



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS

**TESIS DE GRADO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR**

TEMA

**VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR EFECTO DE LA
APLICACIÓN DE LA JUSTICIA INDÍGENA.**

AUTORA:

DIANA LORENA LUCERO BONILLA

DIRECTOR DE TESIS:

AB. AGUSTÍN CAMPUZANO PALMA MSC.

QUEVEDO - ECUADOR

2015



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Presentado a la Vicerrectora Académica Encargada de la Facultad de Derecho como requisito previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

Aprobado:

Dr. Ulises Díaz Castro
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE TESIS

Ab. Eliceo Ramírez Chávez
MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE TESIS

Ab. Víctor Guevara Viteri
MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE TESIS

QUEVEDO – ECUADOR
2015



APROBACION DEL DIRECTOR DE TESIS

En mi calidad de Director de Tesis del Trabajo de Investigación sobre el tema: “Violación del Debido Proceso por efecto de la aplicación de la justicia indígena”, de la Srta. Diana Lorena Lucero Bonilla, egresada de la Facultad de Derecho, apruebo dicho trabajo práctico ya que reúne los requisitos metodológicos aprobados por el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

Solicito que sea sometido a la evaluación del Tribunal Examinador que el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho designe.

Quevedo, a Marzo del 2015

**Ab. Agustín Campuzano Palma Msc.
DIRECTOR DE TESIS**

DEDICATORIA

Quiero agradecer a Dios Todopoderoso por haberme ayudado en todo momento, a mi madre por estar conmigo en las buenas y en la malas, a mi padre que esté donde Dios lo tenga se que está orgulloso de mi, a mis hermanos por su apoyo moral, y a mi novio Samuel por su ayuda incondicional.

Gracias a todos ustedes por estar siempre a mi lado y así concluir con una de mis metas.

Diana Lorena Lucero Bonilla

AUTORÍA

El desarrollo del presente tema de investigación jurídica, ideas, comentarios, responsabilidad de hechos, corresponden exclusivamente al autor, excepto los referentes bibliográficos debidamente citados.

Diana Lorena Lucero Bonilla

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Yo, **Diana Lorena Lucero Bonilla**, en calidad de autora del trabajo de investigación o tesis realizada sobre el tema: **“Violación del Debido Proceso por efecto de la aplicación de la justicia indígena”**, por la presente autorizo a la **UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO**, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o de parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertenecientes a la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, en concordancia con el Art. 144 de la Ley de Educación Superior.

Quevedo, Marzo del 2015

Diana Lorena Lucero Bonilla
120440927-8

ÍNDICE ÍNDICE GENERAL

Carátula	
Nómina del Tribunal de Sustentación	ii
Informe del Director de Tesis	iii
Dedicatoria	iv
Autoría	v
Autorización de la Autoría Intelectual	vi
Índice General	vii
Índice de Cuadros	xiii
Índice de Gráficos	xvi
Índice de Fotos	xiv
Resumen Ejecutivo	xv

CAPÍTULO I EL PROBLEMA

1.1.	Introducción	1
1.2	Problematización	3
1.2.1.	Formulación del Problema	4
1.2.2.	Delimitación del Problema	4
1.2.3.	Justificación	5
1.3.	Objetivos	7
1.3.1.	General	7
1.3.2.	Específico	7
1.4.	Hipótesis	7
1.5.	Variables	7
1.5.1.	Variable Independiente	7
1.5.2.	Variable Dependiente	8
1.6.	Recursos	8
1.6.1.	Humanos	8
1.6.2.	Materiales	8
1.6.3.	Presupuesto	9

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO

2.1.	Antecedentes de la Investigación	10
2.2.	FUNDAMENTACIÓN	
2.2.1.	DOCTRINA	16
2.2.1.1.	Historia del Debido Proceso	16
2.2.1.2.	Precisión histórica sobre el Debido Proceso en los Estados Unidos de Norteamérica	20
2.2.1.3.	Noción del concepto	23
2.2.1.4.	Concepto del Debido Proceso y Debido Proceso sustantivo y adjetivo	29
2.2.1.5.	Naturaleza del Debido Proceso	35
2.2.1.6.	Contenido del Debido Proceso y de las garantías del Debido Proceso.	36
2.2.1.7.	Criterio sobre las garantías del Debido Proceso de la Constitución ecuatoriana vigente, en relación a la Justicia Indígena	40
2.2.1.8.	La Justicia Indígena	41
2.2.1.9.	La administración de la Justicia Indígena	44
2.2.1.10.	Jurisdicción y Competencia	53
2.2.1.11.	Personas	55
2.2.1.12.	Materia	56
2.2.1.13.	Grados	57
2.2.1.14.	Territorio	58
2.2.2.	JURISPRUDENCIA	61
2.2.2.1.	Caso práctico de administración de Justicia Indígena en la ciudad de Quito	61
2.2.3.	LEGISLACIÓN	68
2.2.3.1.	Constitución de la República del Ecuador	68

2.2.3.2.	Legislación Internacional	72
2.2.3.2.1.	Declaración Universal de los Derechos Humanos	72
2.2.3.2.2.	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	73
2.2.4.	DERECHO COMPARADO	62
2.2.4.1.	Constitución Política de Bolivia de 1967, con reformas de 1994	76
2.2.4.2.	Constitución Política de Perú, 1993	78
2.2.4.3.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	79

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1.	Determinación de los métodos a utilizar	81
3.2.	Diseño de la Investigación	82
3.2.1.	Investigación Descriptiva	82
3.2.2.	Investigación Bibliográfica	82
3.2.3.	Investigación de Campo	82
3.3.	Población y Muestra	83
	Población hombre y mujeres entre 15 a 9 años de	83
	Población y muestra abogados	84
3.4.	Técnicas e Instrumentos de la Investigación	85
3.5.	Validez y Confiabilidad de los Instrumentos	85
3.6.	Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos	86

CAPITULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.1.	Análisis e Interpretación de Gráficos y Resultados	87
4.1.1.	Encuesta realizada a ciudadanos y ciudadanas	87
4.1.2.	Encuestas aplicadas a abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo	99
	a) Resultados de las encuestas dirigidas a ciudadanos de la Cantón de Quevedo	105
4.1.3.	Plan de Tesis	107
	a) Entrevista realizada al Ab. Juvenal Olvera Párraga	107
	b) Entrevista realizada al Ab. Rafael Ponce Castro	108
4.2.	Comprobación de la hipótesis	109
4.3.	Reporte de la investigación	109

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.	Conclusiones	111
5.2.	Recomendaciones	112

CAPÍTULO VI

LA PROPUESTA

6.1.	Título I	113
6.2.	Antecedentes	113
6.3.	Justificación	114
6.4.	Síntesis de Diagnostico	116
6.5.	Objetivos	117
6.5.1.	General	117
6.5.2.	Especificos	118
4.6.	Descripción de la Propuesta	118
6.6.1.	Desarrollo	118

6.7.	Beneficiarios	121
6.8.	Impacto Social	121
	Bibliografía	122
	Anexos	127

Índice de Cuadros

No- 1	Conocimiento del Debido Proceso	87
No- 2	Aplicación del Debido Proceso	88
No- 3	Violación a Derechos Humanos por Justicia Indígena	89
No- 4	Conocimiento de casos menores por la Justicia Indígena.	90
No- 5	Justicia ordinaria debe conocer delitos en comunidades	91
No- 6	Garantía del Debido Proceso.	92
No- 7	Debido Proceso como Derecho Humano.	93
No- 8	Juzgamiento público violatorio.	94
No- 9	Justicia Indígena ancestral.	95
No-10	Adecuación de sistema de justicia ordinaria.	96
No-11	Justicia ordinaria debe conocer casos de delitos en comunidades indígenas.	97
No-12	Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.	98
No-13	Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.	99
No-14	Violación del Debido Proceso.	100
No-15	Límites a la Justicia Indígena.	101
No-16	Aplicación del Debido Proceso en todos los casos de juzgamiento	102
No-17	Justicia Indígena violatoria a los Derechos Humanos	103
No-18	Jurisdicción en las comunidades indígenas	104

a) Resultados de las encuestas dirigidas a ciudadanos y abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo	105
---	-----

Índice de Gráficos

No- 1 Conocimiento del Debido Proceso	87
No- 2 Aplicación del Debido Proceso	88
No- 3 Violación a Derechos Humanos por Justicia Indígena	89
No- 4 Conocimiento de casos menores por la Justicia Indígena.	90
No- 5 Justicia ordinaria debe conocer delitos en comunidades	91
No- 6 Garantía del Debido Proceso.	92
No- 7 Debido Proceso como Derecho Humano.	93
No- 8 Juzgamiento público violatorio.	94
No- 9 Justicia Indígena ancestral.	95
No-10 Adecuación de sistema de justicia ordinaria.	96
No-11 Justicia ordinaria debe conocer casos de delitos en comunidades indígenas.	97
No-12 Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.	98
No-13 Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.	99
No-14 Violación del Debido Proceso.	100
No-15 Límites a la Justicia Indígena.	101
No-16 Aplicación del Debido Proceso en todos los casos de juzgamiento	102
No-17 Justicia Indígena Violatoria a los Derechos Humanos	103
No-18 Jurisdicción en las comunidades indígenas	104

Índice de Fotos

Ab. Juvenal Olvera Párraga	127
Ab. Rafael Ponce Castro	128

RESUMEN EJECUTIVO

La presente tesis de grado, cuyo tema es: “Violación del Debido Proceso por Efecto de la Aplicación de la Justicia Indígena”, está compuesta de seis capítulos en los cuales se detallan conceptos del tema investigado.

En la introducción, se hace una síntesis sobre la aplicación del Debido Proceso en los casos de la aplicación de la Justicia Indígena, en la problematización, se enfoca la aplicación de la Justicia Indígena, se señala los objetivos generales y específicos, la hipótesis, las variables independiente y dependiente y, se detallan los recursos.

En el marco teórico, compuesto de antecedentes de la investigación, fundamentación: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Derecho Comparado se fundamenta, respecto del objeto de estudio, donde se hace referencia a diferentes Leyes en especial la Constitución de la República y su aplicabilidad del Debido Proceso.

En la metodología, se determinan los métodos utilizados, las técnicas aplicadas en el trabajo de campo, la aplicación de las encuestas a los ciudadanos y ciudadanas del Cantón Quevedo, abogados y las entrevistas, con tales resultados se realizaron la tabulación, análisis y procesamiento de datos, se elaboró el reporte de la investigación y la comprobación de la hipótesis.

Se realizan las conclusiones y recomendaciones y la propuesta de reforma jurídica al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

EXECUTIVE SUMMARY

The present thesis, the theme: "Violation of Due Process due to the application of Indigenous Justice", Consist of six chapters in Which concepts of the subject under investigation are detailed.

In the introduction, a summary of the application of Due Process in cases of application of Indigenous Justice in the problematization is made, the application of Indigenous Justice Focuses on the overall and specific objectives To Stated, the hypothesis, independent and dependent variables and resources are detailed.

In the theoretical framework, Consisting of background research, rationale: Doctrine, Jurisprudence, Law and Comparative Law in respect of the subject matter, Where the Constitution of the Republic reference to different laws and is Especially builds applicability of Due Process.

In the metodología, methods used are determined to, the Applied techniques in the field, surveys Applying Citizens of Canton Quevedo, and Interviews with lawyers Such results tabulation, analysis and processing Were Performed data, reporting of research and hypothesis testing was developed.

The Conclusions and recommendations and legal Proposed Reforms are made to art. 345 of the Code of Judicial Function.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1. Introducción

La Justicia Indígena, en especial su notoria aplicación de los operadores de justicia, es el mecanismo de poder que exteriorizan los indígenas para imponer justicia, los cuales tienen una gran capacidad de adaptación, mutabilidad, mecanismo de poder, alta demostración de no aplicar las leyes vigentes en el Ecuador y, en especial la no aplicabilidad del Debido Proceso constitucional al cual tienen derechos todos los ecuatorianos. La falta de aplicabilidad del Debido Proceso en los casos de juzgamiento aplicado por los indígenas, se revela con mucha facilidad al momento de realizar una audiencia de juzgamiento.

Dentro del Estado intercultural los derechos establecido en la Constitución de 2008, en Ecuador las garantías y derechos están garantizados; tales como los derechos de protección en los cuales el Debido Proceso es un postulado fundamental, el Estado garantiza a las personas el acceso gratuito a la justicia, y a la tutela efectiva imparcial y expedita de sus derechos e intereses, las garantías básicas del Debido Proceso consagra que toda persona debe ser escuchado en igualdad de condiciones.

Esta investigación busca demostrar desde una perspectiva etnográfica antropológica que el comportamiento de los operadores de Justicia Indígena no son neutrales y equitativo, en particular persiste un marcado alejamiento en la interrelación de los funcionarios de justicia ordinaria del Estado en especial con los indígenas, que impide el desarrollo de la justicia

ordinaria con la Justicia Indígena o en otros términos de una verdadera inter legalidad en el país.

Los operadores de Justicia Indígena están justificados por una “cultura jurídica ancestral” un hábitus que hace parte de las representaciones, acciones y decisiones de estos, sin importar y aplicar el Debido Proceso como medida adecuada para garantizar los derechos y garantías de las personas.

La Justicia Indígena debería ser regulada las reformas deben enfocarse a que únicamente los casos civiles, agrarios, problemas de agua y delitos menores, y deben ser juzgados en las diferentes comunidades, mientras que los casos penales sin importar el territorio donde se hayan cometido deberían ser conocidos por la justicia ordinaria y sancionados en base al Código Integral Penal.

El poder legislativo nunca ha establecido una ley secundaria dentro de la ley ordinaria, para establecer parámetros de aplicación de la Justicia Indígena ancestral, esto ha hecho que las comunidades interpreten la Justicia Indígena de manera diversa.

Debe haber un cuerpo legal que regule la aplicación de la ley indígena, con el cual se pueda establecer sus competencias, ningún caso de asesinato o violación debe quedar impune a nombre de la Justicia Indígena, no se puede concebir que las personas involucradas en actos penales queden exoneradas mediante acuerdos verbales o económicos a los que llegan los familiares de las víctimas.

1.2. Problematización

Los avances, en términos de derechos, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en favor de los ecuatorianos, los pueblos indígenas, a partir del análisis etnográfico de las prácticas cotidianas de los administradores de justicia.

Con este segmento de la sociedad, o en otros términos, la interrelación de los indígenas de las comunidades que imparten justicia a los ciudadanos, los indígenas y cómo éstos interpretan las leyes en los procesos que vinculan a estos sujetos, en especial los más pobres, las consecuencias en términos negativos de estas prácticas ancestrales en la generación de una pluralidad jurídica dialógica y horizontal que beneficie a los ciudadanos.

Se trata de entender si los derechos alcanzados por los ciudadanos y los pueblos indígenas por si solos o sin ser acompañados de un profundo proceso político permiten establecer un diálogo o interacción horizontal entre las dos justicias.

O si más bien se trata del mantenimiento de una superioridad ancestral como ellos lo llaman, la aplicación del derecho positivo estatal y la inferiorización y asimilación de la Justicia Indígena, que debe legitimarse o evolucionar en el derecho positivo para ser aceptada.

El proceso occidental de legitimación de un derecho único impone límites que tienden a invisibilizar o eliminar cualquier alternativa distinta a la hegemónica que se encuentre.

Existen además en Ecuador, dos leyes secundarias que concretan al artículo 171 de la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial

cuyo Título VIII, artículos 343 al 346, está dedicado a las relaciones entre las dos justicias, lo cual los indígenas se niegan a aplicar.

La otra ley es la de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en el capítulo IX, artículos 65 y 66, trata sobre la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, la correlación de las dos justicias ha puesto en el debate nacional si la aplicación de la justicia ancestral por los indígenas es violatoria a los Derechos humanos o si se debe sólo aplicar la justicia ordinaria.

1.2.1. Formulación del problema

¿Los operadores de la justicia indígena fomentan la aplicación del Debido Proceso como parte garantista a los derechos de ciudadanos y ciudadanas de sus comunidades?

1.2.2. Delimitación del problema

Objeto de estudio: Debido Proceso.

Campo de acción: Justicia Indígena.

Lugar: Quevedo.

Tiempo: 2015.

1.2.3. Justificación

Las prácticas operativas de los administradores de Justicia Indígena no se pueden pensar sin tomar en cuenta la “trayectoria ancestral” de éstos que contextualiza su comportamiento y que, en particular al aplicar la justicia los indígenas, por su falta de oportunidades y conocimientos específicos

sobre materia de derechos humanos, al aplicarla se caracteriza por una violación al Debido Proceso.

Aún con los avances alcanzados en los últimos años por los indígenas, la sociedad busca mantener las jerarquías ancestrales, aplicando una justicia que no está acorde con las Leyes y el Estado de Derechos que actualmente existe.

De ahí que la dinámica de las instituciones judiciales, no pueden concebirse del todo sin la utilización de una perspectiva etnográfica que dé cuenta de “las prácticas concretas, la trama de relaciones sociales y de poder en que se asienta el sistema judicial”.

Dentro de las instituciones de justicia aplicada por los indígenas, se ha logrado precisar algunas características que forman parte de la cultura jurídica, en particular, en cuanto a la relación con los indígenas, se trata de revelar las prácticas de aplicación de estas formas de justicia son violatorias a los seres humanos.

Algunos estudios de la Justicia Indígena contemporáneo, afirman que en la actualidad perdura en el tiempo, ya que su aplicación se exterioriza por motivos eminentemente apegado a creencias de sus ancestros.

El objetivo de esta investigación es mostrar que la Justicia Indígena se viene aplacando, aún si se toman en cuenta las Leyes y prácticas de la administración de justicia ordinaria existente.

Esta investigación es para demostrar, que dentro de la administración de Justicia Indígena, existe en el terreno de lo cotidiano, al ser legitimado por las leyes sobrepasa lo anecdótico y llega a un segundo nivel en el que se vuelve positivo podríamos decir que se institucionaliza.

La presente investigación fue factible ya que conté con recursos bibliográficos de Libros, textos, Constitución de la República del Ecuador, Leyes; pertenece al área de derecho constitucional e indígena, el beneficio será para que los ciudadanos y ciudadanas que son usuarios de la administración de justicia ordinaria en el Ecuador, cuyo fortalecimiento está avanzando, la misma que debe proyectarse a la aplicabilidad de la misma en los temas que son tratados por los indígenas.

La importancia de la presente investigación radica en conocer y aplicar el Debido Proceso constitucional en la Justicia Indígena a fin de que no se vulneren derechos constitucionales de las personas y, la necesidad de reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El impacto social que generará será que los ciudadanos y ciudadanas sean juzgados en igualdad de condiciones para que de esta manera sus derechos estén garantizados.

1.3. Objetivos

1.3.1. General

Evidenciar los efectos violatorios al Debido Proceso de los operadores de justicia a los ciudadanos indígenas.

1.3.2. Específicos

Realizar una investigación histórica, doctrinaria y jurídica sobre los aspectos del Debido Proceso en la administración de Justicia Indígena.

Diagnosticar las causas y efectos de la aplicación del Debido Proceso en los actos cometidos por los indígenas, en América Latina.

Elaborar una propuesta de reforma del artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.4. Hipótesis

Con la reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, se eliminará la falta de competencia de los operadores de la justicia ordinaria a actos y manifestaciones cometidos por los indígenas.

1.5. Variables

1.5.1. Variable Independiente

Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1.5.2. Variable Dependiente

Eliminará la falta de competencia de los operadores de la justicia ordinaria a actos y manifestaciones cometidos por los indígenas.

1.6. Recursos

1.6.1. Humanos

Ab. Agustín Campuzano Palma Msc.

Director de Tesis.

Diana Lorena Lucero Bonilla

Investigadora.

Ciudadanos y Ciudadanas encuestados

Abogados en libre ejercicio de la profesión entrevistados:

Ab. Juvenal Olvera Párraga y;

Ab. Rafael Ponce Castro.

1.6.2. Materiales

Utilicé los siguientes materiales:

Computadora, impresora, papel de impresión A4, hojas de encuestas, guías de entrevistas.

1.6.3. Presupuesto

Concepto	cantidad	v/u.	v/t.
Arriendo de computador incluye impresora	1	\$200,00	\$200,00
Memoria externa	1	\$ 20,00	\$ 20,00
Cartuchos tinta	6	\$ 25,00	\$150,00
Papel A4 resmas	3	\$ 4,00	\$ 12,00
Xerox copias	600	\$ 0,02	\$ 12,00
Anillados	4	\$ 1,00	\$ 4,00
Empaste tesis	4	\$15,00	\$ 60,00
Compra libros	3	\$30,00	\$ 90,00

Imprevistos 3%	\$17,00
Total	\$565,00

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Conociendo lo que significa justicia se puede establecer que nuestros pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador, desde hace mucho tiempo, antes de la Colonización Española, administran su propio sistema de justicia, el mismo que no está basado en fundamentos europeos sino a su propia experiencia y cultura, que más bien está de acuerdo a sus principios de cosmovisión, en la cual la justicia se fundamenta en que las sanciones son aplicadas con el objetivo de que el individuo que ha cometido un delito pueda reconocer su falta, enmendar su error y no volver a repetirlo en el futuro, así nacen las encomiendas que es un derecho concedido por

merced real a los beneméritos de Indias para recibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendasen por su vida y la de un heredero, con rango de cuidar de los indios en lo espiritual, temporal y defender las provincias donde fueren encomendados. En 1512 las denuncias de Fray Montesinos, relativas a algunos abusos de estas primeras encomiendas, provocan la inmediata promulgación de las Leyes de Burgos ese mismo año, ampliadas un año después donde se desarrolla y define de manera explícita el sistema laboral en las encomiendas, con los siguientes derechos y garantías de los indios y las obligaciones de los encomenderos de trato justo: trabajo y retribución equitativa y que evangelizara a los encomendados. Sin embargo a partir de la secularización del imperio español estas obligaciones fueron omitidas transformándose la encomienda en un sistema de trabajo forzado para los pueblos originarios en favor de los encomenderos.

En el contexto descrito, la Justicia Indígena, el castigo por la violación de la norma vendría a ser un castigo físico el cual tiene un carácter sanador y de purificación, cada castigo físico tiene su significado de purificación.

La justicia indígena es una práctica con sentido económico y comunitario muy concreto. “El objetivo es reinsertar a la persona dentro de la comunidad. También tienen un fuerte sentido ceremonial y un fuerte sentido simbólico”. (Justicia Ordinaria vs. Justicia Indígena¹)

El Ecuador, al igual que otros países latinoamericanos que tienen el carácter de ser de diversas étnicas y culturalmente, estableció en la constitución aprobada en 1998 la vigencia del pluralismo jurídico. Este hecho que es resultado de la larga lucha de los pueblos indígenas por lograr instancias de autonomía al interior de los estados nacionales, ha provocado

¹ <http://lajusticiaindigenaenelecuador.blogspot.com/>

diversas reacciones entre los diversos actores involucrados en estas reformas al intentar poner en práctica las normas de la nueva constitución. Sobre esto y como un antecedente de importancia es necesario referirse a que el 8 de enero del 2003 el ex presidente Gustavo Noboa veta totalmente al proyecto de Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígena; “No cabe duda de que la igualdad ante la ley debe ser entendida en función de las características esenciales de los ecuatorianos, razón por lo cual no existe justificación jurídica para establecer ni discriminaciones, ni privilegios cuyo fundamento sean factores relacionados con características de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica y otras, salvo que estos privilegios estén consagrados en el ordenamiento fundamental del Estado” (García).

