

***FACULTAD LATINOAMERICANA DE
CIENCIAS SOCIALES - FLACSO***

Sede-Ecuador

***MAESTRÍA EN CIENCIAS SOCIALES CON MENCIÓN
EN ASUNTOS INDÍGENAS***

TESIS

***"La Administración de Justicia
Indígena en Tigua, su evolución y
práctica actual"***

ASESOR: Dr. Fernando García

ALUMNO: Raúl ILaquiche Licta

Quito, marzo del 2004

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE
CIENCIAS SOCIALES FLACSO**

Sede-Ecuador

**MAESTRÍA EN CIENCIAS SOCIALES CON
MENCIÓN EN ASUNTOS INDÍGENAS**

TESIS

*“La Administración de Justicia
Indígena en Tigua, su evolución
y práctica actual”*

ASESOR: Dr. Fernando García

ALUMNO: Raúl ILaquiche Licta

Quito, marzo del 2004

***"ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
INDÍGENA EN TIGUA, SU
EVOLUCIÓN Y PRACTICA ACTUAL"***

Agradecimiento

Mi imperecedero agradecimiento a los dirigentes y autoridades indígenas de las catorce comunidades de TIGUA, quienes aportaron con informaciones necesarias para desarrollar y concluir satisfactoriamente este trabajo; todo lo cual me permitió demostrar la vigencia y ejercicio práctico de uno de los derechos colectivos de los indígenas, como es el sistema jurídico indígena. Mis reconocimientos al Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi MICC, por permitirme aplicar los conocimientos adquiridos en esta Maestría a través de la dirigencia de Organización y Promoción; como también, por el espacio concedido para coadyuvar en el fortalecimiento y desarrollo de las propuestas políticas del Movimiento indígena desde los gobiernos locales alternativos, por intermedio de la coordinación provincial del Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik, período 2001-2003. Finalmente, dejo mis debidos reconocimientos a la Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador ECUARUNARI, por permitirme conducir como Vicepresidente y aportar al proceso de reconstitución y fortalecimiento como pueblos indígenas con este trabajo.

Dedicatoria

A las autoridades de los Pueblos y Nacionalidades indígenas del Ecuador que tienen la difícil misión de impartir justicia y ejercer el control social al interior de sus territorios; a los dirigentes de las organizaciones indígenas de la provincia de Cotopaxi; a los jueces, fiscales, abogados, a todos los que se interesen en este complejo pero apasionante tema de los sistemas jurídicos, con la seguridad de que en este trabajo encontrarán aspectos relevantes para comprender, respetar y coadyuvar a su ejercicio pleno.

Raúl

CONTENIDO

ABSTRAC.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2

CAPITULO I

DERECHO INDÍGENA

1. GENERALIDADES:.....	6
1.1. Reseña histórica del derecho escrito: su relación con los pueblos indígenas.....	6
1.2. Concepto.....	11
1.3. Definición: Derecho Indígena.....	12
1.4. Fundamentos y principios de existencia del derecho indígena.....	18
1.5. Características.....	22
1.6. Especificidades del derecho indígena respecto al derecho estatal.....	23
1.6.1. Relaciones comunes.....	24
1.6.2. Particularidades.....	24
1.7. Bases Constitucionales y legales que sustentan la existencia y vigencia del Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico en el Ecuador.....	26
1.7.1. <i>Bases Constitucionales del Derecho Indígena</i>	26
1.7.2. Pluralismo Jurídico en el Ecuador.....	27
1.7.3. Condiciones para la existencia del Pluralismo Jurídico.....	29

1.7.4. <i>El Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico en el ámbito internacional</i>	32
1.8. <i>Aproximación de Jurisdicción y Competencia del Derecho Indígena</i>	35
1.9. Tratamiento práctico de la aplicación de la jurisdicción indígena.....	40

CAPITULO II

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN TIGUA

2. TIGUA: Generalidades.....	45
2.1. Contexto histórico.....	45
2.1.2. Ubicación y límites.....	49
2.1.3. Aspecto económico y demográfico.....	50
2.1.4. Rasgos culturales.....	52
2.1.5. Estructura organizativa actual.....	53
2.2. Características de la administración de la justicia indígena en Tigua....	56
2.2.1. Autoridades indígenas que administran justicia en Tigua.....	57
2.2.2. Requisitos para ser dirigentes o autoridades indígenas.....	60
2.2.3. Formas de elección de los dirigentes o autoridad comunal.....	61
2.2.4. Funciones específicas.....	64
2.2.5. Conflictos más comunes en Tigua: Tratamiento y Solución.....	65
2.2.5.1. Conflictos referentes a las personas.....	65
2.2.5.2. Conflictos referentes a los bienes y propiedades.....	70

2.2.5.3. Conflictos familiares.....	74
2.2.5.4 Conflictos comunales e intercomunales.....	78
2.3 Procedimientos culturales en la administración de justicia indígena	78
2.3.1. Willachina.....	79
2.3.2 Tapuikuna.....	80
2.3.3 Chimbapurana.....	80
2.3.4 Killpichirina.....	82
2.3.5 Paktachina.....	83
2.4 Aspectos Positivos y Negativos de la Administración de Justicia Indígena	
.....	84
2.4.1 Controles formales a la administración de justicia indígena (internos y	
externos).....	86
2.4.1.1 La propia comuna indígena.....	86
2.4.1.2 Al interior de la Organización.....	90
2.4.1.3 Control externo.....	90
2.5 Limitaciones, dificultades y posibilidades de superación.....	90
2.5.1 Debilidades internas del sistema propio.....	90
2.5.2 Resonancias del monoculturalismo.....	92

CAPITULO III

ESTUDIO DE CASO

3.1. Amenaza de muerte a los dirigentes de la Organización.....	95
3.2. Procedimiento cultural.....	96
3.2.1. Willachina.....	96
3.2.2. Tapuikuna.....	97
3.2.3. Chimbapurana.....	97
3.2.4. Kishpirichina- Allichina.....	98
3.2.5. Paktachina.....	98

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones.....	100
4.2. Recomendaciones.....	108
Anexo No. 1.....	117
Anexo No 2.....	118
Anexo No.3.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

ABSTRAC

El tema de Administración de Justicia Indígena en Tigua, su evolución y práctica actual se circunscribe al estudio del sistema jurídico indígena, para lo cual tomo como referencia de su existencia y práctica a las comunidades indígenas de Tigua. Por lo tanto, el presente texto contiene una breve referencia del derecho indígena, la relación de éste con el derecho estatal, las aproximaciones a los conceptos y definiciones, las características más sobresalientes, los fundamentos de su existencia. Además, se establece claramente cómo, no obstante los cambios sobrevenidos con las reformas constitucionales y los reconocimientos de los derechos colectivos, en el país aún vivimos el monoculturalismo. Por otra parte, se analizan los alcances y las limitaciones, los controles formales de la administración de justicia indígena estatuida en la Constitución Política del Estado (Art. 191), vislumbrando así la existencia del pluralismo jurídico en el Ecuador.

El análisis de la existencia del pluralismo jurídico en el país está plenamente sustentada a través de un estudio de caso en la zona de Tigua; para luego, como corolario, establecer algunas aproximaciones y recomendaciones que son necesarias en aras de ejercer, fortalecer y desarrollar este derecho.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Política del Estado, estatuye el carácter multiétnico y pluricultural (Art. 1) de la sociedad ecuatoriana; de manera particular el establecimiento del artículo 191 inciso 4, junto con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, presentan posibilidades para el estudio del pluralismo jurídico en el país.

En efecto, el artículo 191 inciso cuarto concede una capacidad jurídica a favor de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador al establecer que las autoridades indígenas¹ pueden impartir justicia, es decir, velar por que los miembros de las respectivas circunscripciones territoriales indígenas vivan en armonía, en orden; de alguna manera ejerciendo el control social en dicha circunscripción. Lo novedoso es que el ejercicio del control social no es conforme a las leyes ordinarias, sino de acuerdo a las normas, usos, reglas que persisten entre los pueblos y nacionalidades indígenas, que comúnmente se conoce como la costumbre jurídica, derecho consuetudinario o derecho indígena. Además, se realiza una clara diferencia entre lo que es una administración de justicia estatal inoperante, y lo que implica la justicia indígena como parte de la identidad cultural de un pueblo, y no precisamente porque la otra justicia (estatal) no funciona.

Concretamente, el mencionado artículo constitucional se refiere a los procedimientos y costumbre jurídica que los pueblos indígenas utilizan para la resolución de los conflictos en el interior de sus comunidades. De la misma forma, los Arts. 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Ecuador en 1998, hacen un llamado para que los componentes de la sociedad ecuatoriana respeten y observen los métodos que los pueblos y nacionalidades indígenas utilizan para la solución de los conflictos.

¹ Según la investigación realizada en Tigua, constituyen autoridades indígenas los cabildos, dirigentes de las OSG; en algunos casos las autoridades tradicionales, según el lugar, el pueblo o la nacionalidad indígena.

Estas situaciones cambian la relación jurídica - indígena en el país, ya que, a lo largo de la historia esta situación era completamente vedada y constituía una "ilegalidad" para la legislación ordinaria, siendo legalizada en 1998 a través de la Asamblea Nacional Constituyente. En este contexto, la administración de justicia indígena de Tigua no ha sido la excepción y responde a esta realidad. Estas razones motivan el emprender un trabajo que conlleve a conocer y entender de la mejor manera todos estos procesos que implica la administración de justicia indígena en el país, a partir del estudio de un caso legal.

