

La justicia como principio jurídico y su fundamentación en el derecho ecuatoriano



Autores: Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.
Ambar Murillo Mena, Mgtr.
José Albert Márquez, Ph.D.



**LA JUSTICIA COMO PRINCIPIO
JURÍDICO Y SU
FUNDAMENTACIÓN EN EL
DERECHO ECUATORIANO**

AUTORES

Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.

José Albert Márquez, Ph.D.

Ámbar Murillo Mena, Mgtr.

2022

TÍTULO

LA JUSTICIA COMO PRINCIPIO JURÍDICO Y SU FUNDAMENTACIÓN EN EL DERECHO ECUATORIANO

AUTORES:

Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.
José Albert Márquez, Ph.D.
Ámbar Murillo Mena, Mgtr.

AÑO

2022

EDICIÓN

Econ. César Augusto Pozo Estupiñán – Departamento de Publicaciones
Srta. Alejandra González Andrade-Coedición
Universidad Tecnológica ECOTEC

ISBN

978-9942-960-71-9

No. PÁGINAS

80

LUGAR DE EDICIÓN

Samborondón - Ecuador

DISEÑO DE CARÁTULA

Ing. Annabell Esperanza Aguilar Muñoz-Departamento de Relaciones
Públicas y Marketing. Universidad ECOTEC

NOTA EDITORIAL

Los trabajos que conforman los capítulos del presente libro son resultado de investigaciones por parte docentes-investigadores expertos en la rama del derecho, que tributan a la Línea de Investigación "Gestión de las Relaciones Jurídicas", en colaboración con los docentes de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad ECOTEC. Los autores de esta obra tuvieron la responsabilidad de seleccionar dichas investigaciones científicas, tomando en consideración el impacto y relevancia de la información, en virtud de la difusión del conocimiento.

CONTENIDO

DATOS DE LOS AUTORES.....	6
PRESENTACIÓN	8
CAPÍTULO 1: LA JUSTICIA Y SUS PRINCIPIOS JURÍDICOS	10
Autores:.....	10
Abg. Carlos Alcívar Trejo,Mgtr.....	10
José Albert Márquez, Ph.D.....	10
1.1 Introducción	10
1.2 Métodos.....	12
1.3 La Justicia	13
1.4 Teorías de la Justicia.....	14
1.5 Relación de la Justicia con el Derecho	18
1.6 Los Principios de la Justicia	22
1.7 Conclusiones:	24
1.8 Referencias Bibliográficas	25
CAPÍTULO 2: LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA APLICADA AL DERECHO CONSUECUDINARIO PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	28
Autores:.....	28
Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.....	28
José J. Albert Márquez, Ph.D.....	28
Abg. Ámbar Murillo Mena, Mgtr.	28
2.1 Introducción	28
2.2 Métodos.....	30
2.3 Las Naciones y los Pueblos Indígenas en el Ecuador.	30
2.4 Concepciones Legales	32

2.5 El Derecho de los Indígenas en el Plano Internacional.....	35
2.6 La Constitución del Ecuador y los Pueblos Indígenas	42
2.7 Marco Jurídico del Ecuador y los Pueblos Indígenas.....	44
2.8 Conclusiones	48
2.9 Referencias Bibliográficas	49
CAPÍTULO 3: LA JUSTICIA EN LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO ECUATORIANO	52
Autores:.....	52
Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.....	52
Abg. Ámbar Murillo Mena, Mgtr.	52
3.1 Introducción	52
3.2 Métodos.....	54
3.3 La Concepción de la Justicia	54
3.4. El Sistema de Justicia en el Ecuador	57
3.5 El Derecho a la Justicia del Indígena Ecuatoriano	62
3.6 Conclusiones:	64
3.7 Referencias Bibliográficas	65
CAPÍTULO 4: LA LEY INDÍGENA COMO FUENTE DEL DERECHO EN LOS PAÍSES ANDINOS	66
Autores:.....	66
Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.....	66
Abg. Ámbar Murillo Mena, Mgtr.	66
4.1 Introducción	66
4.2 Métodos.....	68
4.3 Estudio de la Constitución de los Países Andinos como fuente del Derecho Indígena.....	69
4.4 Análisis de la Legislación Indígena de los Países Andinos.....	74

4.5 Conclusiones	75
4.6 Referencias Bibliográficas	76

DATOS DE LOS AUTORES

ABG. CARLOS ALCÍVAR TREJO. MGTR.

Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

Diplomado Superior en Diseño Curricular por Competencias Universidad de Guayaquil.

Magister en Diseño Curricular Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

Actualmente labora como Director de Planificación Académica de Cuarto Nivel y Postgrados. Consejo de Educación Superior.

Jefe de Cultura Científica, Decanato de Investigación de Vicerrectorado Académico de la Universidad de Guayaquil.

Docente tiempo parcial de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad ECOTEC.

Docente tiempo parcial de la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación.

Doctorando en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Córdoba, España.

Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Argentina (UCA).

Ha publicado varios libros y artículos en revistas indexadas.

JOSÉ J. ALBERT MÁRQUEZ Ph.D.

Licenciado en Derecho Universidad de Córdoba.

Doctor en Derecho Universidad de Córdoba.

Actualmente labora como Secretario Académico Responsable de Calidad.

Profesor Contratado Doctor del Área de Filosofía del Derecho (Departamento de Ciencias Jurídicas Internacionales e Históricas y Filosofía del Derecho) de la Universidad de Córdoba.

Ha publicado varios libros y artículos en revistas indexadas.

ABG. ÁMBAR MURILLO MENA. MGTR.

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo.

Magister en Derecho Constitucional Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo.

Actualmente labora como Coordinadora Académica y Docente Tiempo completo de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Tecnológica ECOTEC.

Doctoranda en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad De Córdoba España.

Ha publicado varios libros y artículos en revistas indexadas.

PRESENTACIÓN

El presente libro tiene como finalidad, el mostrar la apreciación de justicia, el derecho de los pueblos indígena y su aplicación al derecho consuetudinario, en el cual las costumbres, las tradiciones, la cultura y la cosmovisión son las fuentes principales de las normativas legales que rigen a estas comunidades ancestrales, es por ello que este libro consta de cuatros capítulos en los cuales se dilucidan estas concepciones, haciendo un análisis de los elementos de la justicia y como esta ha sido influenciada por las culturas milenarias para preservar los derechos de los pueblos indígenas.

En el primer capítulo titulado la justicia y sus principios jurídicos, se esboza la concepción de justicia que presentan varios juristas, igualmente se muestra como esta se basa en el dar lo justo a todos los ciudadanos y como esta es la base para la organización del sistema jurídico de un Estado, indicando cual es la teoría en la cual se basa la definición de justicia. También se muestra la relación que presenta la justicia con el derecho y cuáles son los principios fundamentales de la justicia.

El segundo capítulo muestra a la costumbre como fuente de la justicia indígena aplicada al derecho consuetudinario, en el mismo se indica cual es la concepción que se tiene de las comunidades, los pueblos y las naciones indígenas en el Ecuador, en este apartado se indica como es reconocido por las diferentes organizaciones del estado ecuatoriano, igualmente se plasma la contribución que ha hecho la cultura, costumbres, tradiciones y cosmovisión a la justicia ecuatoriana.

Mientras que en el tercer capítulo se establece a la justicia en la formación del estado de derecho ecuatoriano, mostrando la concepción de la justicia como la formación del sistema de justicia, igualmente se indica como es establecido el sistema de justicia ecuatoriano de acuerdo al basamento jurídico, así como es el acceso del ciudadano al sistema de justicia ecuatoriano.

En el capítulo cuarto se indica a la ley indígena como fuente del derecho en los países andinos, en esta parte se realiza un estudio de los derechos indígenas consagrados en la constitución de los países andinos, así como el estado del sistema legal de estos países para la definición de los derechos reservados para la protección de las comunidades indígenas.

CAPÍTULO 1: LA JUSTICIA Y SUS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Autores:

Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.

José Albert Márquez, Ph.D.

1.1 Introducción

Aunque resulte extraño, no existe hoy día entre los juristas un concepto común de justicia, ni mucho menos de lo que el derecho sea. De hecho, muchos expertos directamente abandonan la cuestión ontológica (es decir, considerar el *ser* del derecho o de la justicia), y estudian cómo es el derecho (describiéndolo asépticamente), o cómo puede conocerse. Ya decía Kant, irónicamente, en el S. XVIII, que “todavía buscan los juristas una definición para su concepto del Derecho” (Kant, 2005, p. 425).

No siempre las cosas fueron así. Hasta el giro metodológico que afectó profundamente a la ciencia del derecho en el S. XVII, la herencia de la filosofía griega y el derecho romano y enseñaban que la justicia distributiva consistía en dar o atribuir a cada cual, según su mérito en sociedad, y que el derecho era justamente el arte de dar lo suyo a cada uno en cada caso concreto. Ciertamente es que en aquellas sociedades existía una común idea de qué era justo o no (MacIntyre, 1984); algo teóricamente imposible desde el advenimiento de la modernidad y la emancipación antropocéntrica del pensamiento.

Para los juristas clásicos, la justicia, como la verdad práctica, derivaba de la adecuación de nuestro intelecto a las cosas; para los modernos, la justicia puede derivarse del consenso o de la adecuación de las cosas a nuestro intelecto (léase aquí, ideología, preferencias políticas, etc.). No siendo además posible determinar qué es la Justicia, esta desapareció en buena medida del horizonte del pensamiento jurídico, hasta que, tras la Segunda Guerra Mundial, los efectos de los excesos del extremo positivismo legalista nacionalsocialista, hizo volver la vista de los juristas hacia la idea de Justicia.

La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

No ya al modo clásico (como principio objetivo basado en la naturaleza de las cosas, y por tanto fuera del ámbito de la voluntad humana), sino difuminado, en el mejor de los casos, como uno más de los principios constitucionales que recogen la mayoría de las modernas constituciones. Desde este punto de vista, la justicia vuelve a ser objeto de estudio jurídico, desde una perspectiva neo-constitucionalista.

Desde otro punto de vista, cuando se habla de justicia, se debe tener en cuenta al sistema judicial de manera integral, motivado a que es el garante del cumplimiento de la normativa legal en la sociedad, es por ello que cuando se afirma que el derecho se encuentra presente en cualquier suceso que se lleve a cabo a nuestro alrededor y más directamente en la sociedad a la cual pertenecemos, lo cual coloca de manifiesto la siguiente interrogante ¿esa presencia del derecho en todas partes, hace que la sociedad sea justa?, ésta es una de las interrogantes que se desarrolla en este capítulo, en donde se busca de determinar, si la justicia en la cual está inmersa la sociedad hace que el cumplimiento del marco legal sea justo, por más complejo que parezcan los instrumentos jurídicos que regulen la conducta de los ciudadanos que hacen vida en la misma.

Es por ello que para una convivencia social, en la cual prevalezca el respeto y la equidad entre todos los ciudadanos, se debe contar con un estado de derecho en el cual la justicia juegue un papel primordial, por cuanto es por medio de ella que se pone de manifiesto los derechos con los cuales cuenta cada ciudadano para su desarrollo social, en este sentido Ossorio (s/f) explica que se “entiende por justicia la organización judicial de un país, y así se habla de tribunales de justicia, Corte Suprema de Justicia, administración de justicia, justicia civil, justicia penal, justicia administrativa, justicia militar” (s/p). estando la misma inmersa en el estado de derecho social con el cual cuenta el estado y la sociedad.

Siendo la justicia, un tema central para la organización de la sociedad, esta abarca, como hemos apuntado, una explicación distintiva en cuanto a su definición, de acuerdo con lo planteado por grandes filósofos y doctrinarios desde la antigua Grecia como Aristóteles, pasando por Santo Tomas hasta las más modernas teorías sobre la justicia, que se originan en el pensamiento nominalista medieval, en la filosofía de Hobbes, y en juristas como Hugo Grocio, Samuel Pufendorf o Christian Thomasius.

De acuerdo a lo planteado por Rodríguez y Berbell. (2018) quienes explican que Ulpiano, en el Digesto, afirmaba que “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho” (p. 1). Es decir, la justicia está vinculada con el derecho, y

eventualmente con la equidad que debe prevalecer en una sociedad, por lo cual, para la organización y ejecución de un estado de derecho social, la justicia debe ser el centro del mismo, por cuanto en ella se debe basar el cumplimiento de la normativa jurídica con la cual cuenta el Estado. Nótese, como luego apuntaremos, que rectamente entendida, la justicia sigue al derecho.

Sabiendo que el establecimiento de una correcta aplicación de la justicia en una sociedad, esta situación no garantiza que en la misma se encuentre en correcto funcionamiento ciudadano y que los mismo se acojan al orden social que impone el estado de derecho, siendo entonces necesario establecer la relación que posee la justicia con los principios jurídicos con los cuales cuenta el Estado.

Para ello se debe considerar al Estado, como el primer ciudadano que debe hacer prevalecer el imperio de la justicia como elemento fundamental para el establecimiento de dar lo justo a cada individuo, de manera que exista la equidad y la mayor felicidad para cada uno, en tal sentido al ser el Estado el ciudadano mayor, este está llamado a ser el garante del cumplimiento de este principio y de organizar a las diferentes instituciones que estén relacionados con el logro del mismo para el beneficio de sus pobladores y obtener de esta manera un orden social.

En este sentido, muchos juristas consideran que la justicia es un valor con el cual se promueve y se ensambla el marco jurídico de un Estado, en tal sentido no depende de las tradiciones ni de las costumbres de la sociedad, sino con su organización y visión que estos posean de su desarrollo, es por ello que el principio de justicia y su normativa legal son objeto de múltiples estudios para su comprensión y divulgación en la sociedad.

1.2 Métodos

El objetivo del capítulo es establecer la importancia de la Justicia y de los principios jurídicos en la cual se encuentra definida en su relación con el Derecho y la sociedad. Para el logro de tal fin, se realizó un estudio documental sobre la justicia, sus principios y las fuentes del derecho que la sustenta, dentro del marco legal ecuatoriano.

1.3 La justicia

La justicia, es considerada como la base de la organización de la sociedad para el desarrollo de una convivencia basada en los valores de la igualdad, la amistad, la tolerancia y la libertad entre todos los ciudadanos que conviven en la misma.

Sergio Cotta escribía que la condición para que una regla sea universalmente válida, en el pensamiento tanto como en la realidad, es la justicia (Cotta, 2014, p. 97). Según una antiquísima tradición, justicia significa, de hecho, dar a cada cual lo suyo, restituirle lo que le corresponde, y no causar daño a nadie: en este sentido, es un principio de aplicación universal. Con todo, esta fórmula puede parecer genérica, demasiado vaga para ser concretamente aplicada, pero si se examina a fondo, no lo es tanto como a primera vista pudiera parecer. Todos advierten fácilmente que es justo, en idéntica situación, tratar a todos igualmente, mientras que es también justo tratar a cada uno según su situación, si esta es distinta. El sentido común y una tradición cultural ininterrumpida coinciden en que la justicia exige tratar igual a los iguales y de un modo adecuadamente distinto a los desiguales.

Modernamente, un teórico liberal de la justicia, John Rawls (2006) indica que: “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento” (p. 17). Estando relacionada la justicia con la concepción de sociedad que presentan los individuos que la conforman, esta no depende de dicha concepción, sino de lo que se establece en el ordenamiento jurídico del Estado, por cuanto es el ciudadano quien debe adaptarse al concepto de justicia que presenta el órgano competente.

