

008. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO CONSUECUDINARIO APLICADO EN LA JUSTICIA INDÍGENA

Autores:

¹ Ambar MURILLO Mena,

² Carlos ALCÍVAR Trejo

³ Estrella HOYOS Zavala

⁴ Gloria LECARO Nath

Resumen

El conjunto de todas las virtudes. El razonable proceder acorde a derecho y razón. El mismo derecho y la propia razón, en su conjunto, la equidad, el poder judicial, el tribunal, magistrado o juez que rige justicia, es decir que soluciona discusiones entre partes o falla acerca de la culpa o inocencia de un acusado, la pena, castigo o fallo acerca de la culpa o inocencia de un acusado, en lenguaje poco experimentado la pena de muerte, y de ahí el verbo ajusticiar que si constituye tecnicismo. La atributiva que concede por voluntad, gratitud humanidad o complacencia, más que por deber, razón o necesidad, es la manera equitativa de darle a una persona lo que se merece para así tener una vida digna y una relación buen con la sociedad, en otras palabras darle a cada quien lo que le corresponde por sus acciones sean buenas o malas, la justicia es lo que permite a una sociedad sobresalir ya hace méritos para salir adelante en sus vidas, en toda sociedad se tiene que buscar este sistema ya que todos somos iguales y merecemos la misma dignidad que se corresponde, cada cultura tiene sus justicia o un diferente criterio acerca de ella, hay que respetarla y entenderla, por eso esta investigación acerca de la justicia indígena en nuestro país ya que en una parte nos caracteriza como una sociedad aparte la justicia es un principio que tiene que tener ante la ciudadanía para regular las relaciones de persona en persona para así inculcarles y valores y tenga un avance recto.

Palabras Claves: Costumbre, Derecho, Justicia, Juez, Equidad.

¹ Abogada, Magister en Derecho Constitucional en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, y Docente Titular de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Tecnológica ECOTEC. amurillo@ecotec.edu.ec.

² Abogado, Magister en Diseño Curricular, PhD(C) en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica de Argentina (UCA), Coordinador Académico y Docente Titular de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Tecnológica ECOTEC. Orcid.org/0000-0002-2937-1417 calcivar@ecotec.edu.ec.

³ Abogada, Magister en Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y Docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Tecnológica ECOTEC. ehoyos@ecotec.edu.ec.

⁴ Abogada, Magister en Arbitraje y Mediación en la Universidad de Guayaquil, y Docente Titular de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Tecnológica ECOTEC. glecaro@ecotec.edu.ec.

Abstract

The set of all virtues. The right to proceed according to law and reason. The same right and reason itself, in its generality, fairness, judiciary, court, magistrate or judge administers justice, ie it solves discussions between parties or failure on the guilt or innocence of an accused, the penalty , punishment or judgment about guilt or innocence of an accused, in some technical language the death penalty, and then execute if the verb is technicality. The attributive granted by will, gratitude humanity or complacency, rather than duty, reason or need, is equitable way to give someone what they deserve in order to have a decent life and a good relationship with society, in other words give everyone his due for his good or bad deeds, justice is what allows a company to excel and make merit to move forward in their lives, in every society has to find this system since we are all equal and deserve the same dignity that corresponds, every culture has its justice or a different view about it, you have to respect it and understand it, so this research on indigenous justice in our country because we are known in part as a separate society justice is a principle that has to be before the public to regulate the relations of person to person and also instilling values and has a straight forward

Key words: Custom, law, equity, justice, judge.

I.- INTRODUCCIÓN

La justicia tiene diferentes tipos de definiciones por su cultura o por diferentes creencias pero todas tienen como punto llegar a la equidad, tratar a las personas con la misma dignidad y lo más importante con respeto a continuación observaremos las definiciones de diferentes doctrinas, las interacciones lingüísticas entre dos culturas diferentes requiere de un proceso de interpretación en cuya dinámica se diluye una parte de cada mundo que pretende interactuar, es decir lo que una parte comunica, en el campo del poder institucional, la hermenéutica, jurídica, aunque no entendamos las culturas que no conocemos, hay respetarlas y entender que cada una tiene sus medios para llegar a ese fin, tanto que las nacionalidades indígenas del Ecuador emprendió un paro nacional con el fin de establecer un diálogo con el gobierno que fueron escuchados y entendidos y ahora se trata al indígena con más respeto.