Así también la inexistencia de trabajos escritos que se refieran a este tema, la poca importancia demostrada por los dirigentes en abordarlo, motivan escribir este documento, que pretende cubrir este vacío y servir como medio de conocimiento, fuente bibliográfica y de difusión de las formas de administración de justicia existentes en Tigua.

Para cubrir el tema planteado, el trabajo se basa fundamentalmente en la utilización de las siguientes técnicas de investigación: 10 entrevistas a dirigentes de las comunidades de Tigua, dirigentes de la Organización de segundo grado UNOCAT², ex dirigentes de la organización, Teniente Político de la Parroquia Guangaje, Secretario de la misma, dos acusadores, observación participante en varios actos de administración de justicia del autor de este trabajo, cuatro grupos de trabajo con los dirigentes, jóvenes y más miembros de la Escuela de Formación de Líderes de Tigua³, la revisión de actas y más documentos existentes en los archivos de las comunidades y en la UNOCAT.

² Unión de Organizaciones y Cabildos de Tigua, fundada en 1984, agrupa en su seno a 14 comunidades de la zona de Tigua y es filial del Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi MICC.

³ En Tigua existía una Escuela de formación de Líderes, fundada por el señor José Manuel Vega, ex Asambleísta de Cotopaxi. Funcionaba los días domingos de cada quince días, a donde acudían los jóvenes del Colegio Intercultural Bilingüe Jatari Unancha "Centro Tigua", dirigentes y ex dirigentes de las 14 comunidades de Tigua, dirigentes de la Unocat, etc. Fue un espacio que permite reflexionar, discutir, socializar sobre temas de importancia para el país, para los pueblos y las nacionalidades indígenas y de Tigua en particular.

Este trabajo es un primer esfuerzo y aporte a la población de Tigua y su organización, la UNOCAT. Para comprender y entender de manera clara todo lo concerniente a la administración de justicia indígena, el tema propuesto gira alrededor de algunos cuestionamientos centrales, que en su orden aparecen en cada uno de los capítulos, desarrollados en el siguiente esquema: el primer capítulo se circunscribe al estudio de lo concerniente al derecho indígena o sistema jurídico interno, partiendo del estudio de la relación del derecho escrito con los pueblos indígenas; luego, defino y establezco los fundamentos de su existencia, las características más sobresalientes, las semejanzas y diferencias entre el derecho indígena y el derecho positivo, y las bases legales que posibilitan la administración de justicia.

Este estudio tiene relación directa con los habitantes de Tigua, en tanto, su población cuenta con normas, usos y reglas sociales propias; esto es, la gente, los dirigentes las conocen y ejercen plenamente. Por ello, trato de establecer la existencia de este derecho que sustenta y da vida a la administración de justicia indígena que en último término viene a constituir la práctica misma del derecho indígena o costumbre jurídica en los distintos ámbitos del derecho, por supuesto, sin pretender establecer una división en las distintas materias como lo hace la legislación positiva oficial.

El segundo capítulo constituye la parte medular de este trabajo; aquí se aborda de manera concreta el tema planteado, partiendo de la contextualización de Tigua y centrándose en el estudio de lo que concierne la administración de justicia indígena. De esto, relucirá cómo un grupo de actores sociales, los indígenas de Tigua, tienen una forma particular de ejercer el control social y administrar justicia, de acuerdo a sus costumbres enraizadas desde siempre y que ha sido objeto de reconocimiento en la Constitución Política del Estado y los convenios internacionales. Es decir, se verifica de manera clara, la forma, el modo cómo se ejerce el control social en la zona de Tigua; realizando el estudio práctico de cómo se ha venido

ejerciendo y aplicando el derecho indígena en esta zona. Reitero, esta parte es el núcleo mismo del presente trabajo, en donde las hipótesis y objetivos propuestos hallan su asidero, sustento y justificación.

Además, abarca algunos aspectos de relevancia e importancia dentro de la administración de justicia indígena, tales como lo positivo y negativo de dicha práctica; establezco los controles o mecanismos que existen para verificar las decisiones de las autoridades indígenas, tanto internas como externos y las posibilidades de garantía de que están dotados para ejercer este derecho a plenitud; como también, me refiero brevemente a las limitaciones, dificultades y posibilidades de superación.

El tercer capítulo, abarca el estudio de un caso legal como una forma de verificar la administración de justicia en Tigua, sustentando y validando el tema en mención. Aquí se verifica, los procedimientos establecidos dentro de administración de justicia indígena y la existencia de un sistema jurídico propio. Y finalmente, en el capítulo cuarto, a modo de conclusiones, señalo algunas consideraciones y recomendaciones que posibilitarán fortalecer y desarrollar el pluralismo jurídico⁴ en el país y las autonomías⁵ de los pueblos y nacionalidades indígenas.

⁴Pluralismo jurídico, según Moore, “se refiere a la interacción de diferentes sistemas jurídicos en un mismo campo social” (Sierra, y Chenaut 2002:153). Sobre el mismo tema, Esther Sánchez, también nos hace un aporte al definir como “La perspectiva teórica que nos permite hablar de la existencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico, y no meramente de costumbres, es la del pluralismo legal. El pluralismo es una perspectiva teórica que se opone al monismo jurídico. Desde una concepción monista sólo puede haber un derecho dentro de un Estado; desde una pluralista, se admite la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico (2000:57).

⁵Es la capacidad de un pueblo de optar por una decisión para ser realizada interna o externamente, según favorezca a su pueblo, para seguir teniendo una existencia cultural alterna (Sánchez.2000:32).

CAPITULO I

DERECHO INDÍGENA

1. GENERALIDADES:

1.1. Reseña histórica del derecho escrito: su relación con los pueblos indígenas

Si revisamos las páginas de la historia ecuatoriana, de manera particular el derecho escrito y su relación con los pueblos indígenas, nos damos cuenta que el Estado Ecuatoriano ha impuesto un sistema jurídico único, omnipresente, rígido, inflexible, coercitivo; sin considerar la heterogeneidad de culturas que tienen los diversos pueblos que componen el territorio nacional. Perpetuando así, de manera legal la discriminación, la dominación, la exclusión y el aislamiento de los indígenas en el quehacer social, cultural, económico, político y jurídico de la sociedad nacional. Situación que es sustentada por Cabedo, al establecer que *“durante muchísimo tiempo los Estados Iberoamericanos no habían reconocido (y continúan bastantes de ellos sin hacerlos) el derecho consuetudinario indígena. A los indígenas, de acuerdo con el principio de igualdad liberal, se les aplicaba un Derecho, el del Estado, que no era el suyo y eran juzgados de acuerdo con unas normas y unos procedimientos que no entendían”* (2002:78).

En esta misma línea, Luis Macas, al referirse a la historia del Derecho Indígena, afirma que *“en la historia de la legislación ecuatoriana se evidencia también las políticas de exclusión, de aislamiento, al igual que en la cultura, la política, la economía. Toda la estructura institucional se manifiesta desde una imposición vertical, desde un Estado uninacional, unidimensional. Desde esta concepción, la practica cotidiana del Estado es generar e implementar políticas de aislamiento, y consecuentemente se ha agudizado el aniquilamiento de valores y saberes fundamentales de nuestros pueblos y culturas (...) y por ende de un sistema jurídico con prejuicio social”* (2002:8).

Esta realidad es asumida también por los estudios antropológicos al considerar que *“el peso del modelo del estado nacional que concedió la unidad nacional como uniformidad y promovió la erradicación de las diferencias culturales, lingüísticas, jurídicas, etc, existentes, lo que se hace notar en el constitucionalismo que niega la existencia del derecho indígena o esconde su existencia bajo términos tales como folklor o costumbres”* (Krotz,2002:37).

En la legislación nacional ecuatoriana, textualmente y como claro ejemplo de esta realidad el artículo 13 del Código Civil estatuye que: *“La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”*, dando un carácter de universalidad a la norma legal escrita.

A consecuencia de esta realidad, la costumbre jurídica o el sistema jurídico propio⁶ de los pueblos indígenas ha sido vedada de su utilización; es más; no es fuente inmediata del derecho, sino secundaria y supletoria. Es jurídicamente obligatoria y tomada en cuenta como fuente formal, sólo cuando la ley expresamente lo estipula al disponer en el artículo 2 del Código Civil que *“la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella”*.

La condición subordinada de la costumbre jurídica o el sistema jurídico propio en la legislación ordinaria, así como su desconocimiento, han hecho que casi nunca los usos y costumbres sean tomados en cuenta en los procesos de administración de justicia. Más bien, ha impedido categóricamente su reconocimiento, su utilización y consiguientemente las costumbres jurídicas han sido condenadas a la clandestinidad. Así, el artículo 3 del Código Penal reza: *“se presume de derecho que las leyes*

⁶ Término utilizado por Esther Sánchez (FLACSO-2001), para referirse a que cada pueblo tiene cognoscitivamente conciencia de lo que es la vida en armonía y lo que es la ruptura a esa armonía, y saben cómo se reparten las tierras, quién es su autoridad, etc.

penales son conocidas de todos aquellos sobre quienes imperan. Por consiguiente nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa".

