UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIOHUMANISTICA

ESPECIAISTA EN DERECHO PROCESAL PENAL

TRABAJO DE TITULACIÓN

El debido proceso en la administración de justicia indígena de los pueblos kichwa de la sierra centro del Ecuador

Autor: Lema Gualli, Raúl Angel

Director: Castillo Álvarez, Pablo José

CENTRO UNIVERSITARIO GUARANDA

2021

Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es

2021

Aprobación del director del Trabajo de Titulación

Loja, 24 de Febrero de 2021

Ph.D Silvana Erazo Bustamante
Coordinadora de Programa de Posgrados
Derecho Penal mención Derecho Procesal Penal
Loja.-

De mi consideración:

El presente Trabajo de Titulación denominado: “El debido proceso en la administración de justicia indígena de los pueblos kichwa de la sierra centro del Ecuador” realizado por Raúl Angel Lema Gualli, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo. Así mismo, doy fe que dicho Trabajo de Titulación ha sido revisado por la herramienta antiplagio institucional.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

f.
Mgtr. Pablo José Castillo Álvarez
C.I.: 1718347113

Declaración de autoría y cesión de derechos

"Yo, Raúl Angel Lema Gualli, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

- Ser autor del Trabajo de Titulación denominado: El debido proceso en la administración de justicia indígena de los pueblos kichwa de la sierra centro del Ecuador, específicamente de los contenidos comprendidos en: Introducción, Capítulo I. El Carácter Plurinacional e Intercultural del Estado Ecuatoriano, Capítulo II. Las facultades y funciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, Capítulo III. La administración de justicia indígena, Capítulo IV. El debido proceso en la justicia indígena, Capítulo V Conclusiones y Recomendaciones, siendo el Magister Pablo José Castillo Álvarez, director del presente trabajo; y, en tal virtud, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual. Además, ratifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo son de mi exclusiva responsabilidad.
- Que mi obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTPL, que establece: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad".
- Autorizo a la Universidad Técnica Particular de Loja para que pueda hacer uso de mi obra con fines netamente académicos, ya sea de forma impresa, digital y/o electrónica o por cualquier medio conocido o por conocerse, sirviendo el presente instrumento como la fe de mi completo consentimiento; y, para que sea ingresada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Autor: Raúl Angel Lema Gualli
C.I.: 0602494817

Dedicatoria

El presente trabajo dedico a las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador, en particular del pueblo kichwa de la sierra, con quienes hemos desarrollado varios talleres de intercambio de experiencias, en los que he aprendido y me he nutrido de sus sabidurías y prácticas.

Dedico también a esas autoridades indígenas que día a día luchan porque el derecho a la administración de justicia indígena sea respetada, protegida, aplicada y ejercida; muchos de ellos han sido judicializados por el Estado.

Dedico también a esos jueces y juezas de la justicia ordinaria y otras autoridades del Estado, a pesar de las amenazas y sanciones; mediante sus sentencias han aportado en el fortalecimiento de la justicia indígena.

El autor

Agradecimiento

Mi agradecimiento eterno a las comunidades, pueblos y nacionalidades por su apertura para conocer sus saberes, prácticas y derecho propio; a todas las personas que me han apoyado en este proceso de formación profesional, a mis hijas Jimina Maguen, Isaysi Amankay, a mi hijo Kawna Kapak, a mi esposa Mariana por todo su apoyo; a la Universidad Técnica Particular de Loja y a mi Director de tesis.

El autor

Índice de contenido

Carátula ..... **¡Error! Marcador no definido.**
Aprobación del director del Trabajo de Titulación II
Declaración de autoría y cesión de derechos III
Dedicatoria IV
Agradecimiento V
Índice de contenido VI
Resumen 1
Abstract 2
Introducción 3
Capítulo uno 5
1. El Carácter Plurinacional e Intercultural del Estado Ecuatoriano 5
1.1. Un recorrido jurídico hacia el reconocimiento del derecho a la justicia indígena 5
1.2. Estado Plurinacional e Intercultural 8
Capitulo dos 14
2. Las facultades y funciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades 14
2.1. El derecho propio como una existencia histórica 14
2.2. Facultad administrativa o ejecutiva de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades 16
2.3. Facultad normativa de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades 16
Capitulo tres 18
3. La administración de justicia indígena 18
3.1. Alcance y característica de la justicia indígena 18
3.2. Marco jurídico secundario que desarrolla la justicia indígena 19
Capitulo cuatro 22
4. El debido proceso en la justicia indígena 22
4.1. El debido proceso desde la visión de los pueblos indígenas 22
4.2. Principios fundamentales que rigen la vida comunitaria de los pueblos indígenas kichwa 26
4.3. Régimen de autoridad comunitaria de los pueblos indígenas 27
4.4. Procedimientos y prácticas propias en la administración de justicia indígena kichwa (debido proceso, procedimiento justo) 28

4.5. Garantías del debido proceso en la justicia indígena, entre la disposición constitucional y el derecho propio 30

a. Ser juzgado por autoridad competente 31

b. Deben ser considerados como inocentes 31

c. Deben tener acceso a la información por las partes 32

d. Debe garantizar el derecho a la defensa y la libertad de presentar pruebas 32

e. El proceso de juzgamiento debe ser público 33

f. No se puede juzgar nuevamente por el mismo caso 34

g. Aplicar normas, principios y procedimientos propios 34

h. Debe existir la garantía de participación de las mujeres 35

Conclusiones 37

Recomendaciones 39

Bibliografía 40

Resumen

La justicia indígena como un sistema de resolución de conflictos es histórico, está vigente desde antes de la llegada de los españoles y la fundación del Estado Nacional, existen evidencias al respecto, el mismo que abordaremos en el desarrollo del presente trabajo.

En la Constitución de 1998 se incorpora este derecho de los pueblos y nacionalidades en términos de funciones de justicia y en la Carta Fundamental del año 2008 se reconoce como funciones jurisdiccionales, es decir las autoridades indígenas tienen la facultad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

La Constitución del año 2008, en su Artículo 76 desarrolla un conjunto de garantías del debido proceso y sobre el derecho a la defensa, que la justicia ordinaria debe cumplir para garantizar el derecho de protección, cuyos preceptos deben ser observados por la justicia indígena también, desde un enfoque o una interpretación intercultural, es decir, los mismos parámetros deberán ser implementados en función del respeto de las practicas, saberes, costumbres y el derecho propio de los pueblos indígenas.

Palabras Claves: Justicia Indígena, Derechos Colectivos, Pueblos Indígenas

Abstract

Indigenous justice as a conflict resolution system is historical, it has been in force since before the arrival of the Spaniards and the foundation of the National State, there is evidence in this regard, the same that we will address in the development of this work.

The 1998 Constitution incorporates this right of peoples and nationalities in terms of justice functions and in the Carta Magna of 2008 recognizes them as jurisdictional functions, that is to say, indigenous authorities have the power to judge and enforce what has been judged.

The 2008 Constitution, in its Article 76, develops a set of guarantees of due process and the right to defense, which the ordinary justice must comply with to guarantee the right to protection, whose precepts must also be observed by the indigenous justice from an intercultural approach or interpretation, in other words, the same parameters must be implemented based on respect for the practices, knowledge, customs and the indigenous people's own right.

Key words: Indigenous justice, Collective Rights, Indigenous Peoples

Introducción

En la Constitución de 1998 se incorpora este derecho de los pueblos y nacionalidades en términos de funciones de justicia y en la Carta Fundamental del año 2008 se reconoce como funciones jurisdiccionales, es decir las autoridades indígenas tienen la facultad de juzgar y hacer cumplir lo juzgado.

Por otro lado nuestra Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en su Artículo 76 desarrolla un conjunto de garantías del debido proceso y sobre el derecho a la defensa, que la justicia ordinaria debe cumplir para garantizar el derecho de protección, cuyos preceptos deben ser observados por la justicia indígena también, desde un enfoque o una interpretación intercultural, es decir no se puede aplicar los mismos criterios, parámetros o solemnidades aplicadas en la justicia ordinaria, sino que, los mismos parámetros deberán ser implementados en función del respeto de las practicas, saberes, costumbres y el derecho propio de los pueblos indígenas. Por otro lado es necesario tener presente que la justicia indígena como un sistema de resolución de conflictos es histórico, está vigente desde antes de la llegada de los españoles y la fundación del Estado Nacional, existen evidencias al respecto, el mismo que abordaremos en el desarrollo del presente trabajo.

La presente investigación es una especie de sistematización de mi experiencia acumulada, en la observación y aprendizaje en los espacios de interacción directo con las comunidades, es decir se basa fundamentalmente en los pensamientos y las experiencias concretas desarrolladas durante varios años de trabajo con los pueblos de la nacionalidad kichwa de la sierra ecuatoriana, en las que las autoridades indígenas han reflexionado y evidenciado sus prácticas para resolver los conflictos que se generan al interior de sus comunidades mediante la justicia indígena, también se ha analizado bibliografías mucho más cercanas al pensamiento propio de los pueblos indígenas.

El objetivo general de este trabajo es la determinación de si en la justicia indígena se respeta el debido proceso, en particular el derecho a la defensa de las partes involucradas en un conflicto ocurrido en una comunidad, considerando que el debido proceso en la justicia indígena no corresponde necesariamente a las garantías y principios establecidos para la justicia ordinaria, sin embargo, eso no implica que en la jurisdicción indígena no se observe dichas garantías, lo que corresponde entonces es determinar el debido proceso desde un enfoque intercultural.