A partir de la constitución del 2008 se implementa Capítulo cuarto Función Judicial y justicia indígena, en el art. 171 especifica que: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”. (Justicia Indígena, 2009). De este artículo podemos entender que los únicos que tienen jurisdicción para poder poner en práctica la Justicia Indígena son las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La cual solo aplica en su territorio no fuera de él y solo para conflictos o violaciones de las normas dentro de los mismo autoridad no va más hay del territorio y el norma miento será independiente a las sanciones del código pero por ello no podrá ir en contra del mismo ni de los derechos humanos”.

La aprobación de la Justicia Indígena tiene sus orígenes en la legislación ecuatoriana en la Constitución del 1998 y el fortalecimiento con la Carta Magna del 2008.

Podemos decir que la Justicia Indígena es un sistema normativo el cual consta de su propia jurisdicción y a su vez empata con la Constitución de la República del Ecuador del 2008, por lo que deben ir acorde a ellas para que tengan validez.

La Justicia Indígena tiene una profunda relación con la justicia ordinaria y tiene el mismo valor ya que una vez sancionado el individuo en la justicia indígena no puede ser sancionado de nuevo en la justicia ordinaria y viceversa.

Sin embargo de lo anotado, es preciso señalar que las prácticas de la Justicia Indígena en cuanto a las sanciones se encuentran en contradicción con las disposiciones de la Constitución en vigencia, que se encuentran determinadas en el Capítulo sexto denominado Derechos de Libertad básicamente en el artículo. 66, por el cual se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la integridad personal, que incluye: La integridad física, psíquica, moral y sexual; una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.

El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual; “así como, prohíbe la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”².

² <http://lajusticiaindigenaenelecuador.blogspot.com/>

Los operadores de Justicia Indígena, en su interacción diaria con los indígenas y otros ciudadanos, utilizan varios mecanismos para lograr seguir aplicando su sistema de justicia a los actos cometidos por éstos. La práctica pública en la aplicación de la Justicia Indígena en otras palabras estos operadores esconden y desconocen la justicia ordinaria como medio adecuado e idóneo para la aplicación de una justicia uniforme eficaz que dinamice la Ley, lo ancestral y la costumbre.

Existen lugares en los que se establece una especie de consenso o acuerdo tácito entre los representantes de las comunidades para lograr la aplicación de una justicia que en los actuales momentos ha sido considerada como violatoria a los Derechos Humanos.

Todo esto permite entender algunos componentes de la relación entre los funcionarios de justicia con los ciudadanos y los indígenas. La comunicación entre estos sujetos se instaura a partir de costumbres ancestrales que les permiten aplicación de justicia sin considerar las normas del Debido Proceso al cual tienen derechos todos los ciudadanos y ciudadanas. Los indígenas no creen en los funcionarios judiciales, quienes actúan a partir de una formación distinta que tiende a “híper mirar” a los indígenas. Se trata de una “mirada hiperbólica”, por decirlo de alguna manera, que busca juzgar cualquier detalle que justifique la inferiorización del otro; tanto en el lenguaje corporal como en su forma de hablar. Este juzgamiento exagerado constituye un recurso de los funcionarios para resaltar su compromiso de aplicar la justicia ordinaria apegada a la Constitución de la República del Ecuador y Leyes vigentes.

Otro de los mecanismos utilizados cotidianamente por administradores de justicia ordinaria y que constituye la otra cara de esta mirada extremadamente crítica, es la no-mirada o invisibilización hacia estos grupos racializados. Al respecto Boaventura de Sousa Santos plantea “que

occidente genera clasificaciones que muestran a unos e invisibilizan a otros o los excluyen”³.

Las “distinciones invisibles son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos, el universo de “este lado de la línea” y el universo “del otro lado de la línea”⁴.

La división es tal que el otro lado de la línea desaparece como realidad se convierte en no existente, y de hecho es producido como un no existente.

No existente significa no existir en ninguna forma relevante o comprensible de ser. Lo que es producido como no existente es radicalmente excluido porque se encuentra más allá del universo de lo que la concepción aceptada de inclusión considera es su otro.

Por ejemplo, en los juzgados cuando los indígenas tratan de obtener información relevante para la realización de diversos trámites, los funcionarios de justicia los ignoran, no les responden o les hacen esperar.

Para los indígenas, la posibilidad de un diálogo con los administradores de justicia se vuelve muchas veces un privilegio, ellos deben superar varios obstáculos para poder comunicarse con los funcionarios cuando necesitan obtener datos, documentos o firmas. La invisibilización deviene en un tipo de comunicación que se vuelve su propia negación, es decir no comunicación y que permite el mantenimiento de las jerarquías de la justicia ordinaria. Así el panorama de la interrelación cotidiana entre estos dos segmentos de la sociedad los operadores de la justicia ordinaria y los

³ **SANTOS** Boaventura de Sousa, y Mauricio García Villegas, “El caleidoscopio de justicias en Colombia”, Bogotá, Uniandes y Siglo del Hombre, editores Colombia. 2000.

⁴ **SANTOS** Boaventura de Sousa, “Pluralismo Jurídico y Jurisdicción especial indígena”, del olvido surgimos párrafo, ediciones traer nuevas esperanzas, 1997.

indígenas, desde el inicio, están en condición de desventaja dentro del sistema de justicia ordinaria.

De ahí que es innegable afirmar que existe un tipo de administración de justicia ordinaria en el Ecuador “que busca la igualdad en su aplicación, aún dentro del contexto de la interculturalidad y que, en el caso de los indígenas, se vuelve un elemento de igualdad de todos los ciudadanos en torno al acceso a la justicia que promulga el Estado. Se trata más bien de una innegable desigualdad en la aplicación de la justicia indígena y la ordinaria que en el caso de los indígenas se violentan derechos y garantías constitucionales”⁵.

2.2. Fundamentación

2.2.1. Doctrina

2.2.1.1. Historia del Debido Proceso

“Las garantías del Debido Proceso aparecieron con la Carta Magna del Rey Juan sin Tierra”⁶, sin embargo “ya en la Grecia Ateniense los derechos fundamentales de los ciudadanos de la polis se erigían como una medida de seguridad contra los abusos del Estado y las pasiones de los individuos”⁷.

Platón narra en el ‘Critón’, cómo éste elige sujetarse al proceso de la ciudad aún a pesar de que ello iba en detrimento de su vida: ‘En fin, Sócrates, -obedécenos a nosotras-, tus nodrizas, y no estimes ni a hijos, ni vida, ni

⁵ **JALK** Gustavo, presentación: “Desafíos constitucionales, La Constitución del 2008”, Quito, Ramiro Ávila Santamaría, Ministerio de Justicia, Quito, 2009.

⁶ Juan sin Tierra y la Carta Magna
<http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/997.htm>.

⁷ **SOSA**, Jorge, “Estudios de Derechos Humanos Fundamentales”, Editorial Míquez Mosquera, Guayaquil – Ecuador, 2002, pág. 33.

ninguna otra cosa más que a la justicia, para que llegado al Hades puedas alegar en tu defensa, todo esto ante los que ahí gobiernan”⁸.

En las XII Tablas romanas del año 449, que terminaban con el poder tiránico de los patricios, las tres primeras eran de carácter procesal y exigían para que pudiera celebrarse el juicio “que las partes litigantes estuvieran presentes y la sentencia debía dictarse antes de la puesta del sol. Asimismo se establecieron reglas para las ‘legis acciones’ (acciones de la ley) y se suavizó la situación de los deudores sujetos al acreedor”⁹.

“En la Carta Magna de 1215 se refiere al Debido Proceso acertando en más elementos que pertenecen al concepto que sus predecesoras”¹⁰, y así dice: “Ningún hombre libre será detenido, apresado o puesto fuera de la ley, exiliado o lesionado en manera alguna, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, sin el juicio legal de sus pares, conforme a la ley del país” “Nosotros, no venderemos, ni rehusaremos, ni retardaremos a nadie el derecho o la justicia”¹¹.

La Carta Magna de Juan Sin Tierra guarda dentro de los varios caracteres comunes con las ya referidas normas, uno esencial: “el haber sido estatuidas como mecanismos para evitar y hasta para frenar el abuso del poder por parte del gobierno”.

Pues la Carta Magna forma parte de aquellos documentos que los ingleses especialmente los nobles acostumbraron pedir a los reyes al momento de su coronación, cartas de libertades juramentos sobre la protección de derechos o la concesión de privilegios arrancadas al poder considerado absoluto de los monarcas, por lo cual son consideradas como verdaderas conquistas.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, pág. 34.

¹⁰ Llamada en realidad Capitula que barones petunt y también conocida como Magna Carta Libertatum por la gran extensión de su contenido de más de 60 artículos.

¹¹ Historia Universal. “Antología Histórica”. Crónicas. Documentos. Análisis, Editorial Norma, Bogotá, Colombia, 1988, pág. 48.

Estos documentos permitían conseguir progresivamente mayores garantías, ante los gobiernos tiránicos que había sufrido Inglaterra tal y como sucedió con Enrique I en el año 1100; luego con Esteban de Blois que concedió dos cartas: una en 1135 y otra en 1136; y, posteriormente con Enrique II quien suscribió otra carta en 1154. Juan Sin Tierra no fue un gobernante tiránico, sino más bien con poca aptitud para la guerra (por lo que perdió varios territorios, lo cual sumado al hecho de que no tuvo herencia le mereció su apodo), por lo cual la Carta Magna no fue un juramento arrancado ante su tiranía sino por la costumbre que se había establecido en Inglaterra.

Es en la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, Constitución del Estado de Virginia, donde se da una normativa sobre las garantías del Debido Proceso aunque relacionadas con el ámbito penal exclusivamente.

En su sección VIII dice: “Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, el acusado tiene derecho a saber de la causa y naturaleza de la acusación a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor y ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí mismo; que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”¹².

Y en la sección X se dice: “Que los autos judiciales generales en lo que se mande a un funcionario o alguacil el registro de hogares sospechosos, sin pruebas de un hecho cometido o la detención de una persona o personas sin identificarlas por su nombre o cuyo delito no se especifique claramente

¹² Sosa, obra citada, pág. 34.

y no se demuestre con pruebas son crueles , opresoras y no deben ser concedidos”¹³.

Los instrumentos jurídicos positivos han ido concibiendo al Debido Proceso como un mecanismo constitucional que se ha ido plasmándose en las normas internacionales y haciéndose efectiva mediante órganos supra estatales destinados a la protección de los derechos humanos creados por las mismas.

“La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 documento que reconoce el carácter de derecho humano”¹⁴. Al respecto se debe considerar de qué manera habrían influido las ideas de Locke en el pensamiento de quienes iban comprendiendo el Debido Proceso, y recordar las palabras del mismo que fijan el sentido del por qué los individuos se reúnen en sociedad para saber la razón de considerarlo como un derecho del hombre en sociedad.

Al respecto vale recordar las palabras de Locke: “Pero dado que cada hombre ingresado en sociedad abandonara su poder de castigar las ofensas contra la ley de naturaleza en seguimiento de particular juicio, también además del juicio de ofensas por él abandonado al legislativo en cuántos casos pudiere apelar al magistrado cedió al conjunto el derecho de emplear su fuerza en la ejecución de fallos de la república; siempre que a ello fuere llamado, pues esos en realidad juicios suyos son bien por él mismo formulados o por quien le representare. Y aquí tenemos los orígenes del poder legislativo y ejecutivo en la sociedad civil, esto es el juicio según leyes permanentes de hasta qué punto las ofensas serán castigadas cuando fueren en la nación cometidas; y, también, por juicios ocasionales, fundados en circunstancias presentes del hecho, hasta qué punto los

¹³ *Ibíd*em, pág. 35.

¹⁴ **DECLARACIÓN** de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

agravios procedentes del exterior deberán ser vindicados y en uno como en otro caso emplear si ello fuere menester toda la fuerza de todos los miembros.”¹⁵.

Esa puede ser la razón por la que también el “Ecuador lo ha considerado como un derecho en el Art. 76 de la Constitución, al Debido Proceso y que agrega la presunción de inocencia de todo hombre que no haya sido declarado culpable como garantía del mismo”¹⁶; y, al Bill of Rights de 1791. “En el reconocimiento del Debido Proceso por un instrumento internacional se debe mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, instrumentos que no crean la obligación de respeto del Debido Proceso a los Estados ni un sistema de protección de los mismos como luego lo haría el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos expedida por el Consejo de Europa reunido en Roma en 1950, con la Corte de Derechos Humanos que además considera el derecho a un juicio justo (fair trial); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con el Comité de Derechos Humanos; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁷.

Por lo cual, el Debido Proceso es una medida o mecanismo para frenar o evitar el abuso del poder arbitrario del Estado;

Existen una serie de requisitos recogidos por la ley (pues no está limitada a los que ella considera) necesarios para instaurarlo;

Sin él no se logra un proceso justo (fair trial) ni válido; y,

Es un derecho humano.

¹⁵ **LOCKE** John, “Gobierno Civil”,
<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Ensayo%20sobre%20el%20gob%20civil.html>.

¹⁶ **CONSTITUCIÓN** de la República del Ecuador 2008, Editorial El Fórum, Quito, art. 76.

¹⁷<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Ensayo%20sobre%20el%20gob%20civil.html>.

2.2.1.2. Precisión Histórica sobre el Debido Proceso en los Estados Unidos de Norteamérica

La legislación estadounidense, estudiada por la doctrina, ha sido la que ha desarrollado de mejor manera el concepto en estudio, y constituye la de mayor autoridad en este tema, a ello se suma el hecho de que “A partir de la Enmienda V (de la Constitución de los Estados Unidos) la fórmula law of the land, transformada en Due Process of the law, comenzó su recorrido triunfal por casi todas las Constituciones del mundo y especialmente las americanas”¹⁸.

El Debido Proceso no tuvo origen como noción pues ya existía desde antaño como se demostró en la Carta Magna los autores atribuyen la creación del significante, entendido como palabra que designa o representa un significado o algo de un significado previamente conocido. No obstante, Alberto Wray en un interesantísimo estudio indica que el “significante debe ser atribuido a un documento bretón del siglo XIV, aun cuando la frase original de la Carta Magna de 1215 que lo llamaba “per legem terrae” cuando fue traducida al inglés para ser ratificada por Eduardo III en 1354, no tuvo por su equivalente la frase “by the law of the land” sino “by the due process of the law”¹⁹.

A este hecho puede deberse la atribución antes citada, hecha constantemente por la Doctrina.

Así heredado de su Metrópoli el significante pasó a la Constitución de los Estados Unidos, pero no por su texto inicial sino por la 5ta enmienda de 1791, en la que se dice “(A ninguna persona)...podrá obligársele a testificar

¹⁸ **COUTURE** Eduardo, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. Editorial Desalma. Buenos Aires – Argentina, 1958, pág. 100.

¹⁹ **WRAY** Alberto, “El debido proceso en la Constitución”, Revista Jurisdictio, Volumen I, Quito – Ecuador, Enero 2000, pág. 22.

contra sí misma en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el Debido Proceso de ley; ni podrá privársele de su propiedad para darle un uso público sin una justa compensación”²⁰.

Ello no debe implicar, pues puede llegarse a creer tras una interpretación literal que la protección del Debido Proceso se limita a los derechos de la vida, la libertad y la propiedad, sino más bien dicha protección debe ser entendida hacia todos los derechos humanos que puedan estar en riesgo dentro del proceso y no como un mecanismo para la justa privación de un derecho sino para la garantía de los derechos humanos y consiguientemente para evitar la injusta privación de derechos, hecho que se logra únicamente al analizar el Debido Proceso desde la perspectiva del Estado Democrático de Derecho.

La redacción de la 5ta enmienda se debe a la influencia del pensamiento de Locke indudablemente, en tanto a la razón esencial por la que las personas instauran un gobierno, que sin menoscabar el inmenso avance que él constituye dentro de la Filosofía Política Moderna ni las increíbles luces, muchas de las cuales son irrefutables hoy, que dio al pensamiento político, fue entendida de una forma limitadísima pero a la vez tal y como hoy se entiende.

Así Locke consideraba que los hombres se reúnen en sociedad para que el gobierno proteja su propiedad, vocablo derivado para su fin del latín *proprius* que significa lo propio y que según el mismo pensamiento de Locke consiste en la vida, la libertad y la hacienda elementos que según su libro titulado Ensayo sobre el Gobierno Civil pertenecen al hombre en el estado de naturaleza y por tanto le son inherentes. Locke no estaba equivocado pues hoy se concibe a los derechos humanos como “aquellos derechos que toda persona física, en calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen y que no tienen otro presupuesto que la

²⁰ *Ibíd*em, Wray Alberto.

existencia de la persona”²¹ [11], y son por lo tanto pertenencia del hombre, es decir le pertenecen y son su propiedad pues “se hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular que no pueden sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse”²², y desde esa perspectiva se puede decir que efectivamente el gobierno se crea para proteger esa propiedad pues el fin último del Estado es el bien común actualmente considerado como el respeto de los derechos humanos y es obligación esencialísima del Estado de Derecho la garantía y protección de los mismos.

Sin embargo con el avance actual de la Ciencia Jurídica no se puede limitar a esos derechos la protección que da el Debido Proceso, sino que a las luces del concepto de Estado de Derecho debe comprendérselo.

2.2.1.3. Noción del concepto

Reynaldo Bustamante, en una clarísima explicación nos demuestra la vinculación del concepto de Estado de Derecho con el Debido Proceso en la fuente consultada. Tal hecho es “más evidente si vemos claramente en qué consiste el Estado de Derecho y si consideramos que la incorporación de este concepto corrector no hizo más que regresar la construcción social del Estado, al fin por el cual se instauró originalmente y que fue desviado por el Estado monárquico absolutista”²³.

Isidre Molas dice que el Estado de Derecho es “aquel Estado que garantiza el ejercicio de los Derechos Fundamentales (que son al mismo tiempo el límite de su actuación), que divide el ejercicio de los poderes del Estado en

²¹ **VODANOVIC**, Antonio, “Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1990, pág. 477.

²² *Ibíd*em, pág. 307.

²³ **BUSTAMANTE** Reynaldo, “Estado de Derecho, Constitución y Debido Proceso”, Algunos comentarios a propósito de la reforma constitucional” <http://www.justiciaviva.org.pe/justmail/Proyecto%20Justicia%2014.pdf>.

diferentes instituciones, órganos y que subordina la actuación de estos a la Ley, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo”²⁴.

Por lo que es un Estado fundado en un Derecho con un contenido material basado en la concepción de la dignidad de la persona humana que se identifica con un sistema político liberal y democrático, totalmente contrario con el Estado de la monarquía absolutista que era con un poder unificado, irresistible y que no estaba sometido a Derecho.

En concordancia con ese concepto se dice que para que exista un Estado de Derecho se debe cumplir con estos requisitos formales:

La existencia de una Constitución Política;

La garantía y el respeto de los derechos del hombre;

El respeto de las minorías políticas;

La separación de los poderes del Estado; y,

La sujeción de la actividad del Estado a normas jurídicas preestablecidas.

La garantía de los derechos humanos no sólo se logra con la limitación del poder por el Derecho, concibiendo a estos postulados como límites que no puede invadir el poder público sino, como lo señala Isidre Molas, por el reconocimiento de los mismos y la garantía de su ejercicio.

Al respecto del reconocimiento, protección o garantía y respeto de los derechos fundamentales Antonio Vodanovic dice que “En el Estado de derecho el ordenamiento jurídico otorga garantías y remedios jurisdiccionales contra la acción ilegítima o abusiva de cualquiera de los poderes públicos”²⁵.

Sentadas estas bases, en concordancia con el pensamiento expuesto sobre la concepción del Estado de Derecho que no hizo más que regresar

²⁴ **MOLAS** Isidre, “Derecho Constitucional”, Editorial Tecnos, Madrid -España, 1998, pág. 7.

²⁵ **VODANOVIC**, Antonio, “Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1990, pág. 33.

el pensamiento político, desviado por la monarquía absoluta a la construcción original del Estado, se debe recordar que los hombres se congregaron en una sociedad política, para que el gobierno proteja sus derechos y con ello cedieron su derecho de hacer justicia por su propia mano a un gobierno cuando uno de sus derechos había sido violado; con ello se superarían las inconveniencias de tal derecho inicial pues se erigía una nueva autoridad que mediante un razonamiento justo e imparcial impartiría justicia entre ellos. Así se creó el Poder Judicial y como mecanismo para acceder a esa justicia y para realizarla: el proceso. No obstante por el abuso y la mala comprensión de su cometido, el uso arbitrario del poder público varias veces hubo de hacer que el proceso se desvíe de su fin, viole los derechos subjetivos y que el gobierno niegue su razón de ser.

El proceso como se ve es una de las garantías de los derechos humanos lo que se considera que es su función privada: tutelar los derechos; y el Debido Proceso una garantía contra la acción ilegítima de los poderes públicos. De ello se entiende que un proceso para ser adecuado o debido, no puede ser ajeno a los fines del Estado y por ello debe tutelar los derechos subjetivos tanto de forma positiva es decir al llegar a su finalidad (con la sentencia, resolución, etc.) como durante su desempeño de forma negativa sin dañar los derechos subjetivos de las personas que puedan involucrarse en el mismo y que no sean la razón principal del mismo. El Debido Proceso de esta forma debe observar los medios y el fin y adecuarlos al respeto debido por el Estado a los derechos fundamentales, aquí no se aplica la fórmula: el fin justifica los medios.

Este pensamiento se consolida si recordamos la historia del concepto, que fue erigiéndose como un mecanismo para proteger los derechos de los hombres del poder absoluto de poderes públicos, que imponían su voluntad sin razón ni justicia, mediante una acción u omisión ilegítima con la que pretendían violarlos, mermarlos o negarlos.

Aclaro que no debe comprenderse al Debido Proceso como un derecho exclusivo del actor ni exclusivo del demandado, sino como se dijo en su acción positiva y negativa, como garantía de ambos.

Así Reynaldo Bustamante profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú nos dice: "la idea del Estado de derecho se encuentra asociada a la idea de un sistema de límites y vínculos idóneos para impedir la formación de poderes absolutos, tanto públicos como privados en garantía de los derechos fundamentales de todos. Allí donde se produzca la violación de algún derecho fundamental con la ausencia, acción u omisión de las autoridades, se producirá la ausencia o negación del Estado de derecho"²⁶.