Esta consideración del derecho escrito ha llevado con frecuencia a grandes injusticias y violaciones constantes de los derechos humanos individuales y colectivos; suscitándose conflictos permanentes entre el derecho escrito o estatal⁷ y el derecho indígena.⁸

Ya en la práctica de los distintos ámbitos que constituye el derecho estatal, sus normas son idénticas para todos los habitantes de la República. Por ejemplo, en el caso de la legislación civil, impone a los pueblos y nacionalidades indígenas un conjunto de normas relativas a las personas, bienes, contratos, sucesión por causa de muerte, sin considerar los usos o costumbres que rigen en sus territorios.

La legislación penal al establecer definiciones y tipificaciones de los delitos, en su ejercicio considera a los indígenas como inimputables o responsables atenuados, como si se trataran de minusválidos, menores de edad, y en general interdictos, ignorando por completo que la mayoría de los pueblos y nacionalidades indígenas tienen sus propios sistemas jurídicos para reglamentar el conflicto interno y sancionar la conducta antisocial. Así también, la definición o conceptualización de lo que es delito, difiere en el Derecho Indígena, de la manera en que se encuentra entendida y codificada en la norma positiva; es decir, lo que la ley nacional tipifica como delito no lo es necesariamente para un pueblo indígena y viceversa.

Es más, los pueblos y nacionalidades indígenas han sido víctimas de la ley penal impuesta; como por ejemplo, en la legislación nacional no existen mecanismos que permitan asegurar que una causa instruida a un indígena,

⁷ Denominación aplicada a cuantas reglas han sido expresamente establecidas y promulgadas por la autoridad valiéndose de un medio gráfico (Cabanellas de Torres, 1983:95).

⁸ Es el conjunto de normas y leyes de los pueblos y nacionalidades indígenas para defender y administrar nuestras tierras y territorios, para mantener la paz y el orden en nuestras comunidades y pueblos (CONAIE, 1997:51).

sea juzgada en su propia lengua para evitar un sinnúmero de abusos e injusticias por parte de las autoridades judiciales.

Esta situación, en los últimos años ha dado un cambio radical debido a la introducción de importantes reformas constitucionales que reconocen explícitamente ciertos derechos indígenas como la lengua, la educación bilingüe, los derechos colectivos, las circunscripciones territoriales indígenas, la administración de justicia; logros que responden a las reivindicaciones emprendidas por los pueblos indígenas a través de sus organizaciones, que de manera incesante han luchado por el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, y que estos no sean considerados como simples "costumbres", sino, como verdaderos sistemas de derecho.

De esta manera la Constitución de 1998 da un nuevo paso en el reconocimiento de los derechos aludidos, y sobre todo, en la concepción del Estado pluricultural y multiétnico, con la consiguiente incorporación del pluralismo jurídico en nuestra legislación, al establecer en el artículo 191, inciso 4, que *"las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y a las leyes.."*.

Interpretando esta disposición constitucional, diremos que la Constitución está reconociendo y delegando a las autoridades indígenas su calidad y su carácter de autoridad pública; está delegando una función pública, la de administrar justicia; plantea una alternativa a la engorrosa, corrupta e ineficiente función judicial. Además, plantea y obliga a los funcionarios judiciales a articular la administración de justicia indígena con el sistema judicial nacional; es decir, la armonización y/o compatibilización del derecho positivo y la costumbre jurídica indígena.

Este intento de armonizar los sistemas jurídicos que establece el Art. 191, se aplicaría siempre y cuando los dos sistemas jurídicos se conozcan, respeten y apliquen mutuamente, pues, como dice De Certeau, estas prácticas deben permanecer en la práctica y en la memoria de cada cultura. De la apreciación de cada cultura dependerá también *“el arte de vivir en el campo del otro”*; esto es, que el estilo de pensamiento y de acción debe reflejarse en los modos prácticos de las culturas (1998:29). En este sentido, si tanto los que ejercen la administración de justicia estatal o los que ejercen la administración de justicia indígena no conocen lo otro, dificulta la aplicación de la tan ansiada armonización de estas normas constitucionales reconocidas (ILaquiche:2001: 13)

De esta manera, la disposición constitucional eleva a categoría constitucional un hecho evidente y real, que posibilita a los pueblos y nacionalidades indígenas seguir normando sus relaciones cotidianas, ejerciendo el control social de acuerdo a la costumbre jurídica existente desde siempre. Cabe resaltar que, la Constitución Política, para permitir el ejercicio de esta norma, prevé en los artículos 224 y 228 la creación de las Circunscripciones Territoriales Indígenas; lo que implica que lo dispuesto en el artículo 191, se aplicará en esta circunscripción. Consiguientemente, *“el reconocimiento constitucional otorgaría validez jurídica a las decisiones comunitarias y estatus de derecho público. Quedaría así claro que la justicia indígena no es justicia entre particulares como se ha señalado”* (Gómez:2002:259)

En este contexto, la administración de justicia indígena en Tigua, responde a esta realidad y constituye un estudio ejemplificador de lo que es el sistema jurídico propio o el derecho indígena o costumbre jurídica; tema polémico y objeto de reivindicaciones, reconocimientos, análisis y comentarios por los estudiosos de la materia.

De manera que con el estudio de la administración de justicia indígena en Tigua, estableceremos cómo el sistema jurídico propio o el derecho indígena

se pone de manifiesto en la práctica, teniendo como sujetos activos de esta realidad a las comunidades indígenas de la provincia de Cotopaxi, Cantón Pujilí, Parroquia Guangaje.

1.2. Concepto

En el idioma Kichwa, el derecho se conoce como kamachik, que significa, un derecho en pleno movimiento, en cambio permanente y que se acopla a la realidad del momento. Esta es la forma como se ha conceptualizado el derecho desde nuestros antepasados hasta la actualidad, derecho que sigue impregnado en el diario convivir de los pueblos indígenas.

El término kamachik ya fue interpretado por nuestros antepasados. De esto, da cuenta Ariruma Kowii (1992:215) al decir: *"retrocediendo un poco, vemos que nuestros antepasados denominaron a la ley, a la norma, con el término de kamachi, que significa ley y está constituido de una palabra y de un morfema.*

Kamac significa poder de todos los poderes y el morfema chi, que equivale al hecho de realizar o ejecutar una acción, en otras palabras Kamachi, viene a significar el poder o la voluntad de hacer algo".

En aquel entonces, a los que hacían la ley (kamachi), que hoy conocemos como legisladores, se los denominaba con el término de kamachij. Los pueblos originarios también conocieron a los especialistas en el estudio de la ley y a los jueces con sus propias palabras. Para Kowii *"kamachij significa el que hace la ley, el que ejecuta la ley. Los especialistas en el estudio de la ley se denominaban kamachij kamayuj. Al juez se le denominaba taripayuj, al gran consejo de Ayllu kamachij kamayuj. La razón de la existencia de un consejo era en el sentido de que estos estudiaban tal o cual caso e imponían la sanción correspondiente"* (Ibidem).

El hombre se apropia esta norma y la traslada hacia la relación con otros hombres, constituyéndose en un kamachij, que significa el que ejerce. En el

concepto moderno, sería el que legisla, con lo que se evidencia la existencia y práctica del sistema jurídico propio.

La interpretación que antecede es lógica, pues, ningún pueblo permanece en un estado social determinado; por lo tanto la dinámica transforma, modifica, reforma, evoluciona y revoluciona preceptos, normas, leyes, hasta codificarlos para su función social. Esta lógica evolutiva según Esther Sánchez se debe a que *“...los sujetos como grupos sociales, van incorporando conocimientos, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo que son producto de relaciones sociales cambiantes”* (2000:53-54).

Para corroborar con lo dicho, podemos agregar también los aportes antropológicos que en siglo XIX determinaron, en el sentido que *“todos los pueblos, por más primitivos y salvajes que parezcan, tienen cultura, y el mismo potencial de desarrollo que los altamente evolucionados. Esto significaba que por más caóticas que se presentasen ante el observador europeo – occidental sus costumbres y por más grotescas que parecieran sus ideas, su vida individual y colectiva estaba regida por algún tipo de orden”*(Krotz,2002:18)

1.3. Definición: Derecho Indígena

En uno de los órganos de difusión⁹ de la Confederación de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador- CONAIE, encontramos que el derecho indígena es *“un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación*

⁹ CONAIE: Organo de Difusión de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. Septiembre 1992. Número 2, página 6.

directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación, que garantizan el convivir armónico.

El derecho indígena, que tiene su propio sistema de legislación, su administración de justicia, sus sistemas carcelarios, por lo mismo tiene también su fundamento, su base, en la costumbre, es decir en el derecho consuetudinario".

En el proyecto político de la CONAIE también encontramos una definición que reza: *"derecho indígena, es el conjunto de normas y leyes de los pueblos y nacionalidades indígenas para defender y administrar nuestras tierras y territorios, para mantener la paz y el orden en nuestras comunidades y pueblos".*¹⁰

Para Stavenhagen el derecho indígena es *"un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado".* Agrega que, *"es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen esas normas) (...) que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía"* (Citado por: Cabedo 2002: 69-70).