Sin embargo, a nivel común, el Diccionario Panhispánico del español jurídico (s/f) define a la justicia como la “disciplina aplicable al derecho, la teología y la filosofía que estudia los conceptos, aplicaciones y problemas de la justicia considerando criterios legítimos para elaborar una definición que armonice ideas básicas como libertad e igualdad humanas” (s/p). Con esta definición, se relaciona de manera directa a la justicia con el derecho y la filosofía, la cual es aplicada no solo para establecer el ordenamiento jurídico de un estado, sino que también es utilizada para dirimir controversias que surgen entre los ciudadanos, entre los ciudadanos y el estado, entre otras aplicaciones.

La justicia se encuentra relacionada con la filosofía, por cuanto la justicia se basa en la aplicación de los valores de la libertad, la convivencia, entre otros los cuales son temas filosóficos debido a que tienen que ver con modos de vida y es por ello que la justicia, es considerada como la relación de los ciudadanos con la sociedad.

Como es sabido, el Libro I de las Instituciones de Justiniano (I) define a la justicia con la expresión "*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*, la justicia es una virtud que da a cada uno su derecho; pues, según los principios estoicos, toda virtud exigía constante y perpetua voluntad" (p. 1). Lo cual indica que la justicia está relacionada con la voluntad y virtud por la cual se busca la libertad y la equidad entre las personas que conviven en una sociedad o Estado, estando está unida al ciudadano desde el momento de su nacimiento hasta su muerte.

Por eso los griegos, y en particular Aristóteles, distinguieron entre la justicia distributiva, y la justicia conmutativa. La primera realiza lo justo cuando se da a cada uno según su valor, y tiene lugar (Fassò, 1980, p. 63) en la distribución de los honores, de los bienes, y de las demás cosas que el Estado puede dividir entre los ciudadanos; como esta justicia se realiza en la distribución, se llama distributiva. Sin embargo, la justicia a través de la cual se da a cada uno en medida igual hace de elemento rectificador en las relaciones de cambio (por ejemplo, los contratos, o la comisión de un ilícito, que conlleva a cambio un castigo), se llama justicia conmutativa.

1.4 Teorías de la Justicia

Como se ha adelantado, hoy día existen una multitud de teorías sobre la justicia. Casi tantas como perspectivas se tengan sobre ella; y estas, a su vez, dependen de la filosofía de cada autor.

A finales del pasado siglo hizo fortuna la teoría de la justicia de John Rawls, que tuvo como mérito traer de nuevo al debate público el problema de la justicia, tras décadas de predominio positivista. La justicia presenta dos vertientes fundamentales de acuerdo a Rawls ob. cit., siendo la primera, la justicia desde la concepción filosófica política, en la cual se define desde los derechos y libertades que deben tener los ciudadanos en sus actividades diarias, mientras que la justicia definida desde el punto de vista filosófica del Derecho, se establece como la organización del sistema jurídico con el cual el Estado

garantiza el goce de los principios normativos de los cuales es acreedor todo ciudadano que se encuentre en su territorio. Es por ello que la justicia se encuentra inmersa una teoría con la cual se busca de establecer ciertos parámetros legales, con los cuales se puede indicar en qué consiste la justicia y cuál es la manera de conseguir la anhelada igualdad entre los miembros de una sociedad o Estado.

Sin embargo, la concepción de la justicia desde el punto de vista del derecho representa para Bobbio (1987) un problema motivado a que la justicia, es empleada para establecer indagaciones y crear concepciones para determinar los principios constitucionales con los cuales cuenta un ciudadano hacia los cuales debe ser direccionado el derecho; es decir la justicia desde la filosofía del derecho se orienta hacia la justicia social, la cual se encarga de la adecuación de la normativa jurídica y la organización de los órganos de justicia, con lindando entonces la justicia social con la visión filosófica política de la justicia por cuanto la misma comprende el conjunto de reglas e instituciones dedicadas al cumplimiento de la justicia. Considerando que de la filosofía del derecho nace la teoría de la justicia.

Rawls ob. cit. formula la Teoría de la justicia, en la cual coloca a la filosofía moral como elemento fundamental para la existencia de justicia por cuanto considera que el ser humano anterior a la formulación de la norma, superando de esta manera la supremacía positivista del derecho que reinaba en el momento de su formulación, es por ello que indica que la norma no está por encima del ciudadano y que este se debe integrar a la misma, estable la justicia e injusticia en el proceso judicial, instituyendo lineamiento para la organización del sistema de justicia, las instituciones inherentes al mismo, por lo cual ingresa la concepción de la filosofía de la justicia política y la filosofía de la justicia del derecho, haciendo énfasis en la justicia social la cual considera que es la base de la sociedad, fundamentándose en la equidad y la libertad que debe tener todo ciudadano.

Cuando en la teoría de la justicia se plantea la justicia social, la cual radica en la moral del ciudadano Rawls coincide hasta cierto punto con el planteamiento de Habermas (2008) quien indica que "en el nivel postmetafísico de fundamentación, se separan simultáneamente de la eticidad tradicional normas jurídicas y normas morales y se presentan las unas junto a las otras como dos clases de normas distintas pero que se complementan mutuamente" (p. 170).

Con este planteamiento Habermas refuerza el planteamiento de Rawls, en cuanto a la moral en la aplicación de la justicia desde el punto de vista filosófico del derecho contrastando las normativas jurídicas y las que imperan en la sociedad las cuales están vinculadas a la justicia social, la cual es la que el propio individuo realiza de acuerdo a los parámetros morales que mantiene la sociedad y definida en la teoría como la justicia justa, que es igual para todos los ciudadanos. En este sentido Rawls ob. cit. plantea lo siguiente:

Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros (p. 17).

Siendo el principio de la libertad, el bien máspreciado que posee todo ciudadano la justicia se debe enfocar en preservar este valor fundamental y derecho humano de un individuo, enfocando este postulado como la justicia social justa coincidiendo con lo planteado por Honneth, (1997):

En las teorías de este tipo, las premisas atomísticas se vienen abajo, porque los comportamientos del hombre que se admiten como naturales solo pueden ser concebidos en tanto que resultado de las acciones de individuos singulares a lo que después y como desde fuera debe añadirse las formas de la constitución de la comunidad (p 21)

Es por ello, que el hecho de que se le una relevancia fundamental a la moral, la ética y al principio fundamental de la libertad, no implica impunidad ni que se haga injusticia contra los ciudadanos que han sufrido los desmanes de otro ciudadano, sino que prevalezca el orden jurídico y que las instituciones responsables para tal fin realicen su labor de una manera eficiente y justa.

Siendo entonces necesario establecer el papel de la justicia de manera correctiva, la cual se encuentra vinculada con el proceso judicial, en la cual se encarga de organizar los procedimientos establecidos en las diferentes normativas y los órganos encargados de ejercerla. Por cuanto esta se basa en reestablecer las normas violentadas y por lo general es el dilema entre dos ciudadanos en el cual uno le exige al otro la reposición del daño

causado por la violación de la norma jurídica establecida, siendo el Estado que resuelve la controversia por medio de los órganos, instituciones y funcionarios establecidos para tal fin los cuales integran el sistema de justicia.

En este sentido, se establece que la justicia correctiva tiene como finalidad en la preservación de la norma jurídica establecida, se fundamenta en la igualdad de derecho que posee cada ciudadano de acudir a un mediador de acuerdo a sus actuaciones, con lo cual no se designa al azar el lugar y arbitro con el cual se esclarecerán las diferencia que se tiene con el otro individuo. Es por ello que todo ciudadano posee el derecho de establecer qué hace con el que posee, impidiendo de esta manera estar condicionado al capricho motivacional de la acción del individuo con el cual se tiene la controversia. En este sentido Pino-Emhart (2013) indica que “la justicia correctiva se refiere no sólo a las interacciones voluntarias sino, también, a los tratos mutuos involuntarios, en los cuales se trata de remediar una desigualdad que surge cuando una persona daña a otra” (p. 95). En este sentido Aristóteles (2008) que

La justicia correctiva establece los tratos en las relaciones entre los individuos. Adicionalmente, argumenta que dentro de las relaciones de la justicia correctiva deben distinguirse los tratos voluntarios como: las compraventas, comodatos y arriendos, de los tratos involuntarios, como los homicidios, hurtos y robos (s/p).

En estas definiciones, se determina que la justicia correctiva es la encargada de reestablecer el orden interrumpido por un ciudadano quien, al violentar la norma moral y legal convenida con la sociedad para su organización, ha perjudicado a uno o más conciudadano teniendo que reestablecerse el orden por medio de acciones correctivas para mantener la equidad y la organización de la sociedad.

Con respecto a la justicia distributiva Aristóteles ob. cit. la define “como aquélla que se aplica en la distribución de honores, dinero, o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad” (s/p). siendo esta justicia la aplicación del principio de la equidad e igualdad entre los miembros de una sociedad. La definición de esta justicia trae consigo ciertas desavenencias con la definición de igualdad que Finnis (2000) señala que:

El objetivo de la justicia no es la igualdad, sino el bien común, la realización de todos los miembros de la comunidad, y no hay razón para suponer que esta realización de todos aumenta por tratar a todos de idéntica manera al distribuir roles, oportunidades y recursos (pp. 202-203).

Este autor, establece cuál es la finalidad de la justicia, para terminar una controversia entre la justicia distributiva y la igualdad, estableciendo que la igualdad es un bien preciado en toda justicia, pero tiene mayor peso el bien común y es por ello que el fin de la justicia es el bien común, con lo cual se busca llegar a la igualdad, no prevaleciendo esta sobre los demás valores.

Otro tipo de justicia existente es la justicia restaurativa, también llamada justicia reparadora o justicia compasiva, la cual es definida por Mejía-Jervis (s/f) como el “tipo de justicia se concentra en el bienestar de la víctima más que en el castigo del victimario. En este sentido, lo que se busca es reparar de forma material o simbólica el daño causado” (p. 1). La misma está concebida como manera de preocuparse de la justicia siendo la prioridad las calamidades que presentan las víctimas en contraparte del castigo que merecerían los victimarios, así como imponer como primer objetivo el cumplimiento de principios legales afectados por la acción delictiva.

En cuanto a la justicia conmutativa Mejía-Jervis ob. cit. menciona que “este tipo de justicia se centra en el intercambio de bienes entre individuos, enfocándose en que los productos tengan el mismo valor y nadie salga perjudicado de la transacción” (p. 4). Mientras que Finnis ob. cit. indica que la: “justicia conmutativa presenta una ventaja respecto al de justicia correctiva, puesto que no está limitado ni a la corrección ni a las transacciones voluntarias o contractuales, sino en determinar qué tratos son adecuados entre las personas, incluyendo los grupos” (p. 207). Esta concepción de la justicia se centra en la restauración de los daños causados por el individuo transgresor, este tipo de justicia se aplica en la actualidad en el derecho civil en la reparación de los daños causados en un hecho punible.

1.5 Relación de la Justicia con el Derecho

El derecho consiste (Cotta, 2014, p. 101) en un modo específico de vivir: conforme a reglas, y se justifica porque, cuando los hombres se comportan de acuerdo con ellas (con regularidad, como suele decirse), contamos con comportamientos precisos y estables,

previsibles, por tanto, compatibles y armonizables entre sí. Gracias a la regla resulta posible una coordinación pacífica de las relaciones humanas. Así entendido, el derecho revela su razón de ser existencial y su raigambre en la estructura ontológica del hombre.

La justicia y el derecho se encuentran relacionados directamente por cuanto el derecho es la constitución de todas las normativas legales con las cuales se organiza y rige la vida de los ciudadanos de un Estado, mientras que la justicia es desde el punto de vista social la prevalencia de los valores éticos y morales con los cuales cuenta un ciudadano y desde el punto de vista político, es la organización de las instituciones y los entes encargados de la aplicación de las normas legales con las cuales cuenta el Estado.

Siendo la justicia considerada como valor, siendo el fin del derecho como una virtud subjetiva la cual de acuerdo a Bobbio ob. cit. se encuentra constituida por una serie de elementos materiales y los valores, con los cuales se fundamenta los principios universales de los ciudadanos, siendo con la combinación de ambos con los que concreta la convivencia de los ciudadanos en su sociedad lo que constituye un derecho.

Es por ello que Díaz (1992) expresa con respecto a la relación de la justicia con el derecho, que a este “no le es indiferente implantar uno u otro modelo de orden: no cualquier tipo de organización sino precisamente la organización que se presenta por él como la más justa posible, la considerada como tal en cada momento histórico” (p. 49). Por lo cual el derecho busca en su fin la igualdad entre los ciudadanos, lo que equivale a decir la justicia entre ellos, por cuanto les brinda la misma oportunidad y privilegio a los ciudadanos involucrados en un conflicto.

Otra relación que presenta la justicia y el derecho queda establecida en la definición de que presenta Nino (1983) quien indica que al “formular y justificar juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas o malas en oposición a la meta-ética, que trata de analizar el significado de los conceptos éticos más básicos bueno, justo, correcto, y sus opuestos” (p. 354). Los cuales se encuentran contemplado en las normativas legales que son la base del estado de derecho, con el cual cuenta una sociedad. Siendo esta relación tan fuerte, que de esta definición se procede a comprender por qué la justicia es la encargada de establecer la organización de las instituciones que se encargan de velar por el cumplimiento de la normativa legal. Sin embargo, el matrimonio entre el derecho y la

justicia no es tan sólido como se presenta, motivado a que de acuerdo a Martínez de Pisón Cavero (2013) quien expone que:

la Justicia y el mundo del Derecho remiten uno al otro como dos elementos inseparables, pero también es cierto que cada uno son dos realidades escindidas. Cada uno de ellos reenvía a otros órdenes de la vida: economía, política, moral. Pero, por otra parte, no hay empresa más complicada que intentar definir o dar una definición de la «Justicia» dada la gran variedad de propuestas (p. 208).

Es por ello que, aunque ambos términos persiguen como fin la búsqueda de la equidad y la libertad, cada una tiene su propia convicción de que es la equidad y cómo lograrla y los procedimientos que se siguen para tal fin, buscando en ambos términos preservar la libertad de los ciudadanos y la sana convivencia en la sociedad, enfocándose el derecho en la preservación de la normativa legal y su fiel cumplimiento. Sin embargo, Atienza (1983) plantea que “la Justicia se entiende como el criterio que cabe utilizar para valorar un sistema jurídico” (p. 93). De esta concepción de la justicia se desprenden dos vertientes de la misma las cuales son: la justicia como un valor universal, en el cual se encuentran inmersos los otros valores fundamentales como la equidad, la ética, la moral y la libertad.

La otra vertiente es la justicia como la medición del derecho, esta vertiente se encarga de supervisar y controlar que el derecho cumpla con la preservación de los valores universales y es por esta vertiente que la justicia se encarga de organizar y supervisar el cumplimiento del estado de derecho. En este sentido Pérez-López (s/f) indica que:

Las normas jurídicas establecen la obligación de dar a cada uno lo suyo. Y en esto consiste precisamente la justicia, dar a cada uno lo que le corresponde por derecho. Así, es preciso dar las cosas a su dueño, la pena al delincuente, los premios a los que se lo merecen, los impuestos al Estado, etc. El Derecho es el medio necesario para alcanzar la justicia que toda la sociedad aspira (p. 3).

Siendo necesario el establecimiento del derecho, para poder dar cumplimiento a la justicia, por lo cual, aunque tienen enfrentamientos entre ciertos postulados, ambas deben de seguir unidas para el logro de la justicia social y política de una sociedad, motivado a que el derecho es el conjunto de normas y la justicia es el equilibrio entre las normas y los valores

de los ciudadanos. En concordancia con lo expuesto Tanillama (s/f) define que “la justicia también se entiende como el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones” (p.50).

