



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

DEPARTAMENTO DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO
CON MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL**

TRABAJO DE TITULACIÓN

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL**

TEMA

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LAS
PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA.**

Autora:

BEATRIZ LOURDES ARGÜELLO CARRASQUEL

Tutor:

DR. RICHARD AUGUSTO PROAÑO MOSQUERA, Mgtr.

GUAYAQUIL-ECUADOR

2021

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS

TÍTULO:

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA.

AUTOR:

Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel

TUTOR:

Dr. Richard Proaño Mosquera, Mgtr.

INSTITUCIÓN:

**Universidad Laica Vicente
Rocafuerte de Guayaquil**

Grado obtenido:

Magister en Derecho mención Derecho Procesal

MAESTRÍA:

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO PROCESAL

COHORTE:

COHORTE II

FECHA DE PUBLICACIÓN:

2021

N. DE PAGS:

116 páginas

ÁREAS TEMÁTICAS: DERECHO

PALABRAS CLAVE: Derecho Indígena, Justicia Indígena, Responsabilidad Extracontractual, Comunidades y pueblos indígenas.

RESUMEN:

Para poder determinar si existe responsabilidad del Estado en el marco de la justicia, es pertinente recordar hasta donde se permite que el Estado intervenga o no en los pueblos, comunas y comunidades indígenas. Resulta imposible llegar a una exacta determinación de esta responsabilidad ya que el Ecuador a través de la Constitución reconoce libertades de aplicación de la justicia indígena, pero impone ciertas limitaciones y es precisamente en el marco de los derechos humanos reconocidos.

La normativa vigente y la permisibilidad en el marco de aplicación de la justicia indígena en comunidades reconocidas constitucionalmente, limita su accionar y obliga a las

mencionadas comunidades indígenas a respetar los derechos humanos que han ganado internacionalmente a través de múltiples luchas y que han sido ratificados en el ordenamiento jurídico interno de cada país.

El Ecuador en el marco del respeto y la obligatoriedad que tiene de hacer cumplir los derechos reconocidos a las comunidades indígenas debería intervenir e implementar una normativa vigente que coadyuve a las mismas a respetar los derechos humanos como base de la dignidad humana.

No se ha investigado en ningún trabajo, tesis o texto revisado si el Estado debe o no responder por las sanciones que se imponen en las comunidades indígenas, o si estas sanciones deben ser reguladas, lo pertinente sería que sí se regule.

N. DE REGISTRO (en base de datos):	N. DE CLASIFICACIÓN:
---	-----------------------------

DIRECCIÓN URL (tesis en la web):

ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
---------------------	---	------------------------------------

CONTACTO CON AUTOR: Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel	Teléfono: 0980647292	E-mail: barguello@ulvr.edu.ec
--	---------------------------------------	--

CONTACTO EN LA INSTITUCIÓN:	<p>Dra. Eva Guerrero López</p> <p>Teléfono: (04)2596500 Ext. 170</p> <p>E-mail: eguerrerol@ulvr.edu.ec</p> <p>Directora del Departamento de Posgrado</p> <p>Phd. Mario Martínez Hernández</p> <p>Teléfono: (04)2596500 Ext. 170</p> <p>E-mail: mmartinez@ulvr.edu.ec</p> <p>Coordinador de maestría</p>
------------------------------------	---

DEDICATORIA

Por el amor, la paciencia y la tolerancia que me han tenido.

A Dios

A Rosa Carrasquel Morocho

A Yulitza Pin Argüello

AGRADECIMIENTO

Agradecida con Dios por haberme dado salud y fortaleza para continuar en mi desarrollo personal y profesional.

Gracias a todas aquellas personitas que de alguna manera me han brindado su cariño y apoyo para continuar sin desmayar.

Gracias infinitas.

Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 12-feb.-2021 13:05 -05
Identificador: 1508054092
Número de palabras: 27133
Entregado: 1

Tesis de BEATRIZ LOURDES ARGÜELLO CARRASQUEL Por Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel

Índice de similitud	Similitud según fuente	
3%	Internet Sources:	3%
	Publicaciones:	0%
	Trabajos del estudiante:	0%

[Incluir citas](#) [Incluir bibliografía](#) [excluyendo las coincidencias < 3%](#) modo:
ver informe en vista quickview (vista clásica) [imprimir](#) [actualizar](#) [descargar](#)

3% match (Internet desde 08-dic.-2016)
<http://www.pensamientopenal.com.ar>

UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL DEPARTAMENTO DE FORMACIÓN DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL TEMA LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA. Autor/a: BEATRIZ LOURDES ARGÜELLO CARRASQUEL Tutor/a: DR. RICHARD AUGUSTO PROAÑO MOSQUERA GUAYAQUIL-ECUADOR 2019 – 2020 DEDICATORIA Por el amor, la paciencia y la tolerancia que me han tenido. A Dios A Rosa Carrasquel Morocho A Yulitza Pin Argüello AGRADECIMIENTO Agradecida con Dios por haberme dado salud y fortaleza para continuar en mi desarrollo personal y profesional. Gracias a todas aquellas personitas que de alguna manera me han brindado su cariño y apoyo para continuar sin desmayar. Gracias infinitas. CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Guayaquil, 10 de noviembre del 2020 Yo, Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel declaro bajo juramento, que la autoría del presente trabajo me corresponde totalmente y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada. De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y normativa Institucional vigente. Firma: _____ Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE LA TESIS Guayaquil, 10 de noviembre del 2020 Certifico que el trabajo titulado LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA ha sido elaborado por Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel bajo mi tutoría, y que el mismo reúne los requisitos para ser defendido ante el tribunal examinador que se designe al efecto. Firma: _____ DR. RICHARD PROAÑO MOSQUERA Contenido CAPÍTULO 1:

..... 13 1.1. TEMA

..... 13 1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

..... 13 1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

..... 16 1.4.