Lo establecido por la CONAIE y por Stavenhagen, ratifica la existencia de una concepción diferente del mundo, una cultura distinta y una manera de regular normativamente su existencia a través del derecho indígena o consuetudinario. Vemos que, entre los pueblos indígenas existe un derecho que cumple con las características esenciales que el sistema jurídico interno requiere para su existencia; esto es, uso generalizado y prolongado y la convicción de que su práctica asegura la convivencia pacífica de sus

¹⁰CONAIE: Proyecto Político Alternativo. Quito. 1997, página 51.

miembros. De este modo, según Vicente Cabedo (ibidem) el derecho indígena está ligado a tres términos característicos:

- a) **Derecho**, entendido como un conjunto de normas y reglas jurídicas que regulan la convivencia social de una colectividad indígena. Es decir, es un verdadero sistema jurídico y no una mera normativa.
- b) **Consuetudinario**, que básicamente nos encontramos frente a una normativa jurídica o costumbre jurídica no escrita.
- c) **Indígena**, como colectividades distintas del resto de la sociedad blanco-mestizo, originarios de un territorio determinado y que mantienen sus propias instituciones económicas, sociales, jurídicas, culturales y organizativas.

Corroborando con estos autores, Gaitán Villavicencio afirma que *“en las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y la tradición. La aceptación y respeto de las reglas de este derecho consuetudinario y su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad. El respeto de las reglas establecidas emana de la colectividad”* (2002:39).

De manera que, haciendo un enfoque objetivo de cómo se lo concibe y cómo opera dentro de los límites de las comunidades o pueblos indígenas, diremos que los sistemas jurídicos indígenas tienen básicamente dos rasgos específicos. En primer lugar, se encuentra inmerso en el cuerpo social y relacionado con todos los aspectos de la cultura, tales como las fiestas, las normas de carácter civil, el matrimonio, las celebraciones festivas de los pueblos, la transmisión del mando comunitario, etc. En las comunidades indígenas, para determinar las relaciones con la familia, con la naturaleza, con la misma comunidad, no hay reglas de juego escritas; pero, los que son parte de la comunidad conocen y se ciñen a sus propios usos y costumbres.

En segundo lugar, la tradición comunitaria se expresa en los usos y costumbres que se generan en la gran "familia ampliada" que es el ayllu¹¹, conformado por los padres, hijos, nietos, suegros, nueras, padrinos de matrimonio y de bautizo, hasta consuegros, quienes en caso de inobservancia de las normas sociales intervienen como agentes armonizadores del conflicto.

Otro de los aspectos relevantes del derecho indígena o sistema jurídico propio, es que éste se acopla a la realidad del momento; es decir, camina a la par con el correr del tiempo. No es un código poseedor de normas estables como el derecho escrito. El derecho indígena de ayer no es el mismo de hoy, porque está en permanente transición, ligado a un pueblo inmerso en un proceso histórico de cambio. Este pueblo vive su realidad y no pertenece al pasado, como muchos han catalogado a sus legítimas reivindicaciones, al decir que no debemos pretender recuperar nuestros valores y regresar al pasado.

De la misma forma, el derecho indígena junto con otros elementos constituye un elemento de la identidad étnica de un pueblo; por ello, cuando un pueblo reivindica su vigencia, está luchando por la permanencia de una parte esencial de su identidad cultural, y permite conocer de mejor manera su cosmovisión. Esta particularidad, desde la perspectiva antropológica del derecho constituye una configuración sociocultural única que debe ser analizada solamente en sus propios términos y no en los del sistema jurídico del que proviene el antropólogo (Krotz, 2002:26).

Efectivamente, los pueblos y nacionalidades indígenas se han guiado más por las costumbres y tradiciones con obligatoriedad jurídica que por leyes impuestas. Pero, surge una interrogante de forma inmediata ¿cómo puede la costumbre ser obligatoria? La respuesta nos da el tratadista ecuatoriano

¹¹ El término ayllu se refiere al conjunto familiar, es decir, conformado por los padres, abuelos, nietos, sobrinos, compadres, padrinos de matrimonio y bautizo, suegros, cuñados, consuegros, etc. Ejemplo: cuando un miembro de la familia es casado con un miembro de otra comunidad, y éste tiene un problema, acuden en defensa todos los miembros de la familia de la pareja de manera conjunta.

Juan Larrea Holguín (1984:64), al manifestar que *"la costumbre se forma por la repetición de actos, pero no basta esto que podría llamar elemento material, corpus de la costumbre, sino que se requiere de una convicción de su necesidad u obligatoriedad jurídica, animus de la costumbre"*.

De manera que, la costumbre de los pueblos indígenas cumple con estos dos requisitos que son: el corpus¹² y el animus¹³, requisitos suficientes para que la costumbre indígena se constituya en derecho y regule el convivir diario de las colectividades. Dentro de este parámetro, la costumbre es una forma espontánea de creación jurídica; y, según las reglas del derecho, la costumbre es el mejor intérprete de las leyes y es la base de todo derecho, en definitiva la costumbre es la fuente del derecho. Como bien lo establece Moore, la costumbre es dinámica y de recreación constante, lo que cuestiona una visión estática y atemporal; pero también consigue mostrar como las costumbres son el foco de las negociaciones y peleas por el poder a nivel de las comunidades (Citado por Sierra, 2002:146).

La costumbre es jurídica porque tiene un carácter normativo. Este carácter tienen aquellas costumbres cuyo cumplimiento es exigido por una necesidad psicológica y social, real o imaginaria de la colectividad; y el derecho indígena tiene esta naturaleza: siendo reconocida, aceptada y compartida por la comunidad, esa gran voluntad está orientada a conservar y garantizar el grupo social. La costumbre jurídica, por la situación social, cultural, geográfica y regional de los pueblos indígenas, es de gran diversidad y eso explica que sus normas y tradiciones difieran de un lugar a otro, incluso dentro de una misma parroquia o comunidad; esto se debe esencialmente a los procesos históricos específicos y propios que han tenido que enfrentar en su evolución histórica (Larrea Holguín: 1984:64)

¹² Corpus. Recopilación de textos jurídicos. Expresión latina que se usa para designar el cuerpo del delito (Diccionario Océano Uno: C:1995).

¹³ Animus. Expresión latina para referirse a las expresiones del fuero interno. Manifestaciones internas de la colectividad (Diccionario Océano Uno) A:1995

Con el fin de esclarecer más el tema, a continuación nos referimos a algunos tratadistas; así, para Teresa Valdivia (1994:10), *"la costumbre jurídica, también llamado por los juristas derecho consuetudinario, y normatividad jurídica, se refiere a todos aquellos usos, hábitos y normas aceptadas y practicadas por un grupo social que han adquirido fuerza de ley. El carácter obligatorio de estas normas implica la existencia de un poder público, de una autoridad encargada de su observancia"*. Por su parte Diego Iturralde (1993:132-134) manifiesta: *"La noción del derecho consuetudinario y otros que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas.*

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse, se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían llamarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal".

Finalmente, Rodolfo Stavenhagen (1988:47), también sustenta la existencia y la legitimidad del derecho Indígena, al mencionar que *"si por derecho consuetudinario entendemos las normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno, y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violan estas normas), entonces cabe preguntarse cuál es el origen de estas normas y reglas que les dan legitimidad ante la población y que las mantienen como un sistema coherente.*

En la gran mayoría de las comunidades indígenas del continente latinoamericano, la legitimidad del derecho consuetudinario, entendido de

esta manera, se encuentra en el sistema de parentesco, en las concepciones religiosas y en el vínculo social de la comunidad con la tierra".

De manera que los autores destacan la existencia del pluralismo jurídico, entendido éste como cuerpos normativos particulares.

En suma, el derecho indígena o el sistema jurídico propio responde al contexto social, a principios de veneración y respeto a la naturaleza, a la cultura, a la estructura familiar, la organización jurídica, social, religiosa, las autoridades de administración de justicia, la lengua y los valores culturales propios; determinan las convivencias diarias en las comunidades o en el hogar.

Las reglas, normas, acciones o procedimientos, forman parte del control social o del sistema normativo propio y están totalmente imbricados en el resto de la estructura social; los aspectos civil, penal, laboral, se confunden, formando un todo legal; y es lo que denominamos costumbre jurídica o derecho indígena.

De esta manera, todo sistema jurídico que nace de una determinada comunidad, es respetado de manera natural por sus miembros; y al ser identificado plenamente por la comunidad, ésta legitima su existencia. No luchar por que este derecho sea reconocido y aceptado por la sociedad no indígena, sería como dice Rodolfo Stavenhagen (1990:28), perder la identidad como pueblo o comunidad *"Cuando un pueblo (indígena) ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aún cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad"*.

1.4. Fundamentos y principios de existencia del derecho indígena

El derecho indígena se sustenta en algunos principios fundamentales que se originan, para el caso, en dos instituciones diferentes tanto en el tiempo como en el espacio, pero que con el pasar del tiempo se han transformado

en la razón de ser del derecho Indígena dentro de lo que hoy política y jurídicamente se constituyen pueblos y nacionalidades indígenas. Así, Luis Macas sostiene que *“A pesar de los cambios sufridos en la institucionalidad y las normas de los pueblos indígenas, debido a las transformaciones sociales y las relaciones de producción perviven y están en vigencia instituciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, unas más desarrolladas que otras. Instituciones desarrolladas en función de la lógica indígena, del pensamiento y su concepción del mundo: sus PRINCIPIOS, NORMAS Y VALORES.*

Los principios de SOLIDARIDAD, RECIPROCIDAD Y COLECTIVIDAD, son los sustentos fundamentales en la elaboración de la normativa, el ordenamiento social y el surgimiento del DERECHO INDÍGENA” (2002:7).