La investigación se centra en un primer momento en el análisis documental de las

Constituciones de la República del Ecuador, en un periodo de 1830 a 2008, lo que permite conocer los avances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades hasta el momento en que se produce la declaratoria de un Estado Plurinacional e Intercultural.

Se analiza algunos materiales y documentos sobre la justicia indígena y en particular sobre el debido proceso, con el objetivo fundamental de conocer todo lo que es el Sistema de Administración de Justicia Indígena que está vigente en los pueblos kichwa, y en función de mi experiencia se sistematiza y teoriza algunos temas relacionados con la justicia indígena y el debido proceso. En general la metodología de investigación usada es la observación participativa, dado que, al ser parte de una nacionalidad y un pueblo indígena me ha permitido vivir las experiencias de la vigencia del Sistema de Administración de Justicia Indígena, así como el Sistema de Administración de Justicia Ordinaria.

En función de lo señalado en la estructura del presente trabajo investigativo, lo primero que se aborda es el carácter plurinacional e intercultural del Estado ecuatoriano, debido a que la justicia indígena como derecho y competencia se armoniza jurídica y políticamente con esa característica; luego se aborda algunas funciones y atribuciones que tienen relación directa, se complementan y son imprescindibles para la justicia indígena; a continuación desarrollo la administración de la justicia indígena, luego la parte central de la investigación que es la garantía del debido proceso y finalmente las conclusiones y recomendaciones.

.

Capítulo uno

1. El Carácter Plurinacional e Intercultural del Estado Ecuatoriano

1.1. Un recorrido jurídico hacia el reconocimiento del derecho a la justicia indígena.

Las nacionalidades y pueblos del Ecuador han tenido que recorrer un largo proceso histórico de lucha y resistencia, en búsqueda del reconocimiento por el Estado, de sus derechos desde su condición de colectivos con historia, territorio, cultura, derecho e identidad propia.

En el año de 1830 entra en vigencia la primera Constitución en nuestro país en su artículo 12, establece los siguientes requisitos para ser sujeto de derechos: "1. Ser casado, o mayor de veintidós años; 2. Tener una propiedad raíz, valor libre de 300 pesos, o ejercer alguna profesión, o industria útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico, o jornalero; 3. Saber leer y escribir." [1] Evidentemente los requisitos señalados en la norma constitucional, de aquel entonces, no eran factible cumplirlas por las personas que pertenecían a los pueblos ancestrales, por ende, no eran considerados ciudadanos del Estado ecuatoriano y como consecuencia no tenían derechos.

Por otro lado, en su artículo 68 dispone lo siguiente: "Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserables." Además de negarles los derechos y la calidad de ciudadanos, constitucionalmente fueron declarados personas incapaces, despreciables y miserables por esa condición debían vivir bajo la tutela de los curas.

En función de esta realidad jurídica y las prerrogativas doctrinarias sobre las que se construyó el Estado nacional, se implementa políticas y acciones de exclusión, negación, explotación y esclavitud de los pueblos indígenas.

Esta realidad se mantiene durante siglos, solo en la Constitución de 1945 encontramos algunas novedades respecto de los derechos de los pueblos indígenas, en el artículo 5 indica que: "El castellano es el idioma oficial de la República. Se reconocen el quechua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional."; así mismo en el artículo 23 numeral 2 literal i) dispone que la Función Legislativa se ejerce por el

[1] Constitución de 1830, 23 de septiembre de 1830, Articulo 12

Congreso Nacional, compuesto de una Cámara integrada, entre otros “Uno por las organizaciones de indios; (…)” Esta constitución evidencia de manera implícita el reconocimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas, sin embargo, los mecanismos de explotación, discriminación y de esclavitud se mantenían intactos.

La invisibilización y negación institucionalizada, hace que los pueblos indígenas diseñen nuevas formas de rechazo y resistencia en contra de las políticas del Estado, fortalecen sus organizaciones para continuar con su lucha por la reivindicación de sus derechos.

La lucha de los pueblos indígenas se ha desarrollado durante siglos, a partir de la invasión española a este continente, al sufrir un cambio radical, al ser desplazados no solo de la riqueza sino de todos los espacios de gobierno, además de sufrir los peores vejámenes sistemáticos de muertes, violaciones, torturas, etc., al punto que como dice el maestro Zaffaroni “(…) el genocidio colonialista de los primeros siglos acabo con buena parte de la población originaria (…)”. (Zaffaroni, 2009, pág. 102)

Frente a esta realidad histórica de los pueblos indígenas, el mismo tratadista de derecho Eugenio Zaffaroni señala lo siguiente:

> Nuestro reclamo al derecho internacional será el de abrir la discusión acerca de las reparaciones en algún momento futuro y, así como se instala una Corte Penal Internacional. Aspirar a que llegue el día en que se pueda establecer una Corte Civil Internacional, que se ocupe de estas reparaciones. Pero esta aspiración no puede materializarse si antes, con mínima coherencia, no comenzamos por ensayar las soluciones reparadoras nacionales y, por lo menos detener el avance y agravamiento de las consecuencias actuales de los crímenes pasados.
>
> La primera medida será detener la destrucción de las culturas originarias, lo que no significa condenarlas al estancamiento, sino proporcionarles los elementos para su propia dinámica. Para ello es elemental reconocerles su capacidad de resolución de conflictos y no entrometer el sistema penal legal en las soluciones comunitarias tradicionales que sean eficaces. (pág. 108)

A partir del año 2008 el Estado ecuatoriano inicia un proceso de transformación de sus estructuras jurídicas, políticas, económicas, sociales, culturales, apoyándose en uno de los instrumentos fundamentales, que es la Constitución de la República.

En el artículo uno incorpora ciertas características de diseño institucional que cambian de manera radical la historia y la doctrina en la que se sustentaba históricamente el Estado ecuatoriano, de esta forma se proclama que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico…” (Constituyente, "Constitución de la República del Ecuador", 2008) , de este enunciado constitucional lo más trascendental y que revoluciona la concepción del Estado, son los nuevos paradigmas expresados a través de los conceptos constitucional de derechos y justicia social, intercultural y plurinacional; enorme diferencia con respecto a la Constitución del año 1998 que define únicamente como “…un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico.” (Constituyente, 1998)

Como ya señalamos, recoge la demanda de los pueblos y nacionalidades para que se declare como un Estado Plurinacional, a pesar de la absurda justificación que aquel reconocimiento como un Estado Plurinacional, traía consigo el fraccionamiento del Estado Ecuatoriano, concepción totalmente errada desde los constituyentes de aquella época, de algunos políticos, académicos, medios de comunicación, etc.

Históricamente desde los pueblos indígenas no ha existido muestras de actos separatistas, más bien lo que han reclamado es el reconocimiento de sus derechos que como ya mencioné no gozaban del reconocimiento constitucional.

Por otro lado, lo que pretendían es la construcción de un nuevo Estado en donde se refleje la unidad en la diversidad, donde exista justicia, donde exista verdadera democracia y participación, donde no exista corrupción; por cierto la corrupción no es reciente, este acto delictivo está presente en todas las etapas de la historia en menor y mayor grado.

La Constitución de 2008, teóricamente contiene elementos importantes, que aparecen desde su preámbulo, el preámbulo siendo una especie de marco filosófico, del cuerpo constitucional, dice por ejemplo que: reconoce las raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, es decir la existencia de la diversidad cultural, esto en concordancia con la realidad en el que vivimos, como señala Martínez & Blázquez.

> (…) no existe una única cultura, sino una diversidad de culturas que no son sino la manifestación de la diversidad humana, en el sentido de que los grupos humanos que pueblan la tierra tienen diferentes modos de explicar la realidad en la que se ven

> inmersos, diferentes maneras de organizarse, distintos códigos y distintas interpretaciones acerca de lo que ellos mismos constituyen y representan como grupos etnoculturales diferenciados con una identidad colectiva particularizada.[…]" (pág. 69).

Asimismo la Constitución señala en su preámbulo que celebra a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, a su vez invoca el nombre de Dios y reconocimiento de las diversas formas de religiosidad y espiritualidad, menciona que apela a la sabiduría de todas las culturas que enriquecen como sociedad, y en función de todos estos preceptos decide construir, una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el Sumak Kawsay;

Esta norma cuenta con las bases filosóficas, políticas y jurídicas para iniciar un proceso de transformación de sus estructuras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales.

Por otro lado, los avances de la Constitución están reflejados en el reconocimiento e incorporación de un conjunto de derechos, individuales y colectivos, derechos humanos de todas las generaciones, derechos de la naturaleza, etc., fundamentalmente porque el Ecuador es caracterizado como un Estado constitucional de derechos y justicia social, intercultural y plurinacional, como se ha dicho.

Al reconocerse como un Estado intercultural y plurinacional significa que algunos de los temas planteados históricamente en los procesos de reivindicación y de resistencia impulsados por los pueblos y nacionalidades indígenas, estarían siendo aceptados como derechos en la carta fundamental.