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Guayaquil, 10 de noviembre del 2020

Yo, **Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel** declaro bajo juramento, que la autoría del presente trabajo me corresponde totalmente y me responsabilizo con los criterios y opiniones científicas que en el mismo se declaran, como producto de la investigación realizada.

De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil, según lo establecido por su Reglamento y normativa Institucional vigente.


Firma: 
Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR DE LA TESIS

Guayaquil, 10 de noviembre del 2020

Certifico que el trabajo titulado **LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA** ha sido elaborado por **Beatriz Lourdes Argüello Carrasquel** bajo mi tutoría, y que el mismo reúne los requisitos para ser defendido ante el tribunal examinador que se designe al efecto.

Firma: _____


DR. RICHARD PROAÑO MOSQUERA

Contenido

CAPÍTULO I:	3
1.1. TEMA.....	3
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	6
1.4. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	6
1.5. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.6. LÍNEA DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.7. OBJETIVO GENERAL.....	8
1.8. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	8
1.9. JUSTIFICACIÓN E IMPACTO DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.10. IDEA A DEFENDER	10
1.11. VARIABLES.....	10
CAPÍTULO II	11
MARCO TEÓRICO, CONCEPTUAL Y LEGAL.....	11
2.1. ANTECEDENTES. -.....	11
2.1.1. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. -	15
2.1.1.1. LA JUSTICIA INDÍGENA PODRÍA CONSIDERARSE UN DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. -	21
2.1.1.2. DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LOS INTEGRANTES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. -	25
2.2. RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL ESTADO ECUATORIANO. -	28
2.2.1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA. -.....	30
2.2.2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. -	33
2.2.3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA. -	38
2.3. JUSTICIA INDÍGENA. -	41
2.3.1. MAL LLAMADO AJUSTICIAMIENTO A LA JUSTICIA INDÍGENA. -.....	50
2.3.2. TRATOS CRUELES O INHUMANOS AL INTERIOR DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. -	54
2.4. PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDAD. -	56
2.4.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE DAN ORIGEN A LA LLAMADA JUSTICIA INDÍGENA. -62	
2.4.2. PARALELO COMPARATIVO ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA CON COLOMBIA Y ECUADOR, DOS SISTEMAS DISTINTOS, PERO CON SUS SIMILITUDES DE APLICACIÓN. -	63
CAPÍTULO III	67
3.1. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN:	67
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN:.....	67

3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:	68
3.4. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN. –.....	68
3.5. INFORME DE RESULTADOS OBTENIDOS EN LA ENCUESTA REALIZADA	76
3.6. INFORME DE RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS	83
3.7. CONCLUSIONES GENERALES:	84
3.8. RECOMENDACIONES:.....	86
CAPÍTULO IV	87
INFORME TÉCNICO O PROPUESTA.....	87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL
ESTADO Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL
MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA.**

RESUMEN

Para poder determinar si existe responsabilidad del Estado en el marco de la justicia, es pertinente recordar hasta donde se permite que el Estado intervenga o no en los pueblos, comunas y comunidades indígenas. Resulta imposible llegar a una exacta determinación de esta responsabilidad ya que el Ecuador a través de la Constitución reconoce libertades de aplicación de la justicia indígena, pero impone ciertas limitaciones y es precisamente en el marco de los derechos humanos reconocidos.

La normativa vigente y la permisibilidad en el marco de aplicación de la justicia indígena en comunidades reconocidas constitucionalmente, limita su accionar y obliga a las mencionadas comunidades indígenas a respetar los derechos humanos que han ganado internacionalmente a través de múltiples luchas y que han sido ratificados en el ordenamiento jurídico interno de cada país.

El Ecuador en el marco del respeto y la obligatoriedad que tiene de hacer cumplir los derechos reconocidos a las comunidades indígenas debería intervenir e implementar una normativa vigente que coadyuve a las mismas a respetar los derechos humanos como base de la dignidad humana.

No se ha investigado en ningún trabajo, tesis o texto revisado si el Estado debe o no responder por las sanciones que se imponen en las comunidades indígenas, o si estas sanciones deben ser reguladas, lo pertinente sería que sí se regule.

Palabras claves: Derecho Indígena, Justicia Indígena, Responsabilidad Extracontractual, Comunidades y pueblos indígenas.

ABSTRACT

In order to determine whether there is a State responsibility within the framework of justice, it is pertinent to remember to what extent the State is allowed to intervene or not in indigenous peoples, communes and communities. It is impossible to reach an exact determination of this responsibility since Ecuador through the Constitution recognizes freedom of application of justice, but imposes certain limitations and it is precisely within the framework of recognized human rights.

The current regulations and the permissibility in the framework of application of indigenous justice in constitutionally recognized communities, limits their actions and obliges the aforementioned indigenous communities to respect the human rights that they have won internationally through multiple struggles and that have been ratified in the internal legal system of each country.

