



Noviembre 2014

ANÁLISIS HISTÓRICO, COMPARATIVO DE LA LEY INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS, COMO FUENTE DEL DERECHO

**Abg. Carlos Alcívar Trejo. M.D.C. ¹,
Ing. Juan T. Calderón Cisneros. Msc. ²,
Lcda. Mery Susana Cuadrado. M.D.C. ³,**

¹ Catedrático a tiempo completo de la Universidad Tecnológica ECOTEC, Guayaquil, Ecuador,

¹ Catedrático medio tiempo en la Universidad de Guayaquil (FACSO),

² Catedrático a tiempo completo de la Universidad Tecnológica ECOTEC, Catedrático medio tiempo de la Universidad de Guayaquil (FACSO) y Asesor Estadístico Informático de Empresas Guayaquil, Ecuador,

³ Coordinadora de Decanato. Catedrática medio tiempo en la Universidad de Guayaquil,

¹ calcivar@universidadecotec.edu.ec,

² jcalderon@universidadecotec.edu.ec,

³ susanafacso2011@live.com

RESUMEN

En el presente ensayo se ha recogido en primera instancia definiciones sobre el Derecho Consuetudinario para tener una mejor perspectiva sobre el tema a tratar. Posteriormente se ha detallado brevemente la historia indígena desde relatos españoles, así mismo como detalles históricos que se mantuvieron durante la historia hasta la actualidad, lo cual da el carácter de fuente de Derecho a estas costumbres y su fenómeno social.

Se recoge tratados internacionales, estándares morales y Derechos Humanos que antecedieron a la aplicación a las diversas constituciones en los pueblos indígenas. En Ecuador recién se le dio el valor supremo con la inclusión del capítulo sobre pueblos ancestrales y su promulgación como ley suprema en la constitución de la República

del Ecuador. Incluye también actualidad en la discusión de las normas que necesariamente se tuvieron que implementar para regular dichas costumbres y sobre todo modos de aplicar Justicia que estaban un poco al margen de las normas morales universalmente aceptadas.

Por último se hace un análisis comparativo de nuestra situación con la del estado boliviano, estableciendo similitudes y también diferencias fundamentales entre las leyes. Para terminar de manera clara elaborando una conclusión sobre la correcta aplicación del Derecho Consuetudinario sin que vaya al margen de los Derechos Humanos y respetando tradiciones y costumbres de estos pueblos milenarios.

PALABRAS CLAVES: Derecho Consuetudinario, Derecho, Ley, Norma Legal, Constitución, Indígenas, Derechos Humanos, Justicia.

SUMMARY

In this essay has been taken in the first instance on the common law definition to get a better perspective on the subject matter. Subsequently a briefly detailed history from the indigenous Spanish accounts, also like historical details that were maintained throughout the story to the present, which gives the character of a source of law to these customs and social phenomenon.

International treaties, moral standards and human rights that preceded the implementation of the various constitutions for indigenous people. In Ecuador it just gave the highest value with the inclusion of the chapter on ancient peoples and their enactment as the supreme law in the constitution of the Republic of Ecuador . Currently also includes discussion of the rules that necessarily had to implement to regulate such practices and especially ways of implementing Justice were a little outside universally accepted moral standards.

Finally a comparative analysis of our situation with the Bolivian state, establishing similarities and fundamental differences between laws. To finish drawing a clear conclusion about the proper application of customary law when he is outside of human rights and respecting traditions and customs of these ancient people.

KEY WORDS: Consuetudinary Law, Law, Statute, Constitution, Aboriginal, Human Rights, Justice.