Desde una perspectiva realista del Derecho, Hervada (2011) sostiene que el Derecho obedece a la necesidad social que deriva de que las cosas están repartidas. Pero cuando el derecho se toma como ley, el principio no es el reparto de las cosas, sino la *ordenación de las conductas* y en este sentido la finalidad del arte del derecho es el orden social justo. ¿Qué es entonces la justicia y qué relación tiene con el derecho? ¿Qué es la justicia? Hervada (2011, p. 41) explica que ante esta pregunta los normativistas suelen mostrarse un tanto remisos; podría decirse que la pregunta les incomoda. No es extraño. Pretender definir la justicia desde la norma -como valor o dimensión original de la ley- es tiempo perdido. Siempre que desde la perspectiva de la ley se ha pretendido definir la justicia se ha caído en una nueva torre de Babel.

En los últimos tiempos han aparecido más de doscientas definiciones de la justicia, hasta el punto de que puede observarse una creciente dosis de escepticismo sobre la noción de justicia. Y es que, según Hervada, se ha errado la perspectiva. La justicia no es originariamente un efecto de la norma, no nace de la ley, y por eso no es una dimensión originaria -nacida- de la política. A la política y por tanto a la ley, la justicia le es dada. Y se las da el derecho (las cosas justas). No es algo puesto originariamente por la ley y la política. Por eso, hacer derivar todo derecho de la ley, impide entender la justicia. Porque la justicia depende del derecho y, por tanto, sólo si se admite algún derecho preexistente a la ley y al arte de la política, se puede introducir la justicia en la ley y en la política.

Si la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, su derecho, para que pueda actuar es preciso que exista lo suyo de alguien, su derecho; si no, ¿cómo dar lo suyo, su derecho?, por eso donde no hay un derecho existente, la justicia no es invocable. Entonces, ¿no hay aspiraciones de los hombres que son justas en sentido propio? Puede haberlas, pero en tal caso se trata de verdaderos derechos (Hervada, 2011, p. 47), derecho natural. En consecuencia, la justicia antecede al derecho positivo como consecuencia de la existencia del derecho natural.

1.6 Los principios de la justicia

Los principios de la justicia son establecidos por Rawls ob. cit. en su *Teoría de la justicia*, como una serie compendios que deben ser empleados para la conformación de la organización de la sociedad los cuales deben estar relacionados con el basamento legal quien es el que regula la convivencia en la sociedad. Estos principios de justicia se encuentran conformados por la aplicación de los valores principales de todo ciudadano, como son la libertad individual que debe tener todo ciudadano y las concepciones racionales encargadas de sembrar los beneficios personales a los cuales tiene derecho todo ciudadano, los cuales se basan en una postura originaria de equidad con lo cual determinará la relación fundamental entre todos los integrantes de su sociedad.

Con estos principios, según Rawls, se deben establecer y reglamentar los acuerdos de convivencia; en estos acuerdos se debe de establecer e identificar claramente cómo será la colaboración colectiva que pueden desarrollar y así como definir el tipo de gobierno que imperará en esta sociedad. Esta manera de convivencia lo llamó justicia imparcial. En este sentido Rawls ob. cit. establece dos principios fundamentales:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (p. 67-38).

Entre los dos principio básicos interpuestos por Rawls, se puede observar que este autor le otorga un mayor peso al derecho que tiene toda persona a la libertad, la cual no debe menoscabar el derecho que posee su semejante, estableciendo que las desigualdades sociales son secundarias porque esta se encuentra vinculada a las posturas sociales y económicas que posee la sociedad, la cual debe ser combatida y anulada, pero se puede afirmar que si el ciudadano cuenta con la libertad, puede luchar para romper las desigualdades sociales y económica dentro del estado de derecho que impera en la misma.

Otro principio de la justicia lo establece Martínez de Pisón Caverro ob. cit. quien indica que “la Justicia es un valor, el valor jurídico por excelencia. Pero, como tal, para evaluar al Derecho, está íntimamente relacionado con otros valores que también tienen un papel importante en la experiencia jurídica” (p. 209). Este principio indica que, aunque la justicia es la fuente principal de los valores que se emplean en el derecho, esta no es la única concepción que se toma en cuenta en el basamento jurídico, por cuanto este se complementa con otros valores vinculados a las diferentes normativas legales con las cuales se conforma el basamento legal que rige a la sociedad.

Otro principio que rige a la justicia es la imparcialidad, esta se consagra como la neutralidad que debe poseer el sistema de justicia en la resolución de una controversia entre dos ciudadanos, siendo establecida la misma como la posición que debe regir el contrato social establecido por los ciudadanos de un Estado. Esta postura busca la igualdad de oportunidades entre dos ciudadanos que se encuentran resolviendo una diferencia, causa por la vulneración de un derecho que realizó el primero sobre el segundo y es por medio del sistema de justicia que se resolverá dicha confrontación de manera pacífica y organizada por medio de la justicia, basada en el derecho y las normas legales que regulan la disputa. En este sentido Tugendhat (1988) citando a Rawls indica que

Los verdaderos principios de justicia son, según Rawls, aquellos que serían elegidos en una posición original, pero solo estaría justificado dar esta significación a esta posición original si los principios que se eligiesen coinciden con nuestras ponderadas convicciones de justicia o las amplían en forma aceptable (p. 30).

Con esta definición se establece que se establecieron de manera inicial, lo cual coincide con la postura naturalista del derecho, la cual indica que todo ciudadano posee derechos desde el momento de su nacimiento, por lo cual son inherentes al mismo y solo desaparecen con él. Esta postura de Rawls, le valió muchas críticas ya que el sobre puso los valores universales antes que los valores jurídicos, enfrentando con la misma a la postura positivista del derecho.

Desde otra perspectiva, no resulta propio hablar de “principios de la justicia”, sino de “principios generales del derecho”, como hicieron los romanos al fundar éste en los conocidos *tria iura praecepta* que recogió Ulpiano: *honeste vivere, alterum non laedere* y

suum quique tribuere, vivir honestamente, no dañar a los demás, y dar a cada cual lo suyo. La íntima relación que se establecía entre derecho (entendido como escribió Celso: *ars boni et aequi*, arte de lo bueno y equitativo) y justicia, conllevaba que si el derecho se consideraba un *arte* (es decir, un saber hacer práctico, toda vez que los romanos denominaron así a la *techné* griega), la justicia era una virtud.

Es decir, un hábito bueno de la voluntad. Y como tal, el núcleo se desplaza hacia la virtud de la prudencia (*iuris-prudentia*, como bien notaron los romanos), pues el método jurídico, indica Montoro Ballesteros (Montoro, 1993, p. 263), nunca fue el lógico-deductivo propio de la ciencia matemática (*mos geometricus*), sino el retórico-dialéctico mediante el cual la prudencia trata de encontrar y determinar no de manera cierta y necesaria, sino probable y contingente, lo justo "aquí y ahora"; lo justo en cada situación concreta de la historia. En la búsqueda de lo justo la prudencia puede y debe partir de los datos y conocimientos que le ofrece la ciencia, pero ese razonamiento jurídico no pertenece ya al ámbito del saber puramente teórico o científico (no es ya un razonamiento especulativo) sino al plano de la praxis: Se trata de un razonamiento práctico que, en su desenvolvimiento y desarrollo, se ajusta a principios, leyes y reglas diferentes de las que rigen al razonamiento especulativo.

1.7 Conclusiones:

Las relaciones entre justicia y derecho son tan complejas y variadas como antiguas. Quizá solo sean superadas en complejidad por los propios conceptos de justicia y de derecho, que, mudando en el tiempo, admiten hoy día una pluralidad de lecturas muchas veces contradictorias entre sí.

Se podría decir que al respecto existen dos puntos de partida divergentes en las teorías sobre el derecho y la justicia, de los cuales derivan concepciones distintas de uno y de otra. Para unos (la mayoría, a decir verdad), el derecho (y en consecuencia la justicia) pueden tener su fundamento exclusivamente en la razón humana -emancipada de cualquier otra categoría- o en el consenso puramente formal como procedimiento acreditativo de la verdad o la justicia. En el fondo, algo tiene estas teorías de adecuación de la realidad al pensamiento humano. En mayor o menor medida, en esta corriente de pensamiento se pueden encajar las modernas teorías de la justicia, muchas de ellas, además, de corte contractualista. Francisco Carpintero las ha analizado expresamente frente a la doctrina de la ley natural (Carpintero,

2012). Otros autores parten de una concepción realista del derecho (y de la justicia, en parte) y entienden que son las cosas la naturaleza de éstas, las que fundamentan las necesidades en las que se basa el derecho; es una concepción objetivista que metodológicamente parte de la idea de que es nuestro pensamiento el que debe adaptarse a la realidad de las cosas.

En cualquier caso, se establece que la justicia y el derecho se encuentran fuertemente vinculados, motivado bien a que la justicia es la fuente del derecho y que esta es la encargada de su organización, bien a que el derecho precede a la justicia.

Hoy día, la importancia de la justicia como valor fundante y fundamental de toda sociedad y Estado de derecho se refleja en que es recogida expresamente en las cartas constitucionales como tal valor o principio (Ferreira da Cunha, 2001). Lo suelen hacer, además, junto a otros valores como la dignidad de la persona, la libertad y la solidaridad o la igualdad. Lejano eco de la idea de Derecho natural. Por cierto, que, si ese Derecho natural de hoy no integra esos valores esenciales, de nada le valdrá, en un mundo moderno, afirmar que debemos “buscar el bien y evitar el mal” o “dar a cada cual lo suyo”. Nada de eso tiene sentido (Ferreira da Cunha 2011, p. 225) sin un orden social, ético o jurídico en el que no se promueva y defienda la vida, y la persona sea el valor máximo.

1.8 Referencias Bibliográficas

- Aristóteles (2008). *Ética Nicomaquea*. (Trad.) Julio Pallí Bonet. Barcelona: Del Nuevo Extremo/ Gredos.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona. Barcanova.
- Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho*. Temis. Bogotá.
- Carpintero Benítez, F. (2012), ¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina del derecho natural?, *Persona y Derecho* / vol. 67 / 2012/2 / 315-352
- Cotta, S. (2014), *¿Qué es el Derecho?* Madrid. Rialp.
- Derecho Romano (2017). De la justicia y del derecho. Libro I de las Instituciones de Justiniano (I). recuperado de: <https://www.derechoromano.es/2017/09/instituciones-justiniano-justicia-derecho.html>

- Díaz, E. (1992). Sociología y Filosofía del Derecho. 7° reimpresión de la 2° edición. Madrid. Taurus.
- Diccionario Panhispánico del español jurídico (s/f). teoría de la justicia. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/teor%C3%ADa-de-la-justicia>
- Fassó, G. (1980) Historia de la Filosofía del Derecho, Tomo I. Madrid. Pirámide.
- Ferreira da Cunha, P. (2001). O ponto de Arquimedes. Natureza humana, direito natural, direitos humanos. Coimbra. Almedina.
- Finnis, J. (2000). Ley natural y derechos naturales. Traducción. Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Habermas, J. (2008). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid. Trotta.
- Hervada, J. (2011) ¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. 3ª ed. Pamplona. EUNSA.
- Honneth, A. (1997). La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales. Barcelona. Crítica.
- Kant, I., (2005). Crítica de la razón pura. Madrid. Taurus.
- MacIntyre, A. (2001). Tras la virtud. Barcelona, Crítica.
- Martínez de Pisón Cavero J. (2013). Curso de Teoría del Derecho. Universidad de La Rioja
- Mejía Jervis, T. (s/f). Los 5 Tipos de Justicia y sus Características. Recuperado de: <https://www.lifeder.com/tipos-de-justicia/>
- Montoro Ballesteros, A. (1993) ""Naturaleza, razón, derecho (notas sobre la necesidad, posibilidad y significación del derecho natural)"". Persona y Derecho, 29 (1993): 195-263.
- Nino, C. (1983). Introducción al Análisis del Derecho. Barcelona. Ariel.
- Ossorio, M. (s/f). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica Datascan, S.A. Guatemala. Recuperado de: <http://www.herrerapenalosa.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>

Pérez López, J. (s/f). Los valores jurídicos. Derecho y Cambio Social. Recuperado de:
<https://www.derechoycambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm>

Pino Emhart, A. (2013). Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. Revista chilena de Derecho Privado 21.

Rawls, J. (2006). Teoría de la justicia. 6ta edición. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.

Rodríguez, Y., Berbell, C. (2018). Ulpiano, el de dar a cada uno lo suyo. Recuperado de:
<https://confilegal.com/20180812-ulpiano-dar-uno-lo-le-corresponde/>

Tanillama, J. (s/f). Deontología Jurídica. UIGV. Lima.

Tugendhat, E. (1988). Observaciones sobre algunos aspectos metodológicos de Una teoría de la justicia, de Rawls, en Problemas de ética. Barcelona: Crítica

CAPÍTULO 2: LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE LA JUSTICIA INDÍGENA APLICADA AL DERECHO CONSUECUDINARIO PRINCIPIOS JURÍDICOS

Autores:

Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.

José J. Albert Márquez, PhD.

Abg. Ámbar Murillo Mena, Mgtr.

2.1 Introducción

Los pueblos indígenas que poblaron al territorio ecuatoriano desde tiempos inmemorables, desarrollando su cultura ancestral la cual consiste en sus tradiciones, lenguaje, medicina, sistema organizacional, educación y sistema de justicia. Los cuales se han transmitido de generación en generación manteniéndose hasta nuestros días, en la actualidad en el Ecuador conviven catorce (14) naciones indígenas reconocidas por el estado distribuidas por todo el territorio nacional. Igualmente conviven dieciocho (18) pueblos indígenas los cuales son descendientes directo de los pueblos originarios que se establecieron en el Ecuador desde hace miles de años. Es por ello que Chisaguano (2006) establece que una nación indígena:

Al pueblo o conjunto de pueblos milenarios anteriores y constitutivos del Estado ecuatoriano, que se autodefinen como tales, tienen una común identidad histórica, idioma, cultura, que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y ejercicio de autoridad propia (p. 14).

Siendo reconocida la nación indígena por el Estado, al establecer que estas comunidades se encuentran asentadas en el territorio con una antigüedad superior al origen mismo de la nación ecuatoriana, estableciendo que esos territorios cuentan con sus instituciones ancestrales, organizada social, política y económicamente de manera particular, en concordancia con sus costumbres y cosmovisión. Es por ello que de su organización política

y jurídica se pueden determinar contribuciones que estas naciones pueden ofrecer al Estado ecuatoriano para incluirlo en sus diferentes normativas legales. De la misma manera Tiban (2001) establece la concepción de pueblo indígena definiéndola como las “colectividades originarias, conformadas por comunidades o centros con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidos por sistemas propios de organización social, económica, política y legal” (p. 35).

Por medio del estudio de la forma de vida de estas comunidades y grupos de comunidades que comparten entre si una organización, una cultura, su costumbre y su sistema de justicia, se puede establecer comparación con el sistema de justicia del Estado ecuatoriano y recibir de estos sistemas jurídicos ancestrales contribuciones para ser tomadas en cuenta para la creación de las diferentes normas jurídicas que se relacionen con la temática tratada o en algunos casos realizar reformas a las ya existentes.