"Uno de los mecanismos destinados a proteger la Constitución y el Estado de derecho en su conjunto es el proceso. A través de él se procura proteger los derechos fundamentales, vigilar la constitucionalidad normativa, sancionar las conductas antisociales (delitos o faltas), impedir el ejercicio arbitrario del poder y solucionar o prevenir los conflictos. De manera muy general, podemos decir que el proceso es aquel mecanismo de composición o prevención de conflictos por medio del cual las personas someten sus pretensiones o intereses contrapuestos a la decisión de un tercero. Si este tercero es un órgano jurisdiccional estaremos ante un proceso propiamente dicho (interno o internacional) y si no lo es ante un simple procedimiento (administrativo, arbitral, militar e incluso político o particular). "

"No obstante como resulta más o menos evidente no es suficiente que el proceso exista y que esté al alcance de todos para asegurar la vigencia del Estado de derecho y de la Constitución en su conjunto. Es necesario que cuente con ciertas garantías a fin de asegurar que el proceso no sea una farsa, es decir, que no sea una mera sucesión de actos formales sin ninguna razonabilidad sino un auténtico instrumento al servicio del ser

²⁶ **BUSTAMANTE**, Reynaldo. Obra, Citada, pág. 1-2.

humano para alcanzar la paz social en justicia. Ese conjunto de garantías conforman lo que se conoce como “Debido Proceso”²⁷.

El Debido Proceso tiene la función de impedir que los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso, ausencia o insuficiencia debida al ejercicio arbitrario del poder.” Por ello las garantías que lo conforman simplemente dan al proceso la entidad suficiente para garantizar los derechos humanos, protegiéndolo del ejercicio abusivo del poder público y haciéndole debido”²⁸.

Es decir tal y como corresponde a su fin adecuándolo al mismo evitando de esta forma que la acción u omisión de dichos poderes lo desvíen de ese fin prístino: hacer justicia y tutelar los derechos subjetivos.

Así comprendido el Debido Proceso se ve el acierto de los legisladores al cambiar su denominación de per legem terrae a Due Process of the law y de éste al Debido Proceso, pues es evidente que la ley también puede llegar a ser injusta y concebir un procedimiento injusto que no sea debido o no guarde concordancia con su fin, es decir que no sea justo, adecuado y racional frustrándose la tutela jurídica efectiva que el proceso debe dar a los derechos de los hombres.

También el mismo autor sostiene que este es un “derecho fundamental a la justicia a través del proceso” por lo cual todo lo que vaya en contra de ese derecho, lo merme, niegue o viole por no cumplir con ciertos elementos como la imparcialidad, igualdad, etc. (que se verán más adelante y son garantías de un juicio justo) crea un proceso que no administra justicia adecuadamente y que por lo tanto tampoco es justo y que no cumple con su fin. De allí que esas garantías sirvan para adecuarlo y hacer consecuente al proceso con su fin; y que la Convención Europea de Derechos Humanos lo denomine como derecho a un juicio justo (fair trial).

²⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua la palabra debido puede ser entendida así: como corresponde o como es lícito.

²⁸ **COUTURE**, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 101.

El Estado de Derecho sí puede limitar y negar algunos derechos pero sólo por la exigencia del bien común. Por ello no necesariamente el Debido Proceso no limita o niega ningún derecho, sino que de hacerlo lo hace de una manera adecuada, justa y racional. Al respecto cabe pensar en los procesos penales que imponen penas que perjudican derechos humanos, como la prisión y el perjuicio consiguiente de la libertad individual; dicha privación deberán ser justos, adecuados y racionales. Lo correcto es considerar principalmente su función inicial de garantía de los derechos subjetivos.

2.2.1.4. Concepto del Debido Proceso y el Debido Proceso sustantivo y el adjetivo

El célebre maestro procesalista Eduardo Couture definía al Debido Proceso apegándose a las enmiendas estadounidenses como “no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la Ley”²⁹.

Sin embargo tal concepto erróneo si se considera como ya se ha demostrado que el Debido Proceso busca proteger no sólo la vida, libertad o propiedad sino todo derecho subjetivo que pueda estar en peligro en un proceso. Además el no privar a las personas de la vida, la libertad o la propiedad es una característica del Debido Proceso mas éste no consiste en aquello.

Por otro lado debo advertir que las garantías del Debido Proceso no se limitan a la tramitación del proceso conforme a lo establecido en la ley su concepto no se agota allí. Es así que Wray nos dice que “no por hallarse previsto en la ley cualquier procedimiento se convierte en jurídicamente idóneo”³⁰ y los requisitos impuestos por la norma fija no se concilian con la

²⁹ Ibídem, Coutere.

³⁰ WRAY Alberto, “El debido proceso en la Constitución”, Revista Jurisdictio, Volumen I, Quito – Ecuador, Enero 2000.

idea de las garantías necesarias para un Debido Proceso pues en cada tipo de situación deberá observarse una determinada conducta y requisitos distintos para el respeto de los derechos subjetivos.

Cipriano Gómez, si bien no trae un concepto suyo aporta un concepto que según sus palabras, es el consenso de lo que sostiene la doctrina mexicana y que por cierto es ciertamente adecuado pues no se limita a la ley como lugar de donde emergen las garantías del mismo pero que no destaca las notas relevantes que hemos explicado, del Debido Proceso y resalta otras que tal vez no debería ser tan destacadas. Al respecto dice: "...se entiende por Debido Proceso legal el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados"³¹.

Al respecto me queda decir que no debe confundirse las garantías del Debido Proceso con el Debido Proceso, es decir los medios con el fin. Al mismo tiempo recordemos que debe destacarse el hecho de que las garantías del Debido Proceso son un mecanismo de garantía de derechos y no un catálogo de requisitos para violarlos legalmente (en todo caso hubiera sido mejor usar la palabra legítimamente por las consideraciones ya expuestas y no la palabra legalmente que evoca la idea de la ley) y en todo caso a ello se suma las consideraciones de otros autores que él mismo menciona que consideran al Debido Proceso como un concepto relacionado con la tutela efectiva de los derechos subjetivos que en todo caso mediante sus garantías tendría un cometido principal: proteger los derechos subjetivos. Al considerarlo como lo hace el precitado autor se deja de lado aquello de su esencia y se corre el riesgo de entender mal el

³¹ **GÓMEZ** Lara Cipriano, "Debido proceso como derecho humano" en la obra colectiva: GONZÁLEZ, Nuria (Coordinadora): "Estudios jurídicos en homenaje a marta morineau, t. ii: sistemas jurídicos contemporáneos. derecho comparado. temas diversos". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F. 2006, pág. 345.

concepto; más como se demostró el Debido Proceso debe ser conceptualizado a la luz del Estado de Derecho.

Las garantías del Debido Proceso son un mecanismo que garantiza los derechos subjetivos y secundariamente evita las violaciones ilegítimas de los mismos y justifica el desconocimiento legítimo de ellos, cuando se han cumplido con los requisitos necesarios que componen su catálogo para hacerlo.

Florentín Meléndez, quien al darnos su concepto de Debido Proceso, enfoca adecuadamente el tema y distingue el Debido Proceso como fin y las garantías para el mismo como medio. Debido Proceso debe entenderse como dice el autor: “un medio pacífico de solución de conflictos como un remedio idóneo de conflictos a través de la erradicación de la fuerza ilegítima, y como un debate en el que participan dos partes con la intervención de un tercero independiente e imparcial que interpreta y aplica la ley a cada caso concreto – se rige por una serie de principios, disposiciones y garantías básicas que aseguran la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales que están en juego en los procesos judiciales y en definitiva, garantizan un juicio justo a las partes”³².

Como una primera observación del concepto se debe considerar que el autor hace bien en distinguir las Garantías del Debido Proceso y el Debido Proceso confusión a la cual la doctrina puede haber llegado pues éstas son simplemente elementos o características que un proceso debe tener (imparcialidad, intermediación, etc.) para ser debido para ser justo pero que la ley la jurisprudencia y los instrumentos internacionales reconocen como derechos subjetivos bajo el nombre de: Garantías del Debido Proceso. De

³² **MELÉNDEZ** Florentín, “Las garantías del debido proceso en el Derecho Internacional de los derechos humanos” en la obra colectiva: García, Sergio (coordinador): “Derecho penal Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados II. Proceso penal”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F. 2005, págs. 195 -196.

esta manera se evita confundir las características con el todo pues en una definición no puede incorporar éstas sino describiendo el objeto.

Es decir el Estado no satisfecho con el reconocimiento del Debido Proceso como un derecho instrumental al derecho de tutela jurídica efectiva le da más fuerza reconociendo ciertas características del mismo bajo el membrete de derechos subjetivos que permiten alcanzar esa tutela efectiva.

Como se advirtió el papel del Estado de Derecho es una parte esencial del concepto y es justamente que el Estado actúa de la manera antes señalada en cumplimiento de su deber de garantía de los derechos subjetivos.

Además el autor acierta en decir que las garantías del Debido Proceso tienen un fin esencial: - sin afán de redundar – garantizar un juicio justo a las partes. Ese es el punto esencial en el cual se resume todo este estudio: el Debido Proceso es un juicio justo, de allí que en Europa se hable del derecho a un fair trial derecho que los hombres tienen pues es justamente una de las razones de su congregación en sociedad, el obtener un juicio justo (y por consiguiente con ciertas características: imparcial, en igualdad, etc.) de la autoridad a quien ceden su derecho de hacer justicia por su propia mano. Así lo ha sostenido la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos Al decir que el Debido Proceso "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial"³³ con debida cautela al decir que él abarca aquello se evita confundirlo con lo que éste abarca en su contenido.

En este punto es adecuado distinguir entre los caracteres del Debido Proceso y las garantías del mismo que se relacionan en tanto a regla general o principio o verdad innegable que debe tener un juicio para ser

³³ **HUERTA** Luis Alberto, "El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/nuevdh/dh2/lh-deb2.HTM>.

justo, o para ser idóneo para defender los derechos subjetivos que se pretenden sean protegidos por el procedimiento, como los que estén involucrados en el mismo es decir ser idóneo para tutelar derechos; y las reglas particulares, requisitos o concreción de los principios a un procedimiento específico para que éste sea justo o idóneo para defender los derechos subjetivos de las personas adecuadamente ante cualquier acto del Estado, tanto aquellos que pretenden la tutela como aquellos que puedan involucrarse en el procedimiento, es decir la diferencia entre lo universal y lo particularizado.

“El Debido Proceso no implica un derecho para el actor sino también para el demandado, por lo que implica una acción positiva para defender el derecho que se pretende debe ser tutelado y se garantice el ejercicio de otros que se encuentran involucrados en el mismo sin ser el derecho de la pretensión y una acción negativa por la cual se protejan otros derechos involucrados en él. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado”³⁴ en ese sentido al respecto.

El Debido Proceso sustantivo se refiere a la idoneidad jurídica del contenido de un acto de poder que no sea un proceso judicial dentro de un Estado de Derecho, para limitar legítimamente los derechos subjetivos involucrados en su procedimiento y por tanto protegerlos del uso abusivo del poder público, es decir la idoneidad jurídica del contenido de un acto de poder, que adopta una determinada forma o procedimiento para limitar un derecho subjetivo (un acto del Estado que puede ser una ley, decisión administrativa, más no un proceso judicial) de acuerdo a los fines del Estado de Derecho para proteger o limitar legítimamente los derechos

³⁴ **GARCÍA**, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos” Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año XXXIX. Núm. 117. Septiembre a diciembre del 2006. Pág.647.http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex117/BMD11702.pdf.

involucrados dicho procedimiento. El Debido Proceso sustantivo será el medio idóneo para aquello.

El Debido Proceso Procesal o Propiamente Procesal, es - según ya se dijo y concretando lo ya expuesto – el remedio idóneo de los conflictos sociales a la luz del Estado de Derecho es un medio idóneo de resolución de conflictos que conlleva un proceso judicial o administrativo, mediante el cual se adopta una decisión y que en su conjunto defiende los derechos que están bajo consideración administrativa o judicial y los derechos subjetivos de las partes que se vean involucradas en ese proceso.

De lo que se ve el Debido Proceso Propiamente Procesal es un ideal de lo que debe ser el proceso judicial o administrativo en un Estado de Derecho, el deber ser del mismo, como el Debido Proceso sustantivo lo es del ideal de los procedimientos previstos en la ley o las decisiones administrativas que limitan derechos subjetivos en un Estado de Derecho; y ambos el constituyen la gran categoría que es el ideal de lo que deben ser los actos de poder en un Estado de Derecho.

El Debido Proceso Procesal alude a la forma como se ha llegado a una decisión de la autoridad pública, al procedimiento adoptado para hacerlo y el otro no.

Concretamente el Debido Proceso Propiamente Procesal es aquel proceso judicial o administrativo que tutela efectivamente los derechos involucrados en él. El Debido Proceso Sustantivo en cambio concretamente será: aquel procedimiento contenido en una ley o decisión administrativa que tutela efectivamente los derechos involucrados en él.

Para ello, tanto el Debido Proceso Procesal como el sustantivo se sirven de ciertas garantías legales para tal fin llamadas garantías del Debido Proceso, y que no son más que el reconocimiento legal de ciertos requisitos que deben cumplir dichos procedimientos para tutelar efectivamente los derechos en consideración jurídica.

Defino al Debido Proceso como aquel procedimiento justo adoptado por los actos de poder del Estado para tutelar efectivamente los derechos subjetivos involucrados en él. Al ser reconocido por el Estado se vuelve una garantía contra el ejercicio abusivo del poder público, y un mecanismo para limitarlo y por lo tanto consigue que los actos de los poderes públicos no sean injustos, arbitrarios e irracionales. Empero su definición correcta a mi parecer debe darse desde la perspectiva de ideal aun cuando sea también un mecanismo.

El Debido Proceso es aquel procedimiento de los actos de poder idóneo para con los fines del Estado de Derecho.

2.2.1.5. Naturaleza del Debido Proceso

Desde la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se ha reconocido acertadamente el carácter de derecho humano del Debido Proceso. A ello se suma que la mayoría de los instrumentos internacionales y cartas políticas de los Estados lo consideran así en la actualidad.

Pero ¿qué tipo de derecho subjetivo es el Debido Proceso?

El profesor Reynaldo Bustamante Alarcón nos dice que es un derecho de carácter instrumental, y da la noción de que las garantías del Debido Proceso son también son derechos subjetivos que cumplen la función de impedir que “los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso”³⁵.

El Debido Proceso es un derecho:

Público: pues implica una prerrogativa con respecto al Estado;

Extramatrimonial: pues no tiene una utilidad económica inmediata, no siendo valuable en dinero.

³⁵ **BUSTAMANTE**, Reynaldo. Obra Citada.

Relativo: pues está limitado a una persona en particular un sujeto pasivo determinado, únicamente el Estado , sus organizaciones y agentes que manifiestan su voluntad;

Originario: pues sin perjuicio de caer en razonamientos filosóficos aparte de ser uno de las causas principales de los hombres el unirse en sociedad, para la protección de sus derechos por lo cual es evidente que ésta sea su prerrogativa pertenece a toda persona independientemente de su actividad dirigida a adquirirlo;

Intransmisible e intransferible: pues al pertenecer a cada persona no se ve la necesidad de que se traspase a otra persona, además de que por el hecho de ser un derecho humano y personalísimo por tanto se encuentra en esta categoría;

Puro y simple: pues su goce no está sujeto a modalidad alguna, sino que constituye un derecho de los individuos y una obligación del Estado y los particulares;

2.2.1.6. Contenido del Debido Proceso y de las Garantías del Debido Proceso

En tanto a su contenido he de referirme a dos autores principalmente Alberto Wray y Cipriano Gómez Lara, cuyo pensamiento plasmaré debido a que el definir el contenido de este derecho, desbordaría el propósito de este trabajo y lo tornaría en insuficiente por la ardua controversia que puede darse sobre el tema.

Wray, al parecer considerar que es necesario no definir los elementos del Debido Proceso pues este requiere ser aplicado a las situaciones más diversas y al hacerlo se podría caer en una exposición insuficiente para unos casos y extensiva para otros, pues cada caso en particular contiene sus propias características y requerimientos, dice que el Debido Proceso está contenido en los siguientes principios:

La idoneidad, ya que el Debido Proceso debe guardar una correspondencia con su fin de proteger los derechos básicos de los individuos, siendo necesario que exista correspondencia entre las exigencias formales establecidas, el derecho cuya protección se busca y la naturaleza de los peligros que amenazan a este derecho, permitiendo que el Debido Proceso sea un medio eficaz.

Neutralidad, pues en él debe existir imparcialidad y equilibrio entre quienes litigan en la contienda legal lo cual no implica que en el caso de las leyes sociales no se debe tener preferencia hacia una parte, pues el fin mismo de la ley es protegerla y no se contradice este elemento pues la idoneidad del procedimiento se define en consideración a las circunstancias del grupo vulnerable y no un particular.

Imparcialidad, lo cual conlleva que no exista vínculos entre el órgano que administra el proceso y una de las partes de la contienda, lo que conlleva un órgano imparcial que asegure la atención de los conflictos con justicia.

Igualdad, pues los casos similares deben recibir el mismo tratamiento ya que el ejercicio del poder público debe estar conforme con leyes generales, que establezcan las reglas de procedimiento, evitando la discriminación.

Transparencia, pues todo interesado debe contar con la posibilidad de conocer, previamente, el procedimiento idóneo para limitar o privarle de su derecho, las razones para hacerlo, los fundamentos de hecho y evidencias para hacerlo y fundamentarlo, y las evidencias existentes.

Contradicción. Al ser uno de los fines del proceso el satisfacer las legítimas pretensiones de los ciudadanos y ser una respuesta a una exigencia de justicia, es necesario que la decisión que afecta el derecho de una persona o lo limita se dé luego de haberle oído, permitirle criticar la evidencia de cargo y presentar evidencias de descargo por lo cual es indispensable la contradicción.

Evidencia. Pues los derechos de los particulares no pueden ser limitados o afectados mientras no se haya demostrado que efectivamente ha existido

una subsunción del hecho con una norma general; pero además de la prueba se necesita la posibilidad de una contradicción siendo posible que se tome una decisión luego de haber considerado el punto de vista desde las dos perspectivas de quienes contienden.

Motivación. Ello implica que la decisión debe estar fundada en referentes normativos para que sea legítima, debido al carácter responsable de la autoridad pública y a su sujeción al derecho.

Por su parte Cipriano Gómez considera que el Debido Proceso debe estar enmarcado en cuatro principios procesales clásicos de la doctrina italiana: Principio lógico del proceso: “buscar la verdad y evitar el error”, pues el “proceso debe buscar la “verdad verdadera” y no la verdad creada ficticiamente por los litigantes poderosos en contra de los que no lo son. Se debe evitar esa verdad artificial obligatorias jurídicamente, pues valen jurídicamente pero que no corresponden a una verdad material o histórica”³⁶.

Principio jurídico del proceso: que se resume en la igualdad de las partes y la justicia de la decisión de la autoridad, según el autor. “La igualdad de las partes implica que ellas tengan la misma oportunidad de pruebas, alegatos, etc, que a la final repercute en la imparcialidad de la autoridad pública. La justicia de la resolución ha de implicar un criterio más allá de la legalidad de la misma y que la autoridad debe buscar”³⁷.

Principio político del proceso: implica “máximo beneficio social con el mínimo sacrificio individual” pues todo procedimiento “implica el choque del Estado con los individuos, por lo cual debe dirigirse todo procedimiento al equilibrio entre el interés colectivo y el particular”³⁸.

Principio económico del proceso: “implica que los actos procesales se desarrollen con el mejor resultado posible, pero con economía en el

³⁶ Cipriano Gómez, obra citada.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

esfuerzo y en el tiempo (rapidez y celeridad) y en el aspecto pecuniario, tanto para la sociedad (en tanto el costo que debe asumir la sociedad por la litigiosidad de los individuos sea el mínimo) y el individuo³⁹ (el costo que sufren las partes para ir a litigar).

En tanto al contenido de las garantías del Debido Proceso, entendidas como los requisitos contemplados en la ley, y extraídos racionalmente de los principios que constituyen y debe comprender un proceso para ser idóneo o el debido para tutelar positiva y negativamente los derechos subjetivos debo recalcar que es diverso y tan variado según lo requiera el caso concreto, por lo que no existe un catálogo determinado y de existir no es uno omnicompreensivo de todas las circunstancias posibles.

2.2.1.7. Criterio sobre las Garantías del Debido Proceso de la Constitución ecuatoriana vigente, en relación a la Justicia Indígena

Insistiendo que ante la diversidad de derechos y amenazas que se han vertido en contra del derecho a la Justicia Indígena, el Debido Proceso es el medio que busca protegerlos, no puede haber un paradigma de garantías del Debido Proceso para tutelarlos que sea único para todos los casos sino un contenido para cada situación y rama del Derecho; y debido a que la Carta Fundamental se caracteriza por ser garantista, según mi criterio considero que las garantías contempladas en el Art. 76 habiéndose delimitado su reconocimiento al amplio campo de las leyes, los instrumentos internacionales y sobre todo la jurisprudencia – son suficientes para su aplicación en el campo de la Justicia Indígena.

Además, siguiendo la misma línea de pensamiento estimo en acertada la actitud del legislador constituyente de dejar un campo amplio de reconocimiento constitucional de las garantías debidas y de no adoptar un catálogo rígido.

³⁹ *Ibíd.*

El legislador ha entendido entonces que la Constitución únicamente da los lineamientos básicos del ordenamiento jurídico, y con acierto ha llamado a las garantías contempladas en el Art.76 como las garantías básicas del Debido Proceso.

El reconocimiento amplio que la Constitución ecuatoriana trae de estas garantías y la imposibilidad de un modelo único para todas las ramas implica el trabajo de los jueces y los legisladores de dar las suficientes garantías a través de la Ley y la Jurisprudencia para que la eficacia del Debido Proceso, conforme a las particularidades de cada caso.

2.2.1.1. La Justicia Indígena

El reconocimiento jurídico que le otorga la Constitución a la Justicia Indígena y por una serie de hechos ocurridos alrededor de ésta en diferentes partes del país han sido calificados por muchos como barbarie y que constituyen una violación a los derechos humanos y al Debido Proceso Constitucional.

Que la nueva Constitución haya reconocido la existencia de varias formas y ejercicios de administración de justicia no significa de ninguna manera que los pueblos indígenas no hayan ejercido sus formas propias de justicia, en sus territorios, en sus comunidades, antes de que éstas sean reconocidas a lo largo de la historia ésta se ha ejercido bajo el riesgo de ser penalizada como delito por la justicia ordinaria.

El derecho indígena es de naturaleza comunitaria y se define como un sistema, jurídico-normativo, de procedimientos y autoridades que regulan la vida social, productiva y política de los pueblos originarios, tiene como

“característica básica, ser un derecho histórico propio y de ejercicio comunitario, basado en tres principios, respeto, verdad e igualdad”⁴⁰.