Concomitante a los principios de solidaridad, reciprocidad y colectividad se encuentran implícitas, especialmente en los Pueblos Kichwas del Ecuador, la trilogía normativa de la conducta de los pueblos indígenas que ha posibilitado el control social y el ejercicio de la administración de justicia, como son: el AMA KILLA (no ser holgazán o perezoso), AMA LLULLA (no mentir), AMA SHUA (no robar).

Como un claro ejemplo de la evolución de la normativa indígena, podemos apreciar que históricamente dentro del Estado Inca debían observar estos preceptos legales. Además, esta trilogía normativa, estaba íntimamente vinculada a las distintas legislaciones que en ese entonces existían, como la legislación penal, laboral, agraria.

Pero ¿será posible normar el desenvolvimiento de una colectividad humana con tan sólo una trilogía? La respuesta es afirmativa, así como lo explicamos a continuación.

En las comunidades indígenas, tanto para los hombres como para las mujeres, es muy importante decir la verdad y ser considerado como una persona íntegra.

Un perezoso sería considerado como un antisocial, lacra de la sociedad y de la familia; para los indígenas, no cabe la inactividad, porque acarrearía problemas sociales y familiares; por ejemplo, no levantarse temprano es sinónimo de enfermedad. Según las tradiciones, los abuelos y padres siempre han enseñado a levantarse temprano, porque esto significa ser un hombre o mujer íntegro y sano.

El hecho de que un miembro de la sociedad sea ladrón, no sólo altera la convivencia pacífica de la colectividad, sino que afecta la estructura orgánica de la misma. Por el hecho de robar, el transgresor es severamente sancionado, y aún más en caso de reincidencia; para los indígenas, el trabajo es un hecho natural, immanente a todo hombre y no hay razón para robar. Por supuesto que la sanción a estas infracciones tiene como fin el mantenimiento del equilibrio natural de la sociedad.

En la sociedad Incásica, al ladrón se lo castigaba severamente, y la reincidencia se sancionaba hasta con la pena capital; ya que, según cuenta el cronista Garcilazo de la Vega (1961), en tiempo de los Incas, el ladrón era considerado como un enviciado (poseedor de un demonio) y no una persona que roba por necesidad o codicia.

El no ser perezoso o holgazán se vinculaba estrechamente con las cuestiones de trabajo. El buen trabajador podía llegar a ser jefe de los señoríos étnicos. En cambio, el vago estaba considerado como un vulgar delincuente o antisocial.

En cuanto a la norma legal ama llulla (no ser mentiroso), en tiempos de los Incas la mentira era considerada como un delito grave; y para que sus subordinados no mientan, el Inca y los dignatarios daban ejemplos. Al que

incurría en la mentira, se lo castigaba con la azotada, y se lo consideraba poseedor de una energía negativa, que en el mundo indígena se conoce como el "Chiqui".¹⁴

Al poseedor de este mal, se lo sometía a consideración de un shamán (médico indígena), a fin de que él les expulse esta energía negativa; y si con esto no se curaba y seguía mintiendo, era condenado a la pena de castigo público, y en último de los casos con la pena de muerte. El castigo era severo, así este delito no existía o era muy poco común.

En la actualidad, dentro del mundo indígena, al mentiroso no sólo se lo considera trasgresor de las normas legales (la trilogía establecida), sino que también se lo considera como una persona poseída de energía negativa chiki. Por lo tanto no cabe una sanción punitiva que sería injusta, si la persona poseída de este mal no es curada con anterioridad al establecimiento de una pena.

De esta manera, la trilogía establecida constituye el fundamento, la base, la razón de ser del derecho indígena o sistema jurídico propio, ya que en una comunidad normada por estos tres ejes principales, no cabe la protesta y el descontento, y no es concebible la transgresión de las normas que regulan la vida comunitaria: está prohibido robar, ser vago y mentir.

Para Lourdes Tibán, el cumplimiento de estos principios trilógicos tiene mucho que ver con la profundidad de la cosmovisión indígena de respeto del hombre y su entorno, así: *AMA KILLA, AMA LLULLA, AMA SHUA* “son términos que van más allá de su simple significado; porque para el indígena tienen contenidos, esencia y espíritu más amplios y profundos (...) – que incluso- aun sin el reconocimiento constitucional ha sido obedecida y practicada desde tiempos inmemoriales por los pueblos indígenas” (2001:88-89).

¹⁴ Es una energía negativa del que esta poseído un individuo, ya sea por mala suerte, mal viento, incluso por efectos de la brujería.

Evidenciándose de manera clara que entre los pueblos originarios existió este derecho, que aunque no está codificado, gracias a la práctica diaria de los pueblos indígenas, persiste hasta la actualidad el sistema jurídico, normando las relaciones cotidianas como medio eficaz de control social.

1.5. Características

Las características más sobresalientes que se desprenden de los enunciados anteriores son las siguientes:

Colectivo, porque es aplicado por el grupo humano, en función de lograr armonía colectiva dentro de un determinado territorio o jurisdicción indígena;

Armoniosa, porque el derecho indígena dentro de su propio procedimiento integra al sujeto, infractor de las normas internas, con la sociedad, antes que segregarlo como ocurre con el derecho ordinario. Pero lo más importante es que todo el proceso está orientado a lograr la paz interna al interior de dicha jurisdicción;

Oral, porque sus normas son transmitidas a través de la sabiduría popular, la memoria, mitos, tradiciones o refranes, de generación en generación, como herencia social. Cabe destacar, que la Oralidad se vuelve imprescindible cuando constituye una de las bases para un entendimiento intercultural en el proceso de resolución de conflictos (Albo, 2002:46)

Ejemplificador, porque sus normas tienen el carácter de observancia general, y debe ser respetado por todos los componentes de una colectividad. Al ser ejemplificador no permite la reincidencia del hecho en dichas colectividades;

Solidario, porque toda la colectividad se interesa y se involucra para resolver el conflicto, siempre buscando la equidad bilateral. Es decir, la

comunidad busca una solución empeñando que no exista desventaja tanto para la comunidad como para el o los implicados;

Evolutiva, porque el derecho indígena se ajusta a las nuevas realidades del momento. No es estática y está en permanente cambio.

No obstante estas características, señalamos también las características que según Stavenhagen (1990:31) son propias del derecho indígena:

- a) *Normas generales de comportamiento público;*
- b) *Mantenimiento del orden interno;*
- c) *Definición de derechos y obligaciones de los miembros;*
- d) *Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos;*
- e) *Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios;*
- f) *Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público;*
- g) *Sanción a la conducta delictiva de los individuos;*
- h) *Manejo, control y solución de conflictos y disputas;*
- i) *Definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.*

Finalmente, una de las autoras que estudia a profundidad el tema del derecho indígena, Boelens, sostiene que la característica primordial es el lema **“entre nosotros arreglamos”**, y esto se relaciona con las funciones de los dirigentes de las comunidades, al decir que *“una función importante tienen los dirigentes indígenas, elegidos por la comunidad de manera rotativa, para que hagan respetar los acuerdos y los consensos de la mayoría. Así, las decisiones reguladoras de la asamblea comunal son consideradas como leyes importantes de la comunidad”* (1996:15).

1.6. Especificidades del derecho indígena respecto al derecho estatal

De la comparación entre el derecho indígena y el derecho positivo emergen algunas relaciones y particularidades propias de cada una de ellos:

1.6.1. Relaciones comunes

- a) Tanto el derecho indígena como el derecho estatal disponen de normas, reglas, principios, que tienen como objetivo principal regular las relaciones humanas en todos los aspectos de la vida social.
- b) Ambos operan con sus propias autoridades y dentro de una determinada circunscripción territorial.
- c) Los dos tienen sus propios procedimientos y fuentes de generación; en el derecho escrito es la ley, y en el derecho indígena, son las costumbres, reglas y usos sociales.
- d) En la aplicación del derecho indígena, como en el derecho estatal, el incumplimiento conlleva sanciones correspondientes, pero de manera distinta.
- e) Tanto en el uno como en el otro la legitimación radica en la aprobación y obediencia de los componentes de sus respectivos pueblos.

1.6.2. Particularidades

- a) En cuanto a la producción de las normas legales, en el derecho estatal la ley debe ser dictada por el Estado, a través de la Función Legislativa (leyes) y Ejecutiva (decretos, acuerdos, reglamentos, etc). *"El factor diferencial más importante consiste en el hecho de que el sistema legal-oficial, que se expide, promulga y se pone en vigencia a través de consabidos mecanismos formales (desde la presentación de un proyecto de ley hasta la publicación en el periódico oficial), es un sistema escrito, mientras que los sistemas indígenas son consuetudinarios, es decir, no contienen leyes escritas ni codificadas"* (Alban: 1993:195).

- b)** En cuanto al tratamiento de la trasgresión de las normas, éste difiere en la siguiente forma *"en el derecho positivo, si el sujeto transgrede la norma escrita, se lo considera delincuente y se lo coloca fuera de la sociedad, teniendo que cumplir la sentencia alejado de su medio, generalmente en un sitio denominado centro de rehabilitación social, en donde, como es conocido, en vez de rehabilitarlo se acumula de vicios y traumas; siendo su resultado final negativo; en cambio en el mundo indígena y dentro del derecho consuetudinario, el trasgresor no es apartado de la sociedad, permanece en ella cumpliendo el correctivo impuesto sin que luego se divorcie con la comunidad, sino por el contrario incorporando nuevamente a su pueblo. (De La Cruz 1993:74-75).*
- c)** El derecho indígena se encuentra inmerso en el cuerpo social, indisolublemente ligado a todos los aspectos de la cultura, la ritualidad, las fiestas, y normas sociales como el matrimonio, bautizos; y opera dentro de una comunidad, un pueblo específico, una circunscripción territorial indígena; mientras que el derecho estatal es formulado para regular la nación entera.
- d)** El derecho Indígena se basa fundamentalmente en lo colectivo y armónico. Mientras que el derecho ordinario es eminentemente individualista, competitivo y capitalista. El derecho indígena actúa en función de regular y normar la convivencia social y tiene como fundamento los derechos colectivos; y, el derecho positivo tiene como fundamento el derecho individual (Macas, 2002:7; Tibán 2001: 89).