En este sentido la concepción de justicia que definen las naciones indígenas reconocidas por el Estado ecuatoriano y la que presentan los pueblos indígenas son motivo de estudio, por dos razones fundamentales: la primera por su presentación de generación en generación desde tiempos ancestrales. La segunda por la vigencia que mantiene en estas naciones y pueblos indígenas, así como la manera de su cumplimiento en cada una de las comunidades.

Siendo de forma oral y por medio de las costumbres, la manera en la cual se ha transmitido los principios de la justicia indígena, es por lo cual Pina-Vara (1956) define a la costumbre como una “norma de conducta creada en forma espontánea por una colectividad o grupo social y aceptada voluntariamente por los individuos que la constituyen como rectora de determinadas relaciones (familiares, contractuales, etc.)” (p. 130). Siendo entonces la justicia ancestral indígena transferida de generación en generación por medio de la costumbre.

Conociendo que la costumbre es una fuente de la justicia, Ossorio (s/f) define a la justicia como la “virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde” (s/p). siendo entendida a la justicia como una medida de equidad que tiene con fin procurar la libertad de los ciudadanos de una sociedad. Teniendo la justicia conceptos desiguales de acuerdo a la concepción cultural o los credos a los cual pertenezca, pero ellas buscan como fin supremo la equidad, con lo cual se persigue el colocar a todos los ciudadanos con la misma dignidad y lo más importante con respeto.

Teniendo las naciones y pueblos indígenas concepciones ancestrales de la justicia, se establecen entonces diferentes doctrinas, las cuales parten de las interacciones lingüísticas que se encuentran presentes entre dos culturas diferentes, lo cual requiere de un proceso de interpretación en cuya dinámica se diluye una parte de la información de cada cultura con la cual se pretende interactuar, es decir, lo que se percibe es solo una parte de la información que se quiere transmitir, en el ámbito institucional se recurre a la hermenéutica para interpretar lo que se quiere transmitir, en el ámbito jurídico la aplicación de la hermenéutica logra en muchos caso con el fin de descifrar lo que se quiere transmitir, en el sector intercultural la doctrina cobra mayor relevancia porque hay que considerar las tradiciones y costumbres culturales ancestrales, aunque no entendamos las culturas que no conocemos, hay respetarlas y razonar que cada una tiene sus medios para llegar a la justicia, tanto que las nacionalidades indígenas del Ecuador emprendió un paro nacional con el fin de establecer un dialogo con el gobierno, con lo cual lograron ser escuchados, entendidos y ahora se trata al ciudadano indígena con más respeto.

Esta situación indica que la legislación ecuatoriana, se ha nutrido de ciertos elementos perteneciente a la justicia que practican las naciones y los pueblos indígenas desde tiempos ancestrales, la cual se aplican en muchos casos de manera cotidiana y ni siquiera nos damos cuenta que ese precepto jurídico posee raíces ancestrales y es aplicado desde antes de la conformación del Estado ecuatoriano en algunos de ellos.

2.2 Métodos

El presente capítulo denominado la costumbre como fuente de la justicia indígena aplicada al derecho consuetudinario, tiene como objetivo el reconocer la importancia del derecho consuetudinario en el contexto de la costumbre de la justicia indígena involucrada al desarrollo del derecho positivo.

2.3 Las naciones y los pueblos indígenas en el Ecuador.

Para la comprensión del aporte de la justicia de los pueblos indígenas a la legislación ecuatoriana, hay que percibir su tradición ancestral y su cosmovisión, que son los elementos fundamentales de como ellos conciben el mundo y se interrelaciona con el mismo, es por ello que Chisaguano ob. cit. define a los indígenas como “los primeros habitantes de América -Abya Yala- antes de la llegada de los invasores europeos, quienes

-los indígenas- fueron tratados como una clase inferior, explotados, denigrados como seres humanos, considerados menores de edad” (p. 10). Estos primeros habitantes del territorio ecuatoriano fueron construyendo su definición de tiempo y espacio, su idioma propio, la manera de educar a sus hijos, su identidad propia, su sistema de participación ciudadana, su tradición, su organización político territorial y su sistema de justicia.

En cuanto a su organización político territorial, estos se organizaron en comunidades o asentamiento, que hoy en día se define como pueblos indígenas, establecida dicha definición en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005), en su artículo 3, numeral 1 de la siguiente manera:

Pueblos Indígenas: Son grupos humanos descendientes de los pueblos originarios que habitan en el espacio geográfico que corresponde al territorio nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, que se reconocen a sí mismos como tales, por tener uno o algunos de los siguientes elementos: identidades étnicas, tierras, instituciones sociales, económicas, políticas, culturales y, sistemas de justicia propios, que los distinguen de otros sectores de la sociedad nacional y que están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras (s/p).

Con esta definición, se les reconoce a los asentamientos de comunidades indígenas, el estatus jurídico que siempre se han merecidos, por cuanto son poblaciones que presentan su cosmovisión, cultura, tradición, organización y su concepción de justicia que practican desde tiempos inmemoriales. Estas poblaciones que se encuentran distribuidas por una región en muchos casos trasciende su organización política a una sola población y se organizan en naciones indígenas como lo indica Chisaguano ob. cit. quien afirma que la nación indígena “se entiende en estricto apego a las especificidades culturales patrimoniales de cada nacionalidad, su lengua, espacio territorial y organización social, difiere con el término ‘nación’ que es la pertenencia al Estado ecuatoriano en orden a su división político-administrativa” (p. 14).

El reconocimiento que el Estado ecuatoriano, les ha otorgado a las comunidades indígenas al establecer su lengua como un idioma oficial de la república, su territorio ancestral, su cultura y su sistema de justicia, que a su vez ha venido a enriquecer el sistema de justicia del Estado ecuatoriano.

2.4 Concepciones legales

Para el estudio de la contribución del sistema jurídico de los pueblos y naciones indígenas, al sistema jurídico ecuatoriano se realizará una serie de definiciones que ayudaran a la comprensión del aporte de esta cultura ancestral al pueblo ecuatoriano. En esta revisión teórica tenemos a Ossorio ob. cit. quien define a la doctrina como el “conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas” (s/p).

Al ser la doctrina considerada como una agrupación de postulados que buscan la aplicación del sentido de la norma, esta definición se encuentra relacionada con la justicia de los pueblos y naciones indígenas, por cuanto por medio de la justicia ancestral de los pueblos indígenas, estos organizaban y regulaban su sistema de convivencia, estableciendo la manera de actuar de cada integrante de su comunidad o nación. Un primer paso para el reconocimiento de la justicia ancestral es el reconocimiento del derecho indígena como la hace la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas ob. cit. de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 131, estableciendo lo siguiente:

El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno (s/p).

Con esta definición se le da un piso legal a la justicia indígena, la cual se basa en la en las costumbres, cultura y cosmovisión indígena. Esta concepción crea a su vez el pluralismo jurídico, que no es más que la coexistencia de varios sistemas jurídicos, el cual es el sistema jurídico ecuatoriano la justicia ordinaria y la justicia indígena ancestral. Siendo la justicia ordinaria la que regula la vida de toda la población ecuatoriana incluida a las comunidades

y naciones indígenas reconocidas por el Estado y la justicia ancestral indígena, que es la que regula la vida de las comunidades y naciones indígenas reconocidas por el Estado, la cual se basa en sus costumbres y cultura ancestral, sin menoscabar la potestad de la justicia ordinaria. Por lo cual se puede entender al pluralismo jurídico como la convivencia de dos o más sistemas jurídicos propios que se relacionan mutuamente y se encuentran definidos por su estructura sociocultural.

Siendo entendida la justicia como la búsqueda del bien común, la cual se encuentra vinculada con los valores morales y culturales que posee una sociedad o comunidad, mientras que los principios jurídicos que conforman el derecho se basan en estos mismos valores, se crea entonces la legitimidad de la justicia y las normas que definen al derecho. En este sentido Cruz-Rueda (s/f) plantea que "el sistema de jurídico indígena es el resultado de la historia y cultura de cada pueblo y comunidad indígena en su contexto regional y estatal" (p. 41). Por lo cual la justicia indígena ecuatoriana, es el resultado de los valores ancestrales con la cual ha convivido cada población y nación indígena en particular, la cual ha logrado interrelacionarse con la justicia ecuatoriana y desde la promulgación de la constitución del año 2008, ha cobrado relevancia y reconocimiento por parte del Estado.

Es por ello que, al existir la justicia basada en la organización comunitaria, en la idiosincrasia de los pobladores de esa comunidad, sus creencias, valores y su cosmovisión, crea lo que muchos juristas denominan el derecho consuetudinario. Siendo entonces la justicia indígena ancestral una fuente para la creación del derecho consuetudinario en el Ecuador, el cual para Sierra (1990) esta cobra vida en las comunidades indígenas cuando "en los juicios locales, es decir, en una serie de usos y costumbres no codificados ni escritos, transmitidos oralmente y por la experiencia, a través de los cuales se ejerce el control social al interior de los pueblos" (p. 232).

En este sentido Herve & Urrejola (1994) definen al derecho consuetudinario como

'aquellas' normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen al interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir, incluyendo, por lo tanto, un sistema de sanciones para quienes violan estas normas (p. 21)

La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

Con esta definición, no establece que el Estado pierde la potestad y la rectoría jurídica en los territorios indígenas, a los cuales se le ha reconocido su riquísima cultura ancestral, sino que por el contrario mantiene y aumenta su rectoría sobre estos territorios, por cuanto basado en el precepto constitucional de procurar el buen vivir de sus ciudadanos, le otorga un estatus a su jurisprudencia sin menoscabar el sistema jurídico nacional, estableciendo para tal fin una serie de normativas jurídicas en la cual se establece las limitaciones a esta justicia ancestral indígena.

La creación de este derecho ancestral indígena, genera reacciones entre diversos juristas quienes se basan en la definición del monismo jurídico a lo cual Bonilla-Maldonado (s/f) establece que:

El monismo jurídico, esto es, la idea de que debe haber un y solo un sistema jurídico jerarquizado y centralizado en cada Estado ha dominado la imaginación política y jurídica de Occidente. Para proteger los principios de igualdad, seguridad jurídica, legalidad y unidad política, así como para mantener el orden social y político debe haber, argumentan los monistas, un único ordenamiento jurídico de carácter estatal (s/p).

Es por ello que los teóricos que se oponen al establecimiento de la justicia indígena, afirman que la soberanía de un Estado se basa en el establecimiento de un único sistema de justicia. Por tanto, se debe excluir cualquier otro sistema jurídico, así sea territorial o comunal por cuanto no habría supremacía en el sistema nacional si este coexistiera con otro sistema de justicia superior o del mismo nivel el cual le disminuya competencia.

Una aplicación de esta postura jurídica a nivel internacional, lo constituye las concepciones organizativas que presenta el convenio internacional de la O.I.T. el cual busca en su esencia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas por parte de los países que poseen estas comunidades. Este convenio se basa en el monismo jurídico, por cuanto establece que las comunidades indígenas deben integrarse al ordenamiento jurídico único impuesto por el Estado, dejando de lado su justicia ancestral.

Esta situación en vez de apoyar y defender los derechos de los pueblos indígenas, en el fondo hacia todo lo contrario, por cuanto se perdía la contribución de esta cultura milenaria, ignorando su cultura, tradición cosmovisión y obviaba la concepción del derecho del pluralismo jurídico, el cual establece que pueden coexistir dos o más sistemas jurídicos que tengan como fin el bienestar de todos los ciudadanos por igual, por lo cual dentro de un Estado pueden coexistir de manera coordinada varios sistemas normativos de manera armónica.

La haber un reconocimiento de la justicia ancestral indígena, el Estado ecuatoriano diseña su sistema de justicia basado en el Pluralismo jurídico, por cuanto esté se encuentra conformado por la normativa positivista nacional la cual está encabezada por la constitución y el sistema normativo que de ella se genera para toda la nación y por el derecho consuetudinario el cual lo representa la justicia ancestral indígena que se basa en sus costumbres y cultura ancestral.

Esta situación genera un cambio en el paradigma jurídico, al romper con la definición del derecho clásico, por cuanto el sistema de justicia depende de dos entes independientes y que poseen relación, los cuales son el poder legislativo quien genera las leyes nacionales y por las asambleas indígenas quienes realizan adecuaciones a sus concepciones jurídicas de acuerdo a su realidad, en concordancia con sus costumbres.

2.5 El derecho de los indígenas en el plano internacional

Cuando se habla de los derechos de los indígenas, se hace referencia al derecho que posee toda persona a ser respetada, tal como lo afirma Ossorio ob. cit. quien afirma que los derechos humanos son el “respeto que el hombre merece como individuo, como ciudadano y como integrante de la comunidad universal” (s/p). Es por ello que, siendo los indígenas, sus comunidades, pueblos y naciones merecedores del reconocimiento como seres humanos, los cuales gozan de los mismos derechos y privilegios que le consagran las leyes, deben ser considerados como ciudadanos de primeras como lo establece la convención internacional de los derechos humanos.

Esta población muchas es objeto de la violación de sus derechos fundamentales, por pertenecer a una diversidad cultural y ser una población minoritaria, es por ello que el Estado ecuatoriano por medio de su constitución los reconoce. A nivel internacional también le son reconocidos sus derechos fundamentales como es el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, que es la instancia internacional encargada de ejecutar la normativa establecida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgados por la asamblea general de las Naciones Unidas en el año de 1948, la cual se promulgo luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial.

En este sentido la ACNUDH (s/f) indica que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 27 se establece que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (p. 6).

Este artículo posee gran correspondencia con la incorporación de la justicia ancestral indígena, por cuanto por medio de su aplicación las comunidades, los pueblos y las naciones indígenas, mantienen una estrecha relación con su cosmovisión, cultura, creencias y tradiciones ancestrales, sin menoscabar la autoridad del Estado en estos territorios. Mientras que la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) declara en su numeral:

- 1.- Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos (p. 18).
- 5.- Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (p. 19).

Este convenio internacional al cual está suscrita la república, exhorta a los Estados miembros a preservar y velar por el cumplimiento de los derechos universales de los cuales gozan los pobladores de las comunidades indígenas por su condición de ser humano que son, de la misma manera establece la necesidad de preservar y aumentar el patrimonio ancestral de los cuales son acreedores estas comunidades indígenas, las cuales pueden ser reforzadas con el reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano de la justicia indígena ancestral, con lo cual se reconoce este patrimonio ancestral, colocando al mismo en un lugar de vanguardia en cuanto al cumplimiento y promoción de este tratado internacional.

ACNUDH (s/f) establece en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, establece la necesidad de que los Estados miembros promuevan la no discriminación de la mujer y se le establezcan los mismos derechos y beneficios que presentan los hombres. Esta declaración en la tradición de los pueblos y naciones indígenas, es plenamente aplicado por cuanto la justicia ancestral indígena le confiere tanto al hombre como a la mujer los mismos beneficios, en igualdad de condiciones, por cuanto su aplicación en la jurisdicción indígena posee plena vigencia.

Otro instrumento legal de carácter internacional suscrito por la república del Ecuador es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, este convenio protege a la comunidad indígena de América Latina y el Caribe, exhortando a los diferentes gobiernos a tomar medidas de protección para esta comunidad ancestral. Es por ello que la OIT (2014) en el convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en sus diferentes artículos establece lo siguiente:

Artículo 1:

1. El presente Convenio se aplica:
 - (a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial (p. 19).

La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

Este artículo, promueve la integración de las personas pertenecientes a las comunidades, pueblos y naciones indígenas, con el resto de los pobladores de los estados miembros sin menoscabar sus derechos originarios y conservando su legado ancestral, conservando su justicia ancestral, sin desconocer la justicia nacional y que es de igual cumplimiento para ellos.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad (p. 21).
2. Esta acción deberá incluir medidas:
 - (b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (p. 22).

En este apartado del convenio, se establece la obligación que tiene el Estado de realizar políticas de integración de la comunidad indígena, con el resto de la población protegiendo sus derechos ciudadanos y ancestrales de los cuales goza de acuerdo a la ley suprema de la nación, así como promover el bienestar social, económico y cultural que los pueblos y naciones indígenas posean y si carecen de beneficios económicos incentivar la creación de los mismos, para mejorar su situación económica sin menoscabar su cultura ancestral.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos (p. 23).

Aquí se hace notar que la preservación de los derechos humanos y los derechos que poseen las mujeres a vida libre de discriminación, poseen plena vigencia y el Estado debe diseñar políticas para la preservación de los mismos, por cuanto la comunidad indígena es digna de todo respeto por parte de toda la población.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- (a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- (b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos (p. 25).

En esta parte el convenio exhorta a los estados miembros a que reconozcan y promuevan las riquezas y virtudes que posee la cultura indígena, por cuanto la misma está llena de valores y posee su propia cosmovisión, que muchas veces no es entendida por el resto de la población, motivado a que no comparten los mismos valores culturales y ritmo de vida.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan (pp. 26-27).

El artículo establece la necesidad de la consulta a la cual debe ser llamada la población indígena, cuando se realicen o estén definiendo instrumentos legales que involucre su condición de pobladores y pudiesen afectar el desarrollo de sus actividades, cultura, cosmovisión y costumbres, así mismo establece que la forma de la consulta no debe contradecir sus tradiciones y costumbres.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (pp.30-31).

Cuando el estado se vea en la necesidad de la aplicación de una legislación, que pudiese afectar las costumbres o su derecho consuetudinario, debe tomar la previsión y hacer medida para afectar lo menos posible a estas comunidades para no violentar sus derechos y costumbres ancestrales.

Artículo 9

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

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia (p. 32).

Este apartado de la convención, establece la necesidad del reconocimiento de la justicia ancestral indígena por parte del Estado, en los territorios, comunidades y naciones indígenas establecidas en la república para la resolución de controversias sencillas y que no menoscabe la justicia nacional, preservando la cultura, tradición y cosmovisión indígena.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (pp. 32-33).

Cuando un miembro de la comunidad indígena cometa un acto penal de gravedad, el Estado deberá considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de este ciudadano y tomar medidas alternativas para el pago de las penas de acuerdo a la gravedad del delito cometido.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces (pp. 33-34).

El Estado debe organizar un sistema de protección indígena, para la preservación de los derechos humanos tanto individual como grupal, para la protección de estas comunidades, pueblos y naciones indígenas contra las agresiones que pudiesen percibir y garantizar de esta manera su bienestar social y el desarrollo de su vida de acuerdo a su cosmovisión.

2.6 La Constitución del Ecuador y los pueblos indígenas

La constitución de la república del Ecuador, es la ley madre del ordenamiento jurídico del Estado, en tal sentido es quien coloca los parámetros normativos que debe contener toda ley que se cree o se reforme en la república. Esta norma fundamental ha sido creada con una visión jurídica naturalista y positivista, por cuanto reconoce y protege los derechos fundamentales de la población y de la misma manera norma el funcionamiento del Estado. Adicionalmente adquirió una postura consuetudinaria al incorporar en su articulado el reconocimiento a los pueblos indígenas y declarar un estado plurinacional.

En tal sentido, la postura naturalista se ha ampliado, al llegar a los pueblos indígenas con lo cual se ha creado un pluralismo jurídico en el sistema normativo nacional, lo cual introduce cambio en la producción de las normas. Con la incorporación de los derechos de los pueblos originarios y el reconocimiento a cultura, costumbre, cosmovisión y justicia ancestral, se agrega esta población al resto de la población de la república, contrarrestando años de represión y olvida de esta importante comunidad ancestral. La relación de la Constitución de la República del Ecuador (2008) con la comunidad indígena se establece en los siguientes artículos:

El artículo 1, establece: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” (s/p). en este apartado se establece la definición del Estado ecuatoriano y en el mismo se reconoce la convivencia con otras naciones dentro de su territorio, en la cual conviven diferentes culturas, con diferentes valores y tradiciones que cohabitan de manera armoniosa.

El artículo 57 establece que:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

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.

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 (s/p)

Este apartado, se eleva al más alto nivel jurídico del Estado ecuatoriano el reconocimiento de los derechos de los pueblos y naciones indígenas, por medio de esta constitución y los convenios internacionales suscritos por la república. Igualmente se propone la conservación de la valiosa costumbre y riqueza de la cultura ancestral indígena, así como el reconocimiento de la justicia ancestral indígena que está basada en las costumbres, ritos y cosmovisión, creando de esta manera el derecho consuetudinario y el pluralismo jurídico al convivir dos o más sistemas de justicia de manera simultánea subordinada la justicia ancestral al sistema jurídico nacional.

En el artículo 60, se proclama que “Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación” (s/p). Con esta disposición se le otorga territorio a las comunidades, pueblos y naciones indígenas, en los cuales esta población pueden seguir desarrollando su cosmovisión, sus costumbres, su cultura y su sistema de justicia basados en las tradiciones y valores ancestrales, con lo cual se procura el mantenimiento y divulgación de esta forma de vida milenaria.

El surgimiento de la justicia indígena en el territorio ecuatoriano surge del artículo 171, el cual dice 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 (s/p).

Esta normativa constitucional, autoriza la instalación de la justicia ancestral indígena en las comunidades, pueblos y naciones indígenas reconocidas previamente por el Estado ecuatoriano en concordancia con esta constitución y las leyes. Esta jurisdicción indígena se encontrará suscrita a los territorios designados a las comunidades, pueblos y naciones indígenas, siendo su ámbito de actuación la resolución de controversias internas, delitos menores, los cuales no coliden con la justicia nacional, así mismo se facultan a estas comunidades a la creación de su propia normativa legal que debe estar basada en las costumbres, cultura y cosmovisión indígena, sin que contravengan la presente constitución y las normas nacionales.

Con esta serie de articulado, la constitución ecuatoriana se define como un Estado que está formado por varias naciones, con una variedad de idiomas oficiales, diversos sistemas de justicia, construyéndose judicialmente, como un Estado que reconoce y practica el derecho consuetudinario, por cuanto la justicia indígena se basa en los valores y costumbres ancestrales y el sistema de justicia nacional se crea en función del pluralismo jurídico por presentar la coexistencia de varios sistemas jurídicos que no se contradicen, sino que se complementan entre sí.

2.7 Marco jurídico del Ecuador y los pueblos indígenas

Código Orgánico de la Función Judicial, es el instrumento legal por medio del cual el Estado ecuatoriano organiza la administración de Justicia, permitiendo de esta manera el correcto funcionamiento del sistema judicial, permitiendo de esta manera que los funcionarios involucrados en el mismo que son las juezas, los jueces, las fiscales, los fiscales, los defensores, las defensoras y los demás servidores judiciales se concentren exclusivamente

a la ejecución de las actividades técnicas que le son propias para el desarrollo del sistema judicial ecuatoriano.

Este instrumento legal, fue reformulado para darle repuesta a lo contemplado en la constitución nacional e incluir en el mismo las definiciones y aplicación del sistema jurídico ancestral indígena, por lo cual el Código Orgánico de la Función Judicial (2011) en el título VIII denominado las Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la jurisdicción ordinaria, contiene el artículo 343 el cual establece lo siguiente:

Ámbito de la Jurisdicción Indígena.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, 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. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres (p. 79).

En este artículo de este instrumento legal, se aplica lo dispuesto en el artículo 171 de la constitución nacional, con lo cual se define quienes y donde se puede aplicar la justicia ancestral indígena y las condiciones que debe cumplir para el ejercicio de este derecho constitucional, igualmente se organiza que es el fin de este instrumento legal, la manera de administrar la justicia indígena, la cual se basa en el derecho consuetudinario respetando su cosmovisión milenaria y los diferentes pactos y convenios suscritos por la república..

De la misma manera el artículo 344 define los principios que rigen la justicia ancestral indígena:

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:

- a) Diversidad. - Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural.
- b) Igualdad. - La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) Non bis in ídem. - 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 (p. 79).

Los principios de la justicia indígena, definidos en este instrumento legal, se encuentra en concordancia de la definición del derecho consuetudinario, el cual establece que las costumbres y tradiciones son las fuentes principales de la justicia que emane de este. Es por ello que se instruye a los funcionarios de justicia a incorporar este precepto al momento de aplicar justicia en el contexto indígena, adicionalmente se incorpora a esta justicia los preceptos de divulgación de la normativa indígena y la no revisión de los decretado en la justicia indígena por la justicia ordinaria salvo lo dispuesto al control constitucional, lo cual le otorga plena autonomía en su ámbito de actuación.

El establecimiento de la competencia de la actuación de la justicia indígena se establece en el artículo 345 el cual establece que la:

Declinación de Competencia.

Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena (pp. 79-80).

Con esta disposición, se indica la exclusividad de la aplicación de la justicia indígena en su campo de actuación y en los territorios dispuestos como comunidades, pueblos o naciones indígenas, en los cuales las autoridades judiciales son establecidas por las comunidades originarias y son las encargadas de su administración y preservar el fin de la misma en estas poblaciones ancestrales, siguiendo para ellos los procedimientos contemplados en la presente legislación para el conocimiento de los casos que estos se encuentren en procesados en otros juzgados por otra instancias.

En cuanto a la promoción de la justicia intercultural se establece en el artículo 346 el cual indica que:

Promoción de la Justicia Intercultural

El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores *de la Función* Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas. El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena (p. 80).

La capacitación del personal judicial que se encargará de administrar la justicia indígena, estará a cargo del concejo de la judicatura, quien es el encargado de la aplicación de la presente ley, a su vez es el órgano que se encarga de supervisar y capacitar al personal que realiza las diferentes funciones dentro del sistema de justicia en la república, sin embargo este órgano no posee competencia sobre el sistema de justicia indígena para la administración o gobierno. Por cuanto ello depende de sus propias normativas y gobiernos que establezcan sus autoridades indígenas. Recordando que estas normativas no irán en contra de la normativa nacional ni con la constitución.

Con la adecuación realizada al Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2011, se coloca este instrumento legal con lo dispuesto en la constitución del año 2008 al incorporar el sistema de justicia indígena en su articulado, para su organización y reconocimiento jurídico, estando definido su ámbito de acción y su fin por las tradiciones, costumbre y cosmovisión del pueblo indígena del Ecuador.

Siendo el Código Civil, el cuerpo normativo basado en el positivismo jurídico, el encargado de establecer las diferentes normativas que regulan el comportamiento de la familia, las personas, las obligaciones de los hechos, es decir, es quien define la concepción del delito en el ámbito de la república. Este instrumento normativo se conforma de las definiciones de delito que genera el órgano legislativo. Es por ello que el Código Civil (2015) en su artículo 2 establece que: “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella” (s/p). Este artículo del instrumento legal, no pierde vigencia por la aplicación de la justicia indígena que se basa en la tradición y la cultura ancestral ya que la misma está definida en la Constitución de la república, en el Código Orgánico de la Función judicial y basada en el derecho consuetudinario que establece que la fuente de la justicia es la tradición

2.8 Conclusiones

La república del Ecuador, se ha colocado en una posición de vanguardia en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, motivado al reconocimiento de la existencia de los pueblos originarios valorando su cultura, costumbre, lengua y sistema de justicia ancestral, lo cual la ubica a la par y en algunos casos a la cabeza de los países suramericanos, ya que esta nación reconoce la existencia de su sistema de justicia propio que no contradice al sistema de justicia nacional.

La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

La Constitución del Ecuador, reconoce la organización ancestral de los pueblos indígenas y crea las naciones indígenas, lo cual genera que estas naciones puedan oficializar su sistema de justicia milenaria, la cual se fundamenta en la costumbre y la tradición milenaria de estas comunidades, aplicándose al marco jurídico ecuatoriano el derecho consuetudinario, el cual da origen a la justicia indígena.

Con la creación de la justicia indígena, la justicia ecuatoriana, cambia de paradigma jurídico y basándose el sistema judicial ecuatoriano en el pluralismo jurídico, con lo cual se pasa de tener un solo sistema de justicia o una sola justicia a poseer diversos sistemas jurídicos que en la actualidad pudiesen ser diecinueve (19) sistemas de justicia, desglosados de la siguiente manera, dieciocho (18) sistemas de justicia indígenas, uno por cada nación indígena reconocidos por el estado, lo cual puede aumentar si las comunidades que están en proceso de reconocimiento de nacionalidad prosperan y el sistema jurídica nacional, los cuales coexisten sin contradicciones y en armonía jurídicas.

De esta manera se demuestra la importancia del derecho consuetudinario en el contexto de la costumbre de la justicia indígena involucrada al desarrollo del derecho positivo. Por cuanto, aunque la fuente de la justicia indígena es la tradición y las costumbres ancestrales, esta justicia sigue siendo punitiva lo cual tiene como fundamento el derecho positivo, que nuestros indígenas aplican de acuerdo a sus costumbres sin saber que lo están aplicando puesto que es una definición extranjera para ellos y no nativa ni parte de sus costumbres.

2.9 Referencias Bibliográficas

ACNUDH (s/f). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

ACNUDH (s/f). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Bonilla Maldonado, D. (s/f). Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico. Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf

- Chisaguano, S. (2006). La población indígena del Ecuador. Análisis de estadísticas socio-demográficas. Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Estudios/Estudios_Socio-demograficos/Poblacion_Indigena_del_Ecuador.pdf
- Código Civil (2015). Ley Reformatoria al Código Civil. Oficio No. SAN-2015-1040. Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec078es.pdf>
- Código Orgánico de la Función Judicial (2011). Registro Oficial Suplemento 544. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_ecu_funcion.pdf
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993). Declaración y programa de acción de Viena. 20 años trabajando por tus derechos. Recuperado de: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Constitución de la República del Ecuador (2008). En el Registro Oficial N° 449. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Cruz Rueda, E. (s/f). Principios generales del derecho indígena. En Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena. Huber, R. (2008). Fundación Konrad Adenauer C.A.
- Herve, D., Urrejola, A. (1994). El derecho consuetudinario indígena: Su reconocimiento por el derecho internacional, el derecho comparado y el derecho chileno. El caso mapuche. Memoria de Prueba de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.
- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.344. recuperado de: http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/8d86ab45be0689e387c167f160374a4556690ce0_1293027392.pdf
- OIT (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Organización Internacional del Trabajo Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

Ossorio, M. (s/f). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica Datascan, S.A. Guatemala. Recuperado de: <http://www.herrerapenalzoa.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>

Pina Vara. R. (1956). Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México.

Sierra, M. (1990). Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena. En Stavenhagen, R. (comp.), Entre la ley y la costumbre, México, Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Tibán, L. (2001) Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador: Aplicabilidad, alcances y limitaciones, INDESIC y Hans Seidel, Quito

CAPÍTULO 3: LA JUSTICIA EN LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO ECUATORIANO

Autores:

Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.

Abg. Ámbar Murillo Mena, Mgtr.

3.1 Introducción

Para hablar de la conformación del estado de derecho ecuatoriano, se debe comenzar por establecer una correcta definición de justicia y derecho. Por lo cual para establecer la concepción de justicia hay que recurrir a los estudios realizados por diversos teóricos y filósofos quienes han establecido un sinnúmero de concepciones sobre la justicia y su finalidad, así como su relación con el derecho.

La concepción de la justicia que se desea aplicar en un Estado soberano, es el pilar fundamental para establecer su sistema de derecho, que la finalidad de la justicia es la justa distribución de los beneficios entre la población y preservar el valor fundamental de la misma que es la libertad. Siendo el derecho, el cuerpo normativo con el cual se aplicará el control sobre los ciudadanos, colocando a la justicia como un elemento que se encarga de organizar dicho sistema normativo para preservar los valores fundamentales de la población.

En este sentido Platón (1949) expresa que “la justicia es el bien humano por excelencia; ningún mal se hace al hombre sino mermándole o quitándole este bien, esto es, haciéndole injusto” (p. 430c). al ser la justicia considerada un bien humano, se relaciona a la misma con la teoría del derecho naturalista, por cuanto la misma establece que todos nacemos con los mismos derechos y permanecen con nosotros mientras existamos, algo parecido a lo que se define como justicia. Siendo la justicia la fuente principal del derecho y a la vez es quien supervisa que las normas básicas del derecho se cumplan sin menoscabar el principio de justicia.

Por lo cual Ossorio (s/f) define al derecho como “un conjunto de reglas de conducta cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por la autoridad legítima” (s/p). De acuerdo a esta definición el derecho está compuesto por el conjunto de normativa legal, con las cuales se organiza el convivir de una sociedad o Estado, estando vinculado a la justicia, que es la aplicación de este conjunto de normativa legal de las cuales se dispone para el funcionamiento del estado de derecho.

Es por ello que la conjunción de justicia y derecho da paso a la creación del sistema de justicia, quien está compuesto por los diferentes órganos encargados de la aplicación del conjunto de normas jurídicas y las instituciones garantes de velar por el cumplimiento de la justicia y que no se vulnere el derecho fundamental de todo ciudadano. La justicia como tal es encargada de realizar dicha organización con el fin de velar por la valencia de los valores fundamentales de los ciudadanos de un Estado.

Otra visión de la justicia como disciplina encargada de organizar el estado de derecho, es establecido por Ojeda (2019) quien indica que el sistema judicial es “una parte del poder soberano del pueblo, que se encarga de administrar justicia, para lograr el equilibrio en la convivencia social, precautelando el bien común y la paz colectiva, pero con independencia absoluta de las otras dos funciones” (p. 1). Entendiéndose para muchos autores al sistema judicial como sistema de justicia por el fin que se persigue. El cuál es la preservación de los derechos fundamentales del ciudadano, por tal razón aparte de organizar y supervisar el correcto funcionamiento del sistema jurídico de un Estado, debe velar por que se logre la finalidad de la justicia que no es otra cosa que la preservación de los valores de libertad y equidad entre los ciudadanos, es decir, la convivencia de los individuos en una sociedad.

Siendo la relación entre la justicia y la conformación del estado de derecho ecuatoriano, el tema de discusión de suma importancia para comprender la organización del sistema judicial que impera en el país, estableciendo su base filosófica-jurídica que rigen dicho sistema y su relación con el sustento legal vigente.

3.2 Métodos

La finalidad del presente capítulo es establecer la conformación del estado de derecho ecuatoriano, teniendo como fuente a la justicia y su vinculación con el derecho natural y el derecho punitivo. Para el logro de tal fin se procedió a realizar una investigación documental, para deducir por qué la justicia ecuatoriana presenta el actual ordenamiento jurídico.

3.3 La concepción de la justicia

La Justicia es la rama del derecho que se encarga de constituir la convivencia de los ciudadanos en una comunidad u Estado, enfocada en el bien común y la justa distribución de los beneficios, enfoca en el cumplimiento de la ética moral. Sin embargo, para Para Pérez-López (s/f) la justicia “es la idea específica del Derecho, se refleja en la ley. La justicia como principio del Derecho, delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en juego o en conflicto en la vida social de la comunidad” (p. 1). En esta definición se pone de manifiesto la relación que existe entre la justicia y el derecho, puesto que la justicia es la que define al derecho, aunque uno tenga como objeto la procura del bienestar común, preservando el derecho a la libertad y el otro sea la aplicación del conjunto de normas, es decir el derecho positivista que tiene como fin mantener el imperio de la justicia.

En este sentido, Tantaleán-Odar (s/f) establece que la justicia, puede ser considerada como un principio esencial que involucra en su esencia a la diversidad de derechos que se encuentran definidos por los juristas en la actualidad y en el futuro, por cuanto ella es la que se encarga de establecer y organizar el sistema judicial de un Estado. Con lo cual la justicia obtiene un valor fundamental, puesto que aparte de buscar el bienestar de los ciudadanos y la distribución equitativa, se encarga de coordinar el sistema de justicia para que el conjunto de normas legales en las cuales se basa el derecho preserven de manera justa los valores supremos de la sociedad y lograr de esta manera la sana convivencia de los ciudadanos.

La justicia para el logro de su fin que no es otro que la virtud, siendo esta suprema y caracterizada por la ética y la moral, por lo cual el trabajo de la justicia se concentra en el logro del bienestar y ordenamientos de los ciudadanos de una manera equitativa, con las mismas oportunidades. Para el logro de este objetivo, la justicia crea un compendio de normas legales de obligatorio cumplimiento de los ciudadanos y de esta manera normar la relación que exista entre dos o más ciudadanos quienes presentan los mismos derechos.

Es por ello que con la justicia busca que la persona encargada de aplicar las normas legales, cuando un ciudadano la ha trasgredido, este no vulnere los derechos del transgresor y aplique dicha normativa de acuerdo a lo establecido en las leyes respetando las garantías con las cuales cuenta el transgresor. Para el logro de tal objetivo la justicia se divide y organiza de la siguiente forma: Justicia relacional, Justicia compulsiva, Justicia premial, Justicia judicial, Justicia social, Justicia legal, Justicia de coordinación y Justicia subordinación. Esta serie de denominaciones o ramas de la justicia dan origen a un sinfín de divisiones del derecho aplicado a cada una de las ramas de la justicia.

Una de las derivaciones o tipos de justicia, es la justicia relacional, la cual está concebida como la conexión del aspecto jurídico del derecho con el área de la sociología, es decir, se crea una relación entre el derecho y la sociología de lo cual proviene su nombre. En tal sentido se puede afirmar que la justicia relacional es la relación que se crea entre el derecho y la sociología, basándose la misma en la enseñanza del funcionalismo jurídico.

La Justicia restaurativa es entendida como la definición jurídica que se emplea como una manera de cambiar la postura normativa de oposición a la situación de la criminalidad que puede imperar en una sociedad, la cual consiste en el cambio del pensamiento habitual de sanción que presenta la justicia penal, por un nuevo enfoque que desata la importancia que representa para la sociedad la restauración de las relaciones entre víctima y victimario. Por lo cual el fin de esta justicia es la reconciliación entre el transgresor de las normas legales con el resto de la sociedad que si las cumple.

Otra forma de justicia que existe es la Justicia premial, la cual es definida por De-Diego-Diez (1999) como “una forma de justicia que tiene dentro de sus fines, otorgar una serie de beneficios penales a quienes deben cumplir una condena por cometer actos delictivos” (p. 24). Esta justicia se refiere a la aplicación de una sentencia de un acto punitivo contemplado en el derecho penal y que su castigo no sea prolongado, por lo cual se puede sustituir o complementar la medida de arresto con la restauración y resocialización del individuo que

ha cometido un delito. esta justicia es aplicada a los jóvenes y adolescentes infractores de la ley como una medida educativa y de reinserción a la sociedad. La Justicia social es definida por Tanillama (s/f) como el

Valor supremo del Derecho, es el conjunto de decisiones, normas y principios considerados razonables por un colectivo social determinado. Razonable significa que determinada acción es defendible ante los demás con independencia de sus intereses u opiniones personales, esto es, desde una perspectiva imparcial (p. 53).

Con lo cual se establece que la justicia social tiene como fin de preservar los derechos sociales de los ciudadanos y la convivencia armoniosa entre los mismo, buscando el imperio de la moral, la ética, la equidad y sobre todo el valor de la libertad, por lo cual se fundamenta en el conjunto de normas legales por el cual se rige el Estado para la convivencia social. En cuanto a la concepción de la justicia distributiva para Mejía-Jervis (s/f) este tipo de justicia

Es conocida también como justicia económica. Esta se preocupa por darle a todos los miembros de la sociedad aquello que es justo. Es decir, vela porque cada individuo tenga acceso a los recursos que precisa para tener una vida digna. En este sentido, se entiende a la justicia distributiva como aquella que se encarga de distribuir la riqueza de forma equitativa (p. 2).

Con esta definición, se establece que este tipo de justicia se encarga de velar por las garantías sociales con la cual cuenta la población, siendo su fin el bienestar de los ciudadanos de un Estado, procurando que se repartan de manera equilibrada los diferentes recursos con los cuales cuenta la nación. Este tipo de justicia no indica que la cantidad de ingresos del estado se deban repartir por igual de manera equitativa, sino de una manera equilibrada entre todos los ciudadanos.

En cuanto a la justicia compulsiva, Torres-Vásquez (1999) indica que esta “tiene dos manifestaciones: 1) Justicia compensatoria, es la justicia del Derecho privado como reacción frente al hecho dañoso; y 2) Justicia punitiva que es la justicia del Derecho público, como defensa de la colectividad ante el delito” (p. 721). Esta justicia es la que da origen a la definición del derecho privado, por cuanto la justicia compulsiva aplicada como justicia

compensatoria tiene como fin resarcir el daño económico y moral causado hacia un ciudadano por otro que ha infringido la ley.

Mientras que el derecho público se fundamenta en la vertiente de la justicia punitiva, quien tiene como fin la preservación del bienestar integral de los ciudadanos, por el cual se castiga al sujeto que ha infringido la norma punitiva que establece la legislación para delimitar el alcance de los derechos con los cuales goza cada ciudadano en partícula y grupal.

Mientras que opina Torres-Vásquez ob. cit. en cuanto a la Justicia judicial, que esta “existe cuando el juez tiene que integrar el Derecho ante las lagunas de la ley, haciendo uso de la analogía o de los principios generales del Derecho, con el fin de encontrar una solución justa para el caso concreto” (p. 721). Esta es la justicia que se imparte cuando se desarrolla o aplica las normas legales para resolver una controversia entre dos o más ciudadanos, cuando alguno de ellos ha violado los preceptos legales establecidos para resguardar los derechos individuales y colectivos de cada persona o grupo de personas.

Teniendo la justicia, diferentes concepciones, de acuerdo al fin que se busque con ella, siendo siempre el fin supremo el bienestar del ciudadano para su convivencia en sociedad, por tal sentido Tantaleán-Odar ob. cit. relaciona a la justicia con el hábito, por lo cual plantea que “el termino hábito significa una cualidad permanente que no se pierde con facilidad; operativo, quiere indicar a que está ordenado el hábito de la virtud, perfecciona el sujeto directamente para que este pueda realizar mejor su actividad propia” (p. 2). Con esta definición de habito y como los valores son hábitos y la justicia se fundamenta en los valores, se entiende que la justicia es un hábito que todo el personal que labora en el sistema de justicia debe cultivar.

3.4. El sistema de justicia en el Ecuador

Un sistema de justicia se entiende como la organización y creación de todos los órganos, instituciones y dependencias que se encargan de velar por el correcto funcionamiento y aplicación de la normativa legal vigente, el cual debe estar basando en lo contemplado en la constitución, los convenios internacionales suscritos por la república y el ordenamiento legal del Estado.

El fin principal del sistema de justicia, es el velar por la preservación de los derechos fundamentales y garantías con los cuales cuentan los ciudadanos para su buen vivir tanto de manera individual como social y comunitario, el Estado es el responsable por el cumplimiento en todo momento del estado de derecho por medio del sistema de justicia. En tal sentido este lo organiza de acuerdo a lo contemplado en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 y las leyes que se creen para el fiel cumplimiento de los dispuesto en la normativa suprema de la nación.

En tal sentido la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece en el título II, denominado los derechos, en su capítulo primero, Principios de aplicación de los derechos indica en el artículo 11 que:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (s/p).

En este artículo, la carta magna instaura la obligatoriedad de la preservación de los derechos y garantías constitucionales, por parte del Estado por medio del sistema judicial, preservando siempre sus principios constitucionales de los cuales son portadores y se denota el fin de la justicia que es el bienestar de los ciudadanos, al indicar este artículo que no se debe argumentar ningún pretexto jurídico para el goce de estos principios y garantías definidos en esta carta magna.

Igualmente prosigue la carta magna en su título IV denominado Participación y organización del poder, contemplando en el capítulo cuarto, la función judicial y justicia indígena, en su sección primera los principios de la administración de justicia, establece en el artículo 167 indica que:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución (s/p).

Con este apartado constitucional, se declara como sustento del sistema de justicia al órgano fundacional del Estado quien es el ciudadano, en quien radica la soberanía y quien la ejerce por medio de los órganos correspondiente, como es en este caso el sistema de justicia, quienes siendo investidos de autoridad judicial lo ejercen por medio de los órganos jurisdiccionales. Mientras que el artículo 168 de este instrumento legal declara que:

La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.
2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.
3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución (s/p).

La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

En este artículo, la constitución de la república del Ecuador cumple con su función de ser generador de la justicia social del pueblo ecuatoriano, al establecer los criterios para el correcto funcionamiento del sistema de justicia con la configuración del poder judicial y los órganos que la compondrán, indicando el régimen de funcionamiento y control con la cual se regirán. En este sentido el artículo 169 prosigue este ordenamiento jurídico indicando que:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (s/p).

Con este artículo, la constitución define el fin del sistema de justicia del pueblo ecuatoriano, garantizando la equidad y la preservación de los principio y garantías constitucionales, al establecer la simplificación y celeridad en los procesos judiciales para brindar un sistema de justicia optimo a sus ciudadanos. Sin embargo, con el artículo 170 de la carta suprema del pueblo ecuatoriano se indica que:

Para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana.

Se reconoce y garantiza la carrera judicial en la justicia ordinaria. Se garantizará la profesionalización mediante la formación continua y la evaluación periódica de las servidoras y servidores judiciales, como condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera judicial.

En su papel de administrador del sistema judicial, el Estado establece los criterios para el ingreso al poder judicial, preservando los derechos y garantías consagrados en esta carta magna, y el papel del ciudadano como titular del poder originario del Estado. Así como los fines de la justicia y los derechos laborales con los cuales contara una vez ingrese a este sistema de justicia.

En la sección segunda de este capítulo, se define a la justicia indígena como parte del sistema judicial de la república del Ecuador por lo cual el artículo 171 indica 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 le confiere la potestad a los pueblos y naciones indígenas de organizar su sistema de justicia local, de acuerdo a su cultura y costumbre ancestral, la cual regirá en los territorios de los pueblos y naciones indígenas reconocidos por el estado ecuatoriano, con lo cual se integra al sistema de justicia nacional una nueva figura que es el juez indígena, el cual tendrá competencia en las normas ancestrales por la cual se rige el funcionamiento ancestral de sus comunidades. Con la aparición de esta justicia ancestral se incorpora al sistema judicial el derecho consuetudinario y el pluralismo jurídico, con los cual conviven más de un sistema de justicia que se complementan entre si y se reconoce a la cosmovisión indígena como fuente del derecho.