I. INTRODUCCION

Para empezar este ensayo se cita la definición del Derecho Consuetudinario que según la Enciclopedia Jurídica Edición 2014 que se encuentra en línea y nos dice que es la expresión de la norma jurídica a través de la conducta de los hombres integrados en la comunidad; como expresión espontánea del Derecho, se contrapone al derecho legislado o derecho escrito, que es la expresión reflexiva de la norma. La norma consuetudinaria o costumbre es, pues, norma de conducta que, observándose con conciencia de que obliga como norma jurídica, es tan obligatoria como la contenida en un texto legal. El origen de la norma consuetudinaria o costumbre jurídica se encuentra en los usos o prácticas sociales; cuando la comunidad considera que el incumplimiento de un uso hace peligrar el orden convivencial, se transforma el uso en norma consuetudinaria. Por esto se ha dicho que la costumbre jurídica es la norma creada e impuesta por el uso social. Para que la costumbre sea jurídica es preciso que sea un uso social continuado y uniforme, que sea racional y que sea observado con la convicción de que se trata de una norma obligatoria. Cuando la costumbre se aplica en defecto de ley, complementando ésta, se habla de costumbre «*praeter legem*»; si la costumbre se aplica para interpretar la ley dudosa, se habla de costumbre «*secundum legem*»; y se dice que hay costumbre «*contra legem*» cuando su contenido normativo está en contradicción con la norma legal. (Derecho, 2014)¹

Con la definición clara se expone el Derecho Consuetudinario en el Ecuador que recoge la Universidad Andina Simón Bolívar en su página web que dice lo siguiente, El Ecuador es un país pluricultural, se dan costumbres locales amparadas por ciertos cuerpos legales, como es el caso específico de los pueblos indígenas, que por su uso consecutivo, uniforme y generalizado aceptado entre los miembros de la sociedad en general, se han constituido como costumbre jurídica que paulatinamente se ha enmarcado en la Constitución.

Y además también nos indica que el derecho consuetudinario es el derecho no escrito que está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes, esto es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso. Esta práctica tradicional debe ir en armonía con la moral y las buenas costumbres, encaminada a la convicción de que corresponde a una necesidad jurídica, para ser considerada como una fuente de la ley estar amparada por el derecho

¹ Derecho, Diccionario Jurídico de

consuetudinario. Sin embargo, la costumbre, a más de suplir los vacíos legales, puede llegar a derogar una ley siempre que ésta sea inconveniente o perjudicial. (Universidad Andina Simón Bolívar, 2002) Tomado de: Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador. Nuestros derechos en la Constitución. CODENPE. Quito, Ecuador. 1998. p. 15.²

Con los párrafos anteriores se menciona y establece brevemente la fuente del Derecho consuetudinario o costumbre con definiciones generales, así como en el ámbito ecuatoriano aquel valor social tomó valor jurídico y ahora es considerado en la Constitución en el Artículo 84 que nos dice que el Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No se tiene más información que las recogidas posteriores a la llegada de los españoles a América mediante escritos o dibujos, sin embargo existen muchas otras maneras de reconocer la presencia del pueblo indígena en el continente. Tenemos edificaciones de lo que aquellas grandes civilizaciones Mayas, Incas, etcétera, aportaron a nuestra rica historia. También el legado de aquellas costumbres que se mantuvieron durante los siglos y que en la actualidad se les da el valor jurídico, con el cual estos pueblos se hacen presente formalmente en el mundo.

Tomé un fragmento de un texto que relata la llegada de los españoles a América y la presencia indígena, en una página web que se titula “La América precolombina y la conquista, el cual narra que en el año 1492 se marcó en España el comienzo de una época que inauguró nuevas maneras de pensar a la vez que redujo libertades sociales. Los Reyes Católicos consideraron por segunda vez la petición de un marinero genovés llamado Cristóbal Colón de financiar un viaje para encontrar una ruta a las Indias por el Oeste. De hecho, Colón pensó que había llegado a las Indias. Esta idea equivocada le dio su nombre a las poblaciones indígenas de América, cambió drásticamente su historia y dio paso a una nueva época en la historia de España. Se desconoce gran parte de la historia indígena de América antes de la conquista porque ésta se conservaba principalmente en la memoria colectiva, y era transmitida oralmente. Lo que se ha podido reconstruir de la historia de pueblos como los guaraníes de la Argentina y Paraguay, los mapuches de Chile, o los potiguares y tupíes del Brasil es muy poco porque el choque de la conquista destruyó su historia. Los textos que permiten reconstruir el pasado de civilizaciones más avanzadas se

² Revista Aportes Andinos: Qué es Derecho

reducen a los códices de escritura pictográfica que sobrevivieron la destrucción generalizada de este tipo de material por los españoles—como el Códice Florentino--, a historias indígenas escritas después de la conquista por autores mestizos, y a las crónicas redactadas por los conquistadores y clérigos españoles.

En la misma página se recoge regionalmente a nuestros antepasados directos que son los Incas y su imperio que fue llamado el Tawantinsuyo, se asentaba en las regiones andinas del Perú. La civilización incaica superó a la azteca en su extensión geográfica y organización política. En el siglo XV la influencia incaica se extendió hacia el norte por toda la costa hasta Ecuador, y hasta el Río Maile, en Chile, al sur. El poder incaico residía en el Cuzco, una ciudad en las alturas de los Andes.

Los incas habían habitado esa región desde el siglo XIII, pero empezaron a aumentar su poder en el siglo XV, cuando los cuzqueños se apoderaron de los pueblos cercanos y pusieron en marcha un proyecto de expansión bajo el liderazgo de Túpac Yupanqui. La organización política del territorio incaico se realizó bajo el ayllu (tribu) de Sapa Inca, la familia de Tupac Yupanqui, y se basaba en un sistema de alianzas entre los pueblos autóctonos y el poder central incaico. Los pueblos aliados a los incas eran obligados a pagar tributos al gobierno central, lo que provocaba resentimientos locales que mantuvieron al imperio en un permanente estado de inestabilidad. Al igual que en el caso de los aztecas, la aplicación del nombre “inca” a toda la población es un error histórico, pues este nombre se refería exclusivamente a la alta nobleza del Tawantinsuyo.

El poder del monarca incaico se debía a su descendencia directa del rey sol, Manco Cápac. Para mantener la pureza de la sangre, la sucesión al poder tenía que seguir las reglas de los ayllus que formaban la base dinástica de la sociedad incaica. Sin embargo, en esta sociedad poligámica la sucesión del poder a menudo se convirtió en una competencia entre los varios hijos del rey. La disputa dinástica entre Atahualpa y su medio hermano Huáscar, hijos del rey Huayna Cápac, fue clave en la desintegración política del imperio inca frente a la amenaza española. Justo antes de llegar éstos, Atahualpa había asesinado a Huáscar en el contexto de una guerra civil entre los partidarios de ambos. Las ruinas de Cuzco, la ciudad ceremonial de Machu

Picchu y las líneas de Nazca todavía permanecen como testimonios de esta civilización andina. (University of Pennsylvania, s.f.)³

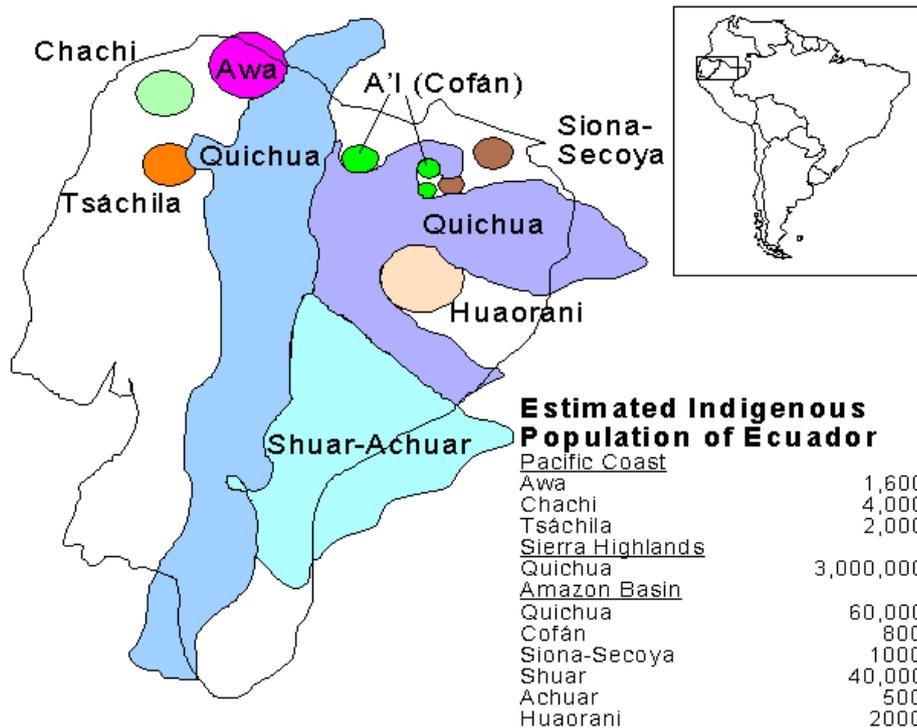
Trasladándonos a Ecuador nos tenemos que remontar al inicio de la República y que según el Instituto Científico de Culturas Indígenas nos narra que de una contribución realizada por Leonardo Espinoza se obtiene lo siguiente: "En 1830 no recibimos una sola herencia, sino varias: no solo fue colonial, sino la incásica y comunitaria. Se heredó un hombre y una tierra transformados y mutilados por los procesos de explotación. Lo étnico y lo regional son realidades sociales y naturales que no pueden soslayarse". El desarrollo republicano está inmerso en el desarrollo del sistema capitalista dependiente. La República del Ecuador, al separarse de la Gran Colombia se caracterizó por ser: un conjunto orgánico de varios tipos de modos de producción: capitalismo dependiente, feudalismo colonial, economía mercantil simple y comunitaria (Leonardo Espinoza, obra citada). Durante esta época la lucha y la resistencia de los pueblos indígenas tuvo su expresión en el movimiento y organización que levantó Fernando Daquilema en la Provincia de Chimborazo, en el año de 1871, quién logró unir a varios pueblos indígenas para levantarse en contra de los diezmos, los tributos, la obligatoriedad de trabajos forzosos, y gratuitos, los azotes, los castigos, el concertaje. Por ese delito fue fusilado en Cacha delante de su propio pueblo. (Instituto Científico de Culturas Indígenas., 2000)⁴

En este gráfico tomado de la página web del Movimiento Indigenista Ecuatoriano se establece las diversas nacionalidades Indígenas en el territorio nacional.⁵

³ La América precolombina y la conquista del Nuevo Mundo

⁴ Movimiento indígena ecuatoriano: Boletín ICCI "RIMAY"

⁵ El movimiento indigenista ecuatoriano



<http://conaie.nativeweb.org/images/map2.gif>

Y en este otro gráfico apreciamos el número aproximado de indígenas según su nacionalidad en un estudio realizado por la CONAIE en el año 1989 y tomado de la página web del movimiento indigenista ecuatoriano en donde notamos el fenómeno social que deseaba representación en el estado ecuatoriano ya en aquella época.⁶

⁶Elaboración en base a *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador: Nuestro proceso organizativo*, 2d ed. (Quito: Ediciones Abya-Yala, 1989), Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE)

Poblaciones indígenas en Ecuador

(estimación)

Awa	1.600
Chachi	4.000
Tsachila	2.000
Quichua	3.000.000
Quichua	60.000
Cofán	800
Siona Secoya	1.000
Shuar	40.000
Achuar	500
Huaorani	2.000

III. ANÁLISIS LEGAL.

En el punto anterior se puede entender el valor histórico que tiene la cultura indígena y por qué se ha considerado como fuente de Derecho esta costumbre de siglos, que finalmente en la Asamblea Constituyente de Montecristi se logró discutir y aprobar como una norma de carácter constitucional la justicia Indígena convirtiéndose en ley suprema en el territorio nacional y siguiendo esa Jurisprudencia Internacional de países Andinos que también han reconocido al pueblo Indígena en sus constituciones.

Antes de entrar en el análisis del Derecho Indígena en nuestro país se debe recoger lo que dicen los convenios y tratados internacionales sobre la cultura indígena. Existe el Convenio Nr.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989 que fue firmado en Ginebra y cita a continuación lo siguiente. Inicialmente el Convenio fue pensado para defender y tratar los derechos del trabajo de los pueblos indígenas, pero al final el documento cubre una gama mucho más amplia de temas como, derechos a las tierras, acceso a recursos naturales, salud, educación y formación profesional, entre otros. Los principios fundamentales del convenio son que los pueblos indígenas y tribales pueden y deben participar plenamente y ser consultados en todos los niveles de toma de decisiones en procesos que les conciernen.

El Convenio identifica los pueblos indígenas y tribales a través de un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger. Estos criterios son la auto identificación, estilos tradiciones de vida, cultura y modos de vida diferentes a los otros segmentos de la población nacional, organización social y leyes tradiciones propios, etc.

El Convenio también reconoce la vulnerabilidad y discriminación que sufren los indígenas en muchas áreas, por eso el primer principio de la Convención es la no discriminación. Para ello, es necesario adaptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de estos pueblos.

El reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas es otro tema importante del Convenio. Las culturas e identidades indígenas y tribales forman una parte íntegra de sus vidas. Sus modos de vida, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y

formas de organización social en general son diferentes a las de la población dominante. El Convenio reconoce estas diferencias y busca garantizar que sean respetadas y tenidas en cuenta a la hora de tomar medidas que seguramente tendrán un impacto sobre ellos.

“Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”

“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:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

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;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.”

Así mismo, el Convenio destaca la importancia de consulta y participación, y exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. (Trabajo, 1989)⁷

En el primer Artículo de la constitución nos indica que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente,

⁷ Convenio Nr.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989

unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (CONSTITUYENTE, 2008) ⁸

Ahora estableciendo lo que dice la comunidad internacional podemos citar que el Ecuador reconoce a la población indígena como parte del Estado y por lo tanto goza de todos los Deberes y Derechos como cualquier ciudadano. Ahora voy a citar lo que textualmente dice el Artículo 83 en el capítulo 5 sobre los Derechos Colectivos Sección primera de los pueblos indígenas y negros o afro ecuatorianos. Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afro ecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.

⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Art 1.

6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.
9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.
10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.
11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.
12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.
13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.
14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.
15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen. (Ecuador, 2008)⁹

Lo anteriormente mencionado se le podría estar dando de valor adicional al goce de todos los demás Deberes y Derechos que tenemos todos los ciudadanos que conformamos el Ecuador.

Finalmente a continuación quiero citar la última reforma que hubo dentro del COIP (Código Orgánico Integral Penal) y la discusión actual en el Código Orgánico General de Procesos COGEP, donde de una u otra manera se quiso regular la Justicia Indígena, el cual según la página web de la Asamblea Nacional modificaría lo siguiente: Las comunidades indígenas serán parte procesal. El Código reconoce el derecho de cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano a ejercer las acciones legales para obtener la tutela efectiva de los derechos de la naturaleza.

Se instituye la obligatoriedad de jueces y juezas de procurar la conciliación en cualquier estado del proceso, y la potestad del juez de derivar a mediación,

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Art 83 y 84

privilegiando los métodos alternativos para la resolución de controversias que se consagran en la Constitución. (Nacional, 2014)¹⁰

Según este brevísimo análisis de todas las aristas legales se puede dar el carácter de norma jurídica y fuente de Derecho, sobre no solo de nuestros pueblos ancestrales, sino también de la forma de administrar justicia y la necesidad de regular estas prácticas de justicia que deben enmarcarse dentro de la forma de administración ordinaria de Justicia, y que así mismo debe según constitución garantizar el debido proceso que también lo contemplan los tratados internacionales sobre los Derechos Humanos, que se recogen tanto en la constitución como en leyes orgánicas y que como se analiza aún sigue en discusión sobre esto en la Asamblea Nacional.

Capítulo cuarto

Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades

Art. 57.- 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:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
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.

Capítulo cuarto

Función Judicial y justicia indígena

Sección primera

Principios de la administración de justicia

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.
2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.

¹⁰ DISCURSO PARA LA SESIÓN NO. 288 DEL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL PROYECTO DE COGEP

3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.

5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

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.

Capítulo tercero

Integración latinoamericana

Art. 423.- La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales.

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEY ÍNDIGENA CON PAÍSES ANDINOS (BOLIVIA).

Ahora en este capítulo en primera instancia se hablará sobre la Justicia Indígena en el pueblo boliviano y lo que dice su constitución del año 2009 donde la ley da a los pueblos indígenas el derecho a administrar justicia de forma autónoma según sus propios usos y costumbres, caso similar al nuestro, evaluando similitudes y estableciendo las diferencia que existan con nuestra constitución.

Según el portal web RT cita que Cecilia Ayllón, presidenta de la Comisión de Justicia Plural y partidaria del Movimiento al Socialismo (MAS) de Morales, dijo a los medios que el principal cambio que se ha hecho al proyecto original fue la inclusión "de los principios básicos de esta justicia comunitaria, que respeta los derechos humanos y la vida". (RT, 2010)¹¹

Se cita en el portal web de Territorio Indígena y Gobernanza que en Bolivia, la Constitución Nacional reconoce la Justicia Indígena Originaria Campesina (JIOC), y le otorga la misma jerarquía que la justicia ordinaria. Los indígenas pueden resolver sus problemas en sus propias instancias y aplicando sus propios procedimientos, valores y normas culturales. Las decisiones de la justicia indígena tienen fuerza de sentencias, y toda autoridad pública o persona debe acatarlas. Los límites están dados por el derecho a la vida y las garantías consagradas en la Constitución. La JIOC se ejerce en los ámbitos personal, territorial, y material, y dentro de la jurisdicción; y se aplica a todas las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción indígena. (Territorio Indígena y Gobernanza, s.f.)¹²

Existen algunas controversias en la nueva Constitución Política del Estado boliviano según SERVINDI agencia de noticias nos dice que en su título III del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, con toda precisión señala:

“Artículo 179.- II La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía.”

Sin embargo esa “igual jerarquía” entre ambas justicias, como ya mencionamos anteriormente, es pisoteada, eliminada y transgredida por el artículo 10, II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, quedando por tanto como simples enunciados los artículos 3 y 4, a) de esta Ley 073.

Por otra parte, el artículo 30 del Capítulo Cuarto de los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesino, el párrafo II, numeral 14 reconoce el derecho “Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión”.

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en Bolivia es a su vez Ley N° 3760 del Estado Plurinacional de Bolivia de fecha 7 de noviembre de 2007, de forma expresa reconoce el derecho de

¹¹ Legalizan la justicia indígena en Bolivia-RT

¹² Territorio Indígena y Gobernanza

los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones, entre ellas, de forma específica las jurídicas (artículo 5).

Pese al mandato de la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y los instrumentos internacionales como el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que además son leyes en Bolivia, con la implementación de las nuevas leyes de desarrollo constitucional, en el caso particular que nos ocupa, con la Ley de Deslinde Jurisdiccional, de forma concreta, se puede establecer que existe un oscuro interés de no permitir el avance pleno de los pueblos indígenas, en este caso el de no permitir el efectivo ejercicio de su ancestral e histórica justicia, al supeditarla a la jurisdicción ordinaria, tal como se evidencia en el artículo 10, II de esta Ley.

De forma concreta, la Ley de Deslinde Jurisdiccional impone que la justicia ordinaria colonial continúe supeditando y desplazando a la justicia de las mayorías indígenas de nuestro país (62%, Censo de Población y Vivienda 2001), lo que lamentablemente significa fortalecer la continuidad colonial y que la figura de la descolonización es un simple slogan demagógico, que se podría interpretar como un anti indigenismo que niega toda reivindicación concreta de nuestros pueblos, en este caso, el ejercicio pleno de su justicia milenaria. (Colque, s.f.)¹³

Textualmente la Ley boliviana establece Artículo 179. I. La función judicial es única. [...] la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

Artículo 190. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 30. [...] II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...]

¹³ Bolivia: La justicia indígena y la ley de deslinde jurisdiccional

14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.”

Artículo 2. [...], se garantiza su libre determinación [...], que consiste en su derecho a la autonomía [...], al reconocimiento de sus instituciones [...] conforme a esta Constitución y la ley.” (Machicado, s.f.)¹⁴