II.- MÉTODOS

El objetivo principal del capítulo es reconocer la importancia y relevancia que tiene el derecho consuetudinario, en el contexto del derecho como fuente del desarrollo del derecho positivo y su relación con la sociedad.

Este objetivo se concretó en los siguientes objetivos específicos: Reconocer la importancia de la del derecho consuetudinario en la praxis y aprendizajes cognitivos del perfil del profesional del Derecho en el devenir de sus actos.

Comparar los distintos cambios legales, en beneficio de considerar a las fuentes del Derecho como eje primordial de los objetivos del derecho, como la justicia y equidad, para el estado y su desarrollo social, desde el punto de vista y el enfoque histórico de varios autores.

- **Definiciones doctrinarias. -**

La doctrina nos trae múltiples y variadas definiciones de lo que es la justicia indígena, considerando las más aceptable y apegadas a nuestra Constitución, las siguientes, a saber:

“El sistema de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a su cosmovisión, necesidades e intereses”. (Yigoyes, 1998)

“La justicia ancestral es una práctica vigente, milenaria, positiva y legal, basada en principios y valores conforme a las prácticas de abuelos y abuelas: una visión basada en los derechos cósmicos, transmitidos de generación en generación”. (CANQUI, 2009) “...es un sistema que en ocasiones es conocido como derecho mayor, justicia tradicional, derecho consuetudinario, derecho originario y ley indígena”. (BALTAZAR, 2009)

La creación del Estado moderno desencadenó dos conceptos: El “Monismo” Jurídico y el “Pluralismo” Jurídico.

- **Origen Conceptual de la Justicia Indígena. -**

La creación del Estado moderno desencadenó, a lo largo de los años, dos marcos referenciales de producción de normas jurídicas: El “Monismo” Jurídico y el “Pluralismo” Jurídico.

- **El “Monismo” Jurídico. -**

El “Monismo” Jurídico establece, que solamente el Estado, representa la única fuente de creación del derecho, y, por tanto, debe de generar un “único” sistema jurídico, que vincule a todos sus ciudadanos por igual, garantizando la cohesión y la unidad de la nación. Para el “Monismo” Jurídico, la pluralidad de sistemas jurídicos genera confusiones y conflictos.

“Kelsen, por otro lado, defiende con vehemencia dos ideas que resultan fundamentales para entender el monismo jurídico: La identificación entre el Derecho y el Estado, y el carácter jerárquico y fundamentalmente centralizado del ordenamiento jurídico. Para Kelsen el Estado no es otra cosa que el conjunto de normas jurídicas expedidas por aquel que tiene poder creador de Derecho. En el Estado, que es el Derecho, radica la soberanía. Por tanto, en cuanto supremo, el sistema jurídico excluye cualquier otro sistema normativo; no sería supremo si existiera otro ordenamiento normativo superior o del mismo nivel que le hiciera competencia. El Pluralismo Jurídico queda pues descartado de plano”. (ENGLE, 2007) El Convenio 107 de la O.I.T., fue realizado bajo la teoría del “Monismo” Jurídico, esto es, dentro del marco de un paradigma “integracionista” que establecía una incorporación de las comunidades “indígenas” a la comunidad “occidental” que prevalecía, regida por el derecho estatal. El Convenio constituyó un primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los pueblos indígenas, relacionado con los derechos a las tierras, contratación y condiciones laborales dignas, formación profesional, artesanías e industrias rurales, seguridad social y salud, educación y medios de comunicación, pero tenía un enfoque integracionista, es decir, se partía del supuesto, de que las comunidades indígenas debían de integrarse a la sociedad occidental.

Las principales características del convenio 107, la podríamos simplificar, de la siguiente manera, a saber:

- Se basaba en el supuesto que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la modernización.
- Hacía referencia a “poblaciones” indígenas y tribales.
- Fomentaba la integración

- **El “Pluralismo” Jurídico. -**

El “Pluralismo” Jurídico establece, que, dentro del Estado, pueden coexistir “varios” sistemas jurídicos, que vinculen a todos sus ciudadanos por igual, desprendiéndose de la primacía del derecho estatal como expresión de la soberanía.