En la sección tercera de este capítulo, se indican los principios de la Función Judicial los cuales se encuentran establecidos en los artículos contemplados desde el artículo 172 hasta el 176. Siendo el artículo 172 el que trata todo lo referente a la función de las juezas y los jueces en la administración de justicia, el 173 indica todo lo concerniente a la impugnación a la cual puede ser sometidos las actuaciones de las autoridades del Estado, el artículo 174, contempla la dedicación exclusiva que deben tener los funcionarios que integran el sistema de justicia a dicha labor y la prohibición del ejercicio libre de su profesión.

Mientras que en el artículo 175 se indica la creación de una legislación y de una jurisdicción especial para atender los casos de las niñas, niños y adolescentes, dividiendo esta jurisdicción a su vez en competencia de acuerdo al hecho punible que se esté tratando. En el artículo 176, se establecen los criterios y procedimientos a seguir para la selección de las y los funcionarios que integraran el sistema de justicia y los requisitos que estos deben cumplir para ser seleccionados para dichas funciones.

La aplicación de la justicia en el ámbito internacional, el sistema de justicia ecuatoriano será autónomo en las decisiones adoptadas de acuerdo al marco jurídico nacional y territorial indígena, por cual el sistema de justicia internacional solo tendrá competencia en los asuntos en los cuales se vean involucrados el Ecuador con otras naciones, por lo cual los pactos y tratados internacionales suscritos por la república se regirán por lo dispuesto en la constitución nacional y las leyes nacionales referidas a las controversias a resolver.

Por lo cual para la firma de tratados internacionales el presidente o presidenta de la república deberá regirse por lo dispuesto en los artículos 418 el cual lo faculta para la firma de los mismos, el 419 que trata los mecanismos establecidos para su aprobación y ratificación, el 420 que indica la consulta al soberano para su aprobación, el 421 quien establece los límites de los tratados internacionales será siempre el inicio de los derechos de los connacionales y las empresas o instituciones nacionales. En el artículo 422 se indica con quienes no se podrán realizar la suscripción de pactos internacionales.

Con esta serie de articulado referidos a la potestad que posee el presidente de suscribir pactos y tratados internacionales y la función del poder legislativo de supervisar el contenido de dichos pactos y tratados para su posterior aprobación o rechazo, se completa las disposiciones judiciales contenidas en la constitución de la república del Ecuador y que es la base del sistema de justicia del Estado ecuatoriano.

3.5 El derecho a la Justicia del indígena ecuatoriano

El derecho a la justicia se encuentra garantizado en la Constitución de la República del Ecuador 2008, la cual contempla en el artículo 168 que el servicio de justicia en la república será gratuito, con lo cual se le da la oportunidad por igual a todos los ciudadanos a poder acceder a ella, igualmente el artículo 169 promueve la simplificación de trámites administrativos y procedimentales para crear la eficacia en la administración de justicia por

parte del Estado ecuatoriano, con esta medida se garantiza el acceso oportuno al ciudadano ecuatoriano al sistema de justicia, estableciendo las normas para garantizar el debido proceso.

Con el artículo 171 de la Constitución, se garantiza el ejercicio de los derechos de las poblaciones y naciones indígenas a la justicia tomando en cuenta sus tradiciones, costumbres y cosmovisión, por lo cual el ciudadano perteneciente a una etnia ancestral será juzgado de acuerdo a sus normas ancestrales respetando el derecho a la defensa.

El artículo 173, consagra el derecho que tiene el ciudadano a oponerse a los actos administrativos que decida el gobierno que vulnere sus derechos o su buen vivir, por medio de la solicitud de nulidad de dichos actos, la cual se discutirá en un proceso judicial preservado los derechos de los ciudadanos.

En el artículo 175 de la Constitución, se consagra el acceso a la justicia los niños, las niñas, los jóvenes y los adolescentes, de una manera especial de acuerdo a su legislación, estableciendo los procedimientos pertinentes para preservar su derechos y garantías constitucionales.

El Código Orgánico de la Función Judicial (2011) en el Título I, definido como principios y disposiciones fundamentales en su capítulo I denominado el Ámbito, establece en el artículo 3 las políticas de justicia que aplica el Estado ecuatoriano con el fin de garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos, por lo cual diseña la organización del poder judicial en todos sus niveles y define los mecanismos necesarios para la aplicación de los diferentes instrumentos legales de acuerdo a lo establecido en la constitución y las leyes nacionales.

El artículo 12 del Código, establece que el acceso a la justicia es gratuito por lo cual el ciudadano no debe cancelar costo alguno por la prestación de los servicios judiciales a excepción de las costas procesales cuyo valor será establecido por este código y las leyes aplicables a la materia. Con esta disposición se le garantiza al ciudadano a recibir el derecho constitucional al sistema de justicia para garantizar los principios y garantías establecidos en la carta magna y las leyes.

El principio de acceso a la justicia, se encuentra consagrado en el artículo 22 del código orgánico de la función judicial, en el mismo se establece el deber de los funcionarios encargados de administrar el sistema de justicia prevalecer el goce de los derechos y garantías constitucionales al ciudadano de manera individual y colectiva cuando así lo requieran, por lo cual los diferentes órganos que conforman el sistema judicial establecerán mecanismos para que la prestación del servicio de justicia sea rápido y eficaz para el fiel cumplimiento de lo establecido en las normas que concierne a las materias que se traten

3.6 Conclusiones:

El Estado ecuatoriano garantiza el acceso al sistema de justicia, por medio de lo consagrado en la constitución de la república, el código orgánico de la función judicial y demás normas legales que poseen competencia en el ámbito de la justicia, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos de manera individual y colectiva.

La organización del sistema judicial, se encuentra consagrado en la constitución de la república y en el código orgánico de la función judicial, que son las normativas fundamentales que definen el sistema de justicia del Ecuador y la manera de administrarlo en concordancia con la normativa legal vigente, preservando siempre los derechos y garantías de los ciudadanos.

El sistema de justicia de la República del Ecuador, se encuentra definido como un sistema de pluralismo jurídico, debido a que se establece la justicia ordinaria, la justicia militar y la justicia indígena, conviviendo en el mismo marco jurídico fundamental y con las leyes ordinarias y especiales que atañe a cada jurisdicción en particular, con lo cual se les garantiza el acceso a la justicia a la población en general, a los militares que prestan servicios a la república y a la población indígena.

En la concepción de la justicia, esta no debe ser vista como un tema únicamente concerniente a los actos constitutivos del Derecho, como son las normativas legales, motivado a que por su definición filosófica legal la justicia es la prevalencia de los valores éticos y morales del ciudadano, por lo cual la educación familiar que se instruya a sus miembros es fundamental para su actuación de acuerdo a estos principios.

3.7 Referencias Bibliográficas

- Código Orgánico de la Función Judicial (2011). Registro Oficial Suplemento 544. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_ecu_funcion.pdf
- Constitución de la República del Ecuador (2008). En el Registro Oficial N° 449. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- De Diego Diez, L. (1999). Justicia Criminal Consensuada, Algunos modelos del derecho comparado en los E.E.U.U., Italia y Portugal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mejía Jervis, T. (s/f). Los 5 Tipos de Justicia y sus Características. Recuperado de: <https://www.lifeder.com/tipos-de-justicia/>
- Ojeda, M. (2019). Sistema jurisdiccional ecuatoriano. Derecho Ecuador. Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/sistema-jurisdiccional-ecuatoriano>
- Ossorio, M. (s/f). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica Datascan, S.A. Guatemala. Recuperado de: <http://www.herrerapenalzoa.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>
- Pérez López, J. (s/f). Los valores jurídicos. Derecho y Cambio Social. Recuperado de: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm>
- Platón. (1949). La República, libros I y II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- Tanillama, J. (s/f). Deontología Jurídica. UIGV. Lima
- Tantaleán Odar, C. (s/f). El fundamento esencial y existencial del derecho: la justicia. Derecho y Cambio Social. Recuperado de: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista007/justicia.htm>
- Torres Vásquez, A. (1999). Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho. Palestra. Lima.

CAPÍTULO 4: LA LEY INDÍGENA COMO FUENTE DEL DERECHO EN LOS PAÍSES ANDINOS

Autores:

Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.

Abg. Ámbar Murillo Mena, Mgtr.

4.1 Introducción

Las comunidades, pueblos, naciones y hasta imperios indígenas han vividos en los territorios andinos desde tiempos inmemoriales, siendo los más reconocidos el imperio Inca que gobernó una vasta zona del Perú fundamentalmente, del Ecuador hasta Colombia, de manera directa e indirecta, adicional a los pueblos Incas existían diferentes comunidades indígenas en cada una de los países andinos, entre los que se puede mencionar a los caribes en Venezuela, los Guajiros entre Venezuela y Colombia, los Achuar en el Ecuador entre otros pueblos ancestrales.

En este sentido Chisaguano (2006) define al indígena como “los primeros habitantes de América -Abya Yala- antes de la llegada de los invasores europeos, quienes -los indígenas- fueron tratados como una clase inferior, explotados, denigrados como seres humanos, considerados menores de edad” (p. 10). Estos habitantes originarios estaban organizados social, económica y políticamente de acuerdo a su cosmovisión, costumbres, cultura y creencia. Para lo cual contaban con un sistema de justicia propio basado en sus normas ancestrales.

El sistema de justicia se encuentra basado en el derecho, por lo cual el derecho que crea su normativa de acuerdo a las costumbres, la cultura, las creencias, las tradiciones y cosmovisión de los pueblos ancestrales se define derecho consuetudinario el cual es definido por Ossorio (s/f) como el derecho “que surge y persiste por obra de la costumbre con trascendencia jurídica” (s/p). Mientras que la Enciclopedia Jurídica (2020) define al derecho consuetudinario “como el conjunto de normas jurídicas que se practican constantemente en una sociedad sin haber sido sancionadas en forma expresa, y que se consideran jurídicamente obligatorias” (p. 2).

De acuerdo a estas definiciones el sistema de justicia que poseían los pueblos originarios se basaba en el derecho consuetudinario, por cuanto su justicia fue basada en sus costumbre, tradiciones y cosmovisión, este sistema de justicia presenta grandes riquezas ancestrales los cuales deben de ser conservados por los Estados dominantes de esos pueblos originarios que se conservan aun en el territorio andino suramericano, por lo cual en la actualidad los gobiernos de los países andinos Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia han introducidos unas series de normativas legales para reconocer los derechos que poseen estos pobladores originarios.

Siendo el fin del presente capitulo el realizar un análisis comparativo de las diferentes legislaciones que contienen el sistema jurídico de los países Andinos, para establecer las diferencias y semejanzas de estos instrumentos legales que reconocen la posesión ancestral que tenían estas comunidades del territorio Andino, determinando los mecanismos legales con los cuales cuentan los Estados Andinos para preservar y divulgar su cultura, costumbre y cosmovisión ancestral de estos pueblos milenarios.

Históricamente los pueblos y comunidades indígenas, carecían del reconocimiento de los Estados perteneciente a la región Andina y por el contrario eran catalogados como ciudadanos de segunda. Cuando se le reconocía un derecho en particular este permanecía en el papel y no se aplicaba la normativa legal que beneficiaba a estos pobladores ancestrales, es por ello que a partir de la promulgación del Convenio Número 107 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, hasta nuestros días con el convenio número 169 de este organismo multilateral, dichos convenios suscritos por los países de la región andina, es que esta realidad ha venido cambiando y los Países de la región Andina han venido incorporando normativas legales para el reconocimiento y cumplimiento de los derechos de los pobladores originarios de la región Andina.

En este sentido Rodríguez (s/f) señala que la firma de la ratificación e incorporación del convenio 169 de la OIT, no fue realizada por los gobiernos de los países andinos de una manera simultánea, ni de forma secuencial en periodos de tiempos cortos, sino que más bien la ratificación del convenio fue realizada por cada gobierno de manera aislada y con prolongado tiempo de separación entre uno y otro descrito de la siguiente manera:

Colombia fue el primer país andino en ratificar este tratado el cual lo realizó el 7 de agosto del año 1991, seguido de Bolivia quien lo ratificó el 11 de diciembre del mismo año siendo los dos únicos países de la región andina que lo proclamaron el mismo año. Posteriormente lo hace Perú el dos de febrero del año 1994, prosiguiendo Ecuador el 15 de mayo del año 1998, finalizando Venezuela quien lo proclama el 22 de mayo del año 2002 notándose una diferencia en los años de validación de este tratado que promueve el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios por la situación jurídica en los cuales se encontraban estas comunidades.

Con la aplicación de este tratado en los países de la región andina, se ha logrado colocar en el marco jurídico de estos países los derechos que tienen las comunidades y pueblos indígenas al respeto y consideración de su cultura, tradición, costumbre y cosmovisión, así como ser considerados como ciudadanos de primera y no ser relegados a un segundo plano jurídico.

Actualmente los pueblos originarios de los Países Andinos han logrado avances sustanciales en la legislación de sus países, en los cuales les han sido reconocidos sus tradiciones, cultura, cosmovisión y su sistema de justicia autóctono, el cual es basado en el derecho consuetudinario, siendo este sistema de justicia característico de cada comunidad, población o nación indígena en particular, convirtiéndose de esta manera las tradiciones y costumbres ancestrales como fuente de la justicia indígena ancestral. Es por ello que en el presente capítulo se busca hacer un análisis comparativo de las diferentes legislaciones de los países Andinos para contractar el avance de los derechos indígenas de los países andinos con la legislación ecuatoriana.

4.2 Métodos

El presente apartado analizar el aporte que ha hecho la legislación indígena que se ha desarrollado en los países Andinos como fuente del derecho, así mismo establecer la influencia del derecho consuetudinario en el sistema de justicia de estos países. Por lo cual se desarrolló una investigación documental, con la cual se logró deducir la influencia de la costumbre ancestral indígena ha influenciado a la justicia de los países andinos en su actual ordenamiento jurídico.

4.3 Estudio de la Constitución de los Países Andinos como fuente del derecho indígena

Las comunidades y los pueblos indígenas que habitan en los territorios de los países andinos, poseen derechos y garantías especiales adicionales a los derechos y libertades fundamentales que han sido consagrados en cada una de las constituciones de los estados que conforman la región andina. En dichos instrumentos legales les reconocen su condición indígena, con lo cual logran el respeto de sus costumbres, cultura cosmovisión y hasta su sistema de justicia en algunos casos, es por ello que a continuación se hace un estudio comparativo de estos beneficios con los cuales gozan esta población en cada uno de los países de la región andina.

El derecho a la educación

En el ámbito del derecho a la educación que poseen los pueblos indígenas la Constitución política del Perú (1991) solo reserva un solo articulado para establecer el régimen de idiomas oficiales que regirán la comunicación nacional y territorial, estableciendo el idioma castellano como el predominante, así como el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, de acuerdo a lo previsto en la leyes que se desarrollen a nivel nacional, el uso del idioma quechua, aimara y los otros idiomas indígenas están supeditados a su territorio de origen y pueden ser empleados en la educación de los estudiantes.

Mientras que la Republica Plurinacional de Bolivia en su Constitución Política del Estado (2009). Indica que “son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (s/p). por lo cual se establece de manera expresa los idiomas indígenas que deben ser empleados en el sistema educativo para mantener y divulgar su consecución. Igualmente indica en materia educativa que la educacionista concebida de forma integral e intercultural para la población indígena de manera que conserven y promuevan sus costumbres, cultura cosmovisión y saberes ancestrales, sin discriminación.

En cuanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece que el idioma oficial de la república es el castellano, así como los idiomas indígenas que con igual rango son de uso oficial para los pueblos indígenas, pudiendo ser empleados en todo el territorio nacional, esta disposición constitucional no solo delimita el uso de las lenguas

originaria a su territorio sino que los indígenas venezolanos pueden utilizar su idioma en cualquier documento nacional y en cualquier parte del territorio en el cual se encuentre.

Igualmente, se les concede el derecho a los pobladores de las comunidades indígenas a mantener, divulgar, consolidar y desarrollar su cultura, costumbre, creencias, tradiciones y cosmovisión ancestral. Para lo cual el Estado venezolano deberá crear las condiciones para su divulgación y conservación. Para este fin el Estado se sustenta en la educación intercultural y bilingüe como medio de divulgación de su idioma, cultura y cosmovisión ancestral de acuerdo a sus principios.

En este sentido la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece al castellano como el idioma oficial en toda la república y de la misma manera oficializa el uso del kichwa y el shuar como idiomas reconocidos para la relación intercultural. Por lo cual el resto de los idiomas ancestrales Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan. Por lo cual el Estado promoverá su uso y divulgación en el territorio nacional y en los territorios de las comunidades, pueblos y naciones indígenas.

En cuanto al sistema educativo indígena, la constitución establece que la misma tendrá como centro al sujeto con lo cual integrará una visión intercultural en concordancia con el lugar en el cual se imparta valorando la variedad cultural y lingüística y el respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. Con esta disposición el Estado busca preservar la riqueza de la cultura ancestral indígena, promoviendo su idioma, costumbres y cosmovisión ancestral por medio de la educación.

La Constitución Política de Colombia (1991) establece al castellano el idioma oficial de Colombia. Siendo la lenguas y dialectos de los grupos originarios también oficiales, pero solo en sus territorios ancestrales, la educación que se desarrolle en las poblaciones y asentamientos indígenas deben estar en concordancia con las tradiciones, cultura, cosmovisión y lingüísticas bilingüe.

Los derechos políticos

Con respecto a los derechos políticos de las comunidades, pueblos y naciones indígenas la Constitución política del Perú ob.cit. establece que las Comunidades Campesinas y Nativas (que es la definición que le da la constitución a los pueblos originarios) poseen presencia ante la normativa legal, lo cual lo faculta a ser considerado como personas jurídicas. Por lo cual el Estado peruano debe buscar los diferentes mecanismos para la preservación y divulgación de su cultura ancestral. Con este articulado la legislación peruana reconoce la existencia de los pueblos originarios, aunque no lo hace de manera particular sino colectiva con otro grupo de pobladores.

Mientras que la Constitución Política del Estado ob, cit, del pueblo boliviano establece en cuanto a los derechos políticos de las comunidades, pueblos y naciones indígenas, el reconocimiento pleno de sus derechos como pobladores ancestrales, por cuanto el Estado se define como un Estado de derecho plurinacional, con lo cual se involucra a los habitantes indígenas en la refundación del Estado Nacional, estableciendo su cultura, idioma, su organización política y sistema jurídico como parte de la conformación de los valores jurídicos y sociales del país. Concediéndoles a esta población el derecho a su autonomía y por ende a la formación de su gobierno de acuerdo a sus tradiciones, cultura y cosmovisión contando con el aval de las autoridades nacionales.

Así mismo el Estado boliviano, consolida la democracia al permitir la elección de las autoridades comunales, poblacionales o nacionales, en concordancia con sus costumbres, cultura cosmovisión y normativa autóctona por ellos para tal fin, igualmente la normativa electoral le permite la representación de sus comunidades, pueblos y naciones en el ámbito nacional. De la misma manera se le concede una relevancia fundamental a la población indígena que en la constitución aparece un apartado destinado solo a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el cual se desarrollan estos brindándole una mayor protección jurídica a esta población ancestral.

El la Constitución Política de Colombia ob.cit. el Estado colombiano reconoce y protege la variedad étnica y cultural de la cual está conformada la población colombiana, en la cual el estado se compromete a preservar la riqueza cultural de esta variedad cultural, de la misma manera establece el derecho que poseen las comunidades indígenas sobre el patrimonio

cultural que se encuentre en su territorio ancestral. De igual manera el Estado le concede la nacionalidad colombiana a los hijos de los pobladores originario que nazcan en la frontera compartida. Se establece la representación política en el senado y la cámara de representante a los pobladores indígenas.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ob. cit. les concede la participación política a los habitantes de los pueblos originarios, otorgándoles representación indígena en la asamblea nacional, en los concejos legislativos de los estados y en los concejos municipales que posean comunidades indígenas con lo cual se les otorga voz y voto en las decisiones nacionales a los pobladores originarios del país. Adicionalmente se reconocen la autodeterminación de las comunidades y pueblos indígenas y su derecho a elegir su propio gobierno de acuerdo a sus normas ancestrales. Adicionalmente se les concede el goce y posesión de los territorios ancestrales y de las riquezas que en ellos se encuentren.

En este aspecto la Constitución de la República del Ecuador ob. cit. define al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional, lo cual establece que reconoce a las naciones indígenas que habitan en su territorio. Otorgándoles a la comunidades, pueblos y naciones indígenas los beneficios que otorgan los pactos y convenios internaciones que ha suscrito la republica con otros entes multilaterales, por lo cual se compromete en velar por el mantenimiento y fortalecimiento de la cultura, tradiciones y cosmovisión ancestral de las mismas.

Adicionalmente el Estado ecuatoriano, por medio de su carta magna indica que las comunidades y pueblos ancestrales pueden constituirse en espacios territoriales, lo cual le concede el reconocimiento de naciones indígenas al estas constituidas por comunidades y poblaciones de una misma etnia que comparten cultura, tradiciones, cosmovisión y normativas punitivas semejantes. Es por ello que se establecen las circunciones territoriales indígenas, a las cuales se le ha creado un régimen especial administrativo con su normativa particular de acuerdo a la cultura, tradición y cosmovisión. Con lo cual se garantiza la existencia de esta cultura milenaria que dispondrá de su normativa legal autóctona y su propia organización administrativa indígena.

El derecho a la justicia indígena

En el marco del otorgamiento de competencia en la administración de su propia justicia ancestral la Constitución Política del Estado ob. cit. de Bolivia le concede la instrucción de su propio sistema de justicia en concordancia con su cosmovisión, con esta concepción el sistema de justicia boliviano, se convierte en un sistema de justicia plurinacional, puesto que convivirán el sistema de justicia ordinario y el sistema indígena campesino con el mismo rango legal, por lo cual ninguno se impondrá al otro sino que se definirá en las competencias con la cual le fue dotado a cada uno.

El sistema de justicia indígena originario campesino, tendrá su jurisdicción, competencia y establecerá sus autoridades, de acuerdo a sus principios, cultura, costumbres y cosmovisión ancestral, creando para tal fin su propio cuerpo normativo basado en la cultura y costumbres ancestrales.

Para la Constitución Política de Colombia ob. cit. las autoridades de las comunidades y pueblos indígenas, se encuentran facultados para el ejercicio de las funciones judiciales dentro de su territorio de acción, esta normativa indica que todo poblador indígena puede ejercer una función dentro del sistema de justicia indígena solo dentro de los territorios establecidos. Esta situación ocurre en concordancia con la normativa ancestral de la cual disponga la comunidad o pueblo ancestral, la cual está sustentada en sus costumbres, cultura y cosmovisión.

Mientras que para la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ob. cit. indica que las autoridades establecidas por la comunidad de acuerdo a sus costumbres y tradiciones ancestrales, podrán ejercer las funciones de la justicia indígena en base a su cosmovisión y cultura ancestral, solo en los territorios definidos por el Estado como territorios indígenas, basados en las normas jurídicas elaboradas por la comunidad de acuerdo a lo dispuesto en la tradición, cultura y cosmovisión ancestral.

La justicia indígena se encuentra establecida en la Constitución de la República del Ecuador ob. cit. como aquellas que se encuentra integrada por los pobladores de las comunidades, pueblos y naciones indígenas que fueron electos de acuerdo a sus tradiciones ancestrales para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en los territorios establecidos como asiento de dichas comunidades indígenas. Estas autoridades judiciales serán electas en igualdad de condiciones sin discriminación de ningún tipo.

Las acciones desarrolladas por la justicia indígena tendrán fiel cumplimiento dentro de la jurisdicción que le corresponde y ningún ciudadano que haya sido juzgado por la justicia indígena podrá ser juzgado por el mismo delito por la justicia ordinaria. Así como al momento de haber conflicto de competencias estas serán resuelta por los órganos competentes quien determinará la jurisdicción que deberá conocer del caso.

Con este análisis de las diferentes normativas constitucionales de los países andinos, se determina que la población originaria tiene garantizados sus derechos fundamentales y originario en la mayoría de los países que integran la región andina suramericana.

4.4 Análisis de la legislación indígena de los Países Andinos

La república de Colombia no cuenta con un instrumento legal en el cual concentre la aplicación de los derechos con los cuales cuenta la población indígena, en tal sentido dispone de una serie de decreto y leyes con las cuales se norma el estado de derecho de las comunidades poblaciones indígenas, entre las cuales se puede mencionar el Decreto 2001 (1988) en el cual se reconoció que las poblaciones indígenas pueden organizarse políticamente por medio de los cabildos indígenas los cuales son entidades públicas de carácter especial, que están establecidas para los territorios en los cuales se encuentran los asentamientos, comunidades y poblaciones ancestrales. Con este instrumento legal se les otorga a las poblaciones originarias la potestad de organizarse de acuerdo a sus costumbres y normas ancestrales.

Para la república del Perú, los derechos de los pueblos indígenas, es un tema fundamental por lo cual han creado una serie de normas jurídicas enfocadas a la preservación y reconocimiento de la lengua indígena como idioma oficial de la república, este procedimiento se ha realizado bajo la conjunción de varios instrumentos legales como la Ley N.º 29735 (2011), este instrumento legal es la Ley que se encarga de Regular el Uso, la Preservación, el Desarrollo, la Recuperación, el Fomento y la Difusión de las Lenguas Originarias del Perú. Con esta norma jurídica se busca el rescate de las lenguas originarias del Perú que se encuentran en un proceso de reconocimiento por parte del Estado. Adicional a este instrumento legal, el Estado peruano ha venido estructurando un cuerpo legal para salvaguardar los derechos de los pueblos originarios.

El derecho indígena es desarrollado en la república de Venezuela, por medio de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005), este instrumento legal norma la vida de las poblaciones indígenas en el territorio venezolano, a diferencia de los demás países andinos que tienen diferentes instrumentos legales para desarrollar el estado de derecho indígena, en esta ley se delimita las tierras indígenas, los mecanismos para el aprovechamiento de los recursos que se encuentran en su territorio, así mismo le define los derechos civiles, políticos y sociales de las comunidades ancestrales. Adicionalmente regula la jurisdicción indígena, los derechos económicos y crea los diferentes organismos relacionados con los derechos de los indígenas. Es un instrumento en el cual se cumple la mayoría de las disposiciones del convenio 169 de la OIT, suscrito por la república.

En cuanto al fundamento legal por el cual el Estado ecuatoriano, protege a los pobladores ancestrales, este es muy variado y fructífero para su población, entre los cuales se puede mencionar la Ley Orgánica de Educación Intercultural (2010) con la cual se les provee a los estudiantes de las poblaciones indígenas una educación basada en su cultura, con el empleo de su idioma ancestral y respetando su cosmovisión. Adicionalmente se tiene a Código Orgánico de la Función Judicial (2011), instrumento legal por medio del cual se sustenta la justicia indígena, indicando en la misma su jurisdicción y norma su campo de acción y la manera de organizarla, siempre respetando su cultura ancestral y su cosmovisión, con el conjunto de instrumentos legales la república del Ecuador cumple con las disposiciones del convenio 169 de la OIT.

La diferencia de la normativa legal del Estado ecuatoriano con la venezolana, Es que la normativa venezolana concentro en un solo instrumento legal los derechos concernientes a las poblaciones indígenas, mientras que el Ecuador y el resto del sistema legal de los países andinos lo han hecho por medio de diferentes instrumentos legales como leyes y decretos presidenciales.

4.5 Conclusiones

El convenio 169 de la OIT, es el instrumento multilateral que ha orientado el establecimiento de los derechos de los pueblos originarios en los países de la región andina, aunado a una tendencia reformista de la constitución de estas naciones, quienes aprovecharos esta tendencia reformista para reconocer los derechos de los pueblos originarios en la carta magna de los países de esta región de Suramérica.

Con la incorporación de los derechos de los pueblos originarios, surgió la necesidad de incorporar al sustento jurídico de las naciones andinas, del derecho consuetudinario, por cuanto los instrumentos legales para regir la vida de los pueblos originarios deben estar basados en sus costumbres, culturas y cosmovisión, siendo necesario incorporarlas a las normas a crear, por lo cual en los países andinos predomina el derecho consuetudinario para establecer las penalidades de los pobladores originarios en su territorio, siendo este derecho el sustento de su sistema de justicia.

Por lo cual el sistema de justicia que impera en la mayoría de estos estados de la región andina es el sistema plurinacional, por cuando conviven dos jurisdicciones jurídicas, la ordinaria y la justicia indígena, la cual se basa en la costumbre y cosmovisión del pueblo indígena, rigiéndose por sus propias normas las cuales se crean en comunidad.

Es por ello que el aporte realizado por la cultura indígena a la legislación de los países de la región andina, ha sido estructural por cuanto se ha eliminado una premisa jurídica la cual es que la costumbre no es fuente del derecho, mientras que en los países andinos la costumbre, las tradiciones y la cosmovisión indígena es la fuente principal para la creación del derecho indígena y de su sistema de justicia que tiene como fundamentación los valores ancestrales de la cultura indígena.

4.6 Referencias Bibliográficas

Chisaguano, S. (2006). La población indígena del Ecuador. Análisis de estadísticas socio-demográficas. Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC. Recuperado de: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Estudios/Estudios_Socio-demograficos/Poblacion_Indigena_del_Ecuador.pdf

Código Orgánico de la Función Judicial (2011). Registro Oficial Suplemento 544. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic4_ecu_funcion.pdf

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta oficial extraordinaria N° 36.860. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

Constitución de la República del Ecuador (2008). En el Registro Oficial N° 449. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

- Constitución Política de Colombia (1991). Recuperada de: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Constitución Política del Estado (2009). Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf
- Constitución Política del Perú (1993). Ley N^o 27600. Recuperada de: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
- Decreto 2001 (1988). Diario Oficial Año CXXV. N. 38515. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1755876>
- Enciclopedia Jurídica (2020). Derecho consuetudinario. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-consuetudinario/derecho-consuetudinario.htm>
- Ley N.º 29735 (2011). El Peruano N° 445799. Recuperado de: <http://www.minedu.gob.pe/comunicado/pdf/normativa-2018/ley-29735/ley-29735.pdf>
- Ley Orgánica de Educación Intercultural (2010). Recuperada de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2011_leyeducacionintercultural_ecu.pdf
- Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005). Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.344. recuperado de: http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/8d86ab45be0689e387c167f160374a4556690ce0_1293027392.pdf
- OIT (2014). Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Organización Internacional del Trabajo Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf
- Ossorio, M. (s/f). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1^a Edición Electrónica Datascan, S.A. Guatemala. Recuperado de: <http://www.herrerapenalosa.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>

Rodríguez, G. (s/f). Breve reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia. Universidad del Rosario Colombia. Recuperado de: https://www.urosario.edu.co/urosario_files/3a/3a3ccef9-bcde-4c21-bfcf-35cae97d5c48.pdf



ISBN: 978-9942-960-71-9



9 789942 960719