Realizando ahora sí un análisis comparativo del caso boliviano y el nuestro nos daremos que tanto nuestra constitución como la del hermano país tienen muchísima similitudes tanto en su fondo así también como en sus controversias. Aunque en el territorio ecuatoriano se están planteando reformas que como se recogió en el capítulo anterior indican nuevas normas jurídicas para regular dichas prácticas, pero apegadas a los Derechos Humanos y al debido proceso. Este punto en particular, se diferencia totalmente del caso de Bolivia donde se respeta irrestrictamente todos los poderes otorgados a la comunidad ancestral en las áreas denominadas rurales. Y que tanto actores internos bolivianos, así como externos en la comunidad critican fuertemente la rigidez ortodoxa con la cual el gobierno, en todo su derecho, maneja este punto sensible y más aún cuando el Señor Evo Morales Presidente boliviano es descendiente indígena. La constitución del Ecuador desde el año 2008 y sus capítulos concernientes a Justicia Indígena recién encuentran mediante las reformas a leyes y creación de códigos orgánicos un orden acorde al contexto Internacional respetando por encima de todo los Derechos Humanos supremos.

¹⁴ Apuntes jurídico, Jorge machicado

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- Se puede concluir que debido a la herencia histórica de nuestros ancestros y sus costumbres se ha establecido que este valor social y su fenómeno que se ha mantenido constante durante su historia, constituyeron todos los factores como para ser considerado al pueblo indígena y sus costumbres como Fuente de Derecho. Al que también se lo denomina Derecho Consuetudinario, y que mediante el debido debate, discusión y aprobación por el pleno de la Asamblea Constituyente de Montecristi en el año 2008 se le da todo el valor jurídico para que este pueblo tenga identidad y reconocimiento legal de su tradición.
- Analizamos que este fenómeno social ya fue considerado y debatido por las Naciones Unidas y que incluso, hay un tratado firmado en Ginebra que garantiza que dichas costumbres sean respetadas, creando una base sólida para que las comunidades, no exclusivamente indígenas, tengan el derecho a exigir identidad y respeto a sus normas sociales. Todo enmarcado en el respeto irrestricto a los Derechos Humanos y es aquí donde existe el conflicto, ya que en países extremistas como el caso de Bolivia, nos damos cuenta que prácticas y justicia ejecutoriadas se realizan al margen de los Derechos Humanos, sin embargo goza de todos los poderes otorgados por su constitución. En el caso ecuatoriano nos damos cuenta que aquellas prácticas se han salido de control por lo tanto fue necesario establecer nuevos ordenamientos a aquella constitución para que esté más apegado a los Derechos Humanos y el debido proceso, finalmente respetando todas las garantías constitucionales que todos los ciudadanos tenemos.

RECOMENDACIONES:

- La elaboración e implementación de las políticas públicas deben guiarse por los derechos reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el Convenio N° 169 de la OIT, así como en otros instrumentos internacionales y en la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos.
- Respetar y valorar el debido proceso amparado en una visión étnica y pluricultural

- **BIBLIOGRAFÍA**

- Diccionario Jurídico Edición 2014.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-consuetudinario/derecho-consuetudinario.htm>

- Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador. Nuestros derechos en la Constitución. CODENPE. Quito, Ecuador. 1998. p. 15
- La América precolombina y la conquista del Nuevo Mundo.
<http://ccat.sas.upenn.edu/romance/spanish/219/05conquista/resumen.html>
- Movimiento indígena ecuatoriano: Boletín ICCI "RIMAY"
<http://icci.nativeweb.org/boletin/17/carlosama.html>
- Constitución Política del Ecuador.
http://www.efemerides.ec/1/cons/index.htm#ASAMBLEA_CONSTITUYENTE
<http://www.ecuanex.apc.org/constitucion/titulo03c.html>
- El movimiento indigenista ecuatoriano.
<http://nuevamayoria.com/invest/sociedad/cso289c.htm>
- Convenio Nr.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
<http://www.culturalrights.net/es/documentos.php?c=18&p=183>
- Legalizan la justicia indígena en Bolivia-RT.
<http://actualidad.rt.com/actualidad/view/12741-Legalizan-justicia-ind%C3%ADgena-en-Bolivia>
- Territorio Indígena y Gobernanza.
<http://www.territorioindigenaygobernanza.com/justiciaindigena.html>
- Bolivia: La justicia indígena y la ley de deslinde jurisdiccional.
<http://servindi.org/actualidad/50336>
- Apuntes Jurídicos Antonio Machicado
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/01/justicia-comunitaria.html#sthash.krkJHJGL7.dpuf>