Ecuador, within the framework of respect and the obligation that it has to enforce the recognized rights of indigenous communities, should intervene and implement current regulations that help them to respect human rights as the basis of human dignity.

It has not been investigated in any work, thesis or revised text whether or not the State should answer for the sanctions that are imposed on indigenous communities, or if these sanctions should be regulated, the pertinent thing would be to do so.

Keywords: Indigenous Law, Indigenous Justice, Tort Liability, Indigenous Communities and People.

Introducción

Es innegable la existencia de los pueblos o comunidades indígenas a través de la historia de la humanidad, el desarrollo simultáneo y paulatino de los derechos de aquellos, las luchas por conseguir u ocupar un merecido puesto en las diferentes sociales ha sido el pan de todos los días de dichas comunidades. En el caso de la implementación y reconocimiento del derecho indígena se da en forma colectiva, más no individual y hablar de derechos humanos en las comunidades y pueblos indígenas es más difícil que hablar de la existencia de los derechos del ser humano por el simple hecho de pertenecer a una sociedad conformada y reconocida como tal.

Debo aclarar que forma parte de nuestra cultura, el hecho de conocer no sólo la historia nuestra, sino además la historia de los pueblos y nacionalidades de Ecuador es como conocer nuestro origen.

En el Derecho Indígena siempre será el eje fundamental la conservación de su identidad cultural, de su identidad como parte integrante de una comunidad que se ve obligado no sólo a conservar su identidad cultural, sino a transmitirla de generación en generación dentro del derecho ecuatoriano, dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y es precisamente esta transmisión la que ha mantenido vivo el derecho y la identidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas.

Ahora sería posible que por el hecho de mantener su identidad cultural, sus usos y costumbres a través de castigos que se desarrollan en su interior se pueda ver involucrado un Estado y deba responder por esto, y es donde surgen tantas preguntas como ¿Puede el Estado Ecuatoriano intervenir al interior de dichas comunidades indígenas regulando o controlando estos castigos?, o ¿Debe responder por el exceso de dichos castigos sin haber intervenido o regulado los mismos?, en todo caso son preguntas que pueden ser esclarecidas en el desarrollo

del presente trabajo. Es decir, la existencia, regulación y aceptación de los derechos humanos, derechos que van más allá de la regulación interna de cada estado, derechos que deben ser respetados por todos sin excepción pueden ser violados al interior de las comunidades indígenas con el simple hecho de aplicar el derecho o la justicia indígena que actualmente se ve reconocida en nuestra Carta Magna. Aceptado el derecho de las comunidades y pueblos indígenas debe ser controlado y no permitir los excesos que en un momento determinado puedan ser considerados como tratos crueles e inhumanos o degradantes que no sólo afecten a una persona o un grupo de personas, sino que puede conllevar a una sanción a niveles internacionales por incumplimiento de los Tratados Internacionales legalmente suscritos y ratificados por el Ecuador.

En sí para nosotros el Derecho Indígena *“es el conjunto de principios, de normas, de usos y costumbres no vulneradores de los derechos humanos ni constitucionales, que regulan prioritariamente la convivencia de los indígenas al interior de las comunidades y que procuran, a la vez que la realización de la paz social, dar el soporte necesario para la conservación permanente de la identidad cultural de dichas comunidades; regulando también la inconstitucionalidad organizacional y democrática de la vida indígena según su manera de entender el mundo, el papel de la naturaleza y la vida indígena; ésta última en sí mismo considerada, como respeto de la cultura occidental...”*.

Ante esta definición es posible destacar la importancia que han venido desarrollando en torno a los derechos humanos, fundamentales y constitucionales, así también en torno al mantenimiento de la identidad cultural, la paz social, las formas de organización de las comunidades indígenas, y su autenticidad para enfrentar el mundo, verlo y entenderlo en su amplitud.

CAPÍTULO I:

En este capítulo encontraremos el planteamiento del problema, la sistematización del mismo y el marco en el que va a ser desarrollado, tratando de plasmar el ¿por qué? se eligió el tema, determinando los objetivos que son los que develaran la importancia del tema y si existe o no responsabilidad del Estado al no intervenir en las decisiones que se toman al interior de las comunidades, pueblos o comunas indígenas.

1.1.TEMA

La responsabilidad extracontractual del estado y las penas que se imponen en el marco de la justicia indígena.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las noticias, de diario el Telégrafo señalan ***“Castigos de la justicia indígena se ejecutan en espacio íntimo”***, del 17 de mayo del 2018; así podemos encontrar miles de noticias referentes a lo que sucede al interior de las comunidades indígenas, como castigo ejemplarizador, dicen los comuneros. Así también encontramos en diario El Comercio ***“La Justicia Indígena tiene un fin espiritual, de purificación”***, por eso rezamos un padre nuestro dice, un líder de la comunidad antes de aplicar un castigo.