1.2. Estado Plurinacional e Intercultural

El Estado plurinacional, implica el reconocimiento constitucional de la existencia de varios pueblos y nacionalidades, con sus propios saberes, valores; sistemas jurídicos, sociales, económicos, culturales, etc.; los mismos que han sido desarrollados y sostenidos a lo largo de la historia, desde una lógica comunitaria y en armonía con la naturaleza, pero este reconocimiento no debe ser entendida únicamente como un reconocimiento "(…)pasivo a la diversidad de los pueblos y nacionalidades, (…)" (Acosta, 2009) sino que debe ser "(..) fundamentalmente una declaración pública del deseo de incorporar perspectivas diferentes

con relación a la sociedad y a la naturaleza“ (Acosta, 2009), de manera que el Estado debe aceptar e incorporar en su sistema político, la pluralidad de saberes, experiencias, valores, poderes y paradigmas, en un ambiente de igualdad y respeto entre ellas, y no de subordinación, estableciendo mecanismos institucionalizados de diálogo, coordinación e interrelación cultural a nivel de saber y poder con los pueblos y nacionalidades, evitando un simple reconocimiento folklórico y utilitario de los elementos culturales de los pueblos.

En este contexto político y jurídico, la Constitución ecuatoriana establece lineamientos y principios para revolucionar en todos los ámbitos, lo que implica transformar la estructura de todo el Estado ecuatoriano, esto constituye “un reto para todos los ecuatorianos: participar en la fundación de una sociedad en la que se logre superar el viejo modelo homogéneo y excluyente para construir el Estado intercultural y plurinacional; por lo que deber surgir iniciativas que propendan a desarrollar y cuidar el principio de la unidad en la diversidad, evitando que la fragmentación existente siga agudizándose (…)” Ariruma Kowii.

Veamos ahora que es la plurinacionalidad, según uno de los impulsores de la propuesta, como es la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), dice que, la plurinacionalidad

> El principio de la Plurinacionalidad cuestiona el modelo de Estado – Nación uninacional, monocultural con contenido colonial, excluyente, así como el modelo económico que deshumaniza y que destruye el equilibrio sociedad – naturaleza.
> El Estado Plurinacional, se sustenta en la existencia de la diversidad de Naciones Originarias como entidades económicas, culturales, sociales, políticas, jurídicas, espirituales y lingüísticas, históricamente definidas y diferenciadas, con el objetivo de desterrar el colonialismo y desmontar el Estado colonial, desarraigar la estructura del pensamiento colonial. La plurinacionalidad pasa necesariamente por la reconstrucción y la reconstitución de los Pueblos y Naciones Originarias con base a la libre determinación, y por la configuración de un ordenamiento político, institucional y jurídico que plasme la unidad en la diversidad.
>
> La plurinacionalidad es el principio rector que materializa el ejercicio de derechos como: la libre determinación, derechos colectivos e individuales, el territorio, instituciones, la justicia, educación y el autogobierno para encaminar la construcción del Estado Plurinacional, define el modelo económico, así como un nuevo tipo de relaciones entre los pueblos, nacionalidades y naciones originarias.

> La plurinacionalidad propugna la unidad en la diversidad, respeto, reciprocidad y solidaridad entre las Naciones y Pueblos Originarios que conformamos el Ecuador, concretiza el derecho de las Naciones Originarias a sus territorios, autonomía política-administrativa interna, es decir administrar su propio proceso de desarrollo económico, social, cultural, científico y tecnológico; y a la vez profundiza la democracia,
>
> La plurinacionalidad, para garantizar su aplicación requiere de la aplicación de políticas de reordenamiento de las estructuras de poder, cambios profundos en las instituciones del Estado con la participación plena y real de los Pueblos y Naciones Originarias, la redistribución de la riqueza y presupuestos del Estado, e incide en una convivencia respetuosa y de diálogo intercultural entre los pueblos.
>
> La Plurinacionalidad es un sistema de gobierno y un modelo de organización política, económica y sociocultural, que propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, el respeto, la reciprocidad, la solidaridad, el desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad ecuatoriana y de todas sus regiones y culturas. (CONAIE, 2012)

Es decir, en base a la igualdad, al reconocimiento de los derechos individuales y colectivos, mediante el fortalecimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se busca la construcción del verdadero Estado Plurinacional. Es decir, consolidando la unidad en la diversidad, la democracia, la armonía de la sociedad y su relación con la naturaleza.

Así mismo la verdadera construcción de un Estado Plurinacional implica también el diseño de políticas públicas y la construcción de las normas jurídicas (Leyes, Decretos, Acuerdos, Ordenanzas, etc.) considerando la existencia de la diversidad, donde los pueblos indígenas sean los actores en la elaboración de los mismos, cuyos conocimientos, sabidurías, valores y principios también estén reflejados en estos.

En este marco Agustín Grijalva, habla de “constitucionalismo plurinacional” la misma que es un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional.

El Estado plurinacional no es o no debe reducir a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal por parte de un Estado en

realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrático.” (pág. 34)

Por su parte el profesor Boaventura de Sousa Santos señala que “El nuevo Estado plurinacional emergente y su componente intercultural no exige simplemente un reconocimiento de la diversidad, sino más bien la celebración de la diversidad cultural y el enriquecimiento reciproco entre las varias culturas en presencia.” (Boaventura & Grijalva, 2012)

En cuanto a la interculturalidad, no se reduce únicamente a vivir juntos en un determinado espacio territorial, de espaldas sin mirarnos, sin comunicarnos adecuadamente, sino que es momento de darnos la vuelta y mirarnos de frente para poder conocernos, respetarnos y apoyarnos.

En este sentido la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, respecto a la interculturalidad señala lo siguiente:

> La Interculturalidad no solo comprende el respeto, tolerancia y el reconocimiento de la diversidad. Señala y alienta un proyecto social político demandado desde la década de los ochenta por la CONAIE y que se reconoce en la Constitución de 2008. La interculturalidad no es multiculturalidad, ya que la segunda describe la existencia de varias culturas en una unidad territorial y que muchas veces conviven involuntariamente, como el caso de inmigrantes. La noción de multiculturalidad es indiferente al tratamiento político de los grupos diversos, es decir promociona la cultura hegemónica y la segregación a la cultura subordinada, oculta las relaciones de desigualdades e inequidades sociales, dejando intactas las estructuras e instituciones que privilegian a unos en relación de otros. A diferencia, la interculturalidad propugna un cuestionamiento profundo de la colonialidad del poder, a la vez que promueve el diálogo de saberes, de pensamiento, de conocimiento, epistemologías, y espiritualidad en una ruta de ida y vuelta de mutuo aprendizaje e intercambio. Tiene como meta la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida (no solo económicas, sino cosmología de la vida incluyendo saberes, la memoria ancestral, y la relación con la naturaleza y espiritualidad, entre otras) nuevas y distintas.
>
> La Interculturalidad. - Es el principio político-ideológico de reconocimiento y práctica de las personas, comunidades, pueblos y naciones para crear y vivir en relaciones

> justas, simétricas, equitativas y armónicas entre los pueblos originarios, afroecuatorianos, montubios y mestizos que nos permita ejercer plenamente los poderes político, económico, social, cultural y espiritual dentro del Estado plurinacional y la sociedad intercultural.
>
> La coexistencia jurídica-política, la promoción y vigencia de la diversidad de los sistemas culturales propios garantiza la unidad y permite la convivencia, e interrelación fraterna y solidaria entre las Naciones y Pueblos originarios, afro ecuatorianos, montubios, mestizos y los otros sectores sociales, en la perspectiva de alcanzar el desarrollo económico, político, social, cultural, científico y tecnológico en un territorio plenamente definido en un marco de mutua cooperación, reciprocidad e igualdad.
>
> No solo implica la convivencia entre diversos/as, y el respeto mutuo, sino diálogo de saberes y deconstruir imaginarios, códigos de colonialidad – subordinación, con la valoración de aportes de los distintos estamentos sociales a nivel de género, e intergeneracional. La interculturalidad no puede ser cosmética o funcional al sistema de dominación, sino que se debe construir una interculturalidad crítica que cuestione las relaciones de poder económico, político y cultural. En el Estado Plurinacional, las políticas públicas deben ser diseñadas, implementadas y evaluadas con plena participación de los Pueblos y Naciones Originarias considerando las especificidades y diferencias entre pueblos y requerimientos específicos de hombres, mujeres, niños/as, jóvenes y ancianos/as. (CONAIE, 2012)

Katherine Walsh, en relación a la intercultural señala que: “La interculturalidad ha sido desde los inicios de los 90s, principio político e ideológico del movimiento indígena ecuatoriano, principio que se integra a las demandas ante un Estado monocultural y hegemónico, a la transformación de él y de las políticas públicas.” (Walsh, 2016)

La autora citada señala también que:

> La plurinacionalidad y la interculturalidad son complementarias. Como hemos mencionado, la interculturalidad apunta las relaciones y articulaciones por construir y por ende es una herramienta y un proyecto necesario en la transformación del Estado y de la sociedad. Pero para que esta transformación sea realmente trascendental necesita romper con el marco uninacional, recalcando lo plural-

> nacional no como división, sino como estructura más adecuada para unificar e integrar. (pág. 142)

La interculturalidad “reconoce al mismo tiempo el derecho a la diferencia y la diversidad, pero enfatiza la necesidad de construir la unidad, reconociendo y estableciendo instituciones y mecanismos que posibiliten el encuentro creativo y equitativo entre los diversos” (Ramón , 2009).

Construir el Estado plurinacional e intercultural es un proceso largo que implica como bien se ha dicho, la trasformación de la estructura del Estado, caso contrario no habremos logrado absolutamente nada, habrá quedado en la teoría de que nuestro Estado es Plurinacional e Intercultural.