Con esta explicación, demostramos plenamente que en los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador existen sistemas jurídicos propios, que han posibilitado el normal desarrollo y un control social efectivo de sus componentes; con la característica de oralidad y no está codificado; con autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de sus jurisdicciones, imponiendo las sanciones correspondientes.

1.7. Bases Constitucionales y legales que sustentan la existencia y vigencia del Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico en el Ecuador

1.7.1. Bases Constitucionales del Derecho Indígena

El Ecuador, hasta el año de 1998, era un Estado que reconocía al individuo como sujeto del derecho individual. A partir de este año, la Constitución Política del Estado da un giro de trascendental importancia en cuanto al reconocimiento de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas y negros. Es así como reconoce a un sujeto distinto, que es el colectivo, como una entidad u organismo que tiene vida propia y que ha reivindicado derechos a lo largo de las últimas décadas, en aras de lograr un trato distinto por parte del Estado.

A pesar de que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas siempre han existido, recién en el año de 1998 se reconocen en la Constitución. Reconocimiento que no es otra cosa que *“reconocer la diversidad sociocultural existente en la formación social, como la supervivencia histórica de las ancestrales instituciones de pueblos y nacionalidades indígenas y la vigencia contemporánea de estas en la cotidianidad de la vida colectiva”* (Villavicencio, 2002:38).

Este nuevo paso en el reconocimiento de los derechos colectivos, y sobre todo en la concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, pluricultural y multiétnica, en la actualidad nos permite afirmar la existencia de un sistema jurídico indígena, y por ende la validación de la práctica de la

administración de justicia de acuerdo a los usos y costumbres de los distintos pueblos y nacionalidades indígenas.

La validación constitucional a la práctica de los usos y costumbres indígenas, trae consigo el establecimiento del Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Así, el artículo 191 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, al establecer que *"las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la constitución y a las leyes.."*; afirma la existencia del pluralismo jurídico y por consiguiente pone en inmediata discusión el tema. Por ello, para una mejor comprensión y sustento es importante desarrollar el concepto y definición del pluralismo jurídico.

1.7.2. Pluralismo Jurídico en el Ecuador

En la actualidad, tanto en el Ecuador como en otros países latinoamericanos, e incluso europeos, el tema del pluralismo jurídico se ha convertido en un tema de interés y de análisis, por cuanto pone en crisis la teoría que afirmaba el monismo jurídico en los Estados nacionales y los conceptos del mismo y *"cuestionan de frente una visión centralista del derecho que tiende a identificar derecho con Estado, y sus instituciones de control: tribunales, jueces, códigos escritos, etc. (..) y abogan por una definición no normativa, positivista del derecho, para dar cuenta de las múltiples formas de regulación existentes en las sociedades"*. (Sierra y Chenaut:2002:153) A continuación señalamos algunas de las definiciones que en doctrina y la antropología jurídica se han desarrollado y brindan posibilidades de análisis y discusión del tema:

Pluralismo legal es *"una situación en la cual dos o más sistemas legales coexisten en el mismo espacio social"* (Soria, 1993:19).

Pluralismo Jurídico es *“la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden valides en el mismo territorio (...) o, lo que es lo mismo (...) el fenómeno de la existencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistema normativos distintos”* (Correas, 1994/Citado por Cabedo, 2002:63).

Pluralidad Jurídica es *“la existencia simultanea –dentro del mismo espacio de un Estado- de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales”(Yrigoyen, 1995/Citado por Cabedo, 2002:64).*

Pluralismo jurídico *“se justifica por la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y racionalidad para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia”* (López:2002:203)

Como vemos, los autores de manera uniforme sostienen que el pluralismo Jurídico implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derechos, que cambian históricamente y que pueden volver con el pasar del tiempo, y que están presentes en las costumbres y en las normas sociales de los distintos pueblos que conforman el territorio nacional. De ahí que, el pluralismo jurídico en el caso ecuatoriano, se evidencia por la existencia y vigencia de un sistema jurídico nacional, la presencia y vigencia de varios otros sistemas normativos indígenas dentro del mismo territorio. Esto conforme la existencia de varios pueblos y nacionalidades indígenas y a estos sistemas normativos son los que la Constitución Política del Estado en su artículo 191 inciso cuatro reconoce, garantiza y posibilita su ejercicio y desarrollo.

De esta forma, tanto en la teoría como en la práctica se evidencia que desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas regulaban su existencia, y los estudiosos de la materia con los conceptos citados muestran que *“los*

sistemas sociales generan su propia regulación a través de reglas, costumbres y símbolos. (...) y defienden un concepto amplio de derecho y el interés de enfocarse particularmente en las prácticas jurídicas no estatales, lo que significa cuestionar el axioma occidental de identificar lo jurídico con el derecho del estado".(ibidem)

1.7.3. Condiciones para la existencia del Pluralismo Jurídico

Carlos Ochoa, uno de los autores que ha profundizado el tema del pluralismo jurídico, acogiendo el informe de Martínez Cobo a las Naciones Unidas, sostiene que los Estados Nacionales deben posibilitar ciertas condiciones necesarias para la existencia y desarrollo del tema en mención.

Así, recomienda:

- a) Se respeten los ordenes jurídicos indígenas y se admitan la existencia de un pluralismo jurídico sin preeminencias injustificadas de parte del sistema jurídico nacional;
- b) Se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográfico-demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a las circunstancias;
- c) Se definan los caminos del pluralismo jurídico y se delimiten espacios culturales en los que no debe interferir el orden jurídico nacional; y se definan también aquellos aspectos que inevitablemente deban quedar regidos por el orden jurídico nacional; y,
- d) Se facilite la utilización por las poblaciones indígenas del orden jurídico nacional y de una pronta administración de justicia indígena en condiciones de igualdad para la protección de sus derechos y libertades (2002:276-277).

Con el establecimiento de estas condiciones, lo que el autor nos orienta es que la sociedad más allá de tener un concepto peyorativo del derecho indígena, del derecho consuetudinario o de la administración de justicia que muchas veces es catalogado como sinónimo de “salvajismo” o de procesos “incivilizados” o “primitivos” se adecuen, respeten las culturas y los ordenes jurídicos indígenas; pero, principalmente admitan la existencia de un pluralismo jurídico como un sistema jurídico más dentro del ordenamiento jurídico del país.

Además, con estas consideraciones debe quedar claro que el Derecho Indígena funciona de manera autónoma como un sistema normativo propia de las colectividades indígenas, y más no como de manera distorsionada y equivocada han señalado algunos estudiosos del tema, que concluyen que la administración de justicia indígena se debe a la inoperancia, lentitud y olvido de la justicia estatal. Así: *“Para los indígenas, el sistema jurídico no funciona, y está lejos geográfica y culturalmente. Los funcionarios y abogados son vistos como injustos, corruptos y racistas, ignorantes de la vida y la realidad de los comuneros; los procedimientos como caros, lentos, engorrosos, burocráticos, llenos de escritos en una lengua que ellos ni leen ni acaban de entender (...) La consecuencia de este hecho es que los indígenas hayan mantenido su propia forma de ejercer justicia”* (Ortiz, 2002:8).

La justicia indígena *“supone reconocer implícitamente que el sector indígena se ha mantenido en una situación de injusticia histórica (...), además, y como fruto de esta situación, no han sido sujetos primarios para la ley o, al menos, tal como ha sucedido en los dos últimos siglos, han sido considerados sujetos de segunda, lo que ha ratificado su posición de subordinación social, político, económico, cultural”* (Espinosa:2002:50).

Si bien estas concepciones han servido para acelerar e introducir al debate del pluralismo jurídico (y para justificar el caso de los linchamientos que generalmente son reacciones a la ineficiencia de la justicia estatal) no

implica que los pueblos indígenas administren justicia como rechazo a la justicia oficial, muy a lo contrario, lo han hecho y siguen haciendo como practica diaria de convivencia pacifica, y porque *“el derecho indígena tiene rasgos que definen a cualquier sistema jurídico, como son los de jurisdicción y competencia, que se ejerce primeramente en razón de las personas y subsidiariamente en razón del territorio, no debe aplicarse por cuantías, ni por materia porque esto no responde a la realidad, es un sistema en el que las autoridades reciben la noticia de los hechos, los juzgan y tienen poder para ejecutar sus resoluciones. Por lo tanto es un sistema valido eficaz y legítimo”* (Ortiz, 2002:11).

En palabras de Nina Pacari Vega se concluiría que *“la vigencia de la pluralidad en el Ecuador es una realidad constitucionalmente reconocida, estableciéndose como reto fundamental para toda la sociedad pluricultural ecuatoriana, pero sobre todo para los abogados, jueces, magistrados, comunicadores sociales, el superar las cargas ideológicas de dominación, pues, bajo el escudo de estereotipos, suelen adjetivar a la justicia indígena como sinónimo de “salvajismo”* (2002:88).