“El Monismo, para los pluralistas jurídicos, oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y elimina por

definición el que, en ocasiones, sea normativamente adecuado que coexistan diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado". (ENGLE, 2007)

Una vez que los pueblos indígenas comenzaron a hacerse más visibles a nivel internacional, el enfoque del Convenio 107 fue objeto de cuestionamientos. Se llegó a la conclusión que el enfoque integracionista del Convenio 107 era perjudicial para los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la O.I.T., fue realizado bajo la teoría del "Pluralismo" Jurídico, donde los Estados reconocen la existencia de un derecho consuetudinario, en donde se reconsidera la necesidad de diseñar un nuevo modelo de Estado, que respete la existencia de las comunidades indígenas. En este Convenio se reconoce los métodos propios de resolución de conflictos en las comunidades indígenas, con el límite que se respeten los derechos humanos, y donde no se limita, solamente, a los casos de derecho civil, sino también a los casos de derecho penal, pero hace un silencio, en lo que respecta a los ciudadanos que, no siendo indígenas, pero que estando dentro de un territorio indígena, tengan un conflicto penal con un indígena.

"... Deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros"

- El art. 8, del Convenio 169 de la O.I.T.

Las principales características del convenio 169, la podríamos simplificar, de la siguiente manera, a saber:

- Se fundamenta en la creencia de que los pueblos indígenas constituyen sociedades permanentes.
- Hace referencia a "pueblos" indígenas y tribales.
- Reconoce y respeta la diversidad étnica y cultural

De este modo, se deja de lado la concepción monista del Estado, en donde se identifica el Estado con la nación, para genera un Estado con multiplicidad de naciones. También se produce una evolución con la concepción clásica del Derecho, en el sentido de que no solamente la Función Legislativa se encuentra autorizada para generar normas, sino que también pueden ser generadas por las comunidades indígenas, produciéndose un cambio radical en la estructura de los Estados Modernos.

III.- UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:

El tema clave en la discusión radica en el concepto de "diversidad" cultural dentro del concepto de "universalización" de los derechos humanos desde mediados del siglo XX, ya que "...un tema que siempre ha estado presente, desde la adopción de la declaración Universal de Derechos humanos en 1948 hasta hoy, en la política, en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, que se encuentra en el centro de los problemas del Derecho Internacional de los derechos humanos que se vincula directamente con el tema del universalismo y del regionalismo en materia de promoción y protección de los derechos humanos y que es y ha sido tema de nunca agotadas polémicas". (LLASAG, 2002.)

La Organización de las Naciones Unidas, en el año de 1948, construyó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, bajo el parámetro de un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, con la finalidad de que se logre el respeto de dichos derechos consagrados por la misma y su “reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado con la finalidad de desarrollar los derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es decir, bajo el mismo concepto de “universalidad” de los mismos, no obstante, que en el artículo 27 de dicho Pacto, reconoce 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”.

La Declaración de Viena de 1993, en los párrafos primero y quinto, confirman el carácter universal de los derechos humanos, cuando indican: “1... El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas”. “...5.- Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. 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.”

La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, considerando segundo, confirma la universalidad de los derechos, sin perjuicio, de ciertas diversidades que no sean incompatibles con los derechos, cuando textualmente indica: “Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo...”

“Más allá del respeto debido al pluralismo cultural y de su necesidad de reconocimiento por imperio de los derechos humanos consagrados en nuestras constituciones y en el Derecho Internacional, lo cierto es que nuestro sistema de solución de conflictos es mucho peor que el que se practica tradicionalmente en esas comunidades”. (ZAFFARONI, 2009)

- **CONVENIO 169 OIT**

“Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

(a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen 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;

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.

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;

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.

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;

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;

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.

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.

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.

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”.

IV.- ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR DEL 2008.-

El “Pluralismo” Jurídico invade el “Monismo” Jurídico en la producción de normas. En nuestra opinión, la Constitución no crea nada nuevo, sino que reconoce lo que ya existía en los hechos, y es en la búsqueda del respeto a la diversidad, donde se integra el Estado con todas las naciones, encontrando vías de comunicación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal, que no signifique una subordinación normativa, sino una yuxtaposición o coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado.

El art. 1, de la Constitución de la República del Ecuador, textualmente, 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...”

El art. 57, numerales noveno y décimo, de la Constitución de la República del Ecuador, textualmente, establece: “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...”

El art. 60, de la Constitución de la República del Ecuador textualmente, establece: “Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación...”

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

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

De acuerdo a lo establecido en la norma constitucional y legal, se puede colegir:

1.- Que el sujeto activo del ejercicio de las funciones jurisdiccionales, debe ser una Autoridad Indígena.

2.- Que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales debe ser ejercido:

- En base a las tradiciones ancestrales y derecho propio.
- Dentro de su circunscripción territorial.
- Con participación y decisión de las mujeres.
- En base a las normas y procedimiento propio.
- Para la solución de sus conflictos internos.
- Sin violar la Constitución ni los instrumentos de Derechos humanos

V.- ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO DEL ECUADOR. -

El art. 343, del Código Orgánico de la Función Judicial, textualmente, establece: “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.”

- El art. 344, del Código Orgánico de la Función Judicial, textualmente, establece: “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 idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional; d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y, e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales”.
- El art. 345, del Código Orgánico de la Función Judicial, textualmente, establece: “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”.
- El art. 346, del Código Orgánico de la Función Judicial, textualmente, establece: “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”.*

Límites absolutos. -

Recordemos que, “Cada órgano del poder público tiene su función correspondiente, característica que no puede ser obstada ni invadida por ninguno de los otros órganos del poder público. De este modo quedan establecidos los límites absolutos de la jurisdicción: a la Función Judicial le corresponde esencialmente, juzgar los pleitos. No otra cosa, pero ninguna de las otras puede obstarle o arrebatarle su ejercicio.” (LOVATO, 1976.), y que adicionalmente, “Para el ejercicio de la Función Judicial existen muchos funcionarios, cada uno de los cuales está encargado del conocimiento solo de ciertos asuntos, de ciertos pleitos, de ciertas cuestiones judiciales. En consecuencia, el poder de juzgar de cada juez tiene sus límites, los cuales se conocen con el nombre de límites relativos de la jurisdicción. La jurisdicción, como potestad pública de juzgar, está distribuida, repartida entre los diferentes jueces, en razón de la materia, el territorio, las personas, los grados y la cuantía”. (LOVATO, 1976.). “Por razones de orden geográfico e histórico, y para facilitar y hacer más eficiente la administración pública, el territorio del Estado se divide en circunscripciones más o menos amplias, en las que se establecen las autoridades correspondientes. En consecuencia, para la administración de justicia, también se ha dividido en sectores al territorio de la república, conforme a la Ley de División Territorial, y se han fijado los juzgados correspondientes a cada uno de ellos.” (LOVATO, 1976.)

“Cierto que, así, la democracia exige que todos los hombres sean iguales ante la Ley. Pero la misma democracia ha establecido que, para mantenerla y hacerla posibles, ciertos funcionarios, generalmente los altos funcionarios de la administración pública, en razón de su cargo, del ejercicio de sus funciones, no sean juzgados por los jueces a los que están sometidos los ciudadanos en general, sino por otros jueces, cuya situación determina mayor independencia y sabiduría.” (LOVATO, 1976.)

“Llamamos límites absolutos de la jurisdicción los que las separan de los demás poderes en que se distribuye la soberanía para distinguirlos de los que, distribuida a su vez la jurisdicción, sirven para diferenciar las atribuciones de un juez de las correspondientes a otros jueces...” (PEÑAHERRERA, 1958.)

“Dentro de la esfera de la acción judicial, las atribuciones de cada Juez están sujetas a límites que las separan de las correspondientes a los demás jueces. A estos límites hemos dado el nombre de relativos.

Desde que una sociedad civil sale del germen de su formación y empieza a desarrollarse, se hace imposible que un solo juez despache todas las cuestiones, y es menester que la facultad de administrar justicia se divida entre varias personas, y que a cada una de ellas se le señale la parte que le corresponda.