Tenemos en la *“Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en su Art. 2.- Todo acto de tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...”*, si bien es cierto con la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, por primera vez en la historia del Ecuador se reconoce

derechos a las comunidades indígenas, no es menos cierto que ellos forman parte de la sociedad y deben regirse por las leyes y toda norma vigente dentro de un Estado, como lo es el Ecuador, ahora bien, una vez que se les reconoce derechos y se les da cierta autonomía de aplicar lo que ellos denominan “Justicia Indígena” ¿será que dentro de esta mal llamada autonomía se les otorga facultades?, para que ellos puedan ejercer actos de violencia o actos considerados como crueles e inhumanos, que atenten contra la “**dignidad humana**”. ¿Cómo podríamos llegar a determinar que estos actos son crueles o inhumanos o son costumbres ancestrales, parte de la Cultura al interior de las comunidades indígenas?, es necesario además puntualizar que en la “*Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, en su Art. 66 numeral 2,* reconoce el Pluralismo Jurídico, y dice “*El Estado Ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado...*”, es decir, ratifica el reconocimiento que hace la Constitución, y de esta forma comenzamos a desarrollar una nueva sociedad, si, una sociedad dividida internamente, en comunidades o sociedades indígenas regidos prácticamente por leyes ancestrales; y, una comunidad de personas – seres humanos que forman la sociedad Ecuatoriana, ¿Será que esta división interna de un estado, puede ser natural o normal? ¿Será que en base a esa división damos facultades o potestades de administrar justicia a las comunidades indígenas? Y de esta forma nos encontramos, ante una situación jurídica que, a decir de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, la conducta al interior de las comunidades indígenas pueda ser considerada como “Violatoria o Vulneradora de Derechos Humanos”, esta conducta que, a decir, de Organismos Internacionales deben responder los estados por su “inacción o dejar de proteger a los individuos que forman parte de su jurisdicción o territorio. Podemos, como estado ser sancionados por la Convención Americana de Derechos Humanos, por los actos considerados al interior de las comunidades

indígenas como “**corregidores de actos negativos realizados en contra el que lo comete, su familia y la comunidad a la que pertenece**”.

Al momento de hablar de reconocimiento de las comunidades ancestrales o indígenas y de darles cierta libertad, con la ratificación de la actual Constitución de Montecristi, ¿Será que podemos llegar a manifestar que ellos no forman parte del Estado, porque las mismas comunidades se consideran autónomas al tener sus propias mal llamadas “leyes”?, y con estas manifestaciones podemos considerar que no deben ser protegidos por el Estado, y, a su vez por esta razón podemos decir que el Estado no debe responder por los castigos impuestos a los comuneros al interior de las comunidades indígenas, es decir, podríamos llegar a la conclusión de que los comuneros o miembros de las comunidades indígenas no tienen derechos humanos; y, por lo tanto no deben de gozar de la protección del Estado.

En el marco de los derechos humanos tenemos que, **Boaventura de Sousa Santos**, en su obra *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, señala:

los derechos humanos no son universales en su aplicación. Consensualmente se identifican cuatro regímenes internacionales de derechos humanos en el mundo actual: el régimen europeo, el interamericano, el africano y el asiático... El origen occidental de los derechos humanos puede fundarse en congruencia con su universalidad si, hipotéticamente, en un determinado de la historia estos se aceptaran universalmente como estándares ideales de la vida política y moral (Boaventura y Grijalva, 2013)

Así también encontramos, en la obra del autor ecuatoriano Hernández, respecto a la Justicia Indígena y al Pluralismo jurídico, autor de los derechos reconocidos a las comunidades indígenas, manifiesta:

la norma indígena equivale a la norma legal. Destacamos también respecto del artículo 171 vigente que no cabe interpretar, por contrario sensu, que las normas indígenas sí pueden ser contrarias a los derechos humanos reconocidos en la ley, pero no a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, pues tal interpretación es contraria a la lógica hermeneútica de los derechos humanos: lo importante es su existencia, no el rango de la norma jurídica que los establece o reconoce (Hernández, 2011)

Entonces, podemos manifestar o no que a las comunidades que exigen el reconocimiento de su derecho ancestral deberían gozar o no de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, si a pesar de que ninguna norma puede ser contraria a la Constitución, la justicia indígena con su aplicación estaría o no vulnerando derechos humanos de los miembros de una sociedad. Teniendo en cuenta que, a decir, de *Boaventura de Sousa* no podríamos establecer con exactitud meridiana si “*los derechos humanos son reconocidos universalmente*”.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué medida la imposición de penas al interior de las comunidades indígenas de la sierra constituye una vulneración a los derechos humanos, por la que deba responder extracontractualmente el Estado Ecuatoriano?

1.4. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

¿Se puede considerar que los procedimientos que aplican esas comunidades indígenas sean correctos y adecuados?

¿Puede llamarse “Justicia Indígena o Ajusticiamiento”?

¿Se puede hablar de derechos humanos respecto a los miembros que pertenecen a las Comunidades Indígenas de la sierra?

¿Todas las comunidades indígenas aplican los mismos procedimientos para sancionar a sus miembros?

¿El respeto de la diversidad étnica y cultural bajo la fórmula de tolerancia y respeto, pueden ser regulados en una ley especial?

¿Por qué no gozarían de derechos humanos los miembros de las comunidades indígenas?

¿Cuál es el marco jurídico en el que se desarrollan las sanciones disciplinarias al interior de las comunidades indígenas?

¿Existe inacción por parte del Estado al momento de permitir que en las comunidades indígenas se desarrollen injusticiamientos, conocidos como aplicación de la justicia indígena?

¿Puede estar la Justicia Indígena por encima de las normas penales que juzgan y establecen los tipos de delitos?

¿El accionar de las comunidades indígenas puede generar la responsabilidad del Estado ante organismos internacionales?