Partiendo de esta proposición conceptual que quizá no alcanza a definir el sistema y ejercicio de la justicia indígena, y haciendo uso de la oralidad y del juego simbólico, debemos necesariamente analizar la acción Jurídica Indígena que nos permita analizar todos los elementos que forman parte fundamental del derecho indígena: autoridades, sanciones, procedimientos, territorio, autonomía, sujeto de derecho.

Los elementos fundamentales del derecho indígena y de cualquier estructura jurídica, son el territorio y la soberanía, es decir el espacio territorial donde se ejerce y el nivel de autonomía del ejercicio.

Ahora ¿quién es la autoridad, en los pueblos y nacionalidades? La autoridad es pluripersonal es decir no recae en una sola persona sino en toda la comunidad.

Es necesario reflexionar sobre el ejercicio de la sanción porque es en este elemento donde hay confusiones, errores y mal procedimiento del derecho indígena, es donde precisamente muchas comunidades campesinas, comunidades barriales e inclusive comunidades indígenas, confunden y caen en actos violentos que van en contra no solo de los derechos humanos inclusive en contra del mismo derecho indígena.

El objetivo del ejercicio de la sanción es retornar al individuo a su ser comunitario sanción que jamás lo cumplirá a solas siempre estará acompañado y vigilado por la comunidad, castigo que “jamás buscará terminar con su vida como ya lo han dicho muchos de los juristas indígenas es decir la pena de muerte en el derecho indígena no existe”⁴¹.

Por estas razones no entendemos por qué a meses de la aceptación del derecho indígena en la Constitución se acuse a este ejercicio como la

⁴⁰ <http://www.icci.org.ec/?p=761>

⁴¹ <http://www.icci.org.ec/?p=761>

causa que ha impulsado a actos violentos como la quema de seres humanos vivos, torturas o linchamientos.

Estos actos son el resultado de un sistema de derecho deslegitimado en el pueblo por no ser veraz y efectivo “las normas constitucionales del Estado-nación no han dado ningún resultado a la hora de corregir e insertar a los infractores de las normas de convivencia colectiva”⁴².

El pueblo frente a oídos sordos de la justicia del derecho positivo, inmerso en una sociedad de violencia, interpreta y hace uso de la propuesta indígena reduciéndola a la justicia por mano propia donde la ira y el descontrol social estipulan y direccionan la pena a cumplir por parte del infractor.

Para la justicia ordinaria y los derechos humanos “el castigo de la ortiga y el baño de un infractor con su cuerpo semidesnudo frente a la comunidad es un delito, una violación al derecho del individuo, una Violación al Debido Proceso Constitucional”⁴³.

Para el derecho indígena, la ortiga y el baño son un mecanismo curativo integral de la salud indígena, entendida ésta como el estado corporal y espiritual de un individuo con su comunidad el acusado necesita ayuda para reintegrarse sano a la comunidad por medio de la ortiga que es una planta que ayuda a relajar los músculos circular la sangre de tal manera que el oxígeno y la sangre lleguen a la cabeza de manera ideal, esto ayudará al acusado a pensar bien antes de actuar; el baño con agua fría complemento ideal para un cuerpo apresado en la zozobra del miedo por haber actuado fuera de la ley, y la desnudez frente a la comunidad, porque la sanción es abierta y es comunitaria de allí que el sujeto del derecho indígena es un

⁴² **HERRERA** Flores Joaquín, “Los derechos Humanos como producto cultural” crítica del humanismo abstracto, ediciones catarata Navarra, 2005.

⁴³ **AGUILERA** Portales Rafael, y Rogelio López Sánchez, “Los Derechos Fundamentales en la filosofía jurídica garantista” de Luigi Ferrajoli, España, 2005.

sujeto comunitario la comunidad-individuo a diferencia del derecho positivo el sujeto de derecho es el individuo concepciones totalmente diferentes.

“El reconocimiento de la Justicia Indígena como parte del que hacer jurídico de un Estado Plurinacional, es avanzar hacia un pluralismo jurídico que norme el comportamiento de relación intercultural de las naciones que coexisten en esta práctica para nada se contraponen con los derechos humanos”⁴⁴ como analizan varios juristas se trata del reconocimiento de un derecho jurídico histórico que “siempre ha estado vedado por el derecho positivo una muestra más de la falsa construcción de los Estados Unidos Nacionales en Latinoamérica”⁴⁵.

2.2.1.9. La Administración de la Justicia Indígena

La Administración de Justicia Indígena, es un tema de actualidad, complejo y polémico, el mismo que ha “generado puntos contrapuestos entre quienes están a favor y de quienes están en contra sin que hasta la postre se haya podido llegar a un consenso que pueda viabilizar la coexistencia de los sistemas jurídicos ordinario y de los indígenas que son reconocidos constitucionalmente”⁴⁶.

Para las comunidades indígenas del Ecuador, las causas para que los indígenas no quieran someterse al sistema ordinario son la obsolescencia, inoperancia e incapacidad del sistema jurídico oficial, la dificultad para acceder a la justicia ordinaria, el aislamiento, la marginación o ignorancia de la ley positiva y los gastos onerosos que significa resolver un conflicto acudiendo a la justicia ordinaria, todo esto para ellos ha hecho

⁴⁴ **ANTÓN** Sánchez John, García Fernando, “Plan plurinacional para eliminar la discriminación racial y la exclusión étnica y cultural”, Ministerio de coordinación del patrimonio, Quito, 2009

⁴⁵ <http://www.icci.org/?p=761>

⁴⁶ **ALBÓ** Javier, “Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina”, ensayo para el primer congreso Latinoamericano de antropología, Rosario Argentina, 2005.

imprescindible la administración de justicia al interior de los pueblos indígenas, por intermedio de autoridades propias, estas autoridades de las comunidades indígenas conforme a lo determinado en el estatuto y/o el reglamento de las comunidades Indígenas para el caso de las comunidades que son reconocidas legalmente; para las que aún no lo son, sus miembros de alguna manera proceden de igual forma para la elección de sus autoridades los cuales son elegidos previa convocatoria hecha por el presidente de la comunidad cada dos años, con la participación de todos los socios, miembros de la comunidad mayores de 18 años de edad, hombres y mujeres, mediante votación directa.

Pero para poder ser autoridad de la comunidad indígena, existe una variedad de requisitos que deben cumplir los aspirantes a dirigir los destinos de la comunidad y de la organización, y “consiguientemente asumir la difícil responsabilidad de administrar la justicia dentro del territorio comunal”⁴⁷.

En la mayoría de casos se observan las normas generales que se estipulan para ocupar una función pública así tenemos: que se debe acreditar la mayoría de edad; que la comunidad o el pueblo indígena respectivo los conozcan a la persona; que haya demostrado un buen comportamiento, capacidad, honestidad, experiencia y últimamente se toma en cuenta los estudios realizados.

Las autoridades indígenas participan en la solución de los problemas o conflictos que se dan en la comunidad dependiendo de los problemas intervienen entre otros, por ejemplo los padres, tíos, abuelos, padrinos.

Los padres intervienen en la solución de conflictos siempre y cuando hubieren llevado una vida intachable a lo largo de su vida, caso contrario

⁴⁷ <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

no tiene la capacidad moral para hacerlo en caso de que interviniera sin las cualidades intachables es objeto de crítica y descrédito que finalmente no se aplica la sanción impuesta.

Frente a esta situación se solicita la participación de otros familiares. En el Ecuador se suelen elegir a los miembros de los consejos de gobiernos comunitarios, que son elegidos en una gran asamblea, cada dos años o depende de la realidad de las comunidades, pueblos o nacionalidades.

Además de las autoridades antes mencionadas intervienen otros miembros de la comunidad quienes son elegidos considerando, la trayectoria, edad, que haya participado en la solución de otros problemas similares que sea respetado y reconocido por toda la comunidad, líder, solidario, capacidad de convocatoria, llevar una vida intachable y que demuestre el interés por conservar la armonía dentro de la comunidad quienes actúan únicamente cuando la dirigencia o la asamblea lo solicitan por cuanto son muy respetuosos de la estructura organizativa y las decisiones colectivas.

También existe las asambleas generales que es el máximo organismo donde también se resuelven los conflictos o problemas existentes a nivel de la comunidad “la asamblea general lo constituyen todos los miembros de las comunidades, hombres, mujeres, incluso intervienen los niños de toda edad”⁴⁸.

Para el caso de los dirigentes de la organización sectorial y provincial son elegidos en grandes asambleas generales los requisitos son los mismos que son exigidos a los demás dirigentes.

“Existe un hecho muy importante en el accionar de las autoridades indígenas que intervienen en la administración de justicia en las

⁴⁸ <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

comunidades indígenas del Ecuador”⁴⁹ y es que ellos no perciben ninguna remuneración o pago por resolver los problemas o conflictos comunitarios, por lo que la solución de los problemas es totalmente gratuita.

Los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador viven organizados y estructurados colectivamente, dicha estructura socio-organizativa es fundamental para la ejecución de cualquier proyecto o actividad, es así que la administración de justicia se realiza utilizando la misma estructura organizativa existente que casi no varía entre una comunidad con respecto a otra comunidad del mismo cantón e incluso de la misma provincia o el resto del país.

Las comunidades tienen su bases en las familias, quienes viven organizadas en comunidad, están dirigidas por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y vocales, pero las decisiones se toman en las Asambleas Generales a su vez la comunidad que es considerada una organización sectorial llamada de segundo grado con otras comunidades y más organizaciones sectoriales, forman la organización provincial y esta la organización nacional, como es la Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador.

“En la comunidad, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, los padres juegan un rol importante como es el de mantener el orden y armonía familiar”⁵⁰ ellos tienen la facultad de encaminar por los mejores senderos a sus hijos y en caso de que surjan problemas y dificultades intervienen buscando bienestar y la unidad familiar ya sea mediante consejos o imponiendo algún tipo de castigo, generalmente participan en la solución

⁴⁹ <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

⁵⁰ **VALLEJO** Chávez, V. García Fernando, “El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afro ecuatoriana”, Flacso sede Ecuador-Petroecuador, ediciones Rispergraf C.A. Quito, 2004.

de los problemas matrimoniales de sus hijos desobediencia de los hijos hacia los padres o cualquier otra persona respetada.

Los padrinos también intervienen en la solución de los problemas de sus ahijados cuando exista conflictos matrimoniales, de allí que su función es orientar a la familia, emitir consejos, imponer castigos, y si el caso fuere demasiado grave poner en conocimiento de las autoridades comunitarias.

Además los padrinos son los que asumen toda la responsabilidad de un padre de familia en caso de ausencia de los verdaderos padres. Los dirigentes de la comunidad tienen algunas atribuciones entre las cuales tenemos las siguientes:

Atender los casos que llegaren a su conocimiento sea en forma verbal o por escrito.

Convocar a asamblea general a todos los miembros de la comunidad, a fin de analizar y buscar la mejor solución de los problemas que se presenten.

Vigilar el control social comunitario y la armonía entre los comuneros.

En caso de existir problemas tiene la obligación de intervenir para garantizar la tranquilidad y la paz interior.

Vigilar el cumplimiento de las sanciones impuestas o las medidas correctivas. “Ejecutar los castigos impuestos a los involucrados en determinados casos”⁵¹.

La Asamblea General es la máxima instancia de análisis, deliberación y decisión para la solución de cualquier tipo de conflicto dentro de las comunidades indígenas.

⁵¹ <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

Los problemas son presentados para que toda la asamblea analice y busque la mejor solución y es la que se encarga de imponer la medida correctiva que sea necesaria. “Intervienen en la ejecución mismo del castigo con la presencia incluso de los niños”⁵².

Las resoluciones que son tomadas en ella son acatados y cumplidos por todos los miembros de las comunidades, no pueden irrespetar las decisiones tomadas en asamblea general, en caso de incumplimiento son sancionados con multas e incluso en algunos casos son amenazados con ser expulsados en caso de incumplimiento, como el caso por ejemplo en que se nieguen a intervenir en el castigo a un presunto infractor.

Además en la comunidad los ancianos y demás autoridades reconocidas en cada comunidad, tienen la responsabilidad de:

Intervenir en la solución de conflictos;

Son los asesores en la administración de justicia así como en otros aspectos inherentes a la comunidad;

Intervienen en la asamblea general de la comunidad con consejos que son escuchados y muy valorados por los asistentes.

De lo anteriormente citado se destaca la característica fundamental de las comunidades indígenas y es el hecho de que los funcionarios, es decir los dirigentes no perciben remuneración alguna y son ad honóreme.

⁵² <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

En lo que tiene que ver con las demás funciones cumplen los dirigentes de la comunidad indígena, se relacionan justamente con la jurisdicción y competencia de estas autoridades para la administración de la justicia conforme a su propio derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial.

Estos conceptos de jurisdicción y competencia aplicadas al ámbito del Derecho Indígena resultan ser completamente diferentes al sistema jurídico ordinario en tanto y en cuanto al interior de este “Derecho no podemos hablar de casos de fuero, ni de diversos tipos de jueces, con supremacía de unos sobre otros, sino más bien de diversos niveles acorde eso si a las particularidades de casa caso que se vaya a resolver”⁵³.

En lo que tiene que ver a la “competencia entendiéndose esta al parámetro físico del campo de aplicación de la potestad de administrar justicia, esto aún no se lo ha determinado claramente por parte de la Constitución o el Derecho Positivo Ecuatoriano”⁵⁴ puesto que en lo que respecta a las circunscripciones territoriales que se pueden considerar como territorios indígenas éstas no están aún delimitadas ni establecidas; más sin embargo en lo que concierne al aspecto meramente costumbrista la competencia deviene del campo de aplicación que tienen Las autoridades al interior de sus comunidades que administran justicia se los puede ubicar en tres niveles:

“En primera instancia y para el caso de rencillas familiares, conyugales, insultos entre parientes, chismes, asuntos de herencia, asuntos menores,

⁵³ **CASTRO** Gómez Santiago, Ramiro Grosfoguel, “El Giro Decolonial”, editores siglo del hombre, Bogotá, 2007.

⁵⁴ **ACOSTA** Alberto, “El buen vivir”, una oportunidad para construir, Ecuador debate, ediciones CAAD, Quito, 2008.

los indígenas tienen la costumbre de solucionarlos dentro del círculo íntimo y familiar donde las autoridades son los padres los hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio, de bautizo”⁵⁵.

“En un segundo nivel se encuentran los cabildos conformados por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y los vocales, estos dirigentes desempeñan la función de autoridades encargadas de impartir justicia dentro de la jurisdicción comunal; tienen autonomía plena dentro de la comunidad. Solucionan los problemas mediante un procedimiento especial; participan activamente los miembros de la comunidad a través de un consejo ampliado con sugerencias razonamientos de carácter moral, ético, de convivencia pacífica, de buenas costumbres y de respeto; de esta forma junto a los dirigentes de la comunidad establecen las pautas para la solución”⁵⁶.

En un tercer nivel “cuando los problemas y las infracciones cometidas son muy graves acuden ante los miembros de la organización de segundo grado”⁵⁷.

Los indígenas defienden su forma de administración de justicia y sostienen que el sistema legal ordinario ecuatoriano es distinto y ajeno a la realidad del lugar; “ya que no existen jueces establecidos por las leyes no están específicamente determinados ni encargados de la cuestión de la administración de justicia peor repartidos en razón de la materia; sino que las autoridades se encargan y abarcan todos los aspectos de la vida cotidiana que implica el ejercicio de la administración de justicia”⁵⁸.

⁵⁵ <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ **PIÑACUE**, Jesús, “Aplicación autonómica de la justicia en Comunidades Paeces”, Una aproximación. En: La Jurisdicción Especial Indígena. Ministerio de Justicia y del Derecho. Bogotá. Noviembre 1997.

Sobre este aspecto se ha manifestado que de manera frecuente y en la actualidad se escucha hablar de la Justicia Indígena de los ajusticiamientos de la justicia con mano propia pero nunca las personas se han cerciorado de manera clara, qué es lo que debemos entender por la administración de justicia con la existencia de dicha administración cómo funciona y simplemente se han limitado a decir que en el país existe una ley escrita (la legislación ordinaria) que todos los ecuatorianos estamos sujetos a ella por lo tanto lo que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas hacemos es una ilegalidad que atenta contra la institucionalidad jurídica del país además que en el país se ha catalogado a los indígenas cuando ejercen la Justicia Indígena, como salvajes que aún vivimos en una etapa o estado primitivo; consiguientemente se ha fomentado una política de integración, de asimilación y de etnocidio de nuestros valores culturales y parte de nuestras identidades”⁵⁹.

Los pueblos indígenas según la Constitución de la República tienen la potestad de administrar justicia conforme a sus usos, costumbres, Derecho Indígena, con sus autoridades en todos aquellos problemas internos. De esto también surgen algunos elementos importantes que se deben tomar en consideración, como por ejemplo:

Que sea en un espacio físico determinado;

Que los actores sean indígenas;

Que exista una autoridad indígena;

⁵⁹ **ALBÓ** Javier, “Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina”, ensayo para el primer congreso Latinoamericano de antropología, Rosario Argentina, 2005.

Que preexista un conjunto de normas “reglas que regulen el normal desenvolvimiento de los grupos humanos”⁶⁰.

Es de conocimiento general que una buena parte de la población de las comunidades indígenas y mucho más en la provincia del Cañar “han emigrado hacia las grandes ciudades en busca del sustento, algunos llevando sus costumbres y formas de vida y otros que han dejado atrás sus electos culturales adoptando una forma de vida más occidental diferente a la ancestral en este ámbito se hace difícil una administración de justicia basado en un derecho consuetudinario, al no existir normas escritas en cuanto al procedimiento que se debe seguir en el juzgamiento de casos que se presenten y sin tener claro cuáles son las funciones y atribuciones de los dirigentes indígenas”⁶¹.

2.2.1.10. Jurisdicción y Competencia

Cuando hablamos de la jurisdicción el Código de Procedimiento Civil menciona que es “el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”⁶² (Art. 1)

Así mismo el Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta que “La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por

⁶⁰ <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

⁶¹ <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

⁶² **CODIGO** de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005, art. 1.

la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”⁶³.

Hablando procesalmente de acuerdo a la doctrina clásica tenemos tres elementos de la jurisdicción la notio, el iudicium y el imperium.

“La notio se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada juez”⁶⁴.

Presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones, etc.

“El iudicium es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez”⁶⁵.

“El imperium finalmente consiste en la “potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales”⁶⁶.

En cuanto a la competencia el Código de Procedimiento Civil manifiesta que “es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”⁶⁷.

El Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta que la “competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida

⁶³ **CÓDIGO** Orgánico de la Función Judicial, art. 150.

⁶⁴ **SÁNCHEZ** Jaramillo Carlos, “Jurisdicción Civil”, Ediciones Lex, Bogotá, 2008, pág. 32.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ **CODIGO** de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005, art. 1. Inciso 2do.

entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio de la materia, y de los grados”⁶⁸.

2.2.1.11. Personas

“El derecho indígena puede juzgar a sus propios miembros y a no indígenas ya que la Constitución no excluye, lo permite tácitamente”⁶⁹ así mismo el Convenio 169 de la OIT “garantiza la aplicación de la justicia sin distinción del involucrado”⁷⁰.

Como lo manifiesta la sentencia Colombiana: “del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. “Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades conforme a sus normas y procedimientos dentro de su ámbito territorial en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso”⁷¹. “Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o en otros términos con inmadurez psicológica o trastorno mental. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas

⁶⁸ **CÓDIGO** Orgánico de la Función Judicial, art. 151.

⁶⁹ **CONSTITUCIÓN** de la República del Ecuador, Editorial El Fórum, Quito, 2008, art. 171.

⁷⁰ **CONVENIO** 169 DE LA Organización Internacional del Trabajo, OIT,

El Convenio 169 fue adoptado por la 76ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en Ginebra, el 27 de junio, 1989.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Colombiano, Gaviria, N- T-496-96.

conforme a sus valores además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: "retraso mental cultural".

En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando desde su punto de vista las pautas que se debe seguir para "corregirlo".

Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica.

No quiere decir lo anterior que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. El juez en cada caso debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta el juez deberá concluir que ésta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades⁷².

2.2.1.12. Materia

En cuanto a la materia la Constitución no prohíbe y el Convenio 169 de la OIT manifiesta que "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos

⁷² *Ibíd.*

cometidos por sus miembros”⁷³. A la luz de este artículo que permite juzgar materia penal que es la más conflictiva, por lo tanto se colige que permite aplicar su jurisdicción en otras materias, empero a esto cuando la Constitución menciona que tienen que ser conflictos internos esta es una limitación a la materia “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”⁷⁴.

La norma constitucional le permite el desarrollo, la creación y la aplicación del derecho jurisdiccional indígena siempre y cuando no se viole la Constitución y los derechos Humanos empero a esto existen infracciones en los que es muy complicado establecer para la justicia indígena por lo que en estos casos tiene que coordinar y cooperar con la justicia indígena sin que esto signifique violación a la autonomía de la justicia indígena ecuatoriana.

2.2.1.13. Grados

En cuanto a los grados no existen como nosotros lo conocemos en la justicia ordinaria, sin embargo como ya lo habíamos mencionado existe un cabildo y una asamblea no existen instancias es de acuerdo a sus costumbres.

⁷³ **CONVENIO** 169 DE LA Organización Internacional del Trabajo, OIT, art. 9.

⁷⁴ **CONSTITUCIÓN** de la República del Ecuador, 2008, Editorial El Fórum, Quito, 2010, art. 57, numeral 10.

2.2.1.14. Territorio

En cuanto al territorio la Constitución plantea que “ejercerán funciones jurisdiccionales dentro de su territorio” sin embargo esto se de manera material porque como ya lo dijimos el concepto de territorio no se limita a su sólo espacio físico de acuerdo al Convenio 169 de la OIT y el Reglamento de Sustanciación de Competencias de la Corte Constitucional y la jurisprudencia.

Como manifiesta la doctrina colombiana “no es cierto que la actividad de las jurisdicciones indígenas esté condicionada a que "hayan ocurrido los hechos dentro de su ámbito territorial". “No sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria la afectación del individuo frente a la sanción etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”⁷⁵.

Siguiendo la línea en el caso en que un no indígena cometa una infracción en territorio no indígena “se pueden presentar diversas situaciones, cada una de las cuales tiene una solución distinta:

a) Que la conducta del indígena únicamente sea punible de acuerdo con el sistema jurídico indígena caso en el cual las autoridades indígenas decidirán si juzgan o no el caso o bien;

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Gaviria T-496-96.

b) Que la conducta sólo sea punible de acuerdo con ordenamiento nacional caso en el cual los jueces de la República son en principio los competentes para conocer del mismo; o bien puede ocurrir;

c) Que la conducta sea sancionada en ambos sistemas jurídicos caso en el cual en principio conoce la jurisdicción nacional pero el juez deberá tomar en consideración la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades de acuerdo a sus normas y procedimientos”⁷⁶.

Siguiendo analizando con otros ejemplos y con relaciones fácticas más elaboradas nos vamos a dar cuenta que los casos cambian en el caso en que un no indígena cometa adulterio en una comunidad quien es competente para sancionar pueden presentarse varios casos, analizando está dentro de una comunidad indígena la comunidad sanciona el adulterio está tipificado en sus normas consuetudinarias y en la legislación ecuatoriana es una causal de divorcio sin embargo el no indígena desconocía las normas y por no estar tipificada la conducta en el ordenamiento del no indígena por lo tanto los indígenas no son competentes para sancionar, sin embargo si el no indígena conocía que la conducta que hacía estaba sancionada así no esté sancionada en el ordenamiento no indígena (Legislación ecuatoriana) pues los indígenas tienen competencia para juzgar.

Dos no indígenas van a una población indígena de vacaciones el uno le roba el celular al otro quién es competente para sancionar el delito están

⁷⁶ **MONTAÑA** Pinto, Juan. “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia” en: Los Derechos Colectivos, et al, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra. Edición, Quito- Ecuador.2009.

en un territorio indígena si analizamos la tipificación de la conducta está sancionada en el pueblo indígena como en las leyes ecuatorianas el nivel de comprensión de las normas ecuatorianas de ambos es alto aparentemente por estar dentro del territorio, el que debe juzgar el delito es la comunidad empero a esto hay que tomar en consideración otras variables:

1. Como son de tratarse ambos no indígenas ni relacionados a la comunidad y;
2. El grado de afectación a la comunidad si analizamos estas variables por tratarse el problema de no indígenas estamos frente a un caso intérpretes que no tiene repercusión erga omnes para la comunidad no se ha afectado a la colectividad ni a la propiedad colectiva ni a la diversidad cultural por lo tanto la justicia ordinaria es la competente.

Un no indígena mata a un indígena dentro de una comunidad como analizamos el delito se comete dentro del territorio comunitario exista la tipificación en ambas partes tanto en la comunidad como en la legislación ecuatoriana el grado de conocimiento de normas y costumbres es alto, existe una afectación directa a la comunidad ya que el delito produce efectos jurídicos erga omnes para la comunidad, por lo tanto el competente para juzgar el delito es la indígena ya que se encuentra involucrado un indígena. “Cuando se habla de la afectación a la comunidad esta debe de ser entendida no desde conceptos occidentales ni etnocentristas sino desde cosmovisión pluricultural en este caso en el momento en que alguien quita la vida de una persona en la comunidad no es una afectación inter partes sino general ya que los indígenas lo ven como un detrimento a la colectividad ya que esta persona coadyuvaba a mantener la propiedad

colectiva, cazaba, pescaba y todo esto era para el grupo es una relación sistémica entre el individuo personal, el territorio y el pueblo en que vive”⁷⁷.

2.2.2. Jurisprudencia

2.2.2.1. Caso Práctico de Administración de Justicia Indígena en la Ciudad de Quito

El caso se refiere a unos miembros de la Asociación de Estibadores de Tigua del Mercado Mayorista de Quito discutieron y pelearon, dándose como resultado heridas, hematomas, etc.

Los actores del problema, antes que acudir a las autoridades o dirigentes de la Asociación, acudieron ante el Intendencia General de Policía de Pichincha. Esta autoridad sin conocimiento de lo que dispone la Constitución y peor de la realidad indígena trataron de seguir el mismo procedimiento ordinario en aras de arreglar esta controversia; “pero los dirigentes de la Asociación se enteraron y solicitaron la competencia a fin de solucionar el caso conforme manda la Constitución y los procedimientos de la administración de Justicia Indígena”⁷⁸. La autoridad policial no se opuso y el caso fue devuelto a las autoridades de la Asociación quienes conforme a los procedimientos tradicionales lograron restablecer el orden, la paz y lo que es más importante la tranquilidad y la armonía entre sus socios. Par corroborar a esto transcribimos de manera textual la denunciada presentada por una de las partes: Denuncia.- “ En la ciudad de Quito a los dos días del mes de enero del presente año dos mil uno, a las nueve horas y treinta minutos, ante el Dr. Víctor Hugo Olmedo Cabrera Intendente General de Policía de Pichincha e infrascrito Secretario Ad-Hoc comparece la señora Francisca Tigasi Vega, sin cédula de ciudadanía al momento con el objeto de presentar la siguiente exposición la misma que se le transcribe de conformidad con la ley y Dice: El día lunes que

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>

contábamos primero de enero del presente año dos mil uno, entre las 14h00, estaba tranquilamente en mi casa que lo tengo por el sector del Nuevo Camal Metropolitano Cooperativa Fodurma de esta ciudad de Quito, lugar en el cual habito juntamente con mi conyuge Caetano Toaquiza y mis hijos. Hasta dicho domicilio llegaron Francisco Tigasi y su cónyuge Zoila Toaquiza , quienes sin que de nuestra parte hayamos dado motivo de ninguna naturaleza nos atacaron verbalmente y físicamente sin respetar que soy una mujer el prenombrado Francisco Tigasi me dio golpes de puño y puntapiés en todo mi cuerpo motivo por el cual tengo hematomas en las piernas cabeza y resto de mi cuerpo al igual que también mi esposo fue agredido físicamente. Debo de manifestar señor Intendente que son ya varias ocasiones que esta familia vienen agrediéndonos por el hecho de que como son vecinos se les ha reclamado en ocasiones anteriores de que aseguren sus animales que hacen daño en nuestra propiedad; de todo esto ante su Autoridad ya presenté los debidos escritos e inclusive por su mediación firmamos una acta de respetos mutuos pero no han hecho caso según éstos dicen que las Autoridades no les importa de manera que ya son reincidentes en esta clase de agresiones tanto verbales como físicas; a más de esto también a nuestros niños les han agredido ingresando al interior del domicilio. Por lo expuesto solicito señor Intendente que se ordene el reconocimiento médico legal en mi persona y de mi cónyuge como también se me concedan las boletas de citación y de auxilio, a fin de que una vez que comparezcan a su Despacho se les imponga la sanción que lo merecen y se les conmine a no continuar con las agresiones y que respeten tanto a las personas como a la propiedad privada. Con lo que se dio por terminada la presente diligencia por no saber firmar imprime su huella digital de su pulgar derecho firmando a ruego el testigo que suscribe junto con el señor Intendente y Secretario Ad-Hoc, que certifica”. (Denuncia presentada ante la Intendencia general de policía de pichincha)

El Intendente, la compareciente, el secretario ad-hoc: Solución de la controversia. Los actores y los dirigentes acudieron ante el intendente el día y la fecha señalada para la Audiencia. En esta audiencia los dirigentes solicitaron la competencia para este caso; y una vez logrado este objetivo las autoridades indígenas siguiendo el procedimiento señalado en las líneas anteriores lograron solucionar la controversia y restablecer el orden y la armonía en la asociación. Así las partes llegan a un acuerdo y de alguna manera, las autoridades o sea los dirigentes de la Asociación de Estibadores del Mercado Mayorista de Quito impartieron Justicia en este caso el mismo que consiste en lo siguiente y que quedó redactado en una Acta.

Acta de mutuo respeto y consideración

En Quito el día de hoy tres de enero de año dos mil uno a las dos y treinta minutos ante el señor Presidente de la Asociación de Estibadores de Tigua del Mercado Mayorista de Quito, señor Juan Chugchilán y más miembros de la institución; Comparecen por una parte Francisca Tigasi y Cayetano Toaquiza y por otra parte Zoila Toaquiza y Francisco Tigasi quienes libres y voluntariamente convienen en celebrar el presente Acta de Mutuo respeto y Consideración contenida en los siguientes cláusulas: Primera: Que las partes antes mencionadas se comprometen ante los Dirigentes de la Asociación y más miembros de la institución a honrar y respetar mutuamente vale decir se comprometen a no agredir de palabra y peor de manera física; como también guardar respeto entre todos los miembros de la familia; y sobre todo a la Asociación. Segunda: en caso de incumplimiento a esta Acta las partes se comprometen acudir ante las autoridades de la Asociación y en Asamblea General solucionar los inconvenientes. También se imponen como una sanción al incumplimiento una multa consistente en la cantidad de 120 dólares americanos. Con lo

que se da por terminado la presenta acta y para los fines legales pertinentes firman los comparecientes, imprimiendo las huellas digitales del pulgar derecho en presencia de los testigos y del presidente de la Asociación y de sus miembros.-

Siguen firmas. Presidente de la asociación Francisca Tigasi Cayetano Toaquiza Franciso Tigasi Zoila Toaquiza Esta forma de administrar justicia en la ciudad, presentada como un estudio de caso, reluce algunos elementos importantes, como por ejemplo que los pueblos indígenas están dotados de mecanismos legales para ejercer los derechos que como colectividades les asiste; y el hecho de que estemos en las ciudades no ha sido un impedimento para desarrollar algunos elementos identitarias. De la misma forma vemos cómo los dirigentes indígenas mantienen el poder al interior de sus comunidades; y no sólo dentro de allí sino en el lugar donde se encuentren como en el caso del Mercado Mayorista de Quito a través de la Asociación. En el caso concreto de la administración de justicia se vislumbra una confrontación de los poderes la de los indígenas y del Estado por medio de las autoridades competentes. De manera especial vemos como el poder ha traspasado los ámbitos territoriales, locales y hasta el poder político que constituyen las grandes formas institucionales o aparatos del Estado como Foucault dice: “ el poder no opera en un solo lugar sino en lugares múltiples: la familia, la vida sexual, la forma en que se trata a locos, la exclusión de los homosexuales, las relaciones entre hombre y mujeres relaciones todas ellas políticas” (1999: 68). A demás, en este espacio de poder, juega un papel importante los discursos que los indígenas manejan pues gracias a ella funciona y como dice al autor “es un elemento en un dispositivo estratégico de relaciones de poder” (ibídem). En otros términos, el poder no está al margen del discurso y opera a través de ella; es una serie de elementos que gira dentro del mecanismo general del poder, son una serie de acontecimientos de carácter político a través de los cuales se transmite, se orienta y se ejerce el control social. El tema en

mención también se relaciona con la Gubernamentalidad entendida como el arte de gobernar en tanto los dirigentes para mantener el poder dentro de la Asociación y en el caso específico de ejercer el control social deben preocuparse por el bienestar común como el padre se ocupa de su casa (Cfr: Foucault:1999:176-192). Es decir, dentro de la Asociación no sólo se preocupan del control social de ciertas familias sino que también aparece la figura de la población “como sujeto de necesidades, de aspiraciones, pero también como objeto entre las manos del gobierno” (Ibid:192) Del ejercicio de este derecho por parte de varias comunidades indígenas de la provincia de Cotopaxi sobresale la llamada “invención de la cotidianidad” donde de manera objetiva, las costumbres, las fiestas, las lenguas, la forma de administrar justicia constituyen en un corpus propio de la cultura de los pueblos; demostrándose así, cada comunidad o cada pueblo en alguna parte las formalidades a las cuales obedecen sus prácticas. (De Certeau: 27,28). A demás si nos detenemos un poco del estudio de caso extraemos algunos elementos importantes como por ejemplo, nos permite reconocer en la administración de justicia los discursos estratégicos del pueblo las diversas relaciones de fuerza de una cultura determinada. También apreciamos cómo en el sur de Quito varias comunidades Indígenas permiten apreciar el arte de vivir de un pueblo o cultura; distinguiéndose también a través del lenguaje un estilo de pensamiento y de acción o modelos de prácticas. Nos permite inferir que de alguna manera que muy a pesar de carecer de un espacio físico propio los miembros de la Asociación y sus autoridades en cuanto a la administración de justicia tienen una autonomía en su interior generando mecanismos de control y poniéndolos en la práctica. Desde una perspectiva histórica este estudio de caso nos demuestra que los pueblos, las nacionalidades y comunidades indígenas han desprendido de los interlocutores no solamente para el caso del “diálogo entre nación y el estado” (Muratorio: 1994:176), sino también, para estos casos específicos. Pues es de conocimiento de los ecuatorianos

que a lo largo de la historia republicana los blancos mestizos fueron los principales interlocutores quienes utilizaron a los Indígenas como “peones semióticos para sus propios intereses y para legitimar sus propios éxitos económicos” (ibídem). Estas prácticas en la ciudad nos coadyuvan a manifestar que los pueblos y nacionalidades indígenas han cambiado de imagineros y tienen sus propios interlocutores como dice la prenombrada autora “los tiempos han cambiado y los pueblos indígenas se están convirtiendo en sus propios imagineros tanto en el escenario nacional como internacional” (ibídem). Los logros alcanzados en la Constitución Política, como las luchas y reivindicaciones emprendidas año tras años, en aras de lograr condiciones mejores para las colectividades indígenas expresan y ejemplifican esta realidad; ya no son míticos ni imaginados sino “ han asumido su rol político de agentes históricos y reclaman para sí mismos la revalorización o reinención de su historia en la definición de su presente” (Ibid:178) cuestionando así la estructura económica, social, cultural y sobre todo político de la sociedad ecuatoriana desde 1990 año en el cual se vinculó al escenario nacional. Por lo expuesto es necesario definir urgentemente el aspecto territorial en las ciudades a fin de determinar hasta dónde rige la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas cuál es su territorialidad y cuál es su extraterritorialidad y de qué manera va a funcionar la autonomía al interior de ellas. Concomitante a esto hay que fortalecer y promover el ejercicio de dichas autonomías y el de sus autoridades. Hasta que los interesados esto es los indígenas presenten el proyecto de ley de los pueblos y nacionalidades indígenas y la Función Legislativa apruebe la norma secundaria que de manera efectiva y legal permita ejercer las costumbres jurídicas; es necesario que en la administración de justicia ordinaria y la indígena se observen y apliquen las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo “el cual establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deberán tomarse debidamente en consideración sus

costumbres; deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio; deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometido por sus miembros y deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento”⁷⁹.

2.2.3. Legislación

2.2.3.1. Constitución de la República del Ecuador 2008

Art. 11.- Principios para el Ejercicio de los Derechos.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

⁷⁹ <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”⁸⁰.

Las garantías constitucionales y su respeto renace como instrumento de protección de la Libertad de los ciudadanos y ciudadanas; y, como principio limitativo del Poder del Estado; desde este punto de vista los Derechos y Garantías Constitucionales que se proclaman hoy se los conoce con el nombre de Principios Constitucionales, porque ellos emanan de la Ley Suprema que otorga fundamentos de validez al Orden Jurídico y conforman la base política que regula el Derecho constitucional del Estado.

Art. 75.- Derecho al acceso Gratuito a la Justicia.- “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”⁸¹.

Aquí se hace referencia a ciertos principios del ordenamiento procesal ecuatoriano como del Debido Proceso, así el acceso a la justicia será gratuito, todo proceso se desarrollará bajo los principios de inmediación y celeridad, y sobre todo al derecho a la tutela judicial efectiva o derecho de acceso a los tribunales.

Art. 76.- Garantías Básicas del Derecho al Debido Proceso.- “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

⁸⁰ **CONSTITUCIÓN** de la República del Ecuador, 2008, Editorial el Fórum, 2010, Quito, art. 11.

⁸¹ *Ibíd*em, art. 75.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”⁸².

Hay que señalar que el Debido Proceso quiere una justicia adecuada a la medida de la dignidad humana, pues el proceso se realiza entre seres humanos y no la subordina a nada, de tal modo que si finalmente se condena a alguien, se condena a una persona.

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

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”⁸³.

⁸² Ibídem, art. 76. 7. a) b) c).

⁸³ Ibídem, art. 171.

Es consustancial al juez natural que previamente se definan quiénes son los jueces competentes para conocer casos que actualmente juzga los indígenas, que estos tengan carácter institucional y que una vez asignada debidamente la competencia para conocer un caso específico, no les sea revocable el conocimiento del caso, salvo que se trate de modificaciones de competencias al interior de una institución.

Art. 156.- Definición de los Consejos Nacionales para la Igualdad.- “Los consejos nacionales para la igualdad son órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los consejos ejercerán atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas relacionadas con las temáticas de género, étnicas, generacionales, interculturales, y de discapacidades y movilidad humana, de acuerdo con la ley. Para el cumplimiento de sus fines se coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno”⁸⁴.

En nuestra Constitución encontramos una gran cantidad de principios, que en su esencia buscan regir las relaciones entre particulares y las de estos con el poder público, el derecho al juez natural, la independencia de la justicia, la igualdad de todos ante el derecho, la separación de poderes y la consecuente autonomía del poder judicial.

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 345.- Declinación de Competencia.- “Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista

⁸⁴ Ibídem, art. 156.

petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”⁸⁵.

2.2.3.2. Legislación Internacional

2.2.3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 7

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”⁸⁶.

Artículo 8

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”⁸⁷.

Artículo 10

“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”⁸⁸.

Artículo 29

⁸⁵ **CÓDIGO** Orgánico de la Función Judicial, art. 345.

⁸⁶ **DECLARACIÓN** Universal de los Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, art. 7.

⁸⁷ *Ibíd*em, art. 8.

⁸⁸ *Ibíd*em, art. 10.

“Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”⁸⁹.

2.2.3.2.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 5

1. “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él”⁹⁰.

2. “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”⁹¹.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Artículo 2.

1. “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

⁸⁹ *Ibidem*, art. 29

⁹⁰ **PACTO** Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, art. 5. 1. 2.

⁹¹ *Ibidem*.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socio-económicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”⁹².

Artículo 8.

1. “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3.

⁹² **CONVENIO** 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
El Convenio 169 fue adoptado por la 76ª Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, en Ginebra, el 27 de junio, 1989, art. 2. 1.2.a) b) c).

La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”⁹³.

Artículo 9.

1. “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.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”⁹⁴.

2.2.4. Derecho comparado

2.2.4.1. Constitución Política de Bolivia de 1967, con reformas de 1994

Artículo 171.- “Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y

⁹³ *Ibíd*em, art. 8.1.2.

⁹⁴ *Ibíd*em. Art. 9.1.2.

aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sea n contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado”⁹⁵.

Constitución Política de Colombia, 1991 con reforma de 1997

Capítulo 5

De las Jurisdicciones especiales

Artículo 246. “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”⁹⁶.

Capítulo 4

Del Régimen Especial

Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por concejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. “Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios”.
2. “Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo”.

⁹⁵ Constitución Política de Bolivia de 1967, con reformas de 1994, art. 171.

⁹⁶ Constitución Política de Colombia, 1991 con reforma de 1997, art. 246.

3. “Proveer las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución”.
4. “Percibir y distribuir sus recursos”.
5. “Velar por la preservación de los recursos naturales”.
6. “Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio”.
7. “Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional”.
8. “Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren”; y
9. “Las que les señales la Constitución y la ley.

Parágrafo. “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”⁹⁷.

2.2.4.2. Constitución Política de Perú, 1993

Capítulo VI

Del Régimen Agrario y de las Comunidades Campesinas y Nativas

Artículo 88.- “El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o

⁹⁷ *Ibíd*em, art. 330.

comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta”⁹⁸.

Artículo 89.- “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en luso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”⁹⁹.

Poder Judicial

Artículo 149.- “Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”¹⁰⁰.

2.2.4.3. Constitución de la República bolivariana de Venezuela, 1999

Capítulo VIII

De los derechos de los pueblos indígenas

Artículo 119.- “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus

⁹⁸ Constitución Política de Perú, 1993, art. 88.

⁹⁹ *Ibidem*, art. 89.

¹⁰⁰ *Ibidem*, art. 149.

culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley”¹⁰¹.

Artículo 126.- “Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional. El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”¹⁰².

Capítulo III

Del Poder Judicial y el sistema de Justicia

Artículo 260.- “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”¹⁰³.

¹⁰¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, art. 119.

¹⁰² *Ibíd.*, art. 126.

¹⁰³ *Ibíd.*, art. 260.

CAPÍTULO III

MÉTODOLOGÍA

3.1. Determinación de los Métodos a Utilizar

Histórico.- El cual me permitió esclarecer los fenómenos culturales entre hechos semejantes para llegar a conclusiones generales entre la justicia ordinaria y la Justicia Indígena.

Inductivo.- Con el cual investigaré los aspectos principales del tema para determinar de manera general la afectación de los ciudadanos indígenas por efecto de la falta de aplicación del Debido Proceso en los actos de juzgamiento aplicados por éstos.

Deductivo.- Con el método deductivo estudié las generalidades de la Justicia Indígena, para determinar las causas y proponer soluciones al respecto.

Comparativo.- El método comparativo me permitió comparar las diferentes legislaciones internacionales sobre Justicia Indígena con la justicia ordinaria.

Método hermenéutico.- El cual me permitió investigar en diferentes fuentes como libros, leyes, sobre el Debido Proceso y su aplicación y violación en la Justicia Indígena.

3.2. Diseño de la Investigación

Por la naturaleza de la investigación, que en esencia es social y jurídica, así como los fines que se persiguen, como es la de plantear una propuesta de reforma jurídica al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el cual se advierte una contradicción que vulnera derechos constitucionales; se consideraron los siguientes tipos de investigación:

3.2.1. Investigación Descriptiva

Esta investigación permitió realizar un estudio descriptivo de la situación generada en torno a la vulneración del Debido Proceso por la aplicación de la justicia indígena, y sus campos problemáticos, así como la revisión conceptual de literatura, el estudio de los resultados de la investigación y la propuesta de reforma.

3.2.2. Investigación Bibliográfica

Este tipo de investigación sirvió para la seleccionar los textos, cuyo análisis y estudio hizo posible contar con un marco bibliográfico y conceptual

objetivo y pertinente. La búsqueda de información se realizó en fuentes de consulta actualizadas contenidas en códigos, leyes, revistas jurídicas, páginas de internet, estadísticas, la Constitución de la República del Ecuador 2008, textos de Derecho Comparado, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, entre otros.

3.2.3. Investigación de campo

Se recabaron datos e información a ciudadanos y ciudadanas y abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo, mediante la aplicación de encuestas y entrevistas.

3.3. Población y Muestra

Población

Hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos: 103.489

Muestra

El tamaño de la muestra se calculó en base a la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 pqN}{e^2 (N - 1) + Z^2 pq}$$

N = Población 103489 hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad de la Ciudad de Quevedo.

P = Probabilidad de que el evento ocurra 50%

Q = Probabilidad de que el evento no ocurra 50%

Z = Margen de error 1.96%

E = Error de estimación 5%

$$n = \frac{1.96^2 \times 0.50 \times 0.50 \times 103489}{0.05^2 (103489 - 1) + 1.96^2 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{3.8416 \times 0.50 \times 0.50 \times 103489}{0.0025(103488) + 3.8416 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{99390.84}{258.72 + 0.96}$$

$$n = \frac{99390.84}{259.68} = 382$$

El tamaño de la muestra es 382 personas.

Población: 100 Abogados en libre ejercicio del cantón Quevedo.

Muestra: El tamaño de la muestra se calculó en base a la siguiente fórmula:

$$n = \frac{Z^2 pqN}{e^2 (N - 1) + Z^2 pq}$$

Donde

P = Probabilidad de que el evento ocurra 50%

Q = Probabilidad de que el evento no ocurra 50%

Z = Margen de error 1.96%

E = Error de estimación 5%

N = Población 100 abogados

$$n = \frac{1.96^2 \times 0.50 \times 0.50 \times 100}{0.05^2 (100 - 1) + 1.96^2 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{3.8416 \times 0.50 \times 0.50 \times 100}{0.0025(99) + 3.8416 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{96.04}{0.2475 + 0.96}$$

$$n = \frac{96.04}{1.2075} = 79.54$$

El tamaño de la muestra es 80 abogados

3.4. Técnicas e instrumentos de la investigación

La encuesta.- Realizada a los ciudadanos y ciudadanas del Cantón Quevedo y abogados en libre ejercicio profesional, para el efecto se utilizó un cuestionario de preguntas cerradas respecto del tema planteado.

La entrevista.- Realizada a varios abogados en libre ejercicio profesional: Ab. Juvenal Olvera Párraga y Ab. Rafael Ponce Castro.

3.5. Validez y confiabilidad de los instrumentos

La validez y confiabilidad de los instrumentos en el caso de las encuestas se utilizó un cuestionario de preguntas, realizadas a los ciudadanos y ciudadanas y abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo son confiables, el proceso de encuestar se llevó a efecto en varios lugares, las preguntas realizadas de manera sencilla, las cuales los ciudadanos y ciudadanas respondieron con imparcialidad y mucha objetividad, para lo cual se usó como instrumento un cuestionario de preguntas. Las entrevistas se realizaron mediante una guía de entrevistas, para lo cual se usó como instrumento una guía de entrevistas.

Los instrumentos que se aplicaron en la investigación de campo (cuestionarios y guías de entrevistas) para recolectar la información requerida, pasó por el siguiente proceso:

Los cuestionarios de las encuestas y las guías de entrevistas, una vez elaboradas fueron sometidos a la revisión del Director de la tesis, posteriormente se hizo una revisión de un experto en investigación científica para la aplicación de tales instrumentos de investigación.

3.6. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Los datos obtenidos mediante la aplicación del trabajo de campo mediante la aplicación de las encuestas realizadas a los ciudadanos, ciudadanas y Abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, fue procesada, analizada e interpretada, de acuerdo a procedimientos cualitativos y cuantitativos, representada en un cuadro de Word, resultados con los cuales se procedió a la comprobación de la hipótesis planteada.

Análisis cualitativo.- Las respuestas entregadas por los ciudadanos y ciudadanas fueron analizadas y representadas en un cuadro general e interpretación de datos generales.

Análisis cuantitativo.- Los porcentajes de las respuestas de la investigación de campo están representadas y tabuladas en el cuadro general de análisis y presentación de datos en el cual en forma global permite apreciar y cuantificar el conocimiento de los ciudadanos y ciudadanas del tema investigado.

CAPITULO IV ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS EN RELACIÓN CON LA HIPOTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.1. Análisis e interpretación de gráficos y resultados

4.1.1. Encuesta aplicada a ciudadanos y ciudadanas del cantón Quevedo

Pregunta 1.- ¿Conoce usted lo que es el Debido Proceso Constitucional?

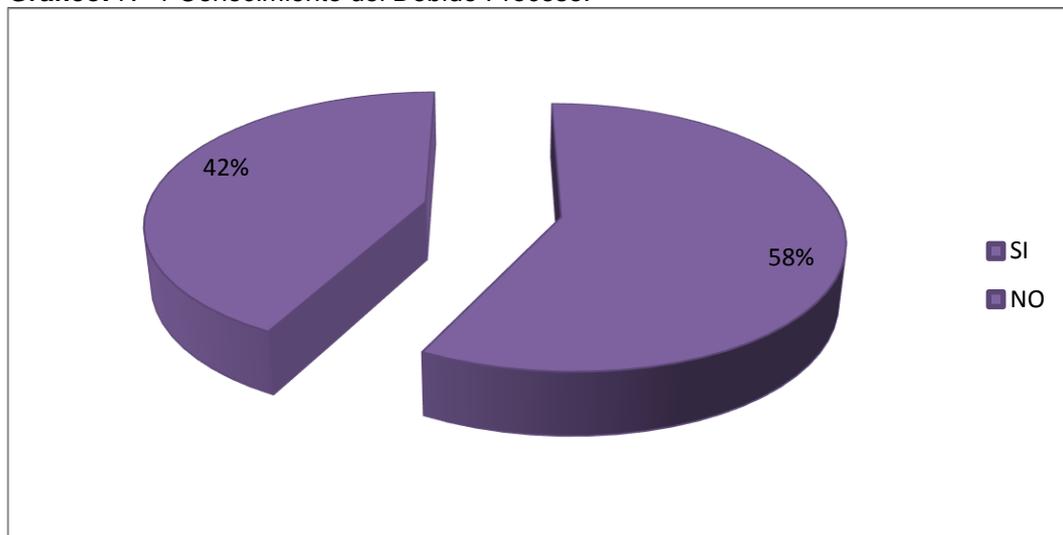
Cuadro N°-1 Conocimiento del Debido Proceso.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	221	58%
No	161	42%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-1 Conocimiento del Debido Proceso.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 1, el 58% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados manifestaron que sí conocen lo que es el Debido Proceso constitucional, el 42% manifestó que no. Los ciudadanos y ciudadanas deben recibir por parte del Estado información sobre esta materia la cual determina la defensa en los procesos judiciales de las personas. **Pregunta 2.- ¿Cree usted que la justicia ordinaria aplica el Debido Proceso?**

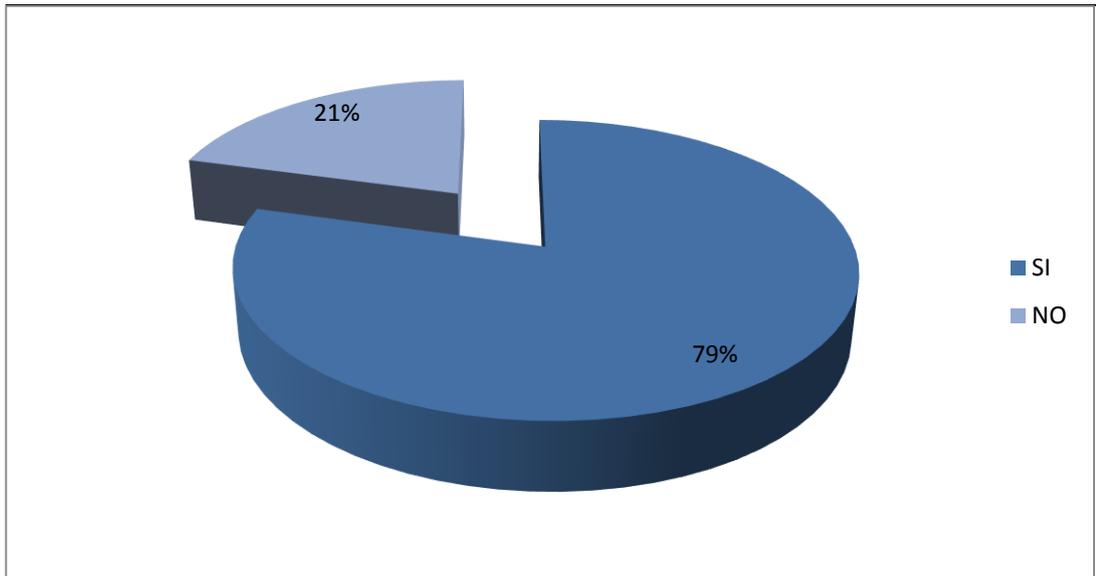
Cuadro N°-2 Aplicación del Debido Proceso.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	306	79%
No	76	21%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-2 Aplicación del Debido Proceso.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 2, el 79% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que la justicia ordinaria sí aplica el Debido Proceso, el 21% considera que no. Existe confianza en los ciudadanos en la justicia ordinaria, consideran que los jueces sí aplican el Debido Proceso.

Pregunta 3.- ¿Cree usted que la Justicia Indígena es violatoria a los Derechos humanos?

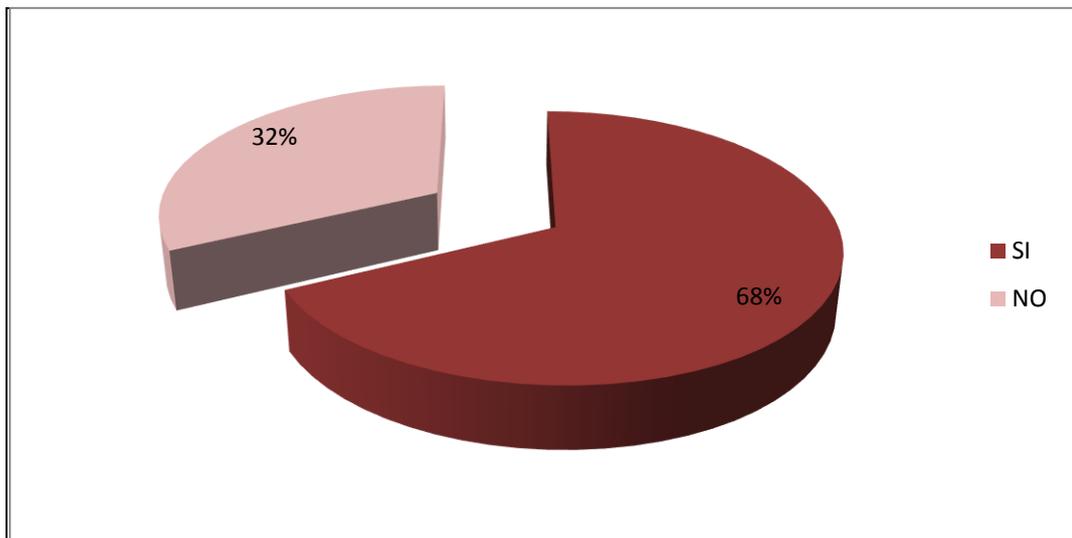
Cuadro N°-3 Violación a Derechos Humanos por Justicia Indígena.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	260	68%
No	122	32%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-3 Violación a Derechos Humanos por Justicia Indígena.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 3, el 68% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que los indígenas al aplicar su sistema de justicia sí violan los Derechos Humanos, el 32% considera que no. La violación a los Derechos Humanos se produce al no aplicar el Debido Proceso.

Pregunta 4.- ¿Cree usted que la Justicia Indígena solo debe conocer casos menores de contravenciones en sus comunidades?

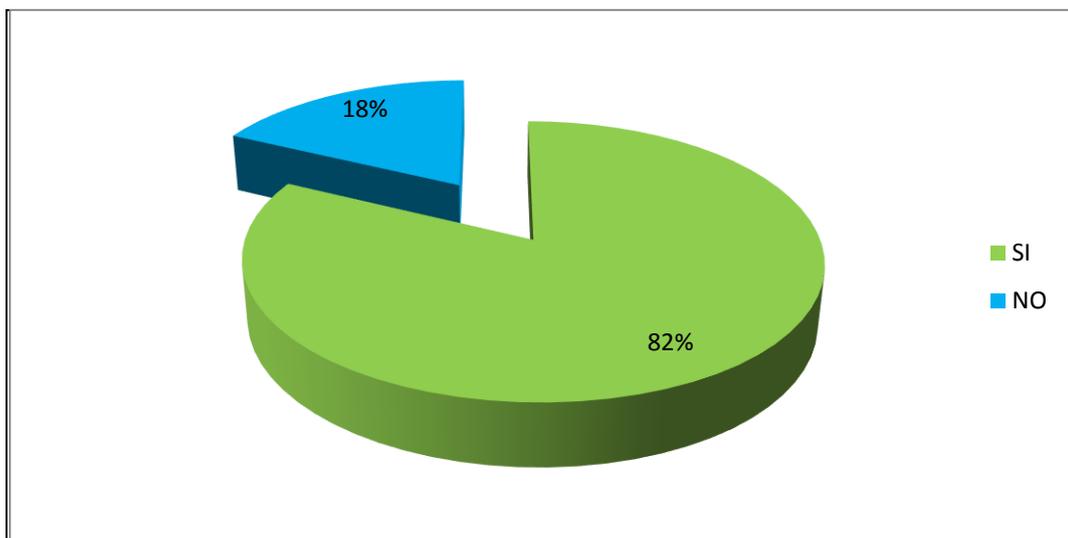
Cuadro N°-4 Conocimiento de casos menores por la Justicia Indígena.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	313	82%
No	69	18%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-4 Conocimiento de casos menores por la Justicia Indígena.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-4, el 82% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que la justicia indígena sí debe conocer casos menores para su juzgamiento, el 18% considera que no. El conocimiento de casos menores evitaría que se violente el Debido Proceso Constitucional.

Pregunta 5.- ¿Considera usted que la justicia ordinaria juzgue los delitos en las comunidades indígenas?

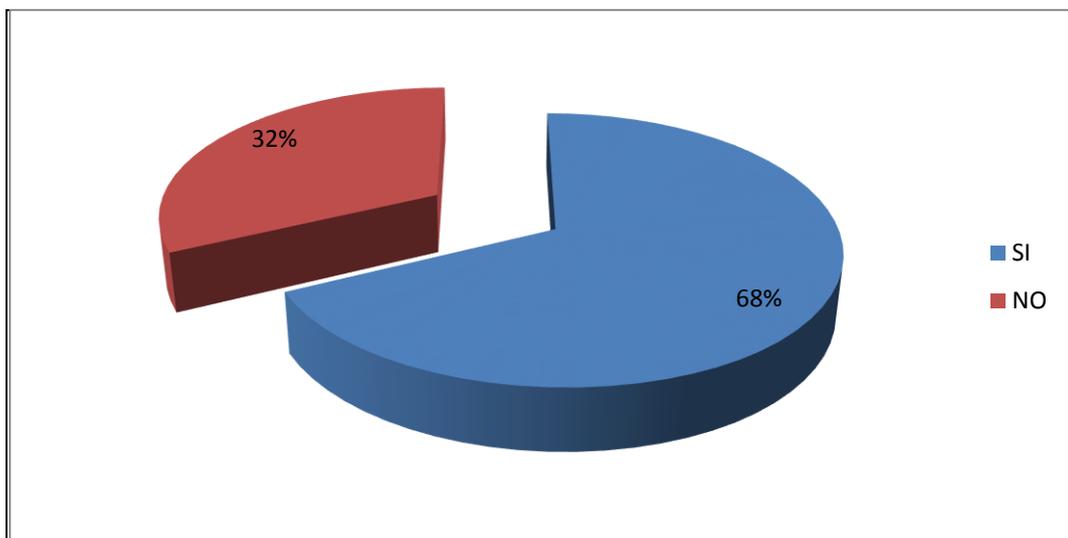
Cuadro N°-5 Justicia ordinaria debe conocer delitos en comunidades.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	260	68%
No	122	32%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-5 Justicia ordinaria debe conocer delitos en comunidades.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-5, el 68% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados contestaron que la justicia ordinaria sí debe conocer los delitos que se producen en las comunidades indígenas, el 32% contestaron que no. Para evitar que los indígenas juzguen sin la aplicación del Debido Proceso, la justicia ordinaria debe conocer los delitos que se cometen en éstas.

Pregunta 6.- ¿El Debido Proceso es una garantía que protege a las personas?

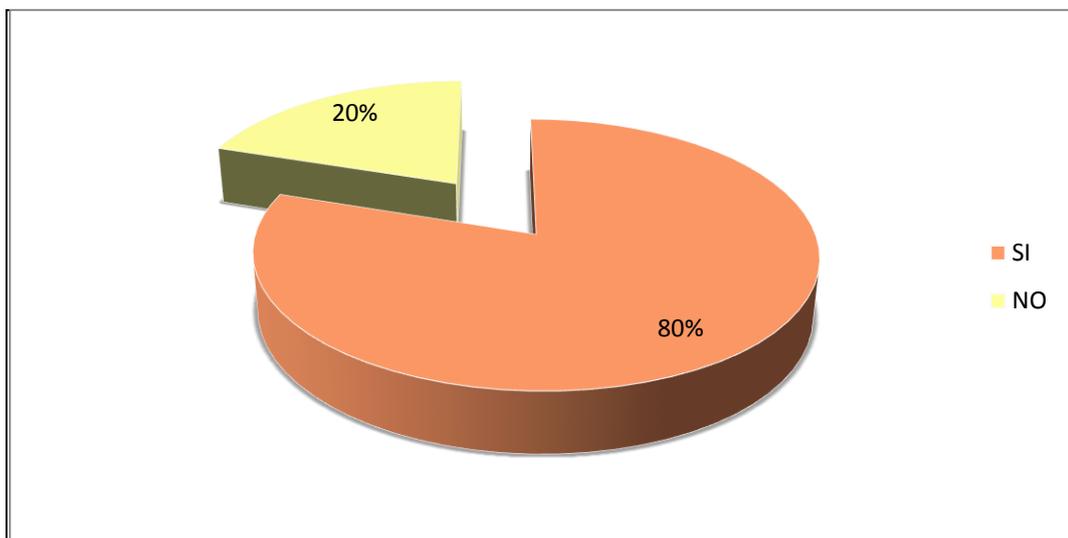
Cuadro N°-6 Garantía del Debido Proceso.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	307	80%
No	75	20%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-6 Garantía del Debido Proceso.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-6, el 80% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que el Debido Proceso sí es una garantía que protege a las personas, el 20% considera que no. La protección se determina a que todo ciudadano y ciudadana en el proceso de juzgamiento se sigan las reglas del Debido Proceso para de esta manera garantizar el respeto a los derechos Humanos.

Pregunta 7.- ¿El Debido Proceso es un Derecho Humano?

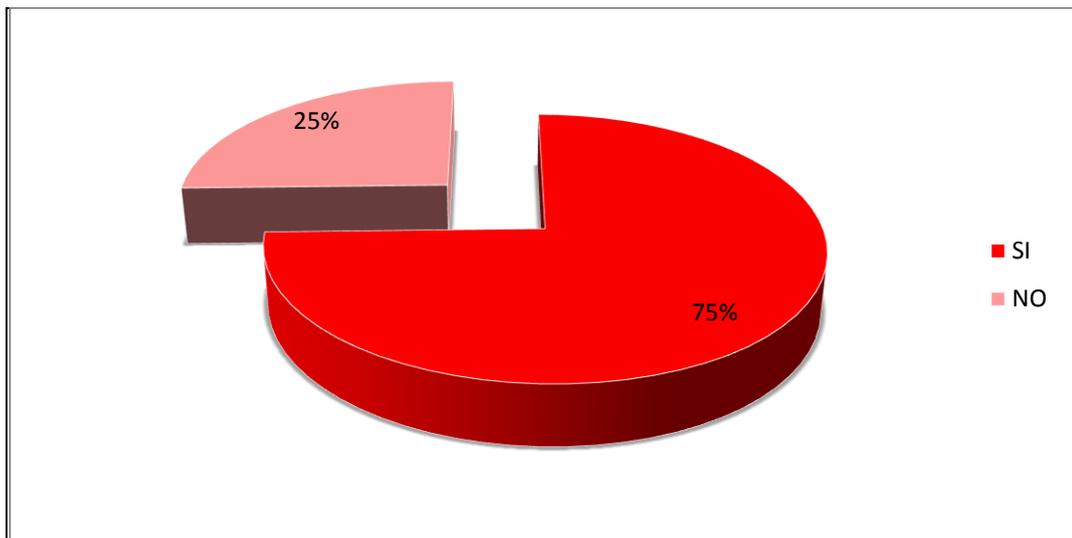
Cuadro N°-7 Debido Proceso como Derecho Humano.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	286	75%
No	96	25%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-7 Debido Proceso como Derecho Humano.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-7, el 75% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que el Debido Proceso sí es un Derecho Humano, el 25% considera que no. La Declaración de los derechos Humanos considera que las personas deben ser respetadas y garantizadas en su integridad, para lo cual deben ser consideradas las reglas del Debido Proceso.

Pregunta 8.- ¿Cree usted que el juzgamiento en público realizado por los indígenas es violatorio?

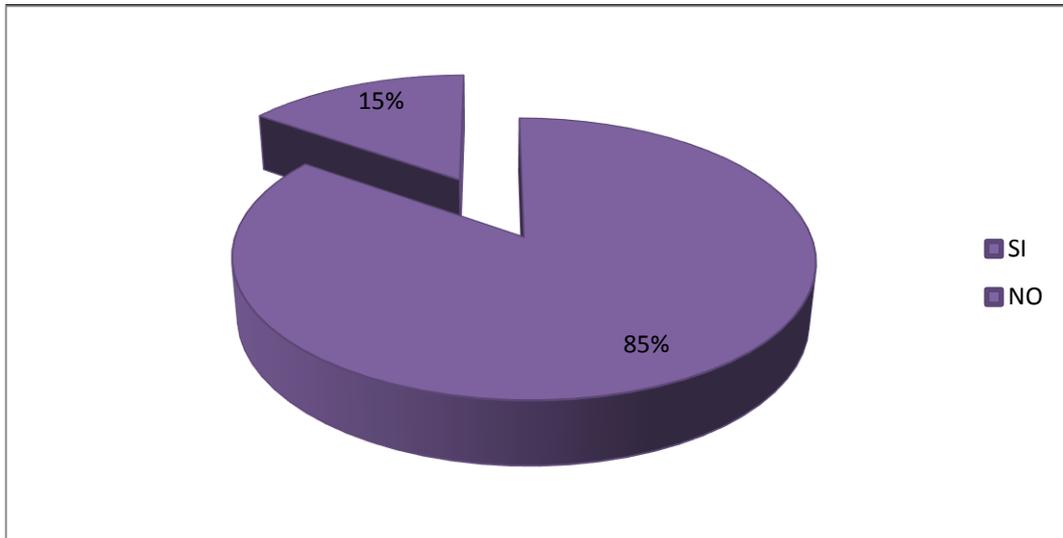
Cuadro N°-8 Juzgamiento público violatorio.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	323	85%
No	59	15%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-8 Juzgamiento público violatorio.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-8, el 85% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que el juzgamiento público realizado por los indígenas es violatorio a sus derechos, el 15% considera que no. Se juzga sin llevarse a efecto una investigación independiente, de manera pública constituye actos denigrantes contra la dignidad humana.

Pregunta 9.- ¿Cree usted que la Justicia Indígena es ancestral?

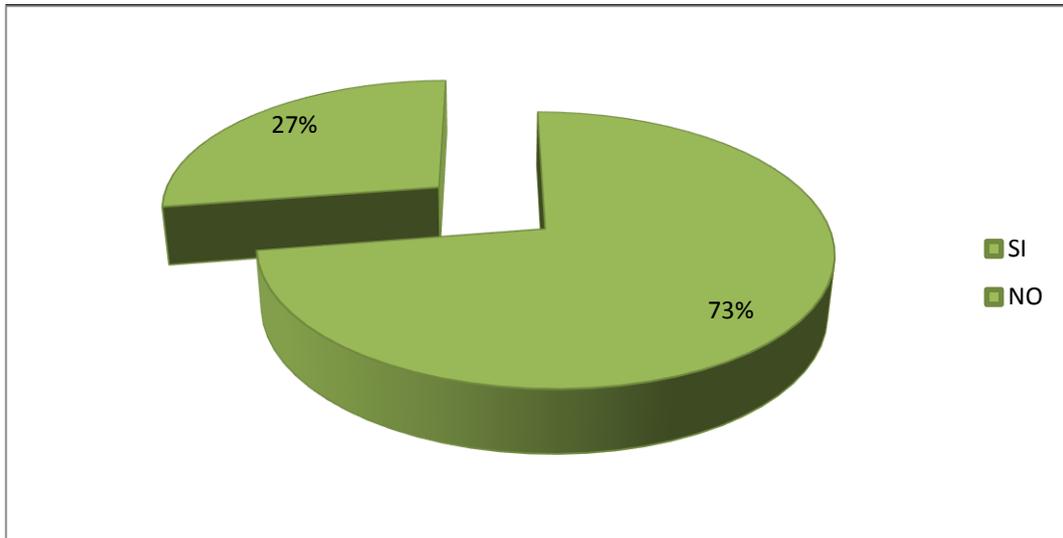
Cuadro N°-9 Justicia Indígena ancestral.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	278	73%
No	104	27%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-9 Justicia Indígena Ancestral.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-9, el 73% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que la justicia indígena sí es ancestral, el 27% considera que no. Los indígenas consideran que la aplicación de su sistema de Justicia es ancestral, purificadora y que el culpable se arrepiente en público para no volver a cometer el delito.

Pregunta 10.- ¿Cree usted que se debe adecuar el sistema de justicia ordinaria para que ésta intervenga en casos de delitos en las comunidades indígenas?

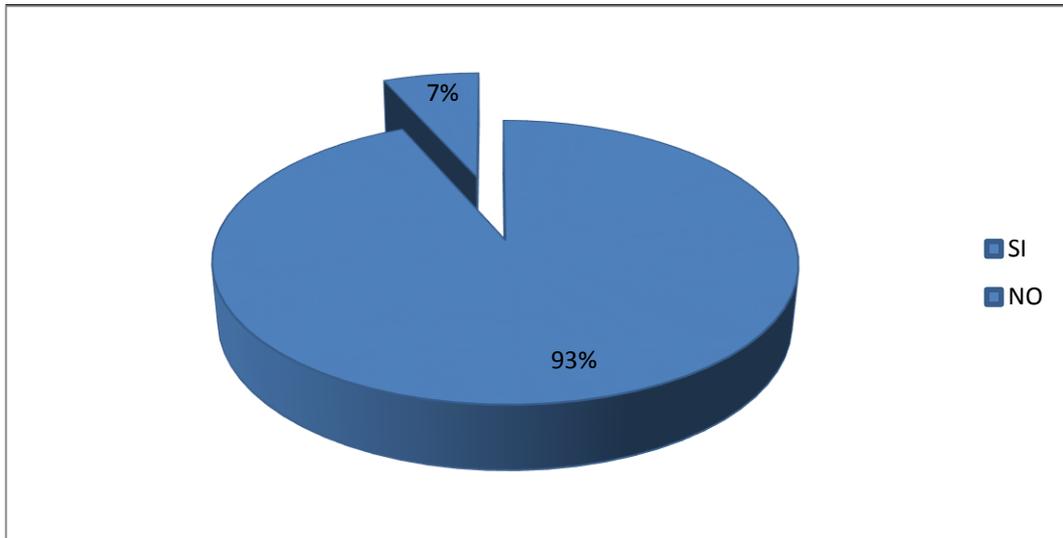
Cuadro N°-10 Adecuación de sistema de justicia ordinaria.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	356	93%
No	26	7%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-10 Adecuación de justicia ordinaria.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-10, el 93% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que sí se debe adecuar el sistema de justicia ordinaria para conocer casos de delitos en las comunidades indígenas, el 7% considera que no. Los delitos en las comunidades indígenas deben ser conocidos por la justicia ordinaria a fin de garantizar su juzgamiento.

Pregunta 11.- ¿Cree usted que los operadores de justicia están preparados para impartir justicia en los delitos que se cometen en las comunidades indígenas?

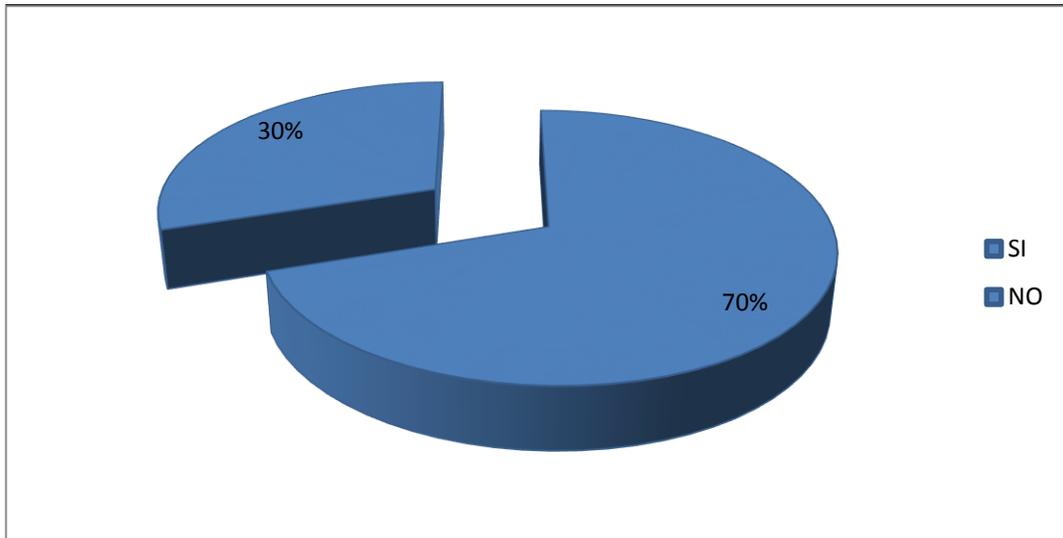
Cuadro No-11 Justicia ordinaria debe conocer casos de delitos en comunidades indígenas.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	266	70%
No	116	30%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-11 Justicia ordinaria debe conocer casos de delitos en comunidades indígenas.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-11, el 70% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que la justicia ordinaria sí está preparada para conocer los delitos que se cometen en las comunidades indígenas, el 30% considera que no. El cambio generado actualmente en el sistema de justicia es motivo para determinar que los operadores de justicia están preparados para juzgar delitos en las comunidades indígenas.

Pregunta 12.- ¿Cree usted que se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial el cual permita conocer casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas?

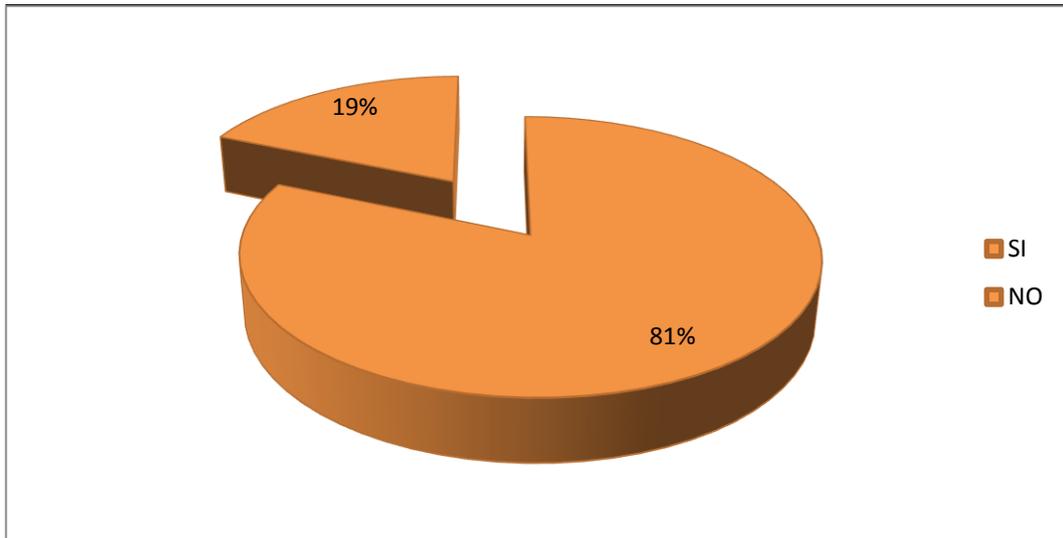
Cuadro N°-12 Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	312	81%
No	70	19%
Total	382	100%

Fuente: Encuesta aplicada a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-12 Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y grafico N-12, el 81% de los ciudadanos y ciudadanas encuestados considera que sí se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, el 19% dice que no. La reforma permitirá que la justicia ordinaria juzgue casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

4.1.2. Encuesta aplicada a abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo

Pregunta 13.- ¿Cree usted que se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial el cual permita conocer casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas?

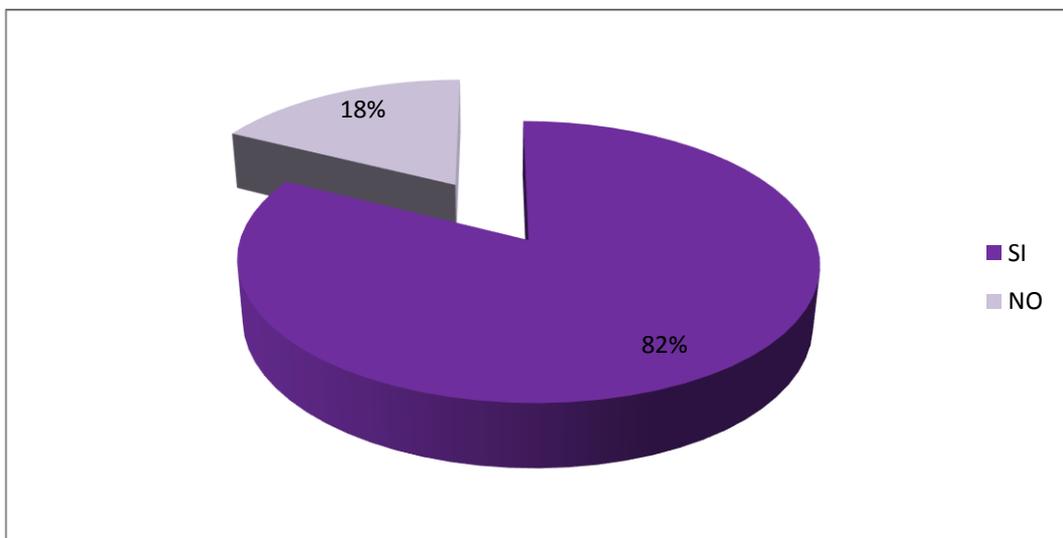
Cuadro N°-13 Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	65	82%
No	15	18%
Total	80	100%

Fuente: Encuesta aplicada a abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos.

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-13 Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 13, el 82% de los abogados encuestados considera que sí se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, el 18% considera que no. La reforma permitirá que la justicia ordinaria juzgue casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

Pregunta 14.- ¿Cree usted que los indígenas violan el Debido Proceso con la aplicación de su sistema de justicia ancestral?

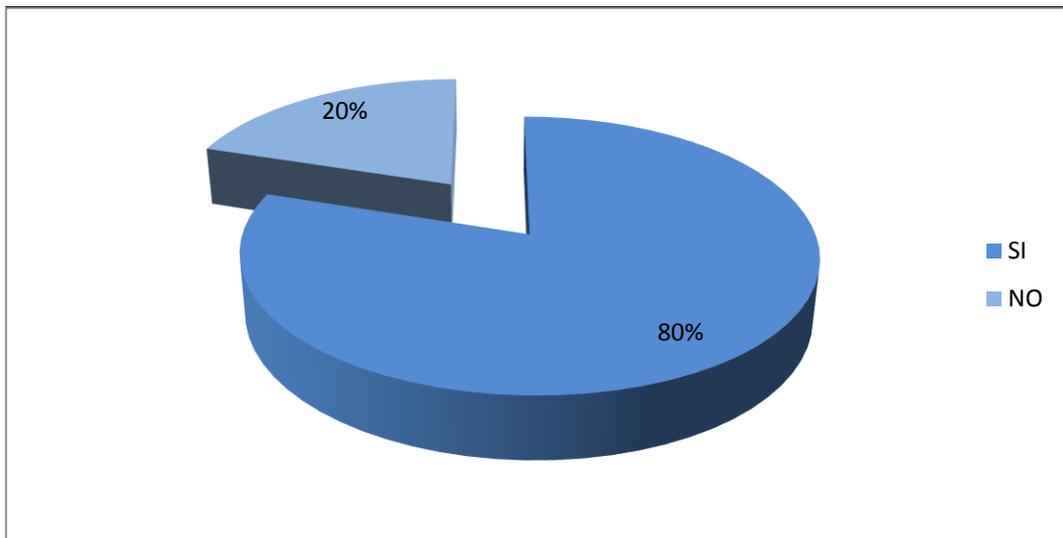
Cuadro N°-14 Violación del Debido Proceso.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	63	80%
No	17	20%
Total	80	100%

Fuente: Encuesta aplicada a abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos.

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-14 Violación del Debido Proceso.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 14, el 80% de los abogados encuestados considera que los indígenas sí violan el Debido Proceso en casos de juzgamiento con el sistema de justicia ancestral, el 20% considera que no. No existe justificación alguna para que públicamente se violen los Derechos Humanos de las personas a pretexto de juzgamiento ancestral.

Pregunta 15.- ¿Considera usted que la Justicia Indígena tiene límites?

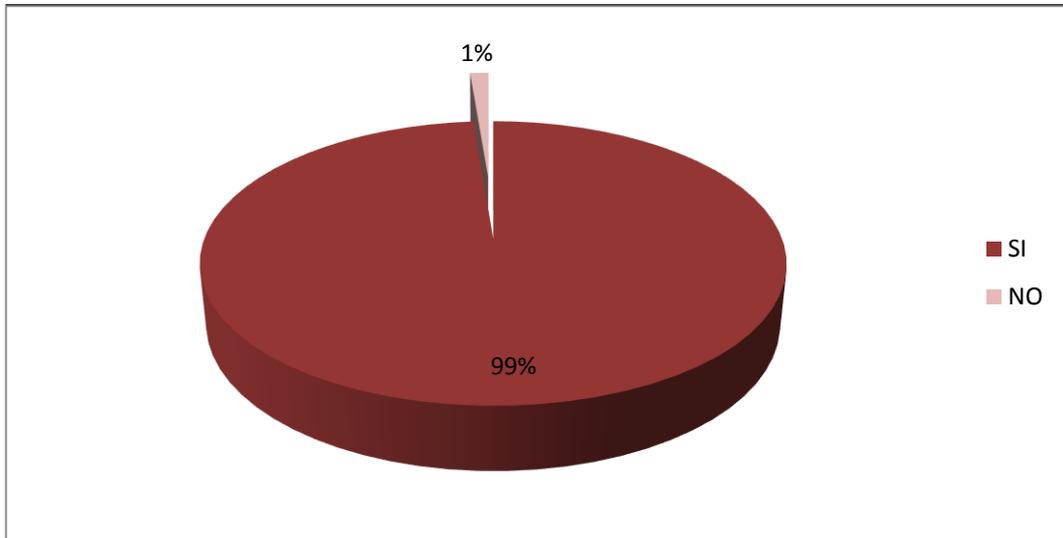
Cuadro N°-15 Límites a la Justicia Indígena.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	78	99%
No	2	1%
Total	80	100%

Fuente: Encuesta aplicada a abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-15 Límites a la Justicia Indígena.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N°- 15, el 99% de los abogados encuestados considera que la Justicia Indígena sí tiene límites, el 1% considera que no. Los límites están determinados en el respeto a los Derechos Humanos de las Personas.

Pregunta 16.- ¿Cree usted que se debe aplicar el Debido Proceso en el Juzgamiento de todos los ciudadanos y ciudadanas sin distinguíolos?

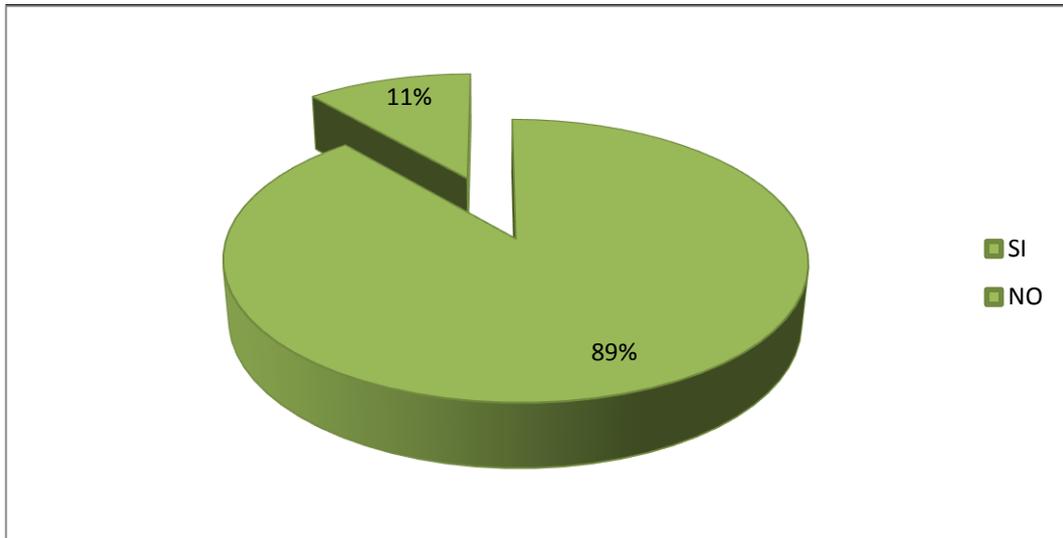
Cuadro N°-16 Aplicación del Debido Proceso en todos los casos de juzgamiento.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	72	89%
No	8	11%
Total	80	100%

Fuente: Encuesta aplicada a abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-16 Aplicación del Debido Proceso en todos los casos de juzgamiento.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-16, el 89% de los abogados encuestados considera que sí se debe aplicar el Debido Proceso para el juzgamiento sin distinguíolos a todos los ciudadanos, el 11% considera que no. Los abogados consideran que la Constitución es un instrumento Jurídico de aplicación para todos y todas por lo cual las reglas del Debido Proceso deben aplicarse en su totalidad.

Pregunta 17.- ¿La Justicia Indígena es Violatoria a los Derechos Humanos?

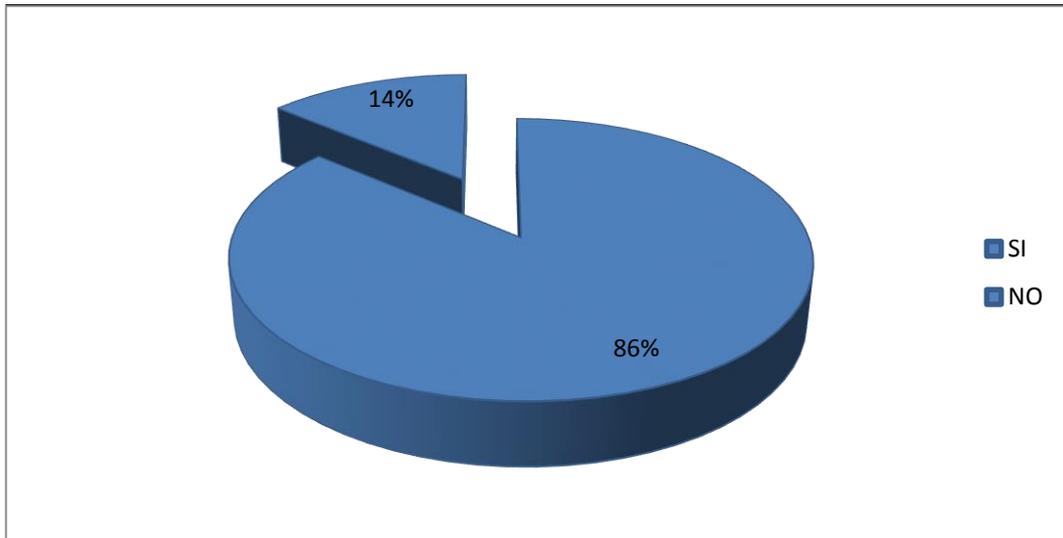
Cuadro N°-17 Justicia Indígena Violatoria a los Derechos Humanos.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	70	86%
No	10	14%
Total	80	100%

Fuente: Encuesta aplicada a abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos.

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-17 Justicia Indígena Violatoria a los Derechos Humanos.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-17, el 86% de los abogados encuestados contestaron que la Justicia Indígena sí es Violatoria a los Derechos Humanos, el 14% contestaron que no. Los Derechos Humanos están consagrados en la Constitución por lo cual es garantía para las personas.

Pregunta 18.- ¿Cree usted que la justicia ordinaria debe tener jurisdicción en las comunidades indígenas?

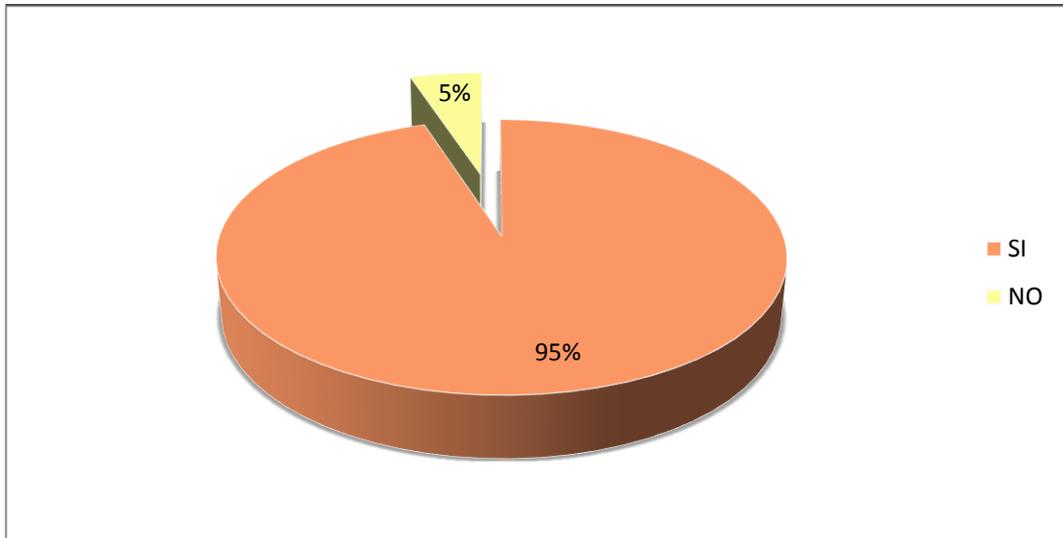
Cuadro N°-18 Jurisdicción en las comunidades indígenas.

Alternativa	Encuestados	Porcentaje
Si	77	95%
No	3	5%
Total	80	100%

Fuente: Encuesta aplicada a abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos.

Elaborado por: La autora

Gráfico: N°-18 Jurisdicción en las comunidades indígenas.



Análisis e interpretación:

En el cuadro y gráfico N-18, el 95% de los abogados encuestados considera que la justicia ordinaria sí debe tener jurisdicción en las comunidades indígenas, el 5% considera que no. La jurisdicción y competencia están dadas en el cumplimiento constitucional de respeto a los Derechos Humanos.

a) Resultados de las encuestas dirigidas a hombres y mujeres entre 15 a 59 años de edad del Cantón Quevedo, Provincia de Los Ríos y abogados en libre ejercicio de la profesión

No.	Cuestionario	SI	%	NO	%	Total	%
1	¿Conoce usted lo que es el Debido Proceso constitucional?	221	58	161	42	382	100
2	¿Cree usted que la justicia ordinaria aplica el Debido Proceso?	306	80	76	20	382	100
3	¿Cree usted que la Justicia Indígena es Violatoria a los Derechos humanos?	260	68	122	32	382	100
4	¿Cree usted que la Justicia Indígena solo debe conocer casos menores de contravenciones en sus comunidades?	313	82	69	18	382	100

5	¿Considera usted que la justicia ordinaria juzgue los delitos en las comunidades indígenas?	260	68	122	32	382	100
6	¿El Debido Proceso es una garantía que protege a las personas?	307	80	75	20	382	100
7	¿El Debido Proceso es un Derecho Humano?	286	75	96	25	382	100
8	¿Cree usted que el juzgamiento en público realizado por los indígenas es violatorio?	323	85	59	15	382	100
9	¿Cree usted que la Justicia Indígena es ancestral?	278	73	104	27	382	100
10	¿Cree usted que se debe adecuar el sistema de justicia ordinaria para que ésta intervenga en casos de delitos en las comunidades indígenas?	356	93	26	7	382	100
11	¿Cree usted que los operadores de justicia están preparados para impartir justicia en los delitos que se cometen en las comunidades indígenas?	266	70	116	30	382	100
12	¿Cree usted que se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial el cual permita conocer casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas?	312	81	70	19	382	100
13	¿Cree usted que se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial el cual permita conocer casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas?	65	82	15	18	80	100
14	¿Cree usted que los indígenas violan el Debido	63	80	17	20	80	100

	Proceso con la aplicación de su sistema de justicia ancestral?						
15	¿Considera usted que la Justicia Indígena tiene límites?	78	99	2	1	80	100
16	¿Cree usted que se debe aplicar el Debido Proceso en el Juzgamiento de todos los ciudadanos y ciudadanas sin distinguíolos?	72	89	8	11	80	100
17	¿La Justicia Indígena es violatoria a los Derechos Humanos?	70	86	10	14	80	100
18	¿Cree usted que la justicia ordinaria debe tener jurisdicción en las comunidades indígenas?	77	95	3	5	80	100

4.1.3. Entrevistas

a) Entrevista realizada al Ab. Juvenal Olvera Párraga

1.- Cree usted que la Justicia Indígena es violatorio a los Derechos Humanos.

Constantemente los indígenas a pretexto de aplicación de justicia ancestral, han violado los Derechos Humanos de las personas que son señaladas como autores del delito o contravención denunciada.

2.- Cree usted que debe intervenir la justicia ordinaria en los casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

Por supuesto ya que la justicia ordinaria cuenta con suficiente personal capacitado para juzgar no solo a los indígenas sino a todos los ciudadanos y ciudadanas.

3.- Considera usted que los operadores de justicia están preparados para impartir justicia en casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

El Consejo de la Judicatura se ha preocupado por impartir conocimiento a los jueces para que de esta manera esten suficiente capacitados para impartir justicia en todos los ámbitos que prevé la Ley.

4.- Cree usted que se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Claro que sí, de esta manera la justicia ordinaria tendrá jurisdicción y conocerá los casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

b) Entrevista realizada al Ab. Rafael Ponce Castro

1.- Cree usted que la Justicia Indígena es Violatorio a los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales son la garantía con que cuenta toda persona para que sus Derechos sean respetados, la Justicia Indígena en su aplicación no los respeta.

2.- Cree usted que debe intervenir la justicia ordinaria en los casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

La constitución otorga la potestad a los operadores de justicia a intervenir en todos los casos que la Ley considera, la aplicación del Debido Proceso es una garantía que debe aplicarse de manera general.

3.- Considera usted que los operadores de justicia están preparados para impartir justicia en casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

Los operadores de justicia si están capacitados para conocer casos de la Justicia Indígena por lo cual estos deben ser conocidos por la justicia ordinaria.

4.- Cree usted que se debe reformar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Se requiere que el Estado conozca y reforme muchas Leyes que están en conflicto con los Derechos Humanos, la reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial traerá confianza a los indígenas ya que permitirá que la justicia ordinaria conozca los casos que en conflicto con la Ley cometen sus ciudadanos.

4.2. Comprobación de la hipótesis

La interpretación de los datos obtenidos en las encuestas aplicadas a los ciudadanos, ciudadanas y Abogados en libre ejercicio profesional del Cantón Quevedo, me permitió el análisis cualitativo en los cuales se encontraron los siguientes hallazgos: En los resultados de las encuestas aplicadas a los ciudadanos, ciudadanas, Abogados en libre ejercicio profesional y entrevistas aplicadas a los siguientes abogados en libre ejercicio profesional: Ab. Juvenal Olvera Párraga y Ab. Rafael Ponce Castro, los ciudadanos, ciudadanas y Abogados en libre ejercicio profesional, en especial las preguntas, 3, 4, 5, 8, 10,12, 13, 14, 16, 17, 18, llegue a la comprobación de la hipótesis planteada esto es, “Con la reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, se eliminará la falta de competencia de los operadores de la justicia ordinaria a actos y manifestaciones cometidos por los indígenas”, por ello siendo positiva la hipótesis ésta es aceptada.

4.3. Reporte de la investigación

El Tema de la presente investigación jurídica: “Violación del Debido Proceso por Efecto de la Aplicación de la Justicia Indígena”, se realizó con el siguiente procedimiento metodológico:

La selección del tema se realizó con la presentación del anteproyecto de tesis con el auspicio de un catedrático de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, Facultad de Derecho, luego fue sometida a su revisión y aprobación del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

La introducción se hace un enfoque general del tema, el planteamiento del problema, se realiza respecto a la Violación del Debido Proceso por Efecto de la Aplicación de la Justicia Indígena, la justificación destaca la importancia del tema investigado, se formularon el objetivo general y específico, y la hipótesis que sirvió de base para llevar a cabo la investigación.

El marco teórico desarrolla aspectos referentes a antecedentes de la investigación, doctrina, jurisprudencia, legislación y derecho comparado, en el cual se realiza un análisis del mismo, para ello se procedió a consultar diferentes fuentes bibliográficas y la vez a autores referentes al tema lo cual hace posible la comprensión del tema planteado.

Los métodos utilizados, guiaron todo el proceso de la investigación, bibliográfica y de campo con la información obtenida se procedió a la comprobación de la hipótesis, se detallan las conclusiones y las recomendaciones, se redacta la propuesta en la cual se destaca la importancia de elaborar una reforma al artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CAPITULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES
5. CONCLUSIÓNES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- 1.- La Justicia Indígena no aplica el Debido Proceso Constitucional.
- 2.- Los efectos de la falta de aplicación del Debido Proceso Constitucional en el juzgamiento realizado por los indígenas son violatorio a los Derechos Humanos.
- 3.- Es necesario elaborar una propuesta de reforma al Art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, para armonizar el Derecho Constitucional y el Consuetudinario.

5.2. Recomendaciones

- 1.- La justicia ordinaria debe conocer casos de delitos cometidos por los indígenas, de esta manera se garantiza la aplicación del Debido Proceso.

2.- Se debe evitar que se violen los Derechos Humanos para lo cual es necesario que la justicia ordinaria tenga jurisdicción y competencia para juzgar los casos en las comunidades indígenas.

3.- La Asamblea Nacional debe reformar el art. 345 del Código orgánico de la Función Judicial, para tutelar el principio Constitucional del Debido Proceso.

CAPITULO VI

PROPUESTA

6.1. Título I

Reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial.

6.2. Antecedentes

En los últimos veinte años se han suscitado en el Ecuador, escenarios de crisis económica prolongada y de aplicación de ajustes estructurales, un conjunto de acontecimientos sociales y políticos que han marcado crucialmente el país profundo, especialmente el relacionado con los grupos

sociales subalternos, gracias al protagonismo asumido y desarrollado por los indígenas, lo que les ha permitido convertirse en sujetos sociales y construir un sólido movimiento social.

Y por ende, alcanzar una serie de reivindicaciones, entre las cuales se destacan el reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad, multiétnicidad y multinacionalidad. Entre los hechos históricos más destacados para llegar a esa situación encontramos:

La consolidación de sólidos movimientos indígenas en la Sierra y Amazonía y de una intelectualidad indígena, y creativos propugnadores de estas propuestas.

La construcción de sólidas identidades étnicas que, inclusive, han permitido la conformación de estructuras políticas legales como Pachakutic (1996), o Amauta Jatari, constituida recientemente

Asimismo, debemos destacar el reconocimiento de la pluriculturalidad, pluriétnicidad y multinacionalidad por parte de la Constitución del 2008 sobre la administración de la Justicia Indígena materia de esta ponencia.

Finalmente, debemos resaltar que estos reconocimientos constitucionales no han hecho otra cosa que reconocer la diversidad socio-cultural existente en la formación social, como la supervivencia histórica de las ancestrales instituciones de pueblos y nacionalidades indígenas y la vigencia contemporánea de éstas en la cotidianidad de la vida colectiva.

6.3. Justificación

La Justicia Indígena, de forma equivocada y a veces malintencionadamente, ha aplicado linchamientos y otras prácticas que se han venido imponiendo por la ausencia de la justicia ordinaria y sus mecanismos en áreas de sus comunidades, periurbanas y urbanas de nuestras principales ciudades.

Sin embargo, es preciso señalar que dichas prácticas no tienen ninguna relación con la aplicación de la verdadera Justicia Indígena, precisamente por la ausencia de elementos esenciales para ser consideradas como tal, como la aplicación del Debido Proceso Constitucional.

En efecto, para que sea considerada como Justicia Indígena es fundamental tomar en cuenta la Constitución de la República del Ecuador del 2008 asimismo, están los procedimientos propios, a los que vienen denominando como usos y costumbres.

En tal sentido, cualquier situación o hecho de linchamiento que realizan los indígenas respecto con la justicia de los pueblos indígenas propiamente no son con respeto a los Derechos Humanos.

Los numerosos linchamientos y otros hechos que son informados por los medios de comunicación referente con la justicia indígena, no tienen absoluta relación, porque precisamente no concurren los aspectos constitucionales de respeto a los Derechos Humanos.

La Justicia Indígena y la justicia ordinaria, buscan compatibilizar entre estos dos sistemas y evitar los conflictos que están surgiendo por la aplicación de estos, muchos no quieren entender el alcance de la Administración de Justicia Indígena, otros manifiestan que no es posible que se permita el ejercicio de este derecho amparados en lo establecido en el Art. 191 de la unidad jurisdiccional y que máximo deberían existir jueces indígenas lo cual es totalmente mezquino e inconstitucional.

Además se requiere una completa coordinación entre ambos sistemas a fin de que puedan brindar el apoyo, ya que el sistema ordinario cuenta con todo el aparato constituido.

Se requiere socializar en todo ámbito el alcance del Art. 191, tanto a la sociedad en general como a las autoridades de la administración de justicia

ordinaria, sin embargo no solo es necesario el conocimiento de los derechos que como pueblos indígenas poseen, sino que debe existir la gran voluntad por parte de la sociedad no indígena así como de las autoridades estatales que regentan el país, a fin de lograr la aplicación y el ejercicio del derecho indígena solo en casos de contravenciones.

Deben jugar un papel preponderante los organismos internacionales a fin de intervenir en los estados nacionales vigilando la aplicación de los derechos internacionales y los derechos reconocidos en leyes nacionales.

La importancia de realizar la reforma al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial es para que la justicia ordinaria tenga jurisdicción y competencia en juzgar casos de delitos cometidos en las diferentes comunidades indígenas.

El impacto social será alto ya se contará con un adecuado sistema de justicia el cual atienda de manera objetiva y con absoluto respeto a los derechos Humanos los casos de delitos que se producen en las comunidades indígenas.

La factibilidad de realizar la reforma al art. 345 del Código orgánico de la Función Judicial está dada en contar con suficientes elementos de convicción que demuestran que es necesario la intervención de la justicia ordinaria para evitar la Violación a los Derechos Humanos y al Debido Proceso Constitucional.

6.4. Síntesis del Diagnóstico

El Derecho estatal adolece de un déficit de legitimidad por no responder ni representar la realidad pluricultural del país y por haber marginado históricamente a los pueblos indígenas, su cultura, sus derechos y su sistema jurídico.

El Derecho indígena difiere sustancialmente del derecho estatal, ya que el primero se fundamenta en el espíritu comunitario y el segundo se fundamenta en el individualismo, entonces la idea es equilibrar ese distanciamiento.

El Derecho indígena no busca hacer daño a aquella persona que ha cometido un delito, al contrario se intenta solucionar el problema identificado, de manera comunitaria; el Derecho indígena tiene una aplicación muy amplia en todos los aspectos de la vida comunitaria e individual sin que exista una segmentación y diferenciación como sucede con la legislación nacional.

La solución de los problemas en la Administración indígena es rápida, eficiente, transparente, gratuita, participativo, ejemplarizador, equitativo y justo.

Frente a la constante discriminación y segregación del sistema imperante en todos los campos, incluidos el sistema de justicia, los pueblos y nacionalidades indígenas han desconfiado y se han apartado de la justicia ordinaria para de esta manera fortalecer el sistema de la administración de justicia indígena.

Para el sistema estatal, basado en la justicia ordinaria con la aplicación del Debido Proceso, la Justicia Indígena no es un conocimiento y práctica válida, es simplemente algo basado en la costumbre, tanto es así que se ha manifestado que los indígenas tienen la potestad únicamente para conocer y resolver aquellos casos leves o los que se denominan las contravenciones, a esto se suma la discriminación hacia las autoridades encargadas de administrar justicia dentro de los pueblos indígenas, argumentando discapacidades para ello, que no cuentan con leyes escritas, que se debe nombrar jueces y otros funcionarios indígenas y eso solucionaría la aplicación de la administración de justicia.

6.5. Objetivos

6.5.1. General

Fundamentar una norma que permita a la justicia ordinaria tener jurisdicción y competencia en los casos de delitos cometidos en las comunidades indígenas.

6.5.2. Específicos

Determinar la importancia de contar con normativa jurídica que permita el respeto a los derechos Humanos en casos de juzgamiento adoptados por los indígenas.

Socializar el tema con operadores de justicia, ciudadanos, ciudadanas y abogados en libre ejercicio profesional.

6.6. Descripción de la Propuesta

6.6.1. Desarrollo

Que, el art. 11 de la Constitución determina que los Derechos se regirá por los siguientes principios:

1. “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”.
2. “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.

Que, el art. 75 de la Constitución dice que: “el derecho al acceso gratuito a la Justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Que el art. 76 de la Constitución establece las Garantías básicas del derecho al Debido Proceso en el cual determina que: “En todo proceso en

el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al Debido Proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”.

Que, el art. 171 determina que la Justicia Indígena será ejercida por: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

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

Que dice: art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial dice: Declinación de Competencia.- “Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades

indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”.

EN USO DE LAS ATRIBUCIONES QUE LE CONFIERE EL ART. 120 NUMERAL 6 DE LA CONSTITUCION

Reformar al art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial:

Dirá: Art. 345.- Competencia.- “Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, tendrán competencia para conocerlo, siempre que esté tipificado como delito. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal delito, aceptada la alegación la jueza o el juez avocará conocimiento del mismo, en caso que se trate de una contravención, remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”.

6.7. Beneficiarios

Los beneficiarios de la reforma al art. 345 del Código orgánico de la Función Judicial serán los ciudadanos y ciudadanas indígenas ya que la justicia ordinaria evitará la Violación a los Derechos Humanos con la aplicación del Debido Proceso Constitucional.

6.8. Impacto Social

El impacto social será alto ya que en las comunidades indígenas se logrará mantener tranquilidad y armonía en el respeto a la Constitución y Leyes del Ecuador, en especial la aplicabilidad del Debido Proceso constitucional en los casos de violentar la Ley en las comunidades indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA Portales Rafael, y Rogelio López Sánchez, “Los Derechos Fundamentales en la filosofía jurídica garantista” de Luigi Ferrajoli, España, 2005.

ACOSTA Alberto, “El buen vivir”, una oportunidad para construir, Ecuador debate, ediciones CAAD, Quito, 2008.

ALBÓ Javier, “Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina”, ensayo para el primer congreso Latinoamericano de antropología, Rosario Argentina, 2005.

ANTÓN Sánchez John, García Fernando, “Plan plurinacional para eliminar la discriminación racial y la exclusión étnica y cultural”, Ministerio de coordinación del patrimonio, Quito, 2009

ÁVILA Ramiro, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en neo constitucionalismo de Miguel Carbonell, ediciones trota, Madrid, 2003.

ALBÓ Xavier, “Movimientos y poder Indígena en Bolivia, Ecuador y Perú”, ediciones Xavier Albo, Bolivia, 2008.

ANTÓN Sánchez John, García Fernando, “Plan plurinacional para eliminar la discriminación racial y la exclusión étnica y cultural”, Ministerio de coordinación del patrimonio, Quito, 2009.

BUSTAMANTE Reynaldo, “Estado de Derecho, Constitución y Debido Proceso”, Algunos comentarios a propósito de la reforma constitucional” <http://www.justiciaviva.org.pe/justmail/Proyecto%20Justicia%2014.pdf>.

CASTRO Gómez Santiago, Ramiro Grosfoguel, “El Giro Decolonial”, editores siglo del hombre, Bogotá, 2007.

GARCÍA, Sergio, “El Debido Proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año XXXIX. Núm. 117. Septiembre a diciembre del 2006.

GÓMEZ Izquierdo José Jorge, “Los Caminos del racismo en México”, editorial Plaza y Valdés. México, 2005.

GÓMEZ Lara Cipriano, “Debido Proceso como Derecho Humano”, en la obra colectiva: GONZÁLEZ, Nuria (Coordinadora): “Estudios jurídicos en homenaje a marta morineau, sistemas jurídicos contemporáneos, derecho

comparado, temas diversos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F. 2006.

HERRERA Flores Joaquín, “Los Derechos Humanos como producto cultural”, crítica del humanismo abstracto, ediciones catarata Navarra, 2005.

HUERTA Luis Alberto, “El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/nuevdh/dh2/lh-deb2.HTM>.

JACK Donelly, “Derechos Humanos Universales Teoría y Práctica”, Editorial Gernika, 1998.

JALK Gustavo, presentación: “Desafíos constitucionales, La Constitución del 2008”, Quito, Ramiro Ávila Santamaría, Ministerio de Justicia, Quito, 2009.

LOCKE John, “Gobierno Civil” 2006.

MONTAÑA Pinto, Juan. “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia” en: Los Derechos Colectivos, et al, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1ra. Edición, Quito- Ecuador.2009.

MELÉNDEZ Florentín, “Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” en la obra colectiva: García, Sergio (coordinador): “Derecho penal Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados II. Proceso penal”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México–México D.F. 2005.

MOLAS Isidre, “Derecho Constitucional”, Editorial Tecnos, Madrid España, 1998.

PIÑACUE, Jesús, “Aplicación autonómica de la justicia en Comunidades Paeces”, Una aproximación, en: La Jurisdicción Especial Indígena. Ministerio de Justicia y del Derecho. Bogotá, noviembre 1997.

REMÍREZ Gallegos, “Sociología económica”, Ediciones Flacso, Quito, 2009.

RIVADENEIRA Suárez Catalina, “El racismo en el Ecuador contemporáneo étnico”: el discurso del otro, ediciones Abya Yala, Quito, 2001.

SANTOS Boaventura de Sousa, y Mauricio García Villegas, “El caleidoscopio de justicias en Colombia”, Bogotá, Uniandes y Siglo del Hombre, editores Colombia. 2000.

SANTOS Boaventura de Sousa, “Hacia una nueva Constitución”. Derecho, Ciencia Política y de la transición paradigmática, Nueva York, Routledge, 1995.

SANTOS Boaventura de Sousa, "Pluralismo Jurídico y Jurisdicción especial indígena", del olvido surgimos párrafo, ediciones traer nuevas esperanzas, 1997.

SÁNCHEZ Jaramillo Carlos, “Jurisdicción Civil”, Ediciones Lex, Bogotá, 2008.

SOSA, Jorge, “Estudios de Derechos Humanos Fundamentales”, Editorial Míguez Mosquera, Guayaquil – Ecuador, 2002.

VALLEJO Chávez, V. García Fernando, “El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afro ecuatoriana”, Flacso sede Ecuador-Petroecuador, ediciones Rispergraf C.A. Quito, 2004.

VODANOVIC, Antonio, “Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1990.

WRAY Alberto, “El debido proceso en la Constitución”, Revista Jurisdicción, Volumen I, Quito, Ecuador, enero 2000.

Legislación del Ecuador

CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador 2008, Editorial El Fórum, Quito, 2008.

CODIGO de Procedimiento Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005.

CÓDIGO Orgánico de la Función Judicial, 2011.

Legislación Internacional

DECLARACIÓN de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

CONVENIO 169 DE LA Organización Internacional del Trabajo, OIT.

PACTO Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

Constitución Política de Bolivia de 1967, con reformas de 1994.

Constitución Política de Colombia, 1991 con reforma de 1997.

Constitución Política de Perú, 1993.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

Instituciones Internacionales

Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

AMNISTÍA INTERNACIONAL “El Racismo en la Administración de Justicia”, Editorial S. L., 2001.

Ministerio de Justicia y Derecho “La Jurisdicción especial indígena”, Consejo Regional Indígena del Cauca y Ministerio del Interior, dirección General de Asuntos Indígenas, Bogotá, Colombia, 2012.

Linografía

<http://lajusticiaindigenaenelecuador.blogspot.com/>

<http://lajusticiaindigenaenelecuador.blogspot.com/>

<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Ensayo%20sobre%20el%20gob%20civil.html>.

<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Ensayo%20sobre%20el%20gob%20civil.html>.

<http://www.icci.org.ec/?p=761>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>

ANEXOS

Ab. Juvenal Olvera Párraga, en libre ejercicio profesional



Ab. Rafael Ponce Castro, en libre ejercicio profesional