Distribución. - Esta operación, este reparto se llama distribución de la jurisdicción; y las bases a que se sujeta son la materia, el territorio, las personas, los grados y la cuantía.” (PEÑAHERRERA, 1958.)

“Territorio. - Es imposible que un Juez o funcionario cualquiera pueda despachar todos los asuntos que ocurren en toda la nación. Por pequeña que esta sea, la división de su territorio es indispensable para la organización de los poderes y el ejercicio de las funciones públicas; y, dividido el territorio, cada funcionario local debe de ejercer sus atribuciones únicamente dentro de su respectiva circunscripción, y en ella han de ventilarse los asuntos concernientes a la misma.

Aplicado este principio al poder judicial, constituye la distribución de la jurisdicción por el territorio; produce dos consecuencias:

- 1.- Que ningún juez puede ejercer jurisdicción fuera de su territorio.
- 2.- Que cada cuestión judicial se ha de ventilar en el juzgado territorial a que corresponda.” (PEÑAHERRERA, 1958.)

“Las personas. - El régimen democrático requiere la igualdad ante la Ley, según la cual, tratándose de la administración de justicia todos los individuos deben ser juzgados por los mismos jueces o por jueces de la misma clase, si los hechos son idénticos.

Este principio es una de las bases fundamentales de nuestra organización social, y ha estado siempre consignado, en una forma u otra, en la Constitución.

Por tanto, la condición individual de las personas no puede en ningún caso influir en la distribución de la jurisdicción.” (PEÑAHERRERA, 1958.)

Sección segunda

Justicia indígena

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

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

CÓDIGO CIVIL.

Art. 2.- La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

CONCLUSIONES:

- Debemos indicar que observamos una vez más que la costumbre hace su aporte como fuente del derecho.
- Se respeta el derecho consuetudinario en el Ecuador al observar los representantes de alguna comunidad toman una decisión en contra de un hecho infractor de su normativa, dicha decisión tiene una ejecución inmediata sobre la persona infractora.

“El texto constitucional parece demandar una conciliación imposible cuando exige que la aplicación de las costumbres o derecho consuetudinario indígena se haga de tal modo que no se contravenga la Constitución y las leyes.

La inexistencia de una escala de valores común y la heterogeneidad de las concepciones, incluidas las relativas a la naturaleza del conflicto, a la represión y al castigo, son inherentes a la pluriculturalidad de la que habla la misma Constitución 12.”
(Alberto Wray)

RECOMENDACIONES:

- Realizar un análisis para establecer la responsabilidad sobre autoridades indígenas por posibles violaciones a las garantías al debido proceso, con la justicia indígena de la comunidad, pueblo o nacionalidad, sus formas y procedimientos de aplicación, pues cada una tiene su propia característica especial.
- Respeto y aplicación al debido proceso como lo establece la Constitución.
- Aplicación de los Organismos competentes como Control Constitucional, así como el Reglamento dictado por la Corte Constitucional ya que será muy difícil que ya un Juez Constitucional se acerque a una población indígena a leer un fallo que contradice la decisión que ellos adoptaron, por cuanto no va a tener la apertura ideal de parte de la comunidad indígena.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES:

- BALTAZAR YUCAILLA, Rosa, “La Justicia Indígena en el Ecuador”. Derechos Ancestrales Justicia Indígena en Contextos Plurinacionales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos No.15, (Diciembre 2009) Quito, 2009.
- CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA (2009) “Proyecto de Ley del Sistema Nacional de Cultura”. Editorial CCE, Dirección de publicaciones. Quito-Ecuador.
 - Constitución del Ecuador. (2013)
 - Código Civil Ecuatoriano. (2013)
 - Código Orgánico de la Función Judicial. (2013)
 - CONVENIO 169 OIT
- CRUZ RUEDA Elisa, “Principios Generales del Derecho Indígena”, Hacía sistemas jurídicos plurales, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2008.
- CANQUI, Elisa, Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral, Quito, Editorial
- Raúl Zaffaroni. “La Pachamama y el Humano” (2012).
- YRIGOYEN FAJARDO Raquel, El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala, México, Editorial América Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, No. 1-2, 1998.
- UNIFEM, 2009.