Este modelo de Estado Plurinacional e intercultural reconoce también la autonomía de los pueblos y nacionalidades cuando otorga el derecho a conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral, cuando reconoce el derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, es decir otorga facultad normativa interna y al otorgar facultades jurisdiccionales, es decir de administración de justicia indígena el derecho mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

Ahora bien, la autonomía es un tema complejo en virtud de que la misma implica tener en cuenta varios temas, tales como, la autonomía territorial, es decir significa el reconocimiento de un territorio propio y bien delimitado, bajo el entendido que al interior de ese territorio los pueblos puedan ejercer el control, este es otro elemento, ya que en un régimen de autonomía implica ejercer un control sobre los recursos naturales que se encuentran en dicho espacio territorial, en el marco de lo reconocido en la norma constitucional.

Rodolfo Stavenhagen señala que: “La lucha por el derecho a la autonomía incluye (…) el rescate y la readecuación a condiciones modernas de las formas tradicionales de gobierno y participación políticas, así como el ejercicio de la justicia en los ámbitos culturales y étnicos correspondientes. (…)” (Mariño & Oliva , 2004)

Capitulo dos

2. Las facultades y funciones de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades

2.1. El derecho propio como una existencia histórica

La Constitución del año 2008 no solo reconoce un conjunto de derechos colectivos sino también facultades, funciones o competencias en el ámbito administrativo, normativo y judicial. Al decir de la Dra. Mariana Yumbay.

> Los pueblos indígenas han estado presente desde antes de la llegada de los españoles y de la conformación del Estado colonial en 1830, antes de la misma los pueblos ancestrales tenían otros sistemas de organización, jurídico, político, cultural y económico. Su sistema de gobierno era horizontal, participativo y consensuado por todos quienes integraban dicha civilización. El gobierno colectivo de aquellas épocas tenía sus funciones y estrategias para lograr una convivencia armónica de la sociedad y esta con la naturaleza, ejercían lo que hoy se conoce como función ejecutiva, legislativa, judicial y otras funciones que les permitía desarrollarse como sociedades. (Yumbay, 2020)

Existen evidencias claras sobre la existencia de sistemas complejos y diversas normas, procedimientos, instituciones y autoridades propias que regulan la convivencia social y resuelven los conflictos en aquellos pueblos ancestrales, mucho antes de la llegada de los españoles a los territorios de este continente llamado, en aquellas épocas Tawanintisuyu.

Bartolomé de las Casas ya en el siglo catorce reconocía lo siguiente: “Que los indios eran humanos y que por lo tanto poseían la facultad de la razón, tenían sus propias leyes y gobierno (y el derecho a éstos) los cuales debían ser respetados por la corona española”. (Beltrán , 2010) Y mediante decretos reales de los años 1530, 1542, 1556 y en la recopilación de leyes perteneciente a las indias determinan lo siguiente:

> Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno y las hicieren de nuevo.
>
> Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres

> observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente aprobamos y confirmamos, con todo que no podamos añadir lo que fuéramos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro señor, y al nuestro, y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tiene hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos. (Beltrán , 2010)

A pesar de este mandato para que apliquen las buenas leyes de los pueblos indígenas, los españoles impusieron y usaron el derecho español para el juzgamiento.

Estos sistemas se sustentaron y desarrollaron en función de la cosmovisión y las realidades cognitivas de cada uno de los pueblos de aquella época, en base a sus particularidades y características propias, construidas en base a vivencias concretas, de manera comunitaria y en estrecha relación con la naturaleza.

La historia también demuestra que los sistemas de regulación de la convivencia social y de resolución de conflictos fueron eficaces, de tal manera que durante miles de años los pueblos ancestrales subsistieron en base a su derecho propio, sus prácticas y costumbres y lograron mantener una convivencia armónica entre las personas, pueblos y estos a su vez con la naturaleza.

Con la llegada de los españoles al continente americano se interrumpió y se alteró toda la vida de los pueblos indígenas, muchos de sus conocimientos, valores y prácticas fueron eliminados a través de la imposición de otras formas de vida y de pensamiento, considerados como civilizados; los sistemas de regulación de la convivencia social y resolución de conflictos fueron reemplazados por normas, valores, instituciones y autoridades extrañas y contrapuestas a las realidades de los pueblos de aquella época.

Sin embargo, los pueblos indígenas han diseñado estrategias de resistencia para mantener sus conocimientos, valores, principios, instituciones, prácticas, etc., en contra de la política estatal de asimilación, desaparición o imposición; históricamente ha desplegado acciones de lucha para reivindicar sus derechos a nivel nacional e internacional, defender sus vidas, sus identidades, sus territorios, su educación y el reconocimiento como entidades históricas y políticas, con derechos propios y diferenciados.

De manera complementaria, al interior de los pueblos se han organizado y fortalecido sus formas de vida, valores y pensamientos; de esta manera no han permitido la desaparición total de sus prácticas ancestrales y derecho propio, los mismos que siguen vigente hasta la actualidad y son ejercidos por los pueblos y nacionalidades del Ecuador.

2.2. Facultad administrativa o ejecutiva de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades

En la actualidad nuestra Constitución reconoce un catálogo de derechos y algunas funciones, atribuciones o competencias, en el Artículo 57 numero 9 señala lo siguiente:

> 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

Este mandato si bien está reconocido como derecho, sin embargo, constituye también una función de carácter administrativa y ejecutiva que las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidad tienen para determinar su propia organización social y de convivencia, en función de esta facultad, generan sus propias formas de organización, régimen de autoridad, institucionalidad propia de carácter comunitario en el territorio legalmente reconocido o de posesión ancestral, en ella define e implementa sus planes de vida para el desarrollo integral de sus miembros, coordinan con los diferentes niveles de gobierno, administran los recursos naturaleza, formulan e implementan sus planes de vida, impulsan la recuperación de la identidad, conocen y resuelven los conflictos internos, entre otras acciones, equivalentes a un nivel de gobierno.

2.3. Facultad normativa de las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades

De la misma forma la Constitución de la República del Ecuador determina una atribución normativa, es así que en el artículo 57 número 10 dispone lo siguiente:

> 10. 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.

De la misma manera siendo un derecho también constituye una facultad normativa que permite a las comunidades, pueblos y nacionalidades la creación, desarrollo, aplicación

y práctica de su derecho propio, los mismos que regirán al interior de sus tierras y territorios, los mismos que son cumplidos y acatados por todas las personas.

Esta facultad normativa es de carácter comunitario, es decir, la autoridad indígena, que está conformado por un Consejo de Gobierno, cuya máxima autoridad es la asamblea comunitaria, toma su decisión de elaborar, reformar, derogar, aplicar o interpretar una determinada norma comunitaria, teniendo en cuenta que estas no sean contrarias a la Constitución.

La otra facultad que las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades tiene es la jurisdiccional, la misma que se analiza en el siguiente capítulo**.**

Capitulo tres

3. La administración de justicia indígena

3.1. Alcance y característica de la justicia indígena

Como ya se mencionó en los párrafos anteriores en nuestro país se ha dado un paso importante en el tema de reconocimiento de los derechos y la pluralidad de los sistemas, obviamente el pluralismo jurídico tiene pleno reconocimiento y vigencia en el artículo 171 de la Constitución dispone lo siguiente:

> 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.

Este artículo es una expresión clara de reconocimiento del pluralismo jurídico por parte del Estado ecuatoriano, en este se reconoce a las autoridades indígenas con “funciones jurisdiccionales” lo que implica que las autoridades indígenas tienen la capacidad y el poder para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con base a sus “tradiciones ancestrales y su derecho propio” al decir derecho propio se reconoce la existencia de un sistema y un orden jurídico propio de los pueblos y nacionalidades indígenas, diferente al sistema jurídico ordinario, se permite la aplicación autónoma de los mismos en el “ámbito territorial” indígena.

Por otro lado “las autoridades aplicarán normas y procedimientos... que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.”; en este artículo se evidencia un marcado prejuicio y hasta un tanto racista, ya que indirectamente se está afirmando que las normas y procedimientos de los pueblos

indígenas son contrarios a la Constitución e instrumentos internacionales, algo que no es cierto, la verdadera justicia indígena tiene normas, principios, mecanismos y procedimiento que no viola ningún derecho, ni instrumento sea esta de carácter nacional o internacional.

3.2. Marco jurídico secundario que desarrolla la justicia indígena

Existen otras normas que desarrollan disposiciones para que las instituciones y las autoridades del Estado respeten las decisiones de las autoridades indígenas, la única instancia que tiene la facultad para controlar las decisiones de las autoridades indígenas es la Corte Constitucional y por disposición del artículo 171 párrafo segundo, concomitante a este enunciado constitucional el Código Orgánico de la Funciona Judicial, principalmente, en el artículo 343 letra c. dice " Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su consentimiento, sin perjuicio del control constitucional" y en el mismo artículo 343 letra d señala que " En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible" es decir esta norma da facultades extraordinarias a las autoridades indígenas y sus decisiones ubicándolo en rango jerárquico a nivel de cualquier juez de sistema ordinario.

Por su parte los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionalidad establece los principios y procedimiento para que la persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, pueda acudir a la Corte Constitucional.

Otro de los aspectos importantes es el reconocimiento como sujetos y titulares de derechos a un sujeto colectivo, a los pueblos y nacionalidades indígenas, reconocidas en la Constitución y los instrumentos internacionales, cuando se habla de los instrumentos internacionales principalmente habrá que tener en cuenta el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al reconocer como titulares de derecho a un sujeto colectivo, obviamente la exigibilidad y la justiciabilidad puede ser ejercida de manera individual o colectiva. Además, estos derechos serán de directa e inmediata aplicación.

En conclusión, la nueva constitución es muy generosa a nivel de reconocimiento de los derechos, incorpora muchos de los planteamientos históricos y luchas descolonizadoras

de los pueblos y nacionalidades indígenas, la incorporación del “adjetivo de plurinacional para el Ecuador” y el resto de derechos colectivos y otros vinculantes, deben ser consideradas como una gran oportunidad jurídica y política para lograr una verdadera transformación de este Estado de tendencia liberal y colonialista. Es responsabilidad de los pueblos y nacionalidades diseñar e implementar estrategias y mecanismos de aplicación y ejercicio de los derechos, es decir en la actualidad la lucha debe enmarcarse en el ámbito del ejercicio pleno de los derechos reconocidos en la Constitucional y los instrumentos internacionales

Dentro del Capítulo Cuarto de la Constitución encontramos un conjunto de disposiciones relacionadas con la “Función Judicial y Justicia Indígena”, y en la Sección Segunda en el artículo 171 consta la disposición relacionada con la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Tal como se puede observar, se ratifica el reconocimiento de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con competencia y jurisdicción, esto es, se encuentran investidos de la potestad de administrar justicia igual que los jueces del sistema ordinario.

Dentro del Código Orgánico de la Función Judicial también encontramos como uno de los principios, el de la jurisdicción y competencia, esto es en el artículo 7 y en la parte pertinente dice que:

> La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.
>
> Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

La norma citada, en concordancia con la Constitución, señala que las autoridades indígenas están dotadas de jurisdicción y competencia para ejercer las funciones jurisdiccionales y resolver los conflictos internos en las comunidades, pueblos y nacionalidades; es decir, tienen la categoría de ser “jueces indígenas”, cuyas resoluciones o actas constituyen “sentencias” las mismas que solo están sujetas a control de constitucionalidad de acuerdo con lo que determina la norma constitucional, el Código

Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control de Constitucional.

Por otra parte, la norma legal prohíbe el doble juzgamiento, en función del reconocimiento de que las resoluciones de las autoridades jurisdiccionales indígenas tienen el rango de sentencia ejecutoriada. En materia penal el Código Orgánico Integral Penal prohíbe que un caso juzgado por las autoridades indígenas, sean procesadas y juzgadas nuevamente en la justicia ordinaria, el Código establece lo siguiente:

> Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:(…)
>
> 9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

De la misma forma el Código Orgánico de la Función Judicial sobre la prohibición de doble juzgamiento establece, como unos de los principios:

> Art. 344.- Principios de la justicia intercultural. - La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:(…)
>
> c) Non bis in idem. -Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;(…)

Capitulo cuatro

4. El debido proceso en la justicia indígena

4.1. El debido proceso desde la visión de los pueblos indígenas

En la historia de la humanidad han coexistido diversos pueblos, cada uno con sus propias cosmovisiones, sus particulares formas de relacionamiento con la naturaleza, sus sistemas económicos, jurídicos, políticos y sociales propios; de la misma forma cada pueblo ha desarrollado importantes conocimientos y experiencia en determinadas áreas de la vida.

De la misma forma hay evidencias claras sobre la existencia de sistemas complejos y diversos de normas, procedimientos, instituciones y autoridades propias que regulaban la convivencia social y resolvía los conflictos en aquellos pueblos ancestrales, mucho antes de la le llegada de los españoles a los territorios de este continente llamado, en aquellas épocas Tawanintisuyu.

Estos sistemas se sustentaron y desarrolló en función de la cosmovisión y las realidades cognitivas de cada uno de los pueblos de aquella época, la misma que tenía sus particularidades y características propias, construidas en base a vivencias concretas, de manera colectiva y en estrecha relación con la naturaleza.

La historia también demuestra que los sistemas de regulación de la convivencia social y de resolución de conflictos fueron eficaces, de tal manera que durante miles de años los pueblos ancestrales subsistieron en base a su derecho propio, sus prácticas y costumbres y lograron mantener una convivencia armónica entre las personas, pueblos y estos a su vez con la naturaleza.

Con la llegada de los españoles al continente americano se interrumpió y se alteró toda la vida de los pueblos indígenas, muchos de sus conocimientos, valores y prácticas fueron eliminados a través de la imposición de otras formas de vida y de pensamiento, considerados como civilizados, los sistemas de regulación de la convivencia social y resolución de conflictos fueron reemplazados por normas, valores, instituciones y autoridades extrañas a las realidades de los pueblos de aquella época.

Sin embargo los pueblos indígenas han diseñado estrategias de resistencia para mantener sus conocimientos, valores, principios, instituciones, prácticas, etc, contrario a la intención de asimilación, desaparición o imposición del sistema estatal, empezaron una

lucha para reivindicar sus derechos a nivel nacional e internacional, lucharon por sus vidas, por su identidad, por sus territorios para que no sean usurpados y saqueados, por la educación y por ser reconocidos como entidades históricas y políticas con derechos.

Paralelamente la lucha por sus derechos en contra el sistema estatal, internamente se han organizado y fortalecido sus formas de vida y de esta manera no han permitido la desaparición total de sus prácticas ancestrales y derecho propio, los mismos que siguen vigente hasta la actualidad y son ejercidos por los pueblos y nacionalidades del Ecuador.

En nuestra Constitución del año 2008, el debido proceso ha sido concebido desde una visión eurocéntrica como un derecho de protección del cual gozamos todos los ecuatorianos, cuando nuestros derechos y obligaciones entran en conflicto. En este contexto se incorpora varias garantías que deben observarse y cumplirse en todos los procesos que se generan por los conflictos entre las partes. Sin embargo, no se observa que exista un sistema diferenciado de procedimiento particular para el sistema de justicia indígena.

Según la Corte Constitucional del Ecuador el derecho a la defensa no es una garantía aislada e independiente, sino que:

> (…) forma parte del complejo más amplio, denominado "debido proceso" Este es un derecho constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, dentro del cual se incluye un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo, libre de arbitrariedades, en todas las instancias judiciales. Así, el derecho a la defensa constituye a su vez una garantía del debido proceso que permite a las personas acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal ya sea contradiciendo los argumentos de hecho y de derecho alegados por' la parte contraria o cualquier otro medio para desarrollar su defensa de forma consistente con las garantías establecidas en la Norma Suprema. En este sentido, es obligación de todos los operadores de justicia aplicar las garantías básicas del debido proceso y específicamente, tutelar su cumplimiento en las diferentes actuaciones judiciales, ya que su desconocimiento acarrearía la vulneración de derechos constitucionales. (Sentencia Corte Constitucional, 2014)

En esa línea de análisis Nina Pacari señala que:

> (…) la garantía del debido proceso que señala la constitución política, en relación a la administración de justicia indígena, debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, puesto que el debido proceso sí está garantizado en ese contexto. Así como tratándose del juzgamiento de un comunero indígena ante un juzgado común, de hecho, se deberá exigir la garantía del debido proceso que se encuentra establecido en la constitución política, así como en la legislación nacional. Pero, además puede darse el caso de que el comunero reclame el ser juzgado por sus autoridades al sentir que su debido proceso estará más garantizado con la administración de justicia consuetudinaria. (Pacari, 2002).

En la cosmovisión y el idioma de la nacionalidad kichwa, se evidencia que no existe una terminología equiparable que conceptualice debido proceso o el derecho a la defensa, sin embargo, esto no significa que en la práctica se vulnere este derecho propio y constitucional. Los pueblos que forman parte de la nacionalidad kichwa, “En términos generales, cada comuna, comunidad o pueblo de la nacionalidad kichwa ha desarrollado su procedimiento […] hemos verificado que los pasos que se presentan a continuación son similares. (Pacari & Yumbay, pág. 76)

Los paso que se señala en el mencionado texto son los siguinetes: Willana (denuncia, comunicado); Tapuna (investigar, averiguar); Ñawinchina (careo, debate); Allichina (acuerdo, resolución); Pactachina (cumplimiento o ejecucion de la resolución); y, Katichina (Seguimiento y verificación de cumplimiento de la resolución) mediante este procedimiento que conlleva la aplicación de normas, principios, instituciones propias se garantiza el debido proceso y el deercho a la defensa.

Sin embargo, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 171 señala que la justicia indígena aplicará normas y procedimientos propios con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, de manera que el debido proceso establecido y concebido en la Norma Suprema no es del todo aplicable en el sistema de administración de justicia indígena, sino en función de lo que las comunidades conciben como una solución justa (llakita allí allichina) al conflicto generado.

No obstante, no puede vulnerar algunas prerrogativas establecidas en la Constitución y los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos para garantizar el debido proceso.

Tanto en el derecho propio como en el derecho ordinario existen algunos principios y garantías que se debe respetar en el proceso de juzgamiento en la jurisdicción indígenas, tales como: ser juzgado por autoridad competente, deben ser considerados como inocente, deben tener acceso a la información por las partes, derecho a la defensa, el procedo de juzgamiento debe ser público, deben tener libertad para presentar pruebas, la declaración debe ser libre, no se puede juzgar nuevamente por el mismo caso, aplicar normas, principios y procedimientos propios y debe existir la garantía de participación de la mujeres.

Por otro lado es fundamental proteger algunos derechos, como el derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la igualdad y no discriminación, prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes y el derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Consecuentemente, la vigencia del pluralismo jurídico implica la convivencia y coexistencia simultánea de estos dos sistemas de justicia, la ordinaria y la indígena, cada uno de estos tiene su sustento en su derecho y prácticas propias, y responden a su realidad epistémica y cognitiva propia y deben establecer mecanismos de coordinación y cooperación entre estas.

Boaventura de Sousa Santos, precisa de manera clara que

> Cuando hablamos de justicia indígena no estamos refiriéndonos a un método alternativo de resolución de litigios como son los casos de arbitraje, conciliaciones, jueces de paz, justicia comunitaria. Estamos ante una justicia ancestral de pueblos originarios anclada en todo un sistema de territorios, de autogobierno, de cosmovisiones propias. Tiene una historia muy larga y una memoria igualmente bastante prolongada, constituida por mucho sufrimiento, pero también por muchísima resistencia hasta el presente. (pág. 24)

De manera que la justicia indígena es histórica, que se ha practicado desde antes de la llegada de los españoles y la fundación del mismo Estado, así mismo cuenta con características propias, tiene, normas, principios, procedimientos, autoridades que no son iguales al sistema ordinario.

Por lo expuesto, parece acertada la aproximación de Mario Malo Grizalba, quien desde una mirada amplia destaca que

> Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica. (pág. 146)

Esto marcaría uno de los fundamentos de la cosmovisión de los pueblos indígenas, pues los procedimientos que se siguen en este sistema de administración de justicia persiguen su objetivo final, la consecución de la justicia desde la práctica cotidiana e inmediata de sus principios, los cuales han sido interiorizados históricamente en los miembros de las comunidades.

Entonces, desde las prácticas consuetudinarias en Ecuador, se ha establecido un procedimiento justo en la vida comunitaria indígena en el que se contempla el cumplimiento y respeto de normas, principios y derechos constitucionales.

Se intentará analizar a continuación en base a la experiencia y conocimientos de los propios pueblos el cumplimiento del debido proceso en particular el derecho a la defensa, durante el procedimiento justo que tiene la justicia indígena, como son: Willana; Mashkana-Tapuna; Chimpapurana-Ñawinchina; Yuyarina-Allichina; Pactachina y Katichina.

4.2. Principios fundamentales que rigen la vida comunitaria de los pueblos indígenas kichwa

Los pueblos indígenas que habitan en el Ecuador, conservan modelos de vida comunitaria basados en los principios de solidaridad, reciprocidad, complementariedad, redistribución, equilibrio, consenso, y una práctica de convivencia armónica con la naturaleza (pachamama) a quien se la considera como una madre.

Existen normas y principios fundamentales que han sido los ejes que regulan la vida de los pueblos, a pesar de que no se encuentran escritos en leyes, reglamentos u otros, sin embargo, son respetados y acatados por todos sus miembros, estos principios son:

Ama Killa.- Significa no ser ocioso, las personas que conviven en el territorio de los pueblos indígenas no pueden ni deben ser ociosas, todos debe trabajar ninguna persona puede disfrutar del trabajo ajeno, este principio tiene una incidencia directa en la economía de la familia y la comunidad.

Ama Llulla.- Significa no mentir, en el pueblo indígena el valor de la palabra, es fundamental en cualquier situación y circunstancia de la vida, la mentira hace daño a los demás rompe la armonía de la familia, comunidad, pueblo o nacionalidad.

Ama Shuwa.- Significa no robar, constituye un valor importante para los pueblos indígenas que está relacionado con la honestidad y la transparencia de las personas, consiste en entender que la madre tierra proporciona productos necesarios para la subsistencia por lo que debe tomar solamente lo que necesita y le pertenece sin perjudicar a los demás, de esta manera se protege los bienes individuales y comunitarios.

La transgresión de estos principios fundamentales de los pueblos indígenas por parte de algunos miembros, rompe el equilibrio social, natural, energético, y activa los mecanismos colectivos de resolución de conflictos y el restablecimiento de la armonía.

En lo que respeta a los principios jurídicos del derecho propio de los pueblos indígenas, encontramos la vigencia de los siguientes:

- Armonía
- Integralidad
- Perdón - rehabilitación
- Reconciliación y convivencia
- Restauración
- Equilibrio
- Dialogo
- Espiritualidad
- Confianza
- Decir la verdad
- Reparación
- Comunitario

4.3. Régimen de autoridad comunitaria de los pueblos indígenas

En las comunidades y pueblos están presentes en calidad de autoridades ancestrales los achiktayta (padrino), achikmama (madrina), yachak (sabio), hampik (sanador, curador), hatunmama (abuela) hatuntayta (abuelo) quienes tienen un rol fundamental en la dirección y consejería de la comunidad para la convivencia armónica de sus miembros.

De la misma forma existe un régimen de autoridades que está representado principalmente por el Cabildo y la Asamblea Comunitaria, el cabildo está constituido por un grupo de dirigentes, denominado “pushakkuna” y la Asamblea Comunitaria integrado por todas las familias y personas “ayllukuna-runakuna”, todos ellos constituyen el Gobierno Comunitario y ejercen las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución y el derecho propio.

Estas autoridades están determinadas en función de un territorio y de una identidad cultural, estructuradas en entidades culturales y políticas, que actualmente se los reconoce constitucionalmente como comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades.

El ejercicio de las competencias y atribuciones por parte de las autoridades indígenas se sustenta en un principio que se conoce como “mandar obedeciendo” lo que implica que la autoridad debe obedecer y aplicar las decisiones colectivas y tomar el mando horizontal de la autoridad para hacer cumplir aquellas decisiones colectivas.

En la actualidad las competencias y atribuciones de las autoridades indígenas que están reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador son diversas, están distribuidos en el ámbito administrativo-ejecutivo[2], político-legislativo[3]y jurisdiccional[4].

4.4. Procedimientos y prácticas propias en la administración de justicia indígena kichwa (debido proceso, procedimiento justo)

Muchos han cuestionado el ejercicio de la administración de justicia por parte de los pueblos y nacionalidades indígenas, bajo el argumento de que las autoridades indígenas no están capacitadas para aplicar, que la forma de resolver los conflictos es atentatoria a los derechos humanos y la constitución, que no existe un debido proceso, que solo pueden resolver conflictos menores, entre otros aspectos.

---

[2] Constitución de la República del Ecuador. Art 57 numeral. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

[3] Constitución de la República del Ecuador. Art 57 numeral. 10. 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.

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

Al contrario, en la práctica existen evidencias de que los pueblos indígenas y sus autoridades han demostrado históricamente su capacidad para resolver los conflictos y mantener la armonía social a través de su propio derecho y sistema de administración de justicia, lo que ha permitido que en las comunidades exista menos conflictos, violencias y delitos que en otras sociedades, existe mayor solidaridad y honestidad, y mayor conciencia sobre la protección de la madre naturaleza.

Existen procedimientos estructurados, claros y consensuados que se aplican en la administración de justicia para resolver un conflicto, los mismos que se ejecutan de manera cíclica, sin tiempos preestablecidos ni trámites engorrosos.

Existe un primer momento que se llama “willana” (comunicar, denunciar), es cuando el afectado pone en conocimiento de la autoridad o de la asamblea sobre el conflicto que se ha generado y el desequilibrio existente; las autoridades indígenas analizan la denuncia, comunican a las partes y convocan a una asamblea comunitaria para la resolución del conflicto;

El segundo momento es el “mashkana-tapuna” (investigar, averiguar) es la etapa en el que se realiza las averiguaciones, receptan las declaraciones, identifican o siguen las huellas, recogen evidencias, visitan el domicilio**;** para lo cual, generalmente, se conforma comisiones que se encargan de recopilar las informaciones o pruebas que contribuyan a esclarecer la verdad de los hechos;

El tercer momento es el “chimpapurana-ñawinchina” (careo) en el cual las partes implicadas cara a cara exponen todo el caso, así como presentan todas las pruebas que hubieren logrado recopilar, sean estas pruebas materiales, por ejemplo del objeto robado y recuperado, o a su vez los objetos que hubieren sido utilizados en el cometimiento del hecho, y si existe testigos estos darán su declaración en la asamblea comunitaria, en esta parte, intervienen todos las personas que participan en la asamblea, quienes proceden a realizar las preguntas al supuesto generador del conflicto, a los testigos, al afectado, a la familiares, entre otros; en esta etapa se logra llegar a esclarecer el conflicto, determinando la gravedad de los hechos, los responsables, los efectos, las causas.

El cuarto momento es el allichina-yuyarina (arreglar, resolver), las autoridades indígenas en base a la investigación, el careo, el aporte de la Asamblea, de los dirigentes llegan a la conclusión y certeza para determinar la culpabilidad o no del causante del

conflicto; establecida la culpabilidad proponen los mecanismos de sanación, sanción, reparación, restauración y rehabilitación, estas propuestas son sometidas al análisis y resolución de la asamblea comunitaria para la toma de una decisión y una resolución consensuada.

El quinto momento es pactachina (cumplir la resolución) es decir se ejecuta la decisión emitida por la autoridad indígena, que por lo general consiste en: aconsejamiento que influye en el aspecto psicológico y moral; sanación se efectúa utilizando los siguientes elementos el agua, ortiga, hierbas medicinales, fuete, humo, trago, etc, influye en la parte biofísica, espiritual y energética; reparación del daño en el ámbito económico, sicológico y social; arrepentimiento, perdón y reconciliación que influye en el aspecto social, moral y psicológico, finalmente se establece formas de acompañamiento para la rehabilitación al causante y afectado.

Finalmente procede el momento de “katichina” (seguimiento); existen algunos casos en las que la resolución de la autoridad comunitaria no se lo puede cumplir en ese momento, requiere meses o años; por ejemplo, cuando en un conflicto de muerte, la sanción es trabajo comunitario de ocho años, en estos casos la autoridad indígena establece una estrategia para el monitoreo y seguimiento a fin de que la decisión sea cumplida a cabalidad.

De acuerdo a la actual Constitución de la República del Ecuador y las Leyes vigentes en nuestro país, todas las resoluciones que fueren tomadas por las autoridades indígenas, ponen fin a una causa, ya que son sentencias, y estas resoluciones son inapelables, y deben ser respetadas por todas las autoridades de la justicia ordinaria y demás autoridades administrativas, porque se trata de una cosa juzgada.

La Constitución prevé que dichas resoluciones solo son susceptibles de control por la Corte Constitucional, por ende, no pueden ser revisadas por las autoridades administrativas, policiales ni jurisdiccionales del sistema ordinario.

4.5. Garantías del debido proceso en la justicia indígena, entre la disposición constitucional y el derecho propio

Tanto en el derecho propio como en el derecho ordinario existen algunos principios y garantías que se debe respetar en el proceso de juzgamiento; en la jurisdicción indígena se tiene presente algunos de estos tales como: ser juzgado por autoridad competente; deben

ser considerados como inocentes; las partes deben tener acceso a la información; garantizar el derecho a la defensa; el procedo de juzgamiento debe ser público; deben tener libertad para presentar pruebas; no se puede juzgar nuevamente por el mismo caso; aplicar normas, principios y procedimientos propios y debe existir la garantía de participación de la mujeres.

Por otro lado, es fundamental proteger algunos derechos, como el derecho a la vida; derecho a la libertad; derecho a la igualdad y no discriminación; prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes; y, el derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Para analizara algunas prerrogativas establecidas en la Constitución para garantizar el debido proceso en la justicia indígenas, procedamos a describir las mismas y sus formas de cumplimiento.

a. Ser juzgado por autoridad competente

La Constitución de la República del Ecuador otorga la facultad jurisdiccional a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, es decir es una autoridad de carácter colectivo cuya competencia está determinada en función de la territorialidad y la pertenencia cultural de la persona que ha generado un conflicto.

En una resolución del conflicto interno participa el Gobierno Comunitario de una determinada comunidad, pueblo o nacionalidad, quienes a través de su Consejo de Gobierno dirigen y facilitan el proceso de administración de justicia en el seno de la Asamblea Comunitaria el mismo que en su calidad de máxima autoridad toma la resolución o la decisión final.

De manera que, en el sistema de administración de justicia, no actúa una autoridad de índole individual, tampoco puede ser cualquier organización social indígena, sino, debe ser aquella comunidad que está asentado en un determinado territorio, con un régimen de autoridad comunitaria, con un conjunto de principios y reglas socialmente aceptadas, una identidad cultural, un idioma propio, entre otros.

b. Deben ser considerados como inocentes

En el sistema de justicia indígena existe un procedimiento, que cumple los siguientes

momentos Willana; Mashkana-Tapuna; Chimpapurana-Ñawinchina; Yuyarina-Allichina; Pactachina y Katichina.

Este proceso garantiza que la persona involucrada en un conflicto sea sancionada o el conflicto sea resuelto de manera integral, luego de haber agotado todos estos momentos del proceso; cuando la autoridad comunitaria tenga la certeza del conflicto ocurrido y determinada la responsabilidad de la persona denunciada procede cualquier acción para restaurar la armonía social, mientras tanto la persona es considerada como inocente libre de cualquier tipo de responsabilidad.

c. Deben tener acceso a la información por las partes

Al ser un proceso comunitario, evidentemente la información respecto al caso sometido a resolución de conflicto, es por demás público y comunitario. En estos procesos actúan decenas y cientos de comuneros quienes en Asamblea tienen acceso a toda la información, de la misma manera las partes involucrados están al tanto de toda la información, por otro lado no actúan de manera individual sino de manera colectiva, ya sea con el apoyo de la familia o la propia comunidad.

d. Debe garantizar el derecho a la defensa y la libertad de presentar pruebas

Durante todo el proceso de resolución del conflicto, la persona que posiblemente haya generado el conflicto tiene derecho a defenderse, pero existe una etapa importante, denominado chimpapurana-ñawinchina (Careo) que en la práctica constituye un dialogo y debate sobre los elementos y circunstancias del conflicto generado y la responsabilidad, en este momento las partes implicadas exponen todo el caso, presentan todas las pruebas que hubieren logrado obtener, intervienen las personas que participan en la asamblea unos defendiendo y otros culpando, realizan las preguntas al supuesto generador del conflicto, a los testigos, al afectado, a los familiares.

No es una defensa en las que intervienen los abogados como en sistema ordinario, sino que como señalan Nina &Yumbay que:

> La persona que rompe con la armonía puede ser miembro o no de la comunidad. En la asamblea esa persona que ha quebrantado la paz tiene derecho a la defensa por si misma además de contar con la defensa que hace su familia. Por ello en la asamblea participan como personas involucradas en el hecho, aquel o aquellos que

> rompen con la convivencia, con el equilibrio así como la parte que sufre por ese acto adverso; esta ruptura, este sufrimiento, este pesar se denomina llaki, es el "problema" que debe ser superado, debe ser corregido, debe ser resuelto para que se restablezca la armonía.
>
> En el seno de la asamblea se produce el dialogo, muchas veces tenso, dificultoso dependiendo del grado de la ruptura. Muchas veces se da un cruce de palabras fuertes, se da un enfrentamiento, entonces los familiares y otros comuneros intervienen apaciguando y planteando medidas encaminadas a subsanar el daño.
>
> Este conjunto de acciones forman parte de la defensa que en kichwa defender se dice mitsana o michana. Pero las preguntas para llegar a determinar dónde está la verdad se las realiza directamente a los involucrados, generalmente, por separado y cuando sus versiones son contrarias, o se producen los enfrentamientos las partes son sometidas al ñawinchina, a defender su versión "cara a cara mirando a los ojos". Y son los mayores sobre todo, quienes están atentos para analizar la palabra, el gesto, la mirada con la cual se están defendiendo, para luego aportar con su criterio sobre la búsqueda de la verdad en la palabra. (pág. 97)

Esta etapa es clave debido a que con todos los elementos recopilados durante la etapa de mashkana (investigación), las autoridades comunitarias tienen la certeza del conflicto ocurrido y la responsabilidad o no de la persona denunciada y están listas para tomar una resolución o sentencia.

e. El proceso de juzgamiento debe ser público

Como ya se ha dicho la autoridad que asume la función jurisdiccional es comunitaria y el proceso de juzgamiento es llevado a cabo mediante grandes Asambleas comunitarias, en el que participan todos los miembros de las comunidades, niños, jóvenes, adultos, adultos mayores, hombres y mujeres, de manera que todas las actuaciones son públicas. La participación de los jóvenes y niños es parte de la práctica ancestral en estos espacios ocurren los aprendizajes no solo de los procesos de solución de conflicto, sino de los valores, principios, normas y aprenden estrategias de liderazgo y gobierno comunitario.

f. No se puede juzgar nuevamente por el mismo caso

En la justicia indígena cada caso es juzgado en un determinado territorio sea esta de posesión ancestral, legalmente reconocido o los espacios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos indígenas. De tal forma que, si ya hubo un conflicto resuelto, esta decisión tiene el carácter de sentencia ejecutoriada, por ende, no es permitido volver a juzgar por el mismo hecho nuevamente, ni por la comunidad en el que se determinó la sentencia y menos por otra comunidad.

La propia comunidad tiene mecanismos de autorregulación y control de los casos que ya han sido juzgados.

El problema que existe es con la justicia ordinaria, cuando un caso juzgado en la justicia llega a conocimiento de esta, lo que legalmente debería hacer el juez ordinario es archivar el caso, sin embargo, en la práctica no proceden de esa manera, al contrario continúan con el proceso dando lugar a un doble juzgamiento, frente a la cual las autoridades indígenas han solicitado la declinación de competencias y archivo de la causa muchos jueces han negado, frente a lo que las autoridades indígenas han tenido que plantear la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional.

g. Aplicar normas, principios y procedimientos propios

La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso señala el artículo 66 número 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por su parte Nina Pacari señala que:

> (…) la garantía del debido proceso que señala la constitución política, en relación a la administración de justicia indígena, debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, puesto que el debido proceso sí está garantizado en ese contexto. Así como tratándose del juzgamiento de un comunero indígena ante un juzgado común, de hecho, se deberá exigir la garantía del debido proceso que se encuentra establecido en la constitución política, así como en la legislación nacional. Pero además, puede darse el caso de

que el comunero reclame el ser juzgado por sus autoridades al sentir que su debido proceso estará más garantizado con la administración de justicia consuetudinaria. (Pacari, 2002)

h. Debe existir la garantía de participación de las mujeres

La Constitución de 2008 incluye como un mandato fundamental, la garantía de participación y decisión de las mujeres en la administración de justicia indígena, el mismo que condiciona la constitucionalidad del procedimiento y la decisión, cuya vulneración será conocida y resuelta por la Corte Constitucional a través de una acción extraordinaria de protección que debe plantear la persona que sienta que este mandato no ha sido acatado por la autoridad jurisdiccional indígena.

Según Nina Pacari y otras autoras

La mujer indígena ha estado vinculada históricamente a los procesos de lucha de los pueblos y nacionalidades, y han vivido vinculadas a las estructuras organizativas de sus comunidades, han asumido roles importantes y participa de todas las acciones colectivas desarrolladas en función de la defensa de sus derechos y de su pueblo en general. Aunque este rol en muchos casos no ha sido reconocido por sus compañeros ni por la sociedad. "No obstante, de la negación experimentada por la mujer, al interior de sus comunidades, su participación y rol protagónico en la lucha a lo largo de los años, ha sido importante (…) " (Pacari, Yumbay, & Otros, 2020)

En los últimos años existe mayor presencia de las mujeres en los espacios públicos, privados y comunitarios, aunque sigue siendo insuficiente, ellas están presentes en los espacios comunitarios, en calidad de lideresas o autoridades comunitarias, en las funciones públicas han asumido importantes cargos, ya sea por méritos propios, así como mediante elección popular; en el ámbito internacional también existe presencia de mujeres indígenas ocupando cargos en algunos organismos internacionales.

Sin embargo, los problemas de discriminación e invisibilizacion de la acción y participación de la mujer indígena sigue presente, por ende, es fundamental tomar medidas al respecto, para lo cual es importante fortalecer y recuperar los principios fundamentales que permite una vida armónica, recíproca y complementaria entre el hombre y la mujer, Nina Pacari al analizar el principio de complementariedad y equilibrio señala que:

> (…) en la noción kichwa el YANANTIN tiene su razón de ser en la medida en que son seres de igual jerarquía aunque diferentes, es decir, la mujer no es apéndice de "costilla" alguna, sino que tanto el hombre cuanto la mujer surgieron al mismo tiempo para el mismo objetivo, dando lugar a que el YANANTIN coexista simultáneamente con el principio del equilibrio; a ello se debe la idea de la complementariedad y no el de la "lucha de contrarios" refiriéndonos a la dialéctica del pensamiento occidental" (pág. 14)

Si bien las mujeres están involucradas en las acciones de sus comunidades, pero las comunidades, pueblos y nacionalidades tienen a su cargo la enorme responsabilidad de cumplir con el mandato constitucional, que no solo implica una mera presencia de las mujeres en los procesos de juzgamiento, sino que debe garantizar que ellas participen de manera protagónica y tomen las decisiones para resolver el conflicto. De la misma manera deben fortalecer sus principios y practicas ancestrales para garantizar una vida armónica entre el hombre y la mujer, a su vez entre todas las personas y esta con la naturaleza.

Conclusiones

Los pueblos ancestrales, hoy denominados, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades por la Constitución y la legislación internacional, han tenido enfrentar una historia de lucha permanente para la reivindicación de sus derechos como pueblos milenarios u originarios de estos territorios, desde la llegada de los españoles y luego a partir de la estructuración del Estado nacional.

Los procesos de lucha y resistencia colectiva, organizada y sistemática de los pueblos indígenas, a nivel nacional e internacional, han permitido el reconocimiento progresivo de sus derechos tanto individuales como colectivos en las normas jurídicas estatales; a partir del año 1830 cuya Constitución reconoció ningún derecho hasta la Constitución del año 2008 en el que se declara al Estado como plurinacional e intercultural y se reconoce un catálogo de derechos y competencias colectivas.

El derecho propio y los mecanismos de resolución de conflictos o la justicia indígena tienen una vigencia histórica y ha sido aplicados y ejercidos por los pueblos indígenas desde antes de la llegada de los españoles y la fundación del Estado colonial. Mediante este conjunto de normas, principios y mecanismos de resolución de conflicto y la justicia indígena, expresados en el derecho propio, ha permitido la sobrevivencia de los pueblos y el mantenimiento de la armonía social y su interrelación equilibrada con la naturaleza.

La justicia indígena se sustenta en el derecho propio, las prácticas y costumbres ancestrales, cuyos preceptos filosóficos y teóricos reposan en la memoria colectiva de los miembros de la comunidad y su legitimidad esta evidenciada en la práctica continua y aceptación colectiva por parte de sus miembros.

La justicia indígena cuenta con normas, principios, procedimiento e institucionalidad propia, distinta al de la justicia ordinaria, factores que garantizan un procedimiento justo y una justicia restaurativa que permite el restablecimiento de la armonía social, protegiendo los derechos de cada una de las partes involucradas en el conflicto. En su aplicación se observa también las garantías de debido proceso establecidos para la justicia ordinaria.

Los pueblos indígenas siguen siendo aún frágiles frente a un Estado colonial, a pesar del reconocimiento constitucional de la jurisdicción y competencia para administrar justicia indígena en sus territorios, no existe las garantías necesarias para su ejercicio pleno.

Persiste el pensamiento y práctica racista frente al derecho propio y la justicia indígena, evidenciado en la judicialización de las autoridades que ejercen este derecho, el doble juzgamiento por parte de la justicia ordinaria, la no declinación de competencia por parte de la justicia ordinaria, desconocimiento y rechazo de las decisiones de las autoridades indígenas por parte de la autoridades judiciales, administrativas y policiales.

Recomendaciones

Es necesario formular e implementar políticas públicas y normas jurídicas que permita romper el mito de que los pueblos indígenas son inferiores e incapaces de autogobernarse y administrar su propia justicia, para permitir el pleno ejercicio de sus derechos colectivos y la justicia indígena, si bien es un sistema de juzgamiento propio de los pueblos, sin embargo, al estar reconocido por la Constitución y el derecho internacional, es un sistema de justicia más del Estado ecuatoriano, por ende es responsabilidad del Estado establecer mecanismos institucionalizados de protección, respeto y aplicación de este derecho.

Los pueblos indígenas deben fortalecer su organización social ancestral o su modelo de sociedad comunitaria, es decir su comunidad y el gobierno comunitario, para diseñar e implementar estrategias que permita el conocimiento absoluto y el ejercicio pleno de sus derechos, en particular la justicia indígena, así como, para exigir al Estado la protección, respeto y la aplicación de los derechos colectivos.

La justicia ordinaria debe emitir normas jurídicas y directrices administrativas, para los operadores de justicia, en el marco de su competencia, con el propósito de que ellos cumplan a cabalidad con las disposiciones constitucionales y legales respecto a la justicia indígena, la declinación de competencia, la prohibición de doble juzgamiento, la interpretación intercultural y el respeto absoluto de las decisiones de la justicia indígena.

Las instituciones de educación superior que cuenten con la carrera de derecho, deben incluir en el pensum de estudio una materia sobre derecho propio y justicia indígena.

Los medios de comunicación deben coordinar con las autoridades jurisdiccionales de los pueblos indígenas, para comprender de manera integral el sistema de administración de justicia indígena; comunicar y educar a la población con objetividad y veracidad sobre este derecho y competencia ejercida por los pueblos y nacionalidades.

Referencias

Acosta, A. (2009). *"Plurinacionalidad, Democraciaen la Diversidad".* Quito: Abya Yala.

Beltrán , B. (2010). *"Desde la Continuidad Historica, Reconstruyendo la Jurisprudencia Indígena".* Quito: Nina Comunicaciones.

Boaventura , D., & Grijalva, A. (3 de Octubre de 2012). *https://core.ac.uk/download/pdf/144049703.pdf.*

CONAIE. (20 de Diciembre de 2012). *https://conaie.org/2015/07/21/proyecto-politico-conaie-2012/*.

Constituyente, A. (1998). *Constitución Politica del Ecuador.* Quito: Asamblea.

Constituyente, A. (2008). *"Constitución de la República del Ecuador".* Quito: Asamblea .

Grijalva, A. (2012). *"Constitucionalismo en el Ecuador".* Quito: CEDEC.

Malo, M. (1997). *"Derechos Fundamentales".* Bogota: 3R Editores.

Mariño , F., & Oliva , D. (2004). *"Avances en la protección de los derechos indigenas".* Madrid: Dykinson, SL.

Martinez , O., & Blázqeuz , D. (2007). *"Los derechos Humanos ante los desafios internacionales de la diversidad cultural".* Valencia: Tirant lo Blanch.

Pacari, N. (2002). *https://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalisis2/administracionyjusticiaindigena/articulos/ninapacari.pdf.*

Pacari, N., & Yumbay, M. (2019). *"Derecho Propio y Sistema de Administración de Justicia Indígena".* Quito: V&M Gráficas.

Pacari, N., Yumbay, M., & Otros. (2020). *"Las Luchas y Conquistas de las Mujeres Kichwas que Clausuran el Silencio".* Riobamba: Freire.

Ramón , G. (2009). *"Plurinacionalidad, Democracia en la Diversidad".* Quito: Abya Yala.

Zaffaroni, E. R. (2009). "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley penal". En M. d. Justicia, *Derechos Ancestrales y Justicia en Contextos Plurinacionales* (pág. 121). Quito: V&M Gráficas.

Santos, B. (3 de Octubre de 2012). *http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia_Indigena_Ecuador.pdf.*

Sentencia Corte Constitucional, 117-14-SEP-CC,2014 (Corte Constitucional 14 de Septiembre de 2014).

Walsh, K. (29 de 03 de 2016). *http://www.revistatabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf.*

Walsh, K. (29 de 03 de 2016). *http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/363/File/PonenciaLima1.pdf, 2016.*

Yumbay, M. (Sabado de Noviembre de 2020). "Justicia Indigena". (R. Lema, Entrevistador)