Quito, 2009, p. 58.

12 *Ibid*, p. 65.

4.5. La aplicación de la justicia indígena no contraria a la Constitución ni a los instrumentos internacionales

La aplicación de la justicia indígena por las nacionalidades y pueblos se rige por los principios internacionales y constitucionales, es por esto por lo que existen garantías mínimas a ser observadas en los procesos. Las nacionalidades y pueblos de acuerdo con sus conocimientos ancestrales resuelven los conflictos siempre en beneficio de sus miembros y sus colectividades de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

4.6. Decisiones de la jurisdicción indígena respetadas por las instituciones y autoridades públicas

Luego de varios conflictos entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, el Estado determina que es importante el reconocimiento de las decisiones de las autoridades indígenas por parte de las instituciones y autoridades públicas. Con esta regulación se busca limitar la vulneración de uno de los principios internacionales consagrados incluso por la Constitución en su literal i, artículo 56: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por una misma causa o materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".

Toda vez que el desconocimiento de las autoridades públicas sobre la filosofía de la aplicación de la justicia indígena hacía que la justicia ordinaria nuevamente intente iniciar el proceso, vulnerando así el derecho del acusado que ya había sido sancionado por la autoridad indígena, esto era más común en los asuntos penales, pues lo que le interesaba a la justicia ordinaria era encarcelar al culpable a pesar de que el sujeto haya cumplido con su pena y se haya recuperado la armonía de las nacionalidades y pueblos.

En ese sentido, el reconocimiento es fundamental para la resolución de todos los conflictos incluso para los procesos penales, pues como se había establecido lo que busca la justicia indígena es la rehabilitación del culpable mediante sanciones efectivas que limiten la reincidencia del sujeto o la ejecución de otros delitos peores que afecten la armonía de las nacionalidades y pueblos indígenas.

Por esas razones, cabe mencionar que las instituciones y autoridades previas a tomar acciones frente a las denuncias o demandas presentadas por los miembros de las nacionalidades y pueblos, deberán verificar si el caso fue conocido por las autoridades indígenas, pues al aceptar el proceso y volver a resolver sobre una misma causa vulnerará los derechos colectivos y el principio internacional.

Las autoridades públicas deben tener presente lo establecido por el literal c) del artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial: "Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento".

Con lo determinado por la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial, las instituciones y autoridades públicas deben garantizar el respeto y cumplimiento de las decisiones emitidas por las autoridades indígenas.

4.7. Decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad

Las resoluciones emitidas por las autoridades indígenas se ejecutan de manera inmediata o progresiva de acuerdo con la gravedad del conflicto que se haya resuelto; estas resoluciones pueden ser sujetas al control constitucional cuando el culpable o la víctima sienta que fue perjudicado con la resolución. En el proceso del control constitucional es fundamental que los magistrados sean entendidos en los temas del derecho indígena de cada una de las nacionalidades y pueblos, pues cada una tiene principios y procedimientos de acuerdo con su cosmovisión.

Únicamente los magistrados que entiendan y conozcan las visiones indígenas podrán realizar un contrato constitucional acorde a los principios y necesidades de las nacionalidades y pueblos. De lo contrario los magistrados podrían vulnerar los derechos colectivos reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales, pues si no conocen la filosofía indígena, el porqué y para qué de la aplicación de la justicia indígena en cada una de las nacionalidades y pueblos, lo único que establecerán es que la resolución emitida por las autoridades indígenas viola los derechos constitucionales.

En ese sentido el que se realice el control constitucional en un principio no está mal, siempre que los que realicen el control sean personas

que entiendan la cosmovisión indígena, por esto es fundamental que en la Corte Constitucional se cuente con una sala especializada en temas de derechos colectivos, al igual que existen salas para materias de la justicia ordinarias.

La sala que conozca los derechos colectivos estaría conformada por profesionales indígenas que entiendan las tradiciones y costumbres de las nacionalidades y pueblos indígenas en la aplicación de la justicia indígena.

4.8. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria

Si bien cada sistema tiene su propio procedimiento es importante mencionar que es necesaria la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria; en esta línea el Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 343, 344, 345 y 346 establece directrices que deben ser observadas por las autoridades públicas.

En el marco del desarrollo de esta coordinación entre los dos sistemas, es fundamental que la justicia ordinaria observe de manera precisa lo señalado por el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial: "La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

- a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

- d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,
- e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales".

La coordinación entre los dos sistemas permitirá fortalecer a las autoridades indígenas y a las nacionalidades y pueblos, pues en el desarrollo se pueden incluso avanzar con las siguientes acciones:

- a) Compartir información en los casos de denuncias o demandas para que ninguno de los dos sistemas vulnere el principio internacional de que nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa.
- b) Participación de la fuerza pública en la detención de los culpables del delito.
- c) Presencia de las autoridades indígenas en la aplicación de la justicia ordinaria sobre uno de los miembros de la nacionalidad o pueblo, esto para garantizar lo determinado por el numeral 1 del artículo 8 del Convenio 169, "al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario" y también lo señalado por el numeral 2 del artículo 9 del mismo cuerpo legal: "las autoridades y tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".

V. Conclusión

En conclusión, podemos establecer que de acuerdo con las demandas de las nacionalidades y pueblos indígenas, la Constitución de la República en observancia a los instrumentos internacionales fortalece los derechos colectivos

y entre estos la justicia indígena que tiene varios avances importantes para que las autoridades indígenas en uso de su potestad jurisdiccional administren justicia de acuerdo con los procedimientos consuetudinarios sin afectar los principios internacionales ni la Constitución.

VI. Bibliografía

Doctrina

Ayala Mora, Enrique, *"Resumen de Historia del Ecuador"*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2001.

Canqui, Elisa, *"Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral"*, Editorial UNIFEM, Quito, 2009.

Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, "UNIFEM y las mujeres andinas, Informe de trabajo 2007-2008", Editorial UNIFEM, Quito, 2008.

Fundación Natura, *"Propuesta de reformas a la Constitución del Ecuador en Materia Ambiental"*, Editorial Fundación Natura, Quito, 2007.

Lang, Miriam, *"Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral"*, Editorial UNIFEM, Quito, 2009.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *"El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala"*, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, No. 1-2, México, 1998.

Normativa Nacional

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544, 9 marzo 2009.

Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 octubre 2008.

Ley de Organización y Régimen de Comunas, codificación 2004-04, Internet, <http://www.americanlaw.ec/online/laws/comunas.pdf>, Acceso: 2 octubre 2009.

Normativa Internacional

Carta de las Naciones Unidas, 24 octubre 1945.

Convenio 107 de la OIT, Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1975.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos, 13 septiembre 2007.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, 16 diciembre 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre 1966. Entrada en vigor: 23 marzo 1976.