

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 milenario, 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 diecinueves (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

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