

JUSTICIA INDÍGENA VS. JUSTICIA ORDINARIA: SU INFLUENCIA EN LOS DERECHOS DE LAS MUJERES INDÍGENAS EN EL ECUADOR

INDIGENOUS JUSTICE VS. ORDINARY JUSTICE: ITS INFLUENCE ON INDIGENOUS WOMEN'S RIGHTS IN ECUADOR

Rafael DÍAZ MOYA¹

RESUMEN: Con la promulgación de la Constitución Política del Ecuador de 1998, el reconocimiento constitucional y legal de la justicia indígena trajo consigo implicaciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que emana del derecho consuetudinario y del derecho positivo. En este contexto, se realiza un análisis histórico del ordenamiento jurídico ecuatoriano para dar a conocer las implicaciones de la justicia indígena en las leyes escritas, principios y valores que regulan las relaciones entre el Estado, ciudadanos, los derechos constitucionales y humanos. La investigación se ubica en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, que hace alusión a aspectos fundamentales e importantes de la justicia indígena. Los resultados permiten concluir que la legalización de la justicia indígena está provocando implicaciones dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que afectan a las mujeres indígenas.

ABSTRACT: With the promulgation of the Political Constitution of Ecuador in 1998, the constitutional and legal recognition of indigenous justice brought with it implications for the Ecuadorian legal system that emanates from customary and positive law. In this context, a historical analysis of the Ecuadorian legal system is carried out to reveal the implications of indigenous justice in the written laws, principles and values that regulate relations between the State, citizens, constitutional and human rights. The research is in the national and international legal system, which alludes to fundamental and important aspects of indigenous justice. The results allow us to conclude that the legalisation of indigenous justice is causing implications within the Ecuadorian legal system that affect indigenous women.

PALABRAS CLAVE: justicia, indígena, mujer, Ecuador, derechos, constitución.

KEYWORDS: justice, indigenous, women, Ecuador, rights, constitution.

1. Antecedentes.

Cuando aparece el ser humano en el Continente americano aproximadamente hace 13.500 años² desde Alaska a través de Beringia, sus principales

¹ ORCID: 0000-0002-6616-5575. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). PDI postdoctoral del Departamento de Servicios Sociales y Fundamentos Histórico-Jurídicos, UNED. Este artículo ha sido realizado en el contexto del Proyecto de investigación PID2021-124531NB-I00: «El estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo» como investigador adscrito.

² Guerrero, T. "¿La primera colonización de América?" en *El Mundo*, 26 de abril de 2017. [En línea: <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2017/04/26/59008093e5fdeabf788b45aa.html>]. Consulta (12/08/2023).

El paleontólogo José María Bermúdez de Castro, codirector de los yacimientos de Atapuerca (Burgos), considera que "el salto hasta los 130.000 años es una barbaridad". Según recuerda, el debate sobre la primera colonización de América por *Homo sapiens* se ha centrado en los defensores de una ocupación temprana, hace unos 24.000 años, y los defensores de una colonización más tardía, hace unos 14.000 años: "Parece que poco a poco las dos hipótesis se

actividades eran la caza, la pesca y la recolección de frutos. Se nutría “con una dieta frugívora, de recursos marinos y la caza de pequeños animales”. Por otra, a través de las corrientes marinas los melanésicos cruzaron el Océano Pacífico por la Polinesia en “piraguas de balancín” llegando a Centroamérica, como confirman estudios genéticos y fenotípicos, que marcan una diferencia entre los paleoindios del sur (rasgos australoides) y los del norte (rasgos mongoloides). Esto indica que la población se produjo antes de los 15.000 años³. Otro estudio de Campelo demuestra la ascendencia mayoritariamente de denisovanos sobre los neanderthalensis en América del Sur, aunque no se ha descubierto todavía cómo apareció el genoma de América Central y del Sur sin evidencia en América del Norte”⁴.

Cuando los *Ayllus* se unieron y formaron las tribus para regular las actividades de los indígenas dentro de la comunidad, aparecieron ciertas normas basadas en las costumbres y tradiciones en cada grupo comunitario donde sus conocimientos, saberes y buenas costumbres eran transmitidas de generación en generación. Su cumplimiento era rígido y quien no cumplía era castigado y en otros casos, sacrificado como la traición a la comunidad y el ultraje a la *Pachamama*.

Es necesario diferenciar la colonización ibérica de Centroamérica y América del Sur de la anglofrancesa de Norteamérica a principios del siglo XVI en su intento por destruir todo lo nativo y aborigen. El origen del Canadá se remonta al lunes 20 de abril de 1534 cuando Jacques Cartier (1491-1597) empezó a descubrir tierras donde los indios “tienen sus cabezas rapadas por todas partes exceptuando un mechón que dejan en lo más alto de su cabeza, que dejan crecer como una cola de caballo”. La Confederación de las *Cinco Naciones* la integraban los *Mohawks*, los *Cayugas*, los *Onondagas*, los *Oneidas*, y los *Senekas* y los *Hochelagas* conocían bien la guerra, como se ha confirmado en las excavaciones tres siglos después, aunque existían también comunidades recolectoras como los *Hurones*, *Neutrals*, *Stadaconias* o los pueblos de *San Lorenzo*. Samuel de Champlain (1567-1635), en la década de 1600 encontró que *San Lorenzo* era tierra de nadie. La razón de esta desolación no era difícil de deducir. Los indios que fueron a ese páramo lo hicieron con temor a las *Cinco Naciones*, y los franceses sólo podían remediarlo fortificando el río. El etnólogo Alvin Morrison habla de una hostilidad persistente al mismo estilo criollo en el Ecuador:

“The *Wabanaki* ('Dawnlanders') Algonquians of sub-St. Lawrence Canada and northern New England were notorious among the English as guerrilla warriors, scalpers, and captive-takers for the French during the Colonial Wars era. after 1675.' Prior to that time, *Wabanaki* war parties fought their own offensive and defensive

pueden conciliar si se consideran los hallazgos en las cuevas de Bluefish (en la región de Beringia), que llegan hasta 24.000 años. Estas primeras poblaciones pudieron quedar aisladas durante 12.000 años por la última glaciación hasta que pudieron entrar en el resto del continente americano hace unos 14.000 años”.

³ Fernández Gómez, A.A.; Velasco Ortiz, A. “Los primeros humanos en América” en *Estrat Crític* Vol. 5, núm. 1, 2011. pp. 383-385.

⁴ Campelo Al., Owings A., Socrates H., Gokcumen O., Degiorgio M., Lindo J. “Genomic evidence for ancient human migration routes along South America's Atlantic coast” en *Royal Society Biological Sciences* núm. 289, 2022, pp. 6-7. [En línea: <https://doi.org/10.1098/rspb.2022.1078>]. Consulta (13/08/2023).

campaigns among alliance factions of them-selves and with other neighboring Algonquian peoples, as well as mostly defensive campaigns against raiding *Iroquois*, mostly *Mohawk*.”⁵

Posteriormente los primeros colonizadores ingleses permanentes desembarcaron en la isla de Fogo en 1822. No obstante, a lo largo de gran parte del siglo XVIII se produjeron aniquilaciones masivas de los *Mohawks* y *Algonquinos* de Nueva Inglaterra contra los *Micmacs* en Nueva Escocia. Mismo asunto ocurría en las praderas de Canadá, donde en 1871 los *Cree* y los *Stoney* estaban en guerra constante para apropiarse de la caza, especialmente de los búfalos⁶.

En la rama sudamericana de lo que hoy es el Ecuador, los abusos, la explotación, la discriminación inclusive los asesinatos en contra de los indígenas, han sido motivo de sublevaciones y rebeliones que persisten hasta los actuales momentos, por el hecho de que no se le garantiza el goce efectivo de sus derechos que por herencia, costumbre e identidad les corresponde, especialmente a la mujer indígena. A este respecto dichos abusos se producían con anterioridad en el *Tavantinsuyu* — o las cuatro partes del mundo, según se llamaba al Perú por los incas más bien epíteto para designar la gran colección de tribus y naciones reunidas bajo el cetro de los Inca— en la que las leyes casi no existían, y en las presentes regían un carácter muy severo aplicándose casi todas a asuntos criminales—. Pocas leyes de otra clase necesitaba un territorio que tenía poco comercio, ningún dinero, y casi nada que pudiera llamarse propiedad fija donde el castigo mayoritario era la pena de muerte cuando se trataba de un hecho particular, o incluso el exterminio de la población en caso de rebelión de una ciudad o una provincia, considerándose como el mayor de todos los delitos la insurrección contra el “Hijo del Sol”. Todo ello indica un estado social “poco adelantado ausente de una sociedad civilizada”, en el que como señala Guillermo Prescott “no se había desarrollado bastante la ciencia de la legislación para economizar los padecimientos humanos, acomodando proporcionalmente las penas a los crímenes”⁷.

Las luchas y manifestaciones indígenas históricas trajeron como resultado implicaciones entre el colectivo aborígen y la hacienda, institución que se constituía como un conjunto de regímenes dictatoriales al margen del Estado dentro del territorio del Ecuador mediante una legislación propia y arbitraria del hacendado criollo que ejercía un poder indiscriminado sobre los indígenas en el trabajo de la hacienda y de la mita, también hacia la denominada *familia extendida* o *ampliada*⁸ que condicionó que no se cumpliera el ordenamiento jurídico hasta los años sesenta del siglo XX puesto que la reproducción de la fuerza del trabajo se supeditaba al capital y sobre todo a la propiedad. Destáquese que el reconocimiento de los indígenas como seres humanos sin

⁵ Morrison, A.H. “Dawnland Dog-Feast: Wabanaki Warfare, c. 1600-1760”, en Cowan W (eds). *Papers of the twenty-first Algonquian conference*, Carleton University, Ottawa, 1990, pp. 258-278.

⁶ Alden, B. *Los indios del Canadá*. Colección Mapfre América, Madrid, 1992, pp. 50-70 <https://www.larramendi.es/es/consulta/registro.do?id=9855>, acceso 18 agosto 2023.

⁷ Prescott, G. *Historia de la conquista del Perú con observaciones preliminares sobre la civilización de los Incas*, Imprenta y librería de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1851, pp. 16-17.

⁸ Guerrero, A. *La hacienda precapitalista y la clase terrateniente en América Latina y su inserción en el modo de producción capitalista: el caso ecuatoriano*. Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 1975, pp. 16,17.

alma⁹ por parte de la Iglesia tuvo en la defensa de los indios a José Joaquín Olmedo (1870-1847) donde exigía la abolición de la Mita en el *huasipungo*, aunque con la independencia del Ecuador de España en 1822 se siguió manteniendo hasta más allá de mediados del siglo XX¹⁰.

2. Implicaciones de la insurrección indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

A lo largo de la historia ecuatoriana, los indígenas han protagonizado levantamientos en reclamo de sus derechos, un trato más humano y justo oponiéndose a los abusos de las autoridades coloniales y los encomenderos por el propio concepto de cristiandad¹¹ que “justificaba la adjudicación a Castilla de las tierras nuevamente descubiertas”¹².

El apoyo de los indígenas en la lucha por la independencia y por la construcción de un Estado libre e independiente no se reflejó en las constituciones iniciales. La Constitución de 1835, que no mejoró en nada la de 1830 y la de 1845 se caracterizó por la exclusión del indígena en un país eminentemente rural con una gran diferencia entre la Sierra de la Costa. Posteriormente se desarrollaron las normas supremas de 1850, 1852 y 1861 que incluyeron un título dedicado a las garantías, donde en su artículo 116 trataba el trabajo y la industria, así como también aseguraba teóricamente los establecimientos de piedad y beneficencia, pero sin ningún compromiso. Tampoco la Constitución de 1868 ofreció ninguna garantía por mucho que lo indicase su artículo 109. La primera que empezó a garantizar los derechos fundamentales teóricamente fue la Constitución de 1878 y 1883, aunque con la exclusión de la mujer. Además, la primera vez que se estableció constitucionalmente la protección al indígena y al afrodescendiente fue en la Constitución de 1906¹³.

El primer levantamiento destacable fue el realizado por Fernando Daquilema Guamán entre diciembre de 1871 y abril de 1872 sobre el gobierno del presidente Gabriel García Moreno encabezando una sublevación en la provincia de Chimborazo por el rechazo del pago de los diezmos y el trabajo sin condiciones laborales en la construcción de la carretera Quito-Guayaquil, aunque no tuvo ningún efecto normativo constitucional porque las pésimas condiciones sociales se siguieron manteniendo¹⁴.

⁹ Dill H.O. *Apropiaciones de realidad en la novela hispanoamericana de los siglos XIX y XX*. Verbuert, Madrid, 1994, p. 202.

¹⁰ Destruge, C. *Historia de la Revolución de Octubre y Campaña Libertadora de 1820-1822 por D'Amecourt, al Ilustre Ayuntamiento y al heroico y benemérito pueblo de Guayaquil en el centenario de la Independencia 1820-1920*. Imprenta Elzeviriana de Borrás 2, Barcelona, 1920, p. 129.

¹¹ Piqueras, R. “Bartolomé de las Casas. La historia como arma de denuncia”, en *Revista Historial. National Geographic* núm. 57, 2007, pp. 103-105. [En línea: <https://portalfuturub.ub.edu/AR561280>]. Consulta (16/08/2023).

¹² De las Casas, B. *Brevísima Relación De La Destrucción De Las Indias*. Edición de Andrés Moreno Mengíbar. Colección Textos Clásicos, Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, Sevilla, 1991, pp. XVI-XVII.

¹³ Díaz Moya, R. *Formación conceptual y evolución histórica de los seguros de maternidad y accidente laboral. Perspectiva comparada con el Ecuador*. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, 2023, pp. 401-402.

¹⁴ Tuaza, L.A. *Anejos libres e indios sueltos. La Moya y sus alrededores*. UNACH, Riobamba, 2018, pp. 25-26.

Con el antecedente de la Revolución Juliana de 1925, que no se produjo por ningún levantamiento indígena que influyera en su creación sino por la reacción de las clases medias trabajadoras y por los militares jóvenes que movilizaron un golpe de Estado el 9 de julio de 1925 que evolucionó hacia la dimisión del Presidente Ayora el 24 de agosto de 1931¹⁵, no se garantizó ningún derecho efectivo en los territorios de los indígenas por dos razones: la primera porque en el único artículo referido, el 144, no lo dejó claramente determinado en esta norma suprema y, en segundo lugar, porque no hubo ningún desarrollo normativo posterior:

“La Ley relativa al régimen de las provincias de la Región Oriental determinará, en lo posible, la manera de hacer efectivas para sus habitantes indígenas las garantías constitucionales. La propiedad de éstos, si tuvieren establecimientos fijos o se agruparen en poblaciones, será especialmente respetada”¹⁶.

Las insurrecciones indígenas continuaron porque la Constitución de 1929 no tuvo ningún efecto sobre las comunidades indígenas, dado que el Ecuador ni reconocía ni garantizaba su existencia legal. Por su parte, la Constitución Política del Estado de 1938 fue un texto que no tuvo ninguna vigencia porque no se publicó y el liberalismo de los oligarcas la derogó¹⁷. Aurelio Mosquera Narváez (1883-1939) la disolvió ante la imposibilidad de hacer frente a continuos “brotes demagógicos”, por lo que declaró vigente la norma suprema caducada de 1906¹⁸.

Dentro de las normas constitucionales cabe destacar que, en lo relativo al indigenismo, desde el punto de vista teórico, aunque sin aplicación práctica, en la presidencia de José María Velasco Ibarra (1893-1979) a través de la Constitución Política de 1945 se establecieron procuradores pagados por el Estado (defensores públicos) para la defensa de las comunidades indígenas. Sin embargo, la creación de esta figura por el Estado fue un problema que venía heredado desde la propia independencia del Ecuador en 1822 cuando no se quiso que las comunidades indígenas tuvieran defensa en los procedimientos judiciales. Se acordó que los alcaldes —en muchas ocasiones los dueños de las haciendas— tuvieran una gran influencia por el hecho de facultarles el conocimiento de las demandas ordinarias cuya cuantía no excediera de mil pesos, así como autorizarles a conocer en su propia parroquia de toda demanda civil que no excediera de cien pesos. Por lo tanto, los ediles controlaban el primer y segundo nivel de la justicia sin garantía procesal¹⁹, en similitud con el sistema existente en España.

¹⁵ Paz y Miño, J. *La Revolución Juliana en Ecuador (1925-1931)*. Políticas económicas. Serie Historia de la Política Económica del Ecuador, Quito, 2013, pp. 21-27.

¹⁶ Constitución del Ecuador, 26 de marzo de 1929 [En línea: <https://www.vicepresidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/Constitucion-de-1929.pdf>]. Consulta (12/11/2024).

¹⁷ Gómez, D. “La Constitución perdida. Una aproximación al proyecto constituyente de 1938 y su derogatoria” en *Ecuador Debate*, núm. 86, 2012, p. 159 [En línea: <http://hdl.handle.net/10469/4568>]. Consulta (14/08/2023).

¹⁸ Larrea, J. “La Nueva Constitución del Ecuador en Estudios de Derecho”, en *Separata de la Universidad de Antioquia*, Vol 38, núm. 96, 1979, pp. 431-447. [En línea: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332736>]. Consulta (15/08/2023).

¹⁹ Díaz, R. *op. cit.* pp. 415-417.

Un año después, en 1946, la Asamblea promulgó, también desde un punto de vista teórico sin aplicación práctica, la Constitución Política de la República del Ecuador donde el Estado garantizaba diversos derechos como “propender eficazmente a la cultura del indígena y del campesino [...], regular el trabajo indígena, [...] al mejoramiento moral, intelectual, económico y social del indígena y del montuvio a fomentar su incorporación a la vida nacional y su acceso a la propiedad, a estimular la construcción de viviendas higiénicas en las haciendas y a procurar, la extirpación del alcoholismo, sobre todo en los medios rurales”²⁰.

La firma y ratificación del Convenio 169 de la OIT en países independientes acerca de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe facultó al Ecuador a tomar en cuenta las disposiciones de este instrumento internacional en la Constitución de la República del Ecuador de 1998. Este documento supuso dedicar una mayor atención a la situación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, aunque fue denunciado mediante el Informe del Comité establecido para examinar la reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) en la que se alegó el incumplimiento por el Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 (núm. 169) en sintonía con toda la historia constitucional del Ecuador, especialmente sobre el incumplimiento de todos los gobiernos en el “programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras” a los cuales ni se les preguntó²¹.

De igual forma, la Constitución de 1998 establecía en su artículo 24, apartado 10, la figura de los defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos. En tal sentido reconoce a las comunidades indígenas como colectivo en riesgo de exclusión a proteger a la misma altura, sorprendentemente, que la masa obrera, tal vez por la desprotección laboral que sufría, donde la normativa laboral juliana no se cumplía ni en la Costa ni en la Sierra, ni especialmente en el *huasipungo*. También reconocía a los pueblos indígenas como parte del Ecuador, único e indivisible, quince derechos colectivos y la aplicación de la justicia indígena para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario. Sin embargo, cómo ha sido norma en la historia del Ecuador, sin cumplimiento posterior.

Con la promulgación de la Constitución de la República de 2008, el Ecuador deja de ser un Estado pluricultural y multiétnico convirtiéndose en “un Estado plurinacional e intercultural”, es decir, “reconoce y valida las reivindicaciones

²⁰ Constitución del Ecuador de 1946 [En línea: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-politica-de-la-republica-de-ecuador-el-31-de-diciembre-1946/html/3aa5083d-8737-4983-838c-8fe88e0a578f_2.html]. Consulta (18/18/2024).

²¹ ILO. *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL). RECLAMACIÓN (artículo 24) - ECUADOR - C169* – 2001. [En línea: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507223,es]. Consulta (31/08/2024).

indígenas que se hicieron públicas desde el levantamiento indígena de 1990”²² aunque sólo teóricamente porque los derechos de la tierra siguieron siendo ineficientes²³.

Por otra parte, desde 1998 la justicia indígena está integrada en el sistema judicial y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y se le facultó para ejercer funciones de justicia, aplicando sus normas y procedimientos propios para la solución de sus propios conflictos, pero siempre que no fueran contrarios a la Constitución y las leyes. El ejercicio de la potestad judicial en la Constitución de 1998 correspondía a los órganos de la Función judicial, aunque se les reconoció a las autoridades indígenas la posibilidad de impartir justicia —funciones de justicia no quiere decir ser juez según la Constitución de 1998—dentro de su sistema consuetudinario. De igual forma, fijó la jurisdicción y competencia. Asimismo, garantizaba la equidad de género en el contexto ancestral mediante la participación de la mujer aborígen en las decisiones comunitarias garantizando la aplicación de sus propias normas y procedimientos basados en las costumbres y tradiciones de cada conglomerado aborígen. No obstante, ningún derecho de los determinados en los levantamientos de 1990 se reconoció en el nuevo texto constitucional de 1998 sino en la Constitución de 2008 como fue principalmente la reforma del artículo 1 de la Constitución que declaraba al Estado Plurinacional. Los siguientes no se han aplicado en la actualidad²⁴:

1. Solución y legalización en forma gratuita de la tierra y territorios para las nacionalidades indígenas.
2. Agua para regadío, consumo y políticas de no contaminación.
3. Exigir la entrega inmediata de los fondos presupuestarios para las nacionalidades indígenas, a través de un proyecto de ley presentado por la CONAIE, discutido y aprobado por el Congreso Nacional.
4. Obras prioritarias de infraestructura básica de las comunidades indígenas.
5. Protección y desarrollo de los sitios arqueológicos, por parte de la CONAIE y sus organizaciones filiales.
6. Expulsión del Instituto Lingüístico de Verano (ILV).
7. Ejecutar la legalización y financiamiento por el Estado a la medicina indígena.

²² Lander R., Ospina Peralta, P. “Movimiento indígena y revolución ciudadana en Ecuador”, en *Cuestiones políticas* Vol. 28, núm. 48, 2012, pp. 16.

²³ Almeida, A. *Indios Una reflexión sobre el levantamiento indígena*. Abya-Yale, Quito, 1993, p.13.

²⁴ Vargas J. “1990: 30 años del primer gran levantamiento indígena” en web Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, 2020. [En línea: <https://conaie.org/2020/06/05/1990-30-anos-del-primer-gran-levantamiento-indigena/>] Consulta: (18/08/2023).

Desde INREDH²⁵ se considera que el reconocimiento de la justicia indígena como parte del pluralismo jurídico ha provocado que el derecho positivo ecuatoriano se superponga al derecho indígena, violando el principio de autonomía. Este argumento es defendido por Flores alegando que “la intromisión de las autoridades judiciales ordinarias en las decisiones de las autoridades de la justicia indígena es un acto que viola los derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a aplicar su justicia”²⁶.

Sin embargo, en el Código Orgánico Integral Penal²⁷, en el Código Orgánico de la Función Judicial²⁸, o en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional²⁹, se acordó una regulación de la aplicación de la justicia indígena además de las aclaraciones realizadas mediante la jurisprudencia emitida por la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional. La Constitución de 2008, como expone taxativamente en su artículo 171, promulga que “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. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad”. Esto es así porque la justicia indígena se encuentra dentro de la norma suprema del Ecuador que protege la antijuridicidad y su inaplicación, debiendo ser castigado y sancionado por la justicia ordinaria en los casos como “el linchamiento, la justicia por mano propia y los ajustes de cuentas”³⁰.

3. Contexto actual.

El Ecuador es un país de arraigadas tradiciones indígenas, donde coexisten más de 14 nacionalidades y grupos indígenas, cada uno con sus propias costumbres, lenguas y estructuras de gobierno. Entre estas estructuras se encuentra el sistema de justicia indígena, una institución arraigada en principios ancestrales comunitarios de reciprocidad, cohesión social y prácticas restaurativas que se remontan a antes de la llegada de los españoles y portugueses. Este sistema, aunque en gran medida informal y comunitario convive con el sistema de justicia estatal formal del país. La coexistencia de estos dos sistemas de justicia distintos refleja la mezcla única de pluralismo jurídico de Ecuador, donde las normas y prácticas indígenas se reconocen formalmente junto con la ley estatal, especialmente después de la Constitución ecuatoriana de 2008.

²⁵ Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, con sede en Quito.

²⁶ Flores, D. La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario, 2011, p. 12. [En línea: https://www.inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_danielaflores.pdf]. Consulta(15/08/2024).

²⁷ Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, 2014. [En línea: <https://jurlex.lexis.com.ec/main>]. Consulta (11/08/2023).

²⁸ Asamblea Nacional. *Código Orgánico de la Función Judicial*, 2009. [En línea: <https://jurlex.lexis.com.ec/main>]. Consulta (11/08/2023).

²⁹ Asamblea Nacional. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial 554*, 2009. [En línea: <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/3823?mode=full>]. Consulta (15/09/2024)

³⁰ Díaz Ocampo, E.; Antúnez Sánchez, A. “El derecho alternativo en el pluralismo jurídico ecuatoriano” en *LEX*, núm. 20, año XV, II, 2017, p. 26. [En línea: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1434>]. Consulta (01/09/2024).

El sistema de justicia indígena tiene especial relevancia para las poblaciones indígenas rurales del país, ya que proporciona un medio de resolución de conflictos accesible y culturalmente apropiado, según su concepción filosófica ancestral. A menudo da prioridad al restablecimiento de la armonía social en la comunidad sobre el castigo individual, lo que contrasta claramente con el modelo de justicia occidental y acusatorio que predomina en la legislación estatal. La justicia estatal, por su parte, hace hincapié en los procedimientos legales formales, los derechos individuales y las medidas punitivas, siguiendo las tradiciones occidentales que el Ecuador heredó desde la colonia.

Entender cómo afectan estos sistemas de justicia a las mujeres indígenas es crucial debido a los retos únicos a los que se enfrentan. Las mujeres indígenas sufren a menudo marginación debido a su identidad interseccional, ya que son a la vez mujeres y miembros de comunidades indígenas, lo que las somete a discriminación tanto étnica como de género. Además, suelen quedar excluidas de ambos sistemas, que no abordan plenamente sus necesidades y vulnerabilidades específicas, como la violencia de género, la limitación de sus derechos sobre la tierra y la marginación política. En este sentido, una gran divergencia entre las dos justicias. En contraste con la justicia occidental donde los magistrados no son elegidos por popularidad y sus responsabilidades se diferencian de la generación de normas, los encargados de gestionar la justicia en las comunidades indígenas poseen su propia identidad, originada en procesos de democracia comunitaria no únicamente para penalizar y sancionar, sino para prevenir y regular. No obstante, la equidad en las comunidades indígenas se plantea y se lleva a cabo como un proceso colaborativo que implica la participación de todos, no únicamente a los afectados, sino también a sus familias, las autoridades, los jóvenes y otros grupos de interés, lo que puede incidir en la aplicación correcta del Estado de derecho³¹.

La Constitución ecuatoriana de 2008 supuso un cambio significativo en el reconocimiento de los derechos indígenas, al reconocerse a la justicia indígena como una forma legítima de gobernanza legal. Este reconocimiento otorgó a las comunidades indígenas una autonomía para resolver sus conflictos internos, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. Sin embargo, este marco jurídico pluralista también generó múltiples tensiones, sobre todo en relación con la igualdad de género. La justicia indígena, aunque culturalmente relevante, a veces está reñida con los principios modernos de igualdad de género consagrados en la legislación estatal. Esta tensión es especialmente evidente en los casos relativos a los derechos de las mujeres indígenas, en los que las normas tradicionales pueden entrar en conflicto con la concepción contemporánea de los derechos de la mujer, como el derecho a no sufrir violencia o el derecho a la propiedad de la tierra. Aunque el marco jurídico de la Constitución es progresista, en la práctica, las normas de igualdad de género se enfrentan a obstáculos significativos puesto que, a pesar de que el reconocimiento de la justicia indígena dentro del marco constitucional refuerza la autonomía comunitaria para resolver conflictos, si consideramos las costumbres indígenas individualmente separadas del Estado, surgen tensiones con los derechos de género garantizados subjetivamente que afectan a los principios de

³¹ Grijalba Jiménez, A., "Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador" en De Sousa Santos, B.; Grijalba Jiménez, A. (editores), Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador, ABYA YALA, 2012, p. 76.

igualdad. Las múltiples discriminaciones que se producen, tanto dentro como fuera de sus comunidades, subrayan los altos índices de violencia de género que afectan a las mujeres indígenas en particular³².

Por consiguiente, es de suma importancia comprender el impacto de estos sistemas en los derechos de las mujeres indígenas. El reconocimiento de la justicia indígena en el marco jurídico ecuatoriano es una poderosa afirmación de la autonomía cultural, pero también plantea cuestiones críticas sobre cómo aborda este sistema los derechos y la protección de las mujeres indígenas.

En primer lugar, este colectivo, que a menudo es depositario del conocimiento tradicional y de la vida comunitaria, se enfrentan a formas únicas de marginación y vulnerabilidad. Sus derechos, especialmente en ámbitos como la violencia de género, la herencia y la participación política, están determinados no sólo por las normas indígenas, sino también por el marco general de la justicia estatal. Para explorar el impacto de la justicia indígena en los derechos de las mujeres indígenas en Ecuador y cómo se articulan sus derechos en ámbitos de violencia de género, herencia y participación política, Salgado concluye que, aunque refuerza la autonomía cultural, también genera desafíos específicos para la protección de sus derechos en contextos de pluralismo jurídico donde se pueden quedar desprotegidas frente a la violencia, debido a una intersección entre las normas indígenas y las estatales, produciéndose un vacío en la aplicación efectiva de sus derechos³³.

En segundo lugar, en virtud de nuestra investigación, podemos afirmar en los mismos términos que Fiallo, que la violencia de género afecta a las mujeres de las comunidades indígenas como las *tsáchilas* y *kichwas*, resaltando las barreras que enfrentan al buscar justicia dentro y fuera de sus comunidades, y el papel de la interlegalidad en sus derechos patrimoniales y de protección³⁴.

En tercer lugar, la participación política de las mujeres indígenas en Ecuador, aunque colaboran en la lucha social y política, a menudo se enfrentan a limitaciones tanto en el ámbito estatal como en sus propias comunidades. Las mujeres indígenas han impulsado agendas dentro de los movimientos sociales para mejorar su representación, aunque siguen enfrentándose a una baja

³² Sobre la igualdad de género en la Constitución del Ecuador *vid.*, Cajas Córdova, A. K. "Igualdad de género en la Constitución de 2008" en *Revista de Derecho*, 16 (II Semestre). Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, pp. 139-152. Sobre la interpretación de la justicia indígena *vid.*, Llasag Fernández, R.; Tello Toral, K., Zapata Carpio, A. "Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador", en *Cahiers des Amériques latines*, 94, 2020, pp. 157-174. Sobre los derechos colectivos y el Buen Vivir, *vid.*, Pathfinders for Peaceful, Just and Inclusive Societies. *El buen vivir en la Constitución de Ecuador: Derechos colectivos y justicia indígena*. 2021. Sobre la equidad en la lucha sobre la violencia de género *vid.*, Shugulí Guerra, K., "Mujeres indígenas, equidad y lucha contra la violencia de género", en *Diálogo Político. Newsletter*. 25/10/2021, p. 1. [En línea: <https://dialogopolitico.org/agenda/mujeres-indigenas-equidad-y-lucha-contra-la-violencia-de-genero>]. Consulta (10/11/2024).

³³ Salgado, J. (2017). "El impacto del pluralismo jurídico en los derechos de las mujeres indígenas en Ecuador", en *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 6, 2017, pp. 61-72

³⁴ Fiallo Monedero, L., *Violencia de género contra mujeres indígenas en Ecuador. Un análisis desde la garantía del derecho humano a una vida libre de violencia en el marco del pluralismo jurídico emancipatorio*, Tesis doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2022, pp. pp. 191-241.

participación en espacios legislativos y a dinámicas de exclusión en sus propias organizaciones³⁵.

En cuarto lugar, la justicia indígena suele basarse en la comunidad, tratando de resolver los conflictos restableciendo el equilibrio dentro de la comunidad, lo que puede ser a la vez un punto fuerte y una limitación. Por un lado, este enfoque ofrece soluciones que se basan en los valores culturales de la comunidad y que fomentan la reconciliación en lugar del castigo. Por otro lado, pueden perpetuarse las estructuras patriarcales, en las que se margina la voz de las mujeres o en las que cuestiones como la violencia doméstica se trata como asuntos familiares privados y no como delitos graves que requieren una intervención jurídica formal. Aunque la justicia indígena busca mantener la armonía comunitaria, puede no siempre proteger de manera adecuada a las mujeres, quienes enfrentan estructuras patriarcales que consideran estos problemas como "asuntos privados" en lugar de delitos³⁶.

En quinto lugar, el sistema de justicia indígena puede ser tanto una herramienta de empoderamiento como una limitación para las mujeres. En algunos casos, las normas tradicionales marginan sus voces, especialmente en situaciones de violencia doméstica, que pueden ser tratadas como problemas internos de la familia³⁷.

En sexto lugar, la justicia indígena, respetuosa de las costumbres locales, también puede generar tensiones con las políticas de género, donde no siempre toman en cuenta el contexto étnico y cultural de las mujeres indígenas, lo cual es clave para una comprensión más integral³⁸.

Finalmente, La justicia estatal, aunque formalmente comprometida con la igualdad de género, sigue siendo a menudo inaccesible para las mujeres indígenas. Barreras como el idioma —tengamos en cuenta que muchas comunidades del Páramo hablan *kichwa*, y no castellano—, la distancia geográfica y la disonancia cultural hacen que muchas mujeres indígenas duden o no puedan recurrir a los mecanismos jurídicos oficiales del Estado. Además, la justicia estatal no siempre está preparada para comprender o respetar los contextos culturales indígenas, lo que provoca un desajuste entre las protecciones legales sobre el papel y su aplicación real práctica.

4. *Implicaciones de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.*

Como se ha observado, este sistema jurídico dual —en el que la justicia indígena se practica junto con la legislación estatal— crea un entorno complejo para la protección de los derechos de las mujeres indígenas. Por un lado, la justicia indígena proporciona métodos culturalmente pertinentes para resolver conflictos, pero por otro, puede quedarse corta a la hora de salvaguardar los

³⁵ Pérez Cárdenas, L. "Participación política de mujeres indígenas en tiempos de la Revolución Ciudadana", en *Alteridades*, UAM, México, 2017. [En línea: <http://www.doi.org/10.24275/uam/izt/dcsh/alteridades/2018v28n55/Perez>]. Consulta (12/11/2024).

³⁶ Triviño Rodríguez, K.G., *El rol de la justicia indígena en los casos de violencia contra la mujer: aportes para una propuesta de exigibilidad estratégica que promueva el diálogo intercultural en la comuna Los Óvalos del pueblo Natabuela*. Tesis doctoral. UASB. Quito, 2023, p. 97.

³⁷ Lang, M.; Kucia, A., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito. UNIFEM. 2009, pp. 16-17.

³⁸ Acosta, A. "Extractivismo y derechos de la naturaleza" en De Sousa Santos, B.; Grijalba Jiménez, A. (editores), *op. cit.*, p. 172.

derechos de las mujeres tal y como se articulan en los marcos nacionales e internacionales de derechos humanos. Esta tensión pone de manifiesto la necesidad de comprender con matices cómo se entrecruzan estos sistemas y sus implicaciones para la justicia de género.

Los fundamentos filosóficos y culturales de la justicia indígena, que se basan en valores comunitarios como la reciprocidad, la armonía y la justicia restaurativa, en ocasiones, entran en conflicto con los principios de la justicia ordinaria, que sigue un enfoque más acusatorio, punitivo e individualista arraigado en las tradiciones jurídicas occidentales. En cambio, la justicia indígena da prioridad al bienestar colectivo y trata de restablecer el equilibrio dentro de la comunidad.

El abordamiento de los sistemas de justicia indígena afecta a los derechos de las mujeres indígenas, en particular en casos de violencia de género, derechos de propiedad y participación política ofreciendo resoluciones más pertinentes desde el punto de vista filosófico-cultural, pero también pueden perpetuar normas patriarcales que perjudican a las mujeres.

“El prejuicio que, insistimos, es una deformación cultural, se ha dado históricamente y se mantiene partiendo de otro componente biológico que es el género. En la organización social se establecieron tareas preponderantes en hombres y mujeres, de lo que surgió y se consolidó el prejuicio de la supuesta superioridad del varón sobre la mujer y la consiguiente discriminación de las segundas en múltiples aspectos, con la consiguiente exclusión de una serie de actividades dentro del ordenamiento social, manteniéndose un círculo vicioso”³⁹.

Es por ello por lo que el pluralismo jurídico indígena provoca tensiones entre los derechos de género y los derechos culturales dentro de los sistemas de justicia indígena. Se cuestiona si la intersección de estos sistemas con la justicia ordinaria ha empoderado realmente a las mujeres indígenas o si estos marcos siguen marginando sus voces. El reconocimiento constitucional y legal de la justicia indígena en 2008 ha traído y sigue provocando conflictos tanto de criterio, como de aplicación de la norma.

“El reconocimiento plurinacional de la justicia indígena es impugnado porque supuestamente pone en tela de juicio tres principios fundamentales del derecho moderno, eurocéntrico: el principio de soberanía, el principio de unidad y el principio de autonomía”.⁴⁰

Sus principales implicaciones recaen en aspectos relacionados con la jurisdicción y la competencia, con la autoridad para administrar justicia, el debido proceso, los derechos fundamentales y los derechos humanos, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, las infracciones, las penas, las sanciones y los castigos que afectan a la interrelación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria complicando la cooperación efectiva entre estos dos sistemas atendiendo al pluralismo jurídico emanado de la propia norma suprema del Ecuador y que afecta a la construcción del género en las comunidades indígenas:

³⁹ Malo González, C. “Raza y Cultura” en *Revista de la Universidad de Azuay*, núm. 65, diciembre 2014, p. 137.

⁴⁰ De Sousa Santos, B. “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad” en De Sousa Santos, B.; Grijalba Jiménez, A. (editores), *op. cit.*, p. 18.

“Su papel dentro de esa lucha, por una parte, reproduce los tradicionales roles de género (como cocineras y acompañantes) y también los subvierten (como escudo humano ante enfrentamientos), sin embargo, esto no se revierte en un reconocimiento y valoración de este rol”.⁴¹

4.1. *Jurisdicción y competencia.*

La jurisdicción y competencia es una de las implicaciones de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La Constitución de la República del Ecuador de 2008, establece claramente la jurisdicción y la competencia de la justicia indígena. En este sentido, es necesario señalar que el ámbito territorial de la jurisdicción de la justicia indígena se enmarca en el ámbito comunitario o ancestral y quienes tienen competencia para ejecutar los actos dentro de esa justicia son las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con arreglo a la Constitución y las leyes del Ecuador.

De lo dicho, surgen las siguientes preguntas: ¿quiénes son las autoridades indígenas? ¿quiénes los elige? Según los resultados de la investigación, existen varios niveles de autoridades indígenas. Unas determinadas naturalmente cómo los padres de familia, los padrinos, o los hermanos mayores imparten justicia ancestral para conflictos leves en aplicación del criterio mediante el cual, las autoridades indígenas son las “legítimamente elegidas por sus miembros que regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolle dentro de su comunidad”⁴².

El artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial⁴³, con relación a la competencia, señala que “los jueces 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”.

El Código Orgánico Integral Penal⁴⁴ con relación a la jurisdicción, en su artículo 14, ordena que las normas establecidas en dicho código se aplicarán a toda infracción cometida dentro del territorio nacional y cuando constituyan graves violaciones a los derechos humanos.

Y según la sentencia 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, estas normas deben ser respetadas y acatadas por las autoridades indígenas.

Sin embargo, por jerarquía de la norma y la prevalencia de la Constitución ante la legislación penal, no proceden aplicar las precitadas dentro de la jurisdicción indígena porque este sistema consuetudinario y legal se rige bajo sus normas y procedimientos propios.

Excepto cuando se trate de diversos delitos no sólo contra la vida en todas sus formas sino contra la libertad de información sin censura, la inviolabilidad de la vida, la integridad personal sin violencia, la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, la igualdad de todos ciudadanos ecuatorianos, el derecho de asociación, reunión y libre manifestación, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio, la prohibición de la esclavitud, la explotación, la

⁴¹ Salgado, J., “El reto de la igualdad: género y justicia indígena”, en *Íbid*, p. 255.

⁴² Flores, D., *op. cit.*, p. 2.

⁴³ Asamblea Nacional, *Código Orgánico de la Función Judicial*, 2009.

⁴⁴ Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, 2014.

servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas, la privación de su libertad por deudas, así como que nadie pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley, contra la acción extraordinaria de protección, contra la Constitución y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales permitiendo el control de constitucionalidad y no permitiendo acudir a la justicia ordinaria cuando el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución de la República, la competencia le corresponde a la justicia ordinaria cuando el delito se haya cometido dentro de los territorios comunitarios o ancestrales, por lo que la justicia indígena está condicionada también dentro de su territorio, siendo esto un conflicto permanente de aplicación de justicia:

“Es obligación de la Corte Constitucional velar por el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena y que en estas se asegure la vigencia de los derechos constitucionales; en este marco se fundamenta el control de constitucionalidad de competencia de esta Corte [...] en virtud de lo dispuesto en los artículos 18, 66, 94, 171 y 437 de la Constitución de la República” (Corte Constitucional del Ecuador 2014).

Una de las implicaciones de la legalidad de la justicia indígena es el cambio de denominación a la autoridad que esta investida legalmente para administrar justicia. Conforme al derecho positivo, esta representación es quien legalmente esta designada por la norma y, por tanto, tiene legitimidad para actuar como tal dentro de un conflicto legal. En la justicia ordinaria se la define como juez o magistrado. Sin embargo, dentro de la jurisdicción indígena se denominan autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a los que ejercen funciones jurisdiccionales con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.

El debido proceso es otra de las implicaciones de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para varios investigadores, inclusive juristas, la aplicación de la justicia indígena viola este principio jurídico, entendido éste como el conjunto de pasos, formalidades y requisitos que garantizan la observancia de las garantías básicas del debido proceso que se encuentran establecidas en la constitución y en la normativa cuyo fin es garantizar los derechos fundamentales y evitar la vulneración de estos por arbitrariedades en las decisiones de la justicia indígena. En este aspecto hay que diferenciar la arbitrariedad judicial que es un delito en la legislación ecuatoriana, con la arbitrariedad normativa⁴⁵.

⁴⁵ Hernández, R. “La arbitrariedad en la calificación de los actos de proposición” en Web Quevedo y Ponce, 2019. [Online: <https://www.quevedo-ponce.com/la-arbitrariedad-en-la-calificacion-de-los-actos-de-proposicion/>]. Consulta (14/08/2023). Valga el ejemplo de la calificación de los actos de proposición relacionados con el recurso de apelación en la justicia del Ecuador. Por ejemplo, en varias providencias se señala que la apelación solo procede en contra del auto de inadmisión (Art. 147 COGEP) y no del auto de archivo (Art. 146 segundo inciso COGEP). Este razonamiento lo sustentan en que, a su criterio, existe un sistema completamente cerrado de recursos verticales en el cual solo se debe conceder el recurso de apelación en los casos previstos por la propia Ley. Dicha interpretación resulta aún más grave cuando el auto de inadmisión es dictado por los Tribunales Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, si tomamos en cuenta que en estos casos no existe tribunal de apelación que pueda revisar su actuación siendo posible únicamente interponer recurso extraordinario de casación con la complejidad, rigidez y demora que esto implica siendo una arbitrariedad.

4.1.a. El Debido proceso en la garantía de dos derechos.

La Corte Constitucional, en Sentencia número 1880-14-EP/20, caso número 1880-14-EP⁴⁶ ha sostenido que el derecho al debido proceso comprende aquel universo de garantías mínimas que deben observarse en la tramitación de todos los procesos donde se determinen derechos y obligaciones para las personas, incluido los procedimientos consuetudinarios. Es decir, las autoridades indígenas están obligadas a tutelar dentro de la justicia indígena los derechos fundamentales y humanos para garantizar la seguridad jurídica en la jurisdicción ancestral.

El numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de Monte Cristi de 2008 impone que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, lo que implica señalar, que, al Estado a través de sus organismos, en este caso a través del Defensor de Pueblo, le corresponde supervisar el cumplimiento y defender los derechos constitucionales y humanos, entre ellos el debido proceso. Por su parte, el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴⁷ dispone que “La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”. En este sentido, el Convenio 169 de la OIT y el artículo 171 de la Constitución, faculta a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a aplicar un debido proceso de acuerdo con sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. Sin embargo, cuando los procedimientos sean contrarios a la Constitución, a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, o vulneren derechos, procede presentar una acción extraordinaria de protección con el fin de reparar el daño causado.

Bajo estos fundamentos de derecho, y conforme a los resultados de la investigación, se puede señalar que el debido proceso que se aplica dentro del territorio ancestral y comunitario no es el mismo que constitucionalmente se aplica en la justicia ordinaria, sin embargo, existen fases similares a las que se aplican dentro del derecho del Estado. Es importante expresar que las actuaciones de las autoridades indígenas dentro del procedimiento consuetudinario, como muchas de ellas desconocen las obligaciones constitucionales, pueden vulnerar los procedimientos normativos y afectar indirectamente a los propios de cada comunidad por infringir indirectamente el control constitucional debido a su desconocimiento.

Las discrepancias que surgen en base al reconocimiento y aplicación de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano hacen referencia a la vulneración de los derechos fundamentales y humanos. Según Angamarca y Vázquez: “La justicia indígena en el Ecuador, sus posibles excesos, la posibilidad de positivizarla y la aplicación de la justicia indígena atenta contra derechos

⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia número 1880-14-EP/20, CASO número 1880-14-EP de 11 de marzo de 2020. [Online: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidIYjk3NTA2ZC02MWYxLTQxNWMtODY2OS02MTU0NWZjZjZiZnZUucGRmJ30j]. Consulta (15/10/2024).

⁴⁷ Asamblea Nacional *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

humanos, debido a que en Ecuador los métodos y formas de aplicación son denigrantes, inhumanos y bárbaros”⁴⁸.

En este mismo sentido, Baltazar y Núñez señalan que las actuaciones que se dan dentro de la justicia indígena están “en contraposición con derechos reconocidos internacionalmente como son los derechos humanos, violaciones que afecta mayormente a derechos como la dignidad humana, la prohibición de tratos crueles y degradantes, la tortura”⁴⁹.

Estos criterios discrepan de la cosmovisión indígena y en especial con el “ejercicio de la praxis y costumbres asentadas en el derecho consuetudinario o derecho propio de esos pueblos o comunidades”⁵⁰.

Finalmente, dentro de los conocimientos y saberes ancestrales, las frases derechos fundamentales y derechos humanos no existen en el léxico aborígen. Algunas autoridades indígenas consideran que estas palabras, propias del derecho positivo, fueron impuestas sobre el derecho consuetudinario y/o propio y que cambió la esencia de la organización social y política que mantenían los pueblos originarios. “Debe dejarse claro que desde tiempos ancestrales la aplicación de la justicia indígena no preexiste como efecto de una disposición de política parlamentaria originada en base a discernimientos técnicos o de validez”⁵¹.

4.1.b. La tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.

Estos conceptos presentan una interrelación con las implicaciones de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Mediante el artículo 75 de la Constitución de 2008, se entiende como tutela efectiva el derecho reconocido, con el rango de derecho de protección, a la imposibilidad de “quedar en indefensión”. Además, dicho artículo concuerda con las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial. La tutela judicial de los derechos se considera como un “principio para la administración de justicia que deben observar jueces al momento de avocar conocimiento de una causa y resolver” y como un auténtico “derecho fundamental”⁵². En la doctrina ecuatoriana, Ávila Santamaría señala que “los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia”⁵³.

Por lo tanto, según su significado común, la tutela implica alcanzar una respuesta que se origina en el acceso a la justicia, pero considerándose una decisión sobre el fondo del asunto, “que reúna los requisitos constitucionales y

⁴⁸ Angamarca-Puchaicela D.O.; Vázquez, D.S. “La justicia indígena en el Ecuador, sus posibles excesos y la posibilidad de positivizarla”, en *Revista Científica FIPCAEC, Fomento de la investigación y publicación científico-técnica multidisciplinaria. Polo de Capacitación, Investigación y Publicación (POCAIP)*, Vol. 6, núm. 4, 2021, p. 124.

⁴⁹ BALTAZAR, A.R.; NÚÑEZ, J.L.B. “La Justicia Indígena en Ecuador un análisis desde los Derechos Humanos”, en *RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento*, Vol. 7, núm. 1, 2023, p. 31.

⁵⁰ GARCÍA, B.A. “La administración de justicia indígena en Ecuador, un enfoque desde su cosmovisión” en *Revista Científica UISRAEL*, Vol. 7, núm.2, 2020, p. 64.

⁵¹ *Ibíd*, pp. 64-65.

⁵² DÍEZ-PICAZO, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 95

⁵³ ÁVILA, A. *Los derechos y sus garantías Ensayos críticos, prólogo de Miguel Carbonell*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 108.

legales del caso, y la garantía para los justiciables de que sus pretensiones serán resueltas con criterios jurídicos razonables”⁵⁴.

Como señala Dávila, “El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho integral que actúa como un paraguas que refuerza la protección de otras garantías procesales cuando no están amparadas por la Constitución”⁵⁵. Es un derecho procesal que requiere de otros derechos, como el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho al debido proceso, y el derecho a la seguridad jurídica, para que sea efectiva. Para que pueda ser clasificado tienen que ser concebidos en una doble e inseparable dimensión de “derechos-deberes [...] relativos a aquellas cualidades o valores esenciales y permanentes del ser humano que son objeto de protección jurídica y que [...] responde, además, a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico-político del Estado de Derecho”. Ellos sirven de fundamento a los demás derechos y libertades, como por ejemplo el derecho a la vida⁵⁶.

Por otra parte, la seguridad jurídica, es un derecho y un mecanismo legal que permite determinar la certeza del Derecho, tanto en el aspecto formal como en el material. En efecto, la seguridad jurídica es el fin del Estado Constitucional de Derechos y Justicia: “Derecho y seguridad jurídica son inseparables”⁵⁷.

Bajo estos fundamentos, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica dentro de la justicia indígena obliga al ordenamiento jurídico ecuatoriano a respetar y garantizar las formas propias para resolver los conflictos en los territorios comunitarios y ancestrales, siempre que no vaya en contra del ordenamiento jurídico del Ecuador. La tutela jurídica dentro de la justicia indígena está obligada por la Constitución del Ecuador de 2008 y la normativa nacional de desarrollo, así como por los acuerdos internacionales con otras entidades supranacionales. Por ejemplo, en la garantía constitucional del procedimiento hábeas corpus.

Con relación a la seguridad jurídica en el contexto ancestral, uno de los principios rectores del sistema consuetudinario es la convivencia pacífica y armónica. La conservación de las costumbres, prácticas y tradiciones de cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena son fundamentales para garantizar la seguridad jurídica dentro de los territorios comunitarios y ancestrales. En este marco, la Corte Constitucional en la mencionada sentencia No. - 113- 14-SEP-CC, Caso No. - 0731-10-EP, ha señalado que las decisiones de la justicia indígena no vulneran el derecho de seguridad jurídica en los casos que sus autoridades estén actuado conforme a lo que establece la Constitución de la República del Ecuador y los Instrumentos Internacionales de derechos humanos en un claro supuesto: si las decisiones de las autoridades indígenas se encuentran dentro de la constitucionalidad, aunque la función constitucional de la Corte Constitucional no es la de desvirtuar la autonomía y diferencia cultural que la propia norma suprema reconoce y garantiza a la jurisdicción indígena,

⁵⁴ ZAMBRANO, S. “El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador”, en *Tla-melaua*, Vol. 9, núm. 39, 2016, p. 70. [Online: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187069162016000100058&lng=es&tling=es]. Consulta (15/08/2023).

⁵⁵ Dávila, D. *La declaratoria de abandono en procesos civiles y su efecto violatorio a la tutela judicial efectiva*. Tesis doctoral, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2021, p. 1.

⁵⁶ Chiriboga, G; Salgado, H. *Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS, Quito, 1995, p. 15.

⁵⁷ Vargas, J. *op. cit.*, p. 15.

diversos autores como Espinosa se decantan por que la Corte Constitucional “asegure en su funcionamiento institucional algunas formas de análisis o diálogo intercultural”⁵⁸.

Para varios autores la Constitución de 2008 prevalece sobre la justicia indígena. En tal caso, acogiendo al artículo 78 defienden que las víctimas de infracciones penales tendrán derecho a una protección especial, a no ser revictimizadas y a que se adopten mecanismos para una reparación integral, en la desconfianza del procedimiento de la justicia indígena. Sin embargo, en el contexto ancestral, dependiendo del caso y la comunidad, existen diversos supuestos que protegen a la víctima, por ejemplo, en los casos de violación, de robo, en la reincidencia delictiva o incluso en el homicidio.

4.1.c. Infracciones, penas y sanciones.

Como hemos visto, los indígenas castigaban todo acto que fuese en contra de la convivencia pacífica y armónica con las personas y contra la *Pachamama*. En algunas comunidades ancestrales, traicionar a la comunidad, atentar o cometer actos en contra de la naturaleza, afectar a la vida de los aborígenes constituían causales para condenar a muerte al nativo que cometía estas faltas muy graves. El gobierno de los Incas controlaba la delincuencia con castigos drásticos, *Túpac Inca Yupanqui*, y los demás *Auquiconas* y señores grandes *Cápac Apoconas* y *curaconas*, *allillac camachicocunas*, *Tauanantinsuyo camachiconchic* castigaban a todo aquel que faltase contra el orden social, y si reincidía la pena era una muerte cruel⁵⁹. La pena de muerte⁶⁰ se aplicaba en caso de homicidio, incestos, violaciones, adulterio, cobardía, deserción en la guerra, hurto de bienes del inca, holgazanería, mentira, el enterramiento vivo, desollamiento, la horca para el ladrón homicida o adúltero, el apedreamiento, descuartizamiento, también hacían comer *aji*⁶¹ hasta la asfixia y otros actos de crueldad como el corte de los artejos postrimeros de los dedos, aunque los más comunes eran la pena de cien azotes⁶² o diversas penas económicas para gastos de justicia⁶³.

Las implicaciones de estas actuaciones de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano actual se relacionan con infracciones. Dentro de la justicia ordinaria, se condena o castiga mediante infracciones que, a su vez, se dividen en contravenciones y delitos que sean contrarios a los derechos ciudadanos. Una infracción es una “trasgresión, violación o quebrantamiento de alguna ley, pacto o tratado”⁶⁴. En el ámbito penal, el artículo 17 del Código Penal lo define como “las acciones u omisiones punibles”. Sin embargo, en el contexto indígena, se alude a los comportamientos inadecuados que alteran la convivencia pacífica, pudiendo producirse lo que se denomina en justicia

⁵⁸ Espinosa, C.; Caicedo, D. *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Serie justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, 2009, p. 405.

⁵⁹ Guamán Poma, F. *Nueva coronica y buen gobierno*. Edición facsímil realizada por Paul Rivet. Instituto Etnográfico de París, Tomo 1, 1936, p. 380.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 235, 382, 429, 572.

⁶¹ Plantas del género *Capsicum*, de la familia de las solanáceas. Recibe diversos nombres en varias lenguas originarias de América, como *uchu* o *utsu* en kichwa.

⁶² Guamán Poma, *op. cit.*, p. 390.

⁶³ *Id.*, *Nueva coronica y buen gobierno*. Edición facsímil realizada por Paul Rivet. Instituto Etnográfico de París Tomo 2, p. 247.

⁶⁴ Cabanellas, G. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 248.

indígena: severidad en la rigurosa aplicación de la ancestralidad y tradición, determinadas estas como su base legal⁶⁵

Desde el derecho positivo, según el artículo 19 del Código Penal “las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones”. Según Peña y Almanza el delito es, “el acto típicamente antijurídico, culpable, imputable y sometido a una sanción penal”⁶⁶, en cambio, la contravención, según Palacios, “es el acto de ejecutar en clara oposición a lo que esta mandado o reglado; es decir, es actuar en total contraposición a la ley, es la acción de un individuo en forma contraria a la norma claramente tipificada en esta”⁶⁷.

Dentro de la justicia indígena, no existen divisiones de los actos que van en contra de las buenas costumbres de la comunidad, sin embargo, la aplicación de los procedimientos consuetudinarios está en función de las consecuencias que hayan provocado el mal comportamiento del indígena, por lo que no se aplican los conceptos mencionados. Además, como señala la sentencia de la Cocha, la frase “dentro de su ámbito territorial” del artículo 171 de la Constitución del Ecuador es inaplicable a los sistemas de justicia indígena puesto que opera a través de lazos comunitarios. Valga el ejemplo de ajusticiamientos similares, en los mismos términos que los relatados por Guamán de Poma, como el caso de La Cocha en el que, a partir de esta realidad, la Corte Constitucional en 2014 determinó que la justicia indígena está prohibida de conocer y procesar casos relacionados con la vida —relativo a este derecho infringido porque la sentencia n° 113-14-sep-cc mencionada versaba sobre estas cuestiones, pero no porque sólo tenga potestad para intervenir en los casos que atañan a la vida exclusivamente—.

Las penas, sanciones o castigos que se aplican para corregir los actos punibles es otra de las implicaciones de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En la diferencia de la justicia ordinaria con la justicia indígena, según el artículo 1 del COIP de 2014⁶⁸, la finalidad de la pena es alcanzar una rehabilitación integral y social de las personas sentenciadas, así como a la reparación integral de las víctimas. Es necesario señalar que, en la justicia ordinaria, conforme al artículo 76 de la Constitución de Monte Cristi, se debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones, es decir la pena varía según la gravedad del acto punible y sus consecuencias. Asimismo, en la justicia ordinaria según el derecho positivo y la norma especializada en el área penal, existe la individualización de la pena, la misma que varía según las circunstancias del hecho punible, los atenuantes y los agravantes conforme a la gravedad de la lesión, los derechos infringidos y el

⁶⁵ Laviña, J.; Orobítz, G. (coord.). *Resistencia y territorialidad. Culturas indígenas y afroamericanas*, Departament d'Antropologia Cultural i Història d'Amèrica i Àfrica, UAB, Barcelona, 2008, p. 359. “Ancestralidad: Es el vínculo cultural que por derecho de los antepasados equivale a la herencia histórica que se transfiere de generación en generación en los pueblos y comunidades indígenas. 10. Tradicionalidad: Consiste en las formas o prácticas de usos y ocupación de tierras, que corresponde a los patrones culturales propios de cada pueblo y comunidad indígena, sin que se requiera una continuidad en el tiempo o en el espacio y respeto a sus posibilidades innovadoras”.

⁶⁶ Peña Gonzáles, O.; *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC, Perú, 2010, p. 62.

⁶⁷ Palacios Chancay, A.I. “Estudio comparativo acerca de los delitos y contravenciones” en *UNIANDÉS. Proyecto de vinculación*, Quevedo, 2021, p. 1.

⁶⁸ Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

grado de participación. Algunas sanciones que el derecho positivo prevé para los delitos y las contravenciones se relacionan con la privación de la libertad, aunque también existen penas no privativas de la libertad.

En la justicia ordinaria, según el artículo 72 de del COIP, con relación a la extinción y prescripción de la pena ésta se extingue por su cumplimiento integral en cualquiera de sus formas, por la extinción del delito o de la pena, por la existencia de una ley posterior más favorable, por la muerte de la persona condenada, por el indulto, por el recurso de revisión cuando sea favorable, por la prescripción de aquella o por su amnistía si entra dentro de los supuestos para su consideración.

En la justicia indígena, el baño de purificación o ritual ancestral tiene como fin ahuyentar a los malos espíritus y recobrar el equilibrio conductual del indígena. En ella, el principio de proporcionalidad se establece en función de las consecuencias de los antivalores. Valga el ejemplo de un menor de edad que no saluda a un mayor, la sanción puede ser un *estirón* de orejas, sin embargo, si un indígena roba una cabeza de ganado vacuno se le aplica el baño de purificación que consiste en un baño en agua helada efectuándole latigazos con ortiga.

En este marco, el principio jurídico del derecho positivo no existe porque todos los infractores son sometidos al mismo ritual, así se trate de hombres, mujeres o niños que hayan transgredido las normas morales de la comunidad. El reconocimiento constitucional e internacional de la justicia indígena, como forma consuetudinaria para resolver los conflictos entre los miembros de la comunidad, provoca conflictos entre éste y el ordenamiento jurídico ordinario ecuatoriano porque debe dilucidarse si se aceptan las garantías y el respeto a los procedimientos y resolución que se aplican en la justicia indígena.

Se debe señalar que, dentro de esta jurisdicción, no hay pena privativa de la libertad por lo que, con relación a su homónima en la justicia ordinaria, la privación difiere de aquella por la aplicación de dos tipos de condena: servicio comunitario o la expulsión y la prohibición de retorno al territorio comunitario. Asimismo, las resoluciones se deben cumplir una vez terminado el procedimiento consuetudinario para resolver los conflictos internos, es decir, en la justicia indígena no existe la extinción y prescripción de la sanción, lo que sí existe es la conciliación y el perdón entre los involucrados (víctima y victimario, infractor y perjudicado). Esta es una clara situación de conflicto entre las dos justicias porque la justicia indígena choca con la ordinaria en el derecho constitucional a “la libre circulación de las personas en la región”⁶⁹ reconocido en el artículo 2 relativo a los principios de la ley de movilidad humana:

“Libre movilidad humana. El reconocimiento jurídico y político del ejercicio de la ciudadanía universal, implica el amparo del Estado a la movilización de cualquier persona, familia o grupo humano, con la intención de circular y permanecer en el lugar de destino de manera temporal o definitiva”⁷⁰.

⁶⁹ Constitución del Ecuador de 2008. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Última modificación: 21-dic.-201. [En línea: https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/2018/04/a2_1_constitucion_mar_2018.pdf]. Consultado (12/11/2023). Art. 423.5

⁷⁰ Ley Orgánica de Movilidad Humana. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 938 de 06-feb.-2017. Última modificación: 23-oct.-2018. [En línea: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2014/03/ley_de_movilidad_humana_oficial.pdf]. Consulta (12/11/2023). Art. 2.

Finalmente, considerando que la justicia indígena es autónoma y se rige por sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, no debería haber intromisión del derecho positivo en las costumbres ancestrales si no existe vulneración de los derechos humanos y constitucionales. Sin embargo, para que no existan conflictos de competencia entre la justicia ordinaria e indígena, debería existir una validación de las normas y procedimientos específicos propios del derecho consuetudinario por parte de la Corte Constitucional. Caso contrario se puede promulgar en la justicia indígena la eliminación del Estado de derecho en el Ecuador siendo sustituido por un derecho supletorio, además de eliminar la igualdad de todos los ecuatorianos ante la ley, la seguridad jurídica y la garantía procesal basada en las normas jurídicas vigente desde la Constitución de 1830, la presunción de inocencia y el derecho de defensa vigente desde la Constitución de 1861, la prohibición de la incomunicación, de las torturas y la pena de azotes consagrada en la Constitución de 1878, la prohibición del destierro consagrada en la Constitución de 1884, la abolición de la pena de muerte desde la Constitución de 1897, el derecho a no ser penado sin juicio previo desde la Constitución de 1906, el derecho al procedimiento habeas corpus y al principio de concurrencia de leyes penales en la aplicación de la menos rigurosa, aun si fuere posterior desde la Constitución de 1929, la integridad personal, la legislación especial protectora y no punitiva de los menores de 18 años desde la Constitución de 1945, el amparo jurisdiccional de todo ecuatoriano contra la violación de los derechos constitucionales y el derecho de honra desde la Constitución de 1967, el habeas data y el acceso al defensor del pueblo desde la Constitución de 1978-9.

5. Metodología

La investigación se ubica en el ordenamiento jurídico nacional e internacional que hace alusión a aspectos fundamentales e importantes de la justicia indígena. En la investigación se ha aplicado el método inductivo, analítico jurídico y jurídico descriptivo. Por las características y los objetivos se trata de una investigación de nivel exploratoria, de tipo documental bibliográfica, de campo, pura, dogmática, y descriptiva, de diseño no experimental. Para su estudio o para el análisis del problema jurídico se asume un enfoque cualitativo.

Para la recopilación de la información se han utilizado documentos físicos o escritos, (libros, leyes, jurisprudencias), documentos fílmicos y documentos electrónicos como páginas web. Se ha aplicado la técnica de la observación (guía de observación), el fichaje (fichas bibliográficas y nemotécnicas) y la entrevista (guía de entrevista). Para el tratamiento de la información se han utilizado las técnicas lógicas de la inducción, el análisis y la síntesis, siendo, finalmente, la exposición y tratamiento de los datos a nivel informático mediante la aplicación IBM SPSS v27.

6. Resultados.

En virtud de los recientes resultados obtenidos existe una influencia correlacional entre el tipo de justicia que se debería aplicar en la justicia indígena y la garantía de los derechos constitucionales y las variables dependientes unificadas analizadas:

1. Considerando el conjunto de variables dependientes agrupadas sobre la aplicación de la justicia indígena en relación con la legalidad, legitimidad, los derechos y la tutela judicial siguientes, existe una gran relación en el conjunto de variables dependientes con la variable independiente por lo que podemos afirmar que a la aplicación del tipo de justicia indígena le influyen la consideración del conjunto de las variables siguientes en una correlación fuerte (0,739): El respeto a las garantías jurisdiccionales en la aplicación de la justicia indígena, la catalogación del tipo de acto, su legalidad y legitimidad, los derechos humanos, fundamentales y el debido proceso.

2. Considerando el conjunto de variables dependientes agrupadas sobre la garantía del procedimiento de la acción de protección existe una gran relación en el conjunto de variables dependientes con la variable independiente por lo que podemos afirmar que a la aplicación del tipo de justicia indígena le influyen la consideración del conjunto de las variables siguientes en una correlación fuerte (0,788): el amparo de los derechos constitucionales, de los derechos fundamentales, en la posibilidad de interposición de la acción de protección dentro de la justicia indígena y la competencia de las autoridades indígenas dentro de su jurisdicción.

3. Considerando el conjunto de variables dependientes agrupadas sobre la aplicación del procedimiento de hábeas corpus siguientes existe una gran relación en el conjunto de variables dependientes con la variable independiente por lo que podemos afirmar que a la aplicación del tipo de justicia indígena le influyen la consideración del conjunto de las variables siguientes en una correlación fuerte (0,722): la garantía del hábeas corpus en la libertad del retenido por la justicia indígena, en su integridad personal, en la reparación del daño causado y en la posibilidad de interposición del hábeas corpus dentro de la justicia indígena.

Del análisis de los resultados del contraste para la aceptación o rechazo de la H_0 y de la H_1 sobre la dependencia o independencia de las variables de análisis se han obtenido los siguientes resultados:

1. Tanto las autoridades indígenas abogados como los jueces constitucionales se decantan por el respeto y la seguridad de las garantías jurisdiccionales en la aplicación de la justicia indígena.

2. La opinión de los jueces constitucionales respecto a la legitimidad en la aplicación de la justicia indígena describe un resultado mayoritariamente en desacuerdo y opuesto a los abogados indígenas, aunque sorprende que un 40% de los abogados indígenas tenga una posición neutral.

3. La violación de los derechos humanos en la aplicación de la justicia indígena presenta una gran disparidad entre las autoridades indígenas abogados y los jueces constitucionales. Para los jueces se observa un resultado mayoritariamente afirmativo y para los abogados indígenas un resultado mayoritariamente negativo.

4. Respecto a la violación de los derechos fundamentales en la aplicación de la justicia indígena, existe una homogeneidad en los resultados entre los jueces constitucionales y en el 50% de las opiniones

reflejadas por las autoridades indígenas abogados que expresan que se pueden violar los derechos fundamentales en determinados supuestos.

5. Respecto a la garantía en el debido proceso al aplicarle la justicia indígena no existe una homogeneidad de criterio entre los jueces constitucionales y las opiniones reflejadas por las autoridades indígenas abogados donde para los primeros no se garantiza el derecho, contrariamente a las autoridades indígenas que son abogados.

6. Sobre la garantía de la tutela judicial efectiva en la justicia indígena existe una homogeneidad tanto de los jueces constitucionales como de las opiniones reflejadas por las autoridades indígenas abogados donde mayoritariamente se acepta, aunque más bien porque en el caso de no ser aplicada pueden acudir a denunciarlo a la justicia ordinaria.

7. Existe una homogeneidad tanto de los jueces constitucionales como de las opiniones reflejadas por las autoridades indígenas abogados donde mayoritariamente se considera que la acción de protección garantiza el amparo de los derechos constitucionales en las situaciones de administración de la justicia indígena, aunque existe un 38% de las autoridades indígenas que está en desacuerdo.

8. Se aprecia una homogeneidad tanto de los jueces constitucionales como de las opiniones reflejadas por las autoridades indígenas abogados en expresar que la acción de protección garantiza el amparo de los derechos humanos porque, entre otros aspectos, se faculta interponer dentro de la administración de la justicia indígena una acción de protección. Sin embargo, no hay acuerdo entre las opiniones reflejadas por los jueces constitucionales y las de las autoridades indígenas abogados en determinar la potestad de la autoridad indígena para conocer y resolver la acción de protección dentro de su jurisdicción. Un 50% de las autoridades indígenas no afirma su conformidad.

9. No existe un rechazo significativo en las autoridades indígenas a garantizar el procedimiento hábeas corpus al retenido por la justicia indígena, aunque sí en los jueces constitucionales. Asimismo, no existe un rechazo significativo en las autoridades indígenas, en menor medida en los jueces constitucionales en expresar que el procedimiento hábeas corpus garantiza la integridad personal al retenido por la justicia indígena, aunque existe un 38% de las autoridades indígenas y un 16% de los jueces constitucionales que rechazan esta afirmación. Finalmente, sólo el 28% de los jueces constitucionales y el 12% de las autoridades indígenas abogados no consideran que la acción de hábeas corpus sirva para reparar un daño causado por la justicia indígena.

7. Conclusiones.

Las implicaciones de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano históricamente han venido configurando contradicciones entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario porque la una se fundamenta en las normas jurídicas escritas y la otra en la costumbre. La justicia ordinaria en el Ecuador se caracteriza por mantener un sistema jerárquico en el cual la Constitución de 2008 es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del

ordenamiento jurídico. En cambio, la justicia indígena se basa en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. Los conflictos se originan cuando las normas y procedimientos propios del derecho consuetudinario para la solución de sus conflictos internos son contrarios a las normas supremas vigentes en cada período histórico y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Por consiguiente, los resultados concluyen que los jueces constitucionales y los responsables indígenas abogados presuponen la independencia de la justicia indígena, pero tanto los primeros como los segundos, en lo que respecta al debido proceso, tienen dudas sobre la legitimidad de su aplicación. Aun así, consideran regirse por sus tradiciones ancestrales y su derecho propio siempre y cuando se respeten la norma suprema aplicando, en caso contrario, la acción de protección ante la justicia ordinaria para garantizar los derechos humanos y fundamentales, especialmente de las mujeres indígenas. Aunque no existe acuerdo en el procedimiento habeas corpus, sí existe consonancia en determinar la ausencia de utilidad de la justicia indígena en la reparación del daño causado en el proceso judicial.

No se ha encontrado ninguna responsable indígena mujer, por lo que se demuestra que el rol de la mujer está marginado en la impartición de la justicia a actividades poco o nada relevantes, más bien colaterales, pero no consustanciales en el veredicto de los responsables de impartir justicia en los pueblos y comunidades indígenas, por lo que se está desperdiciando un aspecto vital en este proceso: la cosmovisión de la mujer indígena en los procesos de impartición de justicia indígena.

Las estadísticas de participación en los procesos de justicia indígena que se desarrollan en las comunidades corresponden a la realidad evidenciada en los pueblos y nacionalidades indígenas visitadas durante los dos últimos años por lo que se puede concluir que la justicia indígena violenta el derecho a la participación social y política de la mujer en sus comunidades, que la sitúa en una situación de discriminación, simplemente por la posición diferenciada del género.

Finalmente se propone la conformación de una normativa que consiga adecuar los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, que ya promulgaba la Constitución de 1998 en lo que respecta a la vigencia de la jurisdicción indígena y en la Constitución de 2008 incluyendo la participación relevante de la mujer indígena en los procesos decisorios. Aunque hubo intentos⁷¹, todavía no existe, produciéndose actualmente un sistema de coordinación sin base normativa, que más que armonización provoca que las sentencias dictadas por la justicia constitucional

⁷¹ Miguel Antonio Tapia León, *Mecanismos de cooperación y coordinación entre justicia ordinaria y justicia indígena, programa de maestría en derecho*, Universidad Simón Bolívar, Quito, 2016. La Conaie presentó el 14 de noviembre de 2001 el proyecto de ley denominado “Ley de ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas” que fue aprobado, aunque derogado el 8 de enero de 2002 por el presidente Noboa. Otro proyecto en noviembre de 2002 denominado “Ley de compatibilización y de distribución de competencias en la administración de justicia” fue archivado. El “Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria” presentado el 1 de febrero de 2010 para conocimiento de la Asamblea Nacional mediante oficio mediante oficio N.º AN-LTG-0043-10. Otro presentado por la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado el 19 de diciembre de 2011 mediante oficio N.º 715-CEPJEE-P.

vayan conformando los parámetros y los límites de cooperación entre ellas por un defecto normativo en muchos aspectos y especificidades relativas a la responsabilidad asociada con el principio de la garantía constitucional de los derechos fundamentales por los que la Corte Constitucional tiene que realizar un constante trabajo de interpretación de los supuestos que se le presentaban con el fin de que sus resoluciones creen la jurisprudencia necesaria para aclarar el vago ordenamiento jurídico existente.

Bibliografía

Acosta, A. "Extractivismo y derechos de la naturaleza" en DE SOUSA SANTOS, B.; GRIJALBA JIMÉNEZ, A. (editores), *op. cit.*, p. 172.

Alden, B. *Los indios del Canadá*. Colección Mapfre América, Madrid, 1992, pp. 50-70 <https://www.larramendi.es/es/consulta/registro.do?id=9855>, acceso 18 agosto 2023.

Almeida, A. *Indios Una reflexión sobre el levantamiento indígena*. Abya-Yale, Quito, 1993, p.13.

Angamarca-Puchaicela D.O.; Vázquez, D.S. "La justicia indígena en el Ecuador, sus posibles excesos y la posibilidad de positivizarla", en *Revista Científica FIPCAEC, Fomento de la investigación y publicación científico-técnica multidisciplinaria. Polo de Capacitación, Investigación y Publicación (POCAIP)*, Vol. 6, núm. 4, 2021, p. 124.

Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, 2014. [En línea: <https://jurlex.lexis.com.ec/main>]. Consulta (11/08/2023).

Asamblea Nacional, *Código Orgánico de la Función Judicial*, 2009. [En línea: <https://jurlex.lexis.com.ec/main>]. Consulta (11/08/2023).

Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Segundo Suplemento del Registro Oficial 554*, 2009. [En línea: <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/3823?mode=full>]. Consulta (15/09/2024)

Ávila, A. *Los derechos y sus garantías Ensayos críticos, prólogo de Miguel Carbonell*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 108.

Baltazar, A.R.; Núñez, J.L.B. "La Justicia Indígena en Ecuador un análisis desde los Derechos Humanos", en *RECIMUNDO: Revista Científica de la Investigación y el Conocimiento*, Vol. 7, núm. 1, 2023, p. 31.

Cabanellas, G. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 248.

Cajas Córdova, A. K. "Igualdad de género en la Constitución de 2008" en *Revista de Derecho*, 16 (II Semestre). Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, pp. 139-152.

Campelo Al., Owings A., Socrates H., Gokcumen O., Degiorgio M, Lindo J. "Genomic evidence for ancient human migration routes along South America's Atlantic coast" en *Royal Society Biological Sciences* núm. 289, 2022, pp. 6-7. [En línea: <https://doi.org/10.1098/rspb.2022.1078>]. Consulta (13/08/2023).

Chiriboga, G; Salgado, H. *Derechos fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, ILDIS, Quito, 1995, p. 15.

Constitución del Ecuador, 26 de marzo de 1929 [En línea: <https://www.vicepresidencia.gob.ec/wp->

content/uploads/downloads/2012/09/Constitucion-de-1929.pdf]. Consulta (12/11/2024).

Constitución del Ecuador de 1946 [En línea: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-politica-de-la-republica-de-ecuador-el-31-de-diciembre-1946/html/3aa5083d-8737-4983-838c-8fe88e0a578f_2.html]. Consulta (18/18/2024).

Constitución del Ecuador de 2008. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Última modificación: 21-dic.-201. [En línea: https://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/2018/04/a2_1_constitucion_mar_2018.pdf]. Consultado (12/11/2023). Art. 423.5

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia número 1880-14-EP/20, CASO número 1880-14-EP de 11 de marzo de 2020. [Online: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidYjk3NTA2ZC02MWYxLTQxNWMtODY2OS02MTU0NWZjZjZiNzUucGRmJ30]. Consulta (15/10/2024).

Dávila, D. *La declaratoria de abandono en procesos civiles y su efecto violatorio a la tutela judicial efectiva*. Tesis doctoral, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2021, p. 1.

De Las Casas, B. *Brevísima Relación De La Destrucción De Las Indias*. Edición de Andrés Moreno Mengíbar. Colección Textos Clásicos, Instituto Italiano per gli Studi Filosofici, Sevilla, 1991, pp. XVI-XVII.

Destruge, C. *Historia de la Revolución de Octubre y Campaña Libertadora de 1820-1822 por D'Amecourt, al Ilustre Ayuntamiento y al heroico y benemérito pueblo de Guayaquil en el centenario de la Independencia 1820-1920*. Imprenta Elzeviriana de Borrás 2, Barcelona, 1920, p. 129.

De Sousa Santos, B, "Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad" en De Sousa Santos, B.; Grijalba Jiménez, A., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2012, p. 18.

Díaz Moya, R. *Formación conceptual y evolución histórica de los seguros de maternidad y accidente laboral. Perspectiva comparada con el Ecuador*. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED, 2023, pp. 401-402.

Díaz Ocampo, E.; Antúnez Sánchez, A. "El derecho alternativo en el pluralismo jurídico ecuatoriano" en *LEX*, núm. 20, año XV, II, 2017, p. 26. [En línea: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1434>]. Consulta (01/09/2024).

Díez-Picazo, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 95

Dill H.O. *Apropiaciones de realidad en la novela hispanoamericana de los siglos XIX y XX*. Verbuet, Madrid, 1994, p. 202.

Espinosa, C; Caicedo, D. *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Serie justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, 2009, p. 405.

Fernández Gómez, A.A.; Velasco Ortiz, A. "Los primeros humanos en América" en *Estrat Crític* Vol. 5, núm 1, 2011. pp. 383-385.

Fiallo Monedero, L., *Violencia de género contra mujeres indígenas en Ecuador. Un análisis desde la garantía del derecho humano a una vida libre de violencia en el marco del pluralismo jurídico emancipatorio*, Tesis doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2022, pp. pp. 191-241.

Flores, D. *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*, 2011, p. 12.

[En línea:

https://www.inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_danielaflores.pdf]. Consulta(15/08/2024).

García, B.A. “La administración de justicia indígena en Ecuador, un enfoque desde su cosmovisión” en *Revista Científica UISRAEL*, Vol. 7, núm.2, 2020, p. 64.

Gómez, D. “La Constitución perdida. Una aproximación al proyecto constituyente de 1938 y su derogatoria” en *Ecuador Debate*, núm. 86, 2012, p. 159 [En línea: <http://hdl.handle.net/10469/4568>]. Consulta (14/08/2023).

Grijalba Jiménez, A., “Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador” en DE SOUSA SANTOS, B.; GRIJALBA JIMÉNEZ, A. (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, ABYA YALA, 2012, p. 76.

Guamán Poma, F. *Nueva coronica y buen gobierno. Edición facsímil realizada por Paul Rivet*. Instituto Etnográfico de París, Tomo 1, *op. cit.*, p. 390.

Guamán Poma, F. *Nueva coronica y buen gobierno. Edición facsímil realizada por Paul Rivet*. Instituto Etnográfico de París, Tomo 1, 1936, p. 380.

Guerrero, A. *La hacienda precapitalista y la clase terrateniente en América Latina y su inserción en el modo de producción capitalista: el caso ecuatoriano*. Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 1975, pp. 16,17.

Guerrero, T. “¿La primera colonización de América?” en *El Mundo*, 26 de abril de 2017. [En línea:<https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2017/04/26/59008093e5fdeabf788b45aa.html>]. Consulta (12/08/2023).

Hernández, R. “La arbitrariedad en la calificación de los actos de proposición” en Web Quevedo y Ponce, 2019. [Online: <https://www.quevedo-ponce.com/la-arbitrariedad-en-la-calificacion-de-los-actos-de-proposicion/>]. Consulta (14/08/2023).

ILO. *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL). RECLAMACIÓN (artículo 24) - ECUADOR - C169 – 2001*. [En línea: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507223,es]. Consulta (31/08/2024).

Lalander R, Ospina Peralta, P. “Movimiento indígena y revolución ciudadana en Ecuador”, en *Cuestiones políticas* Vol. 28, núm. 48, 2012, pp. 16.

Lang, M.; Kucia, A., *Mujeres indígenas y justicia ancestral*. Quito. UNIFEM. 2009, pp. 16-17.

Larrea, J. “La Nueva Constitución del Ecuador en Estudios de Derecho”, en *Separata de la Universidad de Antioquia*, Vol 38, núm. 96, 1979, pp. 431-447. [En línea: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332736>]. Consulta (15/08/2023).

Laviña, J.; Orobítz, G. (coord.). *Resistencia y territorialidad. Culturas indígenas y afroamericanas*, Departament d’Antropologia Cultural i Història d’Amèrica i Àfrica, UAB, Barcelona, 2008, p. 359.

Ley Orgánica de Movilidad Humana. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 938 de 06-feb.-2017. Última modificación: 23-oct.-2018. [En línea: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2014/03/ley_de_movilidad_humana_oficial.pdf]. Consulta (12/11/2023). Art. 2.

Llasag Fernández, R.; Tello Toral, K., Zapata Carpio, A. “Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador”, en *Cahiers des Amériques latines*, 94, 2020, pp. 157-174.

Malo González, C. “Raza y Cultura” en *Revista de la Universidad de Azuay*, núm. 65, diciembre 2014, p. 137.

Morrison, A.H. “Dawnland Dog-Feast: Wabanaki Warfare, c. 1600-1760”, en *Cowan W (eds). Papers of the twenty-first Algonquian conference*, Carleton University, Ottawa, 1990, pp. 258-278.

Palacios Chancay, A.I. “Estudio comparativo acerca de los delitos y contravenciones” en *UNIANDES. Proyecto de vinculación*, Quevedo, 2021, p. 1.

Paz y Miño, J. *La Revolución Juliana en Ecuador (1925-1931)*. Políticas económicas. Serie Historia de la Política Económica del Ecuador, Quito, 2013, pp. 21-27.

Pathfinders For Peaceful, Just and Inclusive Societies. *El buen vivir en la Constitución de Ecuador: Derechos colectivos y justicia indígena*. 2021.

Peña Gonzáles, O.; *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*,

Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC, Perú, 2010, p. 62.

Pérez Cárdenas, L. “Participación política de mujeres indígenas en tiempos de la Revolución Ciudadana”, en *Alteridades*, UAM, México, 2017. [En línea: <http://www.doi.org/10.24275/uam/izt/dcs/alteridades/2018v28n55/Perez>]. Consulta (12/11/2024).

Prescott, G. *Historia de la conquista del Perú con observaciones preliminares sobre la civilización de los Incas*, Imprenta y librería de Gaspar y Roig Editores, Madrid, 1851, pp. 16-17.

Piqueras, R. “Bartolomé de las Casas. La historia como arma de denuncia”, en *Revista Historial. National Geographic* núm. 57, 2007, pp. 103-105. [En línea: <https://portalfuturub.ub.edu/AR561280>]. Consulta (16/08/2023).

Salgado, J. (2017). “El impacto del pluralismo jurídico en los derechos de las mujeres indígenas en Ecuador”, en *Deusto Journal of Human Rights*, núm. 6, 2017, pp. 61-72

Shugulí Guerra, K., “Mujeres indígenas, equidad y lucha contra la violencia de género”, en *Diálogo Político. Newsletter*. 25/10/2021, p. 1. [En línea: <https://dialogopolitico.org/agenda/mujeres-indigenas-equidad-y-lucha-contra-la-violencia-de-genero>]. Consulta (10/11/2024).

Triviño Rodríguez, K.G., *El rol de la justicia indígena en los casos de violencia contra la mujer: aportes para una propuesta de exigibilidad estratégica que promueva el diálogo intercultural en la comuna Los Óvalos del pueblo Natabuela*. Tesis doctoral. UASB. Quito, 2023, p. 97.

Tuaza, L.A. *Anejos libres e indios sueltos. La Moya y sus alrededores*. UNACH, Riobamba, 2018, pp. 25-26.

Vargas.J. “1990: 30 años del primer gran levantamiento indígena” en web Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, 2020. [En

línea: <https://conae.org/2020/06/05/1990-30-anos-del-primer-gran-levantamiento-indigena/>] Consulta: (18/08/2023).

Zambrano, S. "El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador", en *Tla-melaua*, Vol. 9, núm. 39, 2016, p. 70. [Online:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187069162016000100058&lng=es&tlng=es]. Consulta (15/08/2023).

Recibido el 15 de mayo de 2023. Aceptado el 22 de mayo de 2023.