El pluralismo legal constituye de esta forma en un imperativo para todos los ecuatorianos, no solo para los pueblos indígenas, aceptar la coexistencia del pluralismo jurídico y de fortalecer su aplicación y vigencia dentro de un marco intercultural y pluricultural, de mutuo respeto y valoración. Como lo diría Catherine Walsh, el pluralismo jurídico refleja una aplicación de la pluriculturalidad oficial, de una interpretación pluricultural de las leyes, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos, y fines sociales de las distintas normas jurídicas. (2002:31).

Con lo señalado y con el reconocimiento constitucional del derecho indígena y del pluralismo jurídico, las autoridades indígenas pueden dirimir y resolver los distintos conflictos que se presentan al interior de los territorios indígenas, conforme a las normas, procedimientos y sanciones del sistema

jurídico indígena. Esto es muy innovador en la legislación ecuatoriana; porque este es un derecho logrado con el esfuerzo y lucha diaria de los pueblos indígenas. De manera que, en el país se estatuye el pluralismo jurídico, que está orientada a romper dos aspectos básicos en la relación de derecho, Estado e indígenas. Esto es:

- *Romper el monismo jurídico para aceptar y reconocer el pluralismo jurídico,*
- *Romper las imposiciones jurídicas, de extender categorías, principios, reglas jurídicas obligatorias que se han impuesto a lo largo de la historia a los pueblos indígenas.*¹⁵

Como también en América Latina, el pluralismo jurídico “*abre nuevas perspectivas para comprender la realidad multicultural de los países, y la vigencia de ordenamientos jurídicos diferenciados, tensionados e imbricados a la legalidad del Estado; el tema ha cobrado una nueva dimensión ante las posibilidades actuales de reconocimiento de derecho indígena que ha tenido lugar en varios países latinoamericanos*”: (Sierra y Chenaut:2002:163)

1.7.4. El Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico en el ámbito internacional

Además de una basta doctrina establecida en cuanto a la existencia del derecho indígena como uno de los sistemas jurídicos existentes en el país, contamos con otras disposiciones legales de carácter internacional que sustentan y posibilitan el desarrollo del derecho indígena y el pluralismo jurídico en nuestro país. Así tenemos:

El Convenio 169 de la OIT; ratificado por el Honorable Congreso Nacional el 14 de abril de 1998, el cual al estar en plena vigencia; establece: Artículo 8 numeral 1, “*Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados*

15 Apuntes Clases de Antropología Jurídica FLACSO. 2001 .

(indígenas), deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

numeral 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 internacionales reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9 numeral 1, En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales reconocidos, deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

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

Artículo 10 numeral 2,. Deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento”.(OIT Convenio 169, 1989:4)

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, señala en su Artículo 4 que: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (E/CN.4/Sub-2/Res/1994/45).*

OEA, El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su Artículo XVI lleva como título el Derecho Indígena, y en el Numeral 1 menciona: *“El derecho indígena deberá ser*

reconocido como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados". Numeral 2, "Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía". Numeral 3, "En la Jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de su lengua" (OEA/Ser.LN/II.110.Doc. 22 –2002)

Los principios legales en mención, testifican que entre los pueblos indígenas, existen sistemas jurídicos con todos sus elementos, características y diferencias que norman el convivir de los pueblos indígenas; y en cuanto a la aplicación de las leyes en los Estados partes obligan a respetar los métodos y formas que los pueblos indígenas utilizan para sancionar los delitos cometidos por los miembros de las comunidades y con los cuales solucionan los diversos conflictos que se presentan a diario.

Estas disposiciones además de establecer que las sociedades son diversas, obligan a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias que permitan ejercer plenamente estos principios y normativas internacionales. Además se convierten en importantes referencias, por ende coadyuvan a la plena vigencia de los principios constitucionales y más normas legales existentes en los Estados partes.

En el caso ecuatoriano concretamente estamos hablando del artículo 191 inciso 4, referido anteriormente. Todo esto, si fuere el caso y tomando en consideración algunas jurisprudencias que se han dictado sobre el pluralismo jurídico en el contexto nacional¹⁶ e internacional, de manera

¹⁶ El ejemplo claro de esta realidad y un precedente histórico en cuanto a una jurisprudencia nacional es la Resolución No.247-RA-00-I.S. 2000 del Tribunal Constitucional del Ecuador, relacionado con la

específica el criterio de la Corte Constitucional Colombiana de la maximización de la autonomía¹⁷ y la minimización de las restricciones¹⁸, que para casos análogos prescribe.

1.8. Aproximación de Jurisdicción y Competencia del Derecho Indígena

Con lo señalado anteriormente queda claro la existencia del derecho indígena, y *“no es secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han administrado justicia y esta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad legislativa reconocida, y el hecho de que no haya sido escritas o formalizadas no exime de su naturaleza jurídica. También han gobernado a sus pueblos a través de un sistema de cargos. Por lo tanto históricamente han subsistido en la ilegalidad”* (Gómez:2002:243) y actualmente resta solamente aclarar la parte más conflictiva del derecho indígena como es el establecimiento de la Jurisdicción y Competencia para su real ejercicio y desarrollo. De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 191 inciso 4 de la

defensa de los territorios de una de las nacionalidades indígenas del Ecuador, asentadas en la Amazonía Ecuatoriana, los Shuar, quienes, a través del Presidente de la organización FIPSE interpuso un recurso de Amparo Constitucional en contra de una Compañía Petrolera ARCO, ante uno de los jueces de lo civil de Morona Santiago y éste en primera instancia ratifica en los fundamentos y los derechos de los indígenas. Finalmente el 16 marzo del 2000, el Tribunal Constitucional ratifica la decisión subida en grado mediante la resolución mencionada. De esta manera vemos que en el país se están dando pasos muy importantes en el reconocimiento y fortalecimiento de los derechos constitucionales y normas internacionales. Anexo 1

¹⁷ Es decir que, en los casos de administración de justicia indígena, hay que conceder la mayor autonomía a los pueblos indígenas, permitiendo de esta forma la conservación, desarrollo y fortalecimiento de los sistemas jurídicos propios; y “los únicos límites a la autoridad indígena en los casos en los que el principio se aplica son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre, y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, el debido proceso y el derecho a que el castigo sea previsible para los miembros de la comunidad”. De manera que, cuando los conflictos y los involucrados son indígenas, unos cuantos derechos fundamentales constituyen límites de aplicación del derecho a administrar justicia (Sánchez: 2000: 140-141).

¹⁸ Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerárquico (seguridad interna).
- b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos. (Gaviria: 1998:6)

Constitución Política del Estado, las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales aplicando las normas jurídicas propias; no obstante esto, en la práctica diaria surgen conflictos de competencia entre los dos sistemas jurídicos, indígena y ordinaria. Es en este punto que amerita esclarecer, así:

Pero ¿Qué entendemos por jurisdicción? Según el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, Jurisdicción es *"el poder de administrar justicia, consistente en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos en la ley"*.

De manera que, la jurisdicción es la potestad o atribución de administrar justicia, de juzgar; y competencia es el lugar, el ámbito donde las autoridades indígenas van a juzgar; es el marco delimitado donde ejercerá la jurisdicción.

En cuanto a la competencia, el inciso 2° del artículo 1 del mismo cuerpo legal define como *"la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados"*.

Dentro de la justicia ordinaria la distribución de la jurisdicción y competencia nace de la ley; así, la competencia se radica en razón de las cosas (jueces de lo civil, laboral, tránsito, inquilinato, etc), en razón de las personas (por fuero), en razón de los grados, (jueces de 1ra. instancia, 2da. instancia, Casación), etc. Mientras que, en el derecho indígena o sistema jurídico propio, resulta ser bastante diferente, en tanto y en cuanto al interior de este derecho no se puede hablar de casos de fuero, ni de diversos tipos de jueces o autoridades, con supremacía de unos sobre otros; sino más bien de diversos niveles, en la que se puede llegar hasta la instancia de la apelación de los casos ante las autoridades de niveles más altos, reconocidos

oficialmente, como se revisará posteriormente; acorde a las particularidades y/o especies del caso a tratar.

En lo que tiene que ver a la competencia en el derecho indígena, entendiéndose ésta al parámetro físico del campo de aplicación de la potestad de administrar justicia, aún no está determinada claramente por parte de la Constitución, o el derecho estatal; puesto que, el reconocimiento constitucional en cuanto a las circunscripciones territoriales aún no están delimitadas ni establecidas. Sin embargo, en lo que concierne al sistema jurídico interno, sí hay competencia, pues, ello deviene del campo de aplicación que tienen las autoridades al interior de sus comunidades, pueblo o nacionalidad; centrándose única y exclusivamente a su medio, sin intromisión en otros sectores o comunidades. Vale decir, que la jurisdicción y competencia están determinadas por la adscripción étnica¹⁹ y comunitaria²⁰, en los territorios donde habitan los indígenas.

A partir de 1998, en donde la Constitución Política reconoce un conjunto de derechos de los pueblos indígenas y en particular el pluralismo jurídico, varios autores, profesionales, organizaciones e incluso las Universidades han iniciado a debatir y a profundizar el tema de la jurisdicción y competencia entre el derecho indígena y el derecho positivo. Destacándose que de estos debates surge la ya aprobada por el Congreso Nacional del Ecuador y vetada totalmente por el Gobierno de Gustavo Noboa, la “ley de aplicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas”; así como la *“ley de compatibilización y distribución de competencias en la administración de justicia indígena”*. Leyes que una vez reconocida legalmente por la función legislativa y ejecutiva tendrán fuerza de ley para encaminar la vigencia del derecho indígena.

¹⁹ Se refiere a la necesidad de atender a las diferencias culturales relacionadas con la pertenencia étnica en el momento de radicar la jurisdicción (Sánchez:2000:137).

²⁰ Esto determina que las autoridades indígenas pueden conocer de los asuntos que ocurran dentro de sus territorios, entendiéndose que éstos incluyen no sólo los que legalmente son reconocidos como de su propiedad (...), sino también los que tradicionalmente han sido ocupados por las comunidades en cuestión (ibidem).

No obstante, que la CONAIE y otras instituciones están viviendo este proceso, en la práctica diaria se debate la directa aplicación del derecho indígena conforme a la Constitución Política del Estado, que en su Art. 18 estatuye que *“Los derechos y garantías determinados en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

Todo lo cual concuerda íntegramente con el clásico concepto de Hans Kelsen, según el cual, en la cúspide de las leyes está la Constitución y bajo ella las demás normas jurídicas. Situación esta que también recoge nuestra Constitución en el Art. 272, al expresar que *“La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones legales orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor sí, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiera conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior”.*

A todas estas iniciativas de discusión nos parece importante considerar el criterio de Nina Pacari Vega (2002:87-88), quien sostiene que para superar el conflicto de competencia, es necesario superar prejuicios. No es admisible

que la justicia indígena sea analizada desde una visión dominante y subordinada. Es necesario considerar que reconocer la competencia indígena no es una mera concesión de un derecho y por ende la cesión de competencias no debe ser solamente para los casos de menor cuantía. Además, en una sociedad que reconoce la pluralidad cultural y jurídica, lo que debe primar es el del mutuo reconocimiento y respeto de valores y capacidades como parte de un proceso de profundización y democratización de la justicia.

Todas estas reflexiones conlleva a establecer que necesariamente se debe trabajar a profundidad en el tema de la territorialidad identitarias como pueblos indígenas, proceso en el cual se deberá determinar bajo los lineamientos de la construcción y reconstrucción de pueblos indígenas, las características fundamentales de dichos pueblos. Esto es, según Galo Galarza (2002:80-81), se debe comprobar la concurrencia de varios elementos, como por ejemplo: comunidad de hombres estable formada históricamente, comunidad de idiomas, comunidad de territorio, comunidad de vida económica, comunidad psicológica, sus autoridades, la aplicación de normas jurídicas basada en el derecho consuetudinario.

Finalmente, aunque legalmente la jurisdicción y competencia no esté establecida claramente, desde la practica del derecho indígena se constata que sí existe jurisdicción y competencia dentro de las jurisdicciones territoriales indígenas. Así:

- a) Dentro de un determinado territorio, las autoridades elegidas por las colectividades son competentes para conocer y resolver todo tipo de conflictos internos, incluso casos de carácter penal, siempre y cuando la colectividad defina como conflicto interno;
- b) La jurisdicción y competencia indígena esta determinada por el vinculo territorial, identidad, lengua y la aceptación de la colectividad;

- c) Los usos y costumbres son normativas propias del derecho indígena, responden a su cosmovisión y no contradicen a las limitaciones constitucionales;
- d) Los procedimientos propios del derecho indígena garantizan la plena vigencia del debido proceso.

De manera que desde la práctica del derecho indígena dentro de un determinado territorio indígena la jurisdicción y competencia esta presente; lo que no esta claro es la competencia y jurisdicción cuando el conflicto no es entre indígenas o en territorios no indígenas. Es decir, hace falta establecer cuales son las limitaciones que deben observar y resolver las autoridades indígenas y las autoridades estatales. Todo esto se trata de esclarecer en la ley de compatibilidad que hasta hoy es solo un proyecto de ley, que reposa en la sala de lo Penal del Honorable Congreso Nacional y prácticamente destinada al archivo, según las versiones de la presidenta de la Comisión, Diputada Cintya Viteri del Partido Social Cristiano.

1.9. Tratamiento práctico de la aplicación de la jurisdicción indígena

Es muy importante señalar, que en otros países ya se han dado pasos importantes en lo que respecta a la solución de conflictos entre los dos sistemas jurídicos. El caso más avanzado es el de Colombia, donde la Corte Constitucional, a través de las jurisprudencias han resuelto conflictos de competencia, sentando bases de lo que pudiera ser y contener la Ley de Compatibilización de la Justicia Indígena. En ella se ha establecido los mínimos jurídicos, los límites, la observancia a los derechos humanos fundamentales, la legalidad de los procedimientos, de los delitos y de las penas a la realidad indígena, en aras de ese derecho a la diferencia y del principio de la diversidad étnica y cultural.

Al respecto, Cabedo señala que *“si bien es cierto que la no-existencia de esta ley no es un impedimento para el ejercicio de la jurisdicción Indígena, también lo es que la falta de la misma plantea una serie de problemas”*

(2002:89), por lo que hace necesaria la adopción de la ley secundaria o de coordinación, la misma que en lo posible abarque elementos mínimos planteados por varios estudiosos de la materia, así por ejemplo:

- a) **Competencia material**, pues, jurídicamente pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas;

- b) **Competencia territorial**. Se puede inferir que la competencia para la regulación del derecho indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican las poblaciones y comunidades indígenas. Sin embargo, puede haber situaciones jurídicas que se producen fuera de una colectividad indígena. En tal caso, el derecho indígena podría ser competente para garantizar el derecho a la vida cultural de los indígenas;

- c) **Competencia personal**, por cuanto las normas jurídicas indígenas están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, como parte del derecho a la propia vida cultural;

- d) **Competencia temporal**, una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, éste no puede ser sometido al derecho o la justicia estatal, pues entonces dejaría sin contenido al reconocimiento del derecho indígena;

- e) **Discriminalización del derecho y la justicia indígena**, porque una de las consecuencias del reconocimiento y del establecimiento del pluralismo jurídico que conlleva el ejercicio de la justicia indígena por sus propias autoridades, al ser legal, ya no configura usurpación de autoridad ni ninguna forma delictiva. Del mismo modo, tampoco son punibles los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos, así como los mecanismos coercitivos y sanciones que se den en la justicia indígena;

- f) **Mecanismos para el respeto de los actos jurídicos indígenas**, a través de los registros y que tengan validez cuando interactúan fuera de sus comunidades;

- g) **Respecto a las decisiones indígenas que resuelva el conflicto**, por parte de las autoridades jurisdiccionales y estatales y que conlleve la no revisión de las decisiones adoptadas por estas autoridades ni requisitos para condicionar su validez, aceptación y vigencia;

- h) **Remisión de situaciones o casos a la justicia indígena**; para el fortalecimiento de la justicia indígena, corresponde a los jueces y otras autoridades del sistema estatal remitir o devolver a las autoridades indígenas los casos suscitados dentro del espacio territorial de los pueblos indígenas;

- i) **Fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales**; formas de coordinación operativa y

colaboración entre sistemas. En consulta con los pueblos indígenas y con base en un diálogo intercultural y intersectorial, debe establecerse mecanismo y formas de coordinación, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo, y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas como meros auxiliares de la justicia estatal y sin sueldo;

- j) **Procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por el derecho indígena;** para ello debe reformarse varias leyes que se adapten a la realidad diversa y heterogénea de las sociedades (Ochoa:278-283)²¹.

Como también, con el fin de no segregar y marginar a los pueblos indígenas a través de normas y mecanismos apartados de la sociedad global, es necesario clarificar y precisar los siguientes aspectos y elementos con relación al derecho indígena:

- a) El estatus de la nueva normatividad, es decir, se deberá definir claramente si se trata de un derecho subordinado o soberano en su esfera de acción y competencia.
- b) La fuente u origen del derecho, si es un derecho nuevo, creado y otorgado por el Estado como una concesión o es un derecho inherente, histórico y por lo tanto reconocido en atención a que es anterior a la creación del Estado actual. Esto tendría múltiples implicaciones por ejemplo en casos de conflicto para la definición de los territorios ancestrales.

²¹ No obstante, de lo señalado se puede observar otros criterios planteados sobre el mismo tema como es el de Cabedo por ejemplo, quien menciona que es necesario establecer las bases para la determinación, en aquellos conflictos en los que intervengan indígenas, de la competencia del sistema judicial nacional y de la jurisdicción especial indígena, así como para la resolución de conflictos de colisión entre ambas jurisdicciones, así como, determinar unos límites mínimos en materia de derechos humanos en relación con la jurisdicción especial indígena (2002:91)

- c) Su naturaleza. Deberá definir el carácter colectivo de estos derechos, el reconocimiento de los pueblos indígenas como titulares de los mismos, para que a partir de los mismos se puedan garantizar los de tipo individual para sus miembros.
- d) Los límites. Se definirá si estos derechos deberán respetar los derechos fundamentales y se mantendrán dentro del Estado Nacional.

La precisión de estos derechos permitirá sustentar el derecho a la autodeterminación y al ejercicio de la autonomía y el autogobierno para los pueblos indígenas, en el marco del Estado de la pluriculturalidad. (Ibidem:248)