1.5. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

La presente investigación se encuentra enmarcada en comunidades, pueblos o comunas donde se da la aplicación de la Justicia Indígena pero únicamente en 3 de ellas que serán tomadas como referente de estudio, para poder determinar si se respeta o no el debido proceso al momento de aplicar la justicia indígena o se trata de tratos crueles e inhumanos por los que el Estado deba responder por no intervenir en regular las sanciones.

1.6. LÍNEA DE LA INVESTIGACIÓN

1.7. OBJETIVO GENERAL

Analizar si existe responsabilidad extracontractual por parte del Estado Ecuatoriano al dejar de intervenir en las decisiones tomadas en las comunidades indígenas de la serranía cuando sanciona a sus miembros.

1.8. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar los elementos jurídicos que permitan establecer si se afectan o no los derechos humanos al interior de las comunidades indígenas.
- Verificar si son castigos crueles e inhumanos o sanciones permitidas al interior de las comunidades indígenas.
- Examinar si la normativa existente prevé efectivamente el respeto a la justicia indígena y cuál vendría a ser su ámbito de aplicación.
- Determinar si existe o no responsabilidad extracontractual del estado al no intervenir en las decisiones o sanciones impuestas al interior de las comunidades indígenas, a través de un informe de resultados.

1.9. JUSTIFICACIÓN E IMPACTO DE LA INVESTIGACIÓN

Si las penas no están estructuradas o definidas en un marco legal, como podrían ser aplicadas bajo las reglas del debido proceso conforme establece el artículo 76 de nuestra Carta Magna, o conforme señalan Tratados Internacionales; y, en virtud a esta inexistencia de garantía de que los actos que se emanan o juzgan en el marco de la “Justicia Indígena” se realicen respetando el Debido; y, que por esto deba responder el Estado.

No, el estado no debe responder por actos atribuibles a terceros; pero obviamente, si, cuando es obligación del Estado hacer algo para que esos terceros no dañen, vulneren o violen derechos fundamentales o derechos humanos y no lo hace, pero antes sería pertinente demostrar lo contrario, ya que las comunidades indígenas aspiran a que se respeten los actos que se realizan al interior de sus comunidades, al tenor de que la vida que ellos llevan es de acuerdo a sus culturas y tradiciones; en ese marco no admiten la intromisión del estado; entonces, considero que no es factible que el estado pueda ser sancionado por vulneración de los derechos humanos, por actos que no está en la obligación de impedir, una vez que se ha realizado el reconocimiento e impuesto el respeto de la Justicia Indígena en la Constitución de la República, lo cual resultaría contradictorio con tan sólo dar lectura al artículo 1 de la misma.

Resulta imperante establecer la legalidad o la constitucionalidad, en el marco del debido proceso de los castigos o penas que se imponen al interior de las comunidades indígenas; y, si estos tratos pueden ser considerados crueles e inhumanos; o será que solamente son castigos leves que no dañan la integridad o la dignidad humana de sus miembros y se encuentran enmarcados en el respeto a sus organizaciones.

Por otro lado, si existen violaciones de los derechos humanos al interior de las comunidades indígenas y el Estado no hace nada en el marco de sus competencias, y en virtud de Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador ¿Qué sería lo pertinente?, dejar que el estado responda por actos que pudo haber previsto o regulado, actos que se encuentran enmarcados en el accionar de las comunidades ancestrales o indígenas; o, imponer el debido proceso, garantizado así **la inexistencia de tratos crueles e inhumanos que puedan ser considerados atentatorios y vulneradores de derechos humanos.**

¿Sería suficiente el hecho de normar las sanciones? O, es necesario otro tipo de intervención.

La presente investigación puede ser apreciada desde 3 puntos o impactos que dan relevancia a la misma.

1. **Impacto potencial.** - El conocimiento no sólo es el arte de aprender, sino de aplicar lo aprendido, al hablar de impacto potencial, hablamos de cómo puede esta investigación incidir en la sociedad ecuatoriana y de cómo puede ayudar a las comunidades indígenas a que se respete su identidad y sus costumbres ancestrales en el marco del debido proceso y garantizando la prevalencia de los derechos humanos.
2. **Impacto teórico.** - La teoría es la base de la práctica, conocer y poder determinar si son castigos crueles o inhumanos las sanciones que se imponen en el marco de la justicia indígena o no, resulta importante para el Estado Ecuatoriano, para evitar futuras sanciones por omisión.
3. **Impacto práctico.** - Llevar a la práctica el debido proceso y el respeto a las garantías jurisdiccionales en el marco de la justicia indígena sería el éxito de la presente investigación

1.10. IDEA A DEFENDER

“Las sanciones que se imponen en la justicia indígena al interior de las comunidades de la sierra constituyen una violación de los derechos humanos por las cuales el Estado deba ser responsable”

1.11. VARIABLES

- a. Sanciones que se imponen en la aplicación de la justicia indígena.
- b. Existe violación de los Derechos Humanos en la aplicación de la justicia indígena.
- c. Responsabilidad extracontractual del Estado en la aplicación de la justicia indígena.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO, CONCEPTUAL Y LEGAL

En el marco del desarrollo del presente trabajo en este capítulo encontraremos desarrollados grandes criterios, conceptos o definiciones en virtud de los cuales la justicia indígena o sus actuaciones se verán señaladas o analizadas.

Trataremos de ahondar en el tema de la responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado en el marco de la Justicia Indígena y sus actuaciones al interior de las comunidades o pueblos indígenas, sus orígenes, sus conquistas y sus derechos consagrados en nuestra Carta Magna. El devenir del tiempo y la posible contrastación con la justicia ordinaria.

2.1. ANTECEDENTES. -

Es necesario y pertinente revisar un poco de la historia de las comunidades indígenas en el Ecuador, su surgimiento y desenvolvimiento:

La Confederación de Nacionalidades Indígenas Ecuatorianas fue establecida en 1986 como resultado del acuerdo de dirigentes amazónicos, agrupados en la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (Confeniae) y dirigentes serranos integrados en Ecuarunari. Más recientemente la organización nacional promovió la conformación de un organismo regional indígena en la costa ecuatoriana, denominado Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Costa del Ecuador (Conaice). La Conaice está estructurada en la actualidad en torno a una directiva nacional presidida por un presidente y un Consejo de Gobierno. Estas instancias de dirección son electas por la asamblea de los pueblos indígenas que se reúne cada dos años y en ellas están representados los principales pueblos indígenas del país (Chiriboga, 2004)

Como parte del producto de reconstrucción y organización, impulsada por sus propios actores y su nacimiento proviene de los grupos considerados como minorías, cuyas acepciones utilizadas para referirse a ellos era con términos peyorativos, pasando a conceptualizarlos como “Nacionalidades y Pueblos Indígenas”.

Llegando Unda, a determinar respecto a los pueblos y nacionalidades originarias de Ecuador, y señalando ¿Qué son las Nacionalidades Indígenas?, de la siguiente manera:

Son colectividades milenarias anteriores a la existencia del Estado, que vive en un territorio determinado, tienen una identidad histórica, idioma, cultura, sus instituciones propias como es la organización social, económica, política, jurídica y el ejercicio de autoridad propia (Unda, 2014)

Y ¿Qué son los pueblos Indígenas?, “...*Son colectividades originarias conformadas por comunidades con identidades culturales e historias propias, que les hace diferentes de otros sectores de la sociedad; tienen sus sistemas propios de organización social, económica, política y sistemas jurídicos particulares...*” (Unda, 2014)

Podemos manifestar que de conformidad con lo que el establece el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) ¿Cuál es la diferencia entre nacionalidad y pueblo?

...conjunto de pueblos milenarios anteriores y constitutivos del Estado ecuatoriano, que se autodefinen como tales, que tienen una identidad histórica, idioma, y cultura comunes, que viven en un territorio determinado mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y ejercicio de autoridad (Pérez, 2010)

El reconocimiento de la justicia indígena ha sido, es y será considerado como un gran paso en nuestro país, debo señalar que una gran pauta para ello fue el llamado levantamiento indígena nacional de 1990 señala la CONAIE:

Se inicia una nueva época en el país, se reconoció a los indígenas un sitio como actores políticos (...) como actores colectivos dispuestos a defender su integridad, como pueblos o nacionalidades al amparo de un marco jurídico internacional que ventajosamente contempla principios universales idóneos que respaldan su lucha demandas (Chiriboga, 2004)

He llegado a determinar que no existe una definición clara o fehaciente de quienes son pueblos indígenas o pueblos tribales o comunidades indígenas que vienen existiendo desde la antigüedad y que toman forma u origen con el Convenio No. 169 de la OIT, que sea aceptada unánimemente en el contexto del derecho y las políticas internacionales y nacionales.

Así tenemos, que el **Convenio 169** señala dos postulados básicos:

el derecho de los pueblos indígenas a mantener fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de una manera efectiva en las decisiones que les afectan. Estas premisas constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del Convenio.

El Convenio también garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Al ratificar un convenio de la OIT, un Estado miembro se compromete a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes y de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Asimismo, se compromete a informar periódicamente a los órganos de control de la OIT sobre la aplicación en la práctica y en la legislación de las disposiciones del Convenio y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de esos órganos de Control.

Es así, que la legislación ecuatoriana ha ido otorgando paulatinamente importancia a la población indígena, como quedó demostrado en la derogada Constitución de 1998, cuando por primera vez se considera al Ecuador como un país pluriétnico y pluricultural, dando prioridad y estableciendo las circunscripciones territoriales y respetando en teoría el territorio indígena.

A decir del Dr. Hernández “*Pero talvez el símbolo mayor de la importancia de la población indígena a nivel constitucional constituye la admisión de un esquema propio de la administración de justicia...*”

Con la Constitución de la República del 2008, como norma suprema en extremo garantista se da **en teoría**, “la protección a las comunidades indígenas”, no sólo por considerarla como grupo que merece atención y la misma se reafirma en la práctica a partir de noviembre del 2014 en que el Ecuador suscribe dicho Convenio # 169; y, se ve en la obligación de comenzar a regular y garantizar el derecho de las comunas ancestrales de las comunidades, nacionalidades y pueblos indígenas.

Es así que, podemos afirmar que los pueblos indígenas y sus derechos surgen en el marco del derecho internacional, de donde evolucionan y toman sentido. Entre los documentos que encontramos y dan forma a los derechos de los pueblos indígenas, entre estos documentos tenemos “*La Declaración Universal de Derechos Humanos*”, y todo esto, en virtud de las circunstancias que se venían dando al interior de muchos países, por territorio, recursos y porque se les reconozca el derecho a la libre determinación, en sí al respeto que merecen dichas comunidades que han luchado por un lugar en la sociedad ante la discriminación en la que se veían sometidos por la desatención del Estado.

Pero, a pesar de todo lo manifestado, siempre los pueblos indígenas han encontrado limitaciones al ejercicio de sus derechos, sobre todo al ejercicio de sus derechos humanos. Ya que sus territorios siempre han sido objeto de discusión en cuanto a la explotación de recursos y con lo cual se ve una clara afectación y restricción de derechos a los pueblos indígenas. Sus culturas siempre se han visto amenazadas y la protección ha sido mínima o coartada, los gobiernos han visto a los territorios o comunidades indígenas como un medio de obtener recursos.

A los pueblos indígenas prácticamente se les ha reconocido un sistema y ordenamiento de aplicación de sus propias leyes al interior de la comunidades, nacionalidades o pueblos indígenas, pero internacionalmente hablando su participación ha sido activa y plena, debido a estas luchas continuas internacionalmente han logrado evitar vulneraciones, encontrando una mayor dinámica en la aplicación de los derechos humanos en las comunidades indígenas.

A través de la creación de diversos organismos es que se hace visible la gran relevancia que han adquirido las comunidades indígenas, los mismos que se han dedicado a absolver los problemas de la población que forma parte de la comunidad indígena, podemos apreciar a simple vista varias organizaciones, entre las que podemos encontrar:

1. La CONDEPE el Consejo de Desarrollo de la Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, mediante Decreto Ejecutivo No. 386 publicado en el Registro Oficial No. 86 del 11 de diciembre de 1998.
2. Dirección Nacional de Salud de las Nacionalidades y los Pueblos Indígenas, organismo perteneciente al Ministerio de Salud, mediante Decreto Ejecutivo No. 01642 publicado en el Registro Oficial No. 284 del 24 de septiembre de 1999.
3. El FODEPI, Fondo de Desarrollo Indígena del Ecuador, mediante Decreto Ejecutivo No., 436 publicado en el Registro Oficial No. 90 del 2 de junio de 2000.

Las mismas que en lo posterior fueron reestructuradas por la Ley Orgánica de Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas del Ecuador, pueblos que se autodefinen como nacionalidades ancestrales, en la que se crea el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador (CONDEPE), la Secretaría Nacional de Salud Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador y el Fondo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas (FODEPI), como entidades de derecho público, con personería jurídica propia.

2.1.1. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. -

Entre los derechos que gozan los pueblos indígenas encontramos la libre determinación, siendo este un derecho central reconocido internacionalmente que juega un papel importante y de interrelación con los demás de derechos.

Todos los derechos que se enuncian en la Declaración de Derechos Humanos son indivisibles y se interrelacionan para una mejor aplicación, ya que todos los demás derechos deben ser aplicados a la luz de la libre determinación de los pueblos indígenas, así como el derecho a la cultura que hace la diferencia, ya que este puede abarcar o dar paso a la autonomía de estos pueblos indígenas en su ámbito cultural.

En los pueblos indígenas también encontramos o debemos hacer referencia al autogobierno o autonomía, y así en el **artículo 4** de la Declaración afirma:

los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas

Además, tenemos que los pueblos indígenas de conformidad con el **artículo 34** de la Declaración tienen derecho a:

promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos...”, lo que se traduce en el respeto entre los pueblos indígenas por las diferencias existentes en sus culturas, costumbres y la forma en el que desarrollan un sistema interno de aplicación jurídica.

En el Ecuador, los pueblos indígenas como tal, tienen derechos, esto resulta determinante, tienen derechos reconocidos y claramente se establece que la Constitución del 2008, ya en su artículo 1, norma que ha sido inspirada en el marco general de los principios más importantes y reconocidos “es el Estado Plurinacional”, dando oficialidad al uso de varias lenguas y dialectos indígenas, tanto es así, que en el artículo 10 encontramos el famoso principio “*de igualdad y no discriminación*”, digo famoso y hago énfasis resaltándolo, por la sencilla razón de que este ha sido la base para hacer una defensa acérrima de los derechos de todos los seres humanos, sean indígenas o no.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 3, ya entre los deberes del Estado, señala que se debe garantizar **sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos, en la misma y en los instrumentos internacionales**. Es así que más adelante desarrolla en su artículo 11 numeral 2 inciso II, que **Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, etc.**, encontrándose obligado el estado de crear acciones afirmativas que promuevan la igualdad real y material.

Es, en los artículos 56 y 57 de la Constitución de la República del Ecuador, en los que encontraremos desarrollados los derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades

indígenas, los mismos deberán guardar una estrecha relación con los Tratados Internacionales y cualquier instrumento internacional que haya sido suscrito y ratificado por el Ecuador.

En la Revista “Ratio Juris” realizan puntualizaciones respecto a los Límites a la Justicia Indígena en Ecuador, señala:

Entre los derechos reconocidos se encuentran el no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural, conservar la propiedad imprescriptible de tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras, crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario e impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen (art. 56). Se trata de derechos reconocidos a las “comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas” como sujetos colectivos, no a sus integrantes individualmente considerados, los cuales en tanto sujetos individuales tienen los mismos derechos reconocidos a todos los ciudadanos (Carrillo y Cruz, 2016)

En nuestra Constitución (2008), los artículos que determinan claramente los derechos que se les reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así tenemos:

Art. 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

- 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.*
- 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.*
- 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.*
- 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.*

5. *Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.*
6. *Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.*
7. *La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.*
8. *Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.*
9. *Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.*
10. *Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.*
11. *No ser desplazados de sus tierras ancestrales.*
12. *Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.*
13. *Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.*
14. *Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa,*

con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.

18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.

19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.

20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.

21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

En el ámbito internacional el resultado fue más claro y directo, ya que únicamente basto la Declaración Universal de Derechos Humanos para erigir un mundo jurídico de protección de los derechos humanos. Y es así, que las diferentes instituciones internacionales comenzaron diferentes trabajos para la adopción de las medidas necesarias para que los mismos sean aplicados y los países acojan dichas medidas e implementen las mismas para el respeto de los derechos humanos, de todos los seres humanos, incluyendo a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas. Entre las instituciones internacionales que iniciaron trabajos de

adopción de medidas son: la ONU, la Asamblea General del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De acuerdo con el derecho internacional, y si lo traducimos al “bloque de constitucionalidad” un tratado internacional tiene el carácter de ley interna en el estado que lo ratifica y de conformidad con el **artículo 424** inciso segundo de la Constitución de la República, que señala: “...*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público...*”

Los pueblos indígenas, como los demás pueblos, gozan de todos los derechos consagrados en todos los documentos internacionales que hayan sido ratificados, y pueden exigir plenamente su cumplimiento. Pero aún existen quienes afirman que los pueblos y comunidades indígenas no disfrutan plenamente de todos los derechos humanos contenidos en la declaración y que han sido acogidos y desarrollados por los países suscriptores, esto se debe a las lagunas existentes y las deficiencias en la administración de justicia al desarrollar la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales internamente.

Conforme se ha podido apreciar en los pactos, se prohíbe la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas, el origen social o nacional, la propiedad o el nacimiento. Con este desarrollo no sólo los pueblos indígenas pueden demandar al ser víctimas de discriminación y tienen derecho para que su derecho sea reivindicado, siempre y cuando estos puedan ser imputados a una autoridad pública y no meramente a particulares.

Las comunidades o pueblos indígenas pueden encontrar en la Declaración sobre Minorías elementos que puedan fortalecer el ejercicio de sus derechos humanos, es cuestión únicamente de aplicación y respeto a la declaración de derechos humanos.

Ante la continua problemática por las definiciones usadas para denominar a los pueblos y comunidades indígenas, la Subcomisión de la ONU, propuso la siguiente definición:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. (Naciones Unidas, 2013)

Se debe destacar de la presente definición “la existencia originaria y continuidad histórica de los indígenas”, es decir se les reconoce que debe predominar la identidad propia, el territorio propio y la preservación de patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales propios.

2.1.1.1. LA JUSTICIA INDÍGENA PODRÍA CONSIDERARSE UN DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. -

Es preciso destacar que, dentro de los autores más reconocidos encontramos a Boaventura de Sousa Santos quien hace referencia de forma continuada en sus obras la “plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador”, es así que señalaba:

La justicia indígena siempre ha formado parte de las constelaciones de relaciones sociales y económicas extrañas al individualismo posesivo del liberalismo, a la primacía de la propiedad individual sobre todas las otras formas de propiedad... estos conceptos apuntan la idea de que la organización plural de la economía y la propiedad debe gestionarse globalmente a partir de los principios de reciprocidad, complementariedad, primacía del florecimiento colectivo y respeto por los derechos de la naturaleza en cuanto madre tierra, origen y garantía de la vida humana y no humana (...)

la justicia indígena está siendo cuestionada, entre otras cosas, por ser supuestamente un obstáculo al desarrollo, impidiendo así a los pueblos indígenas participar plenamente en el nuevo ciclo de desarrollo iniciado por los nuevos gobiernos constitucionales (Boaventura y Grijalva, 2013)

O al realizar un planteamiento respecto al “Racismo en la justicia ordinaria” frente a la “justicia indígena”, señala:

Se trata de entender si los derechos alcanzados por los pueblos indígenas – por si solos o sin ser acompañados de un profundo proceso político- permiten establecer un diálogo o interacción horizontal entre las dos justicias, o más bien se trata del mantenimiento de una superioridad racista del derecho positivo Estatal y la inferiorización y asimilación de la justicia indígena, que debe legitimarse en la primera o “evolucionar” en derecho positivo para ser aceptada (Boaventura y Grijalva, 2013)

Corresponde entonces, establecer ¿Que es un derecho adquirido?, la Justicia Indígena puede ser considerada como tal o es sólo una aplicación de usos y costumbres. Puede dársele una connotación distinta a los castigos aplicados por los comuneros, puede llamársele linchamiento o ajusticiamiento. Pueden acaso ser juzgados por jueces correspondientes a la justicia ordinaria y dar una aparente igualdad entre los miembros de una comunidad indígena y los demás miembros de la sociedad.

Ximena Ortiz Crespo como colaborador en una obra, señalaba que:

El derecho indígena es dinámico, está en constante movimiento, es colectivo, justo e intercultural pues ha incorporado normas mestizas. El sistema podrá mejorarse, desde el punto de vista de la justicia, elevándose sobre las emociones colectivas, los lazos familiares y compadrazgos (Ortiz y Salgado, 2002)

Haciendo referencia a que el derecho indígena es dinámico, más que dinámico, considero que ha sido un derecho reconocido a través de las diferentes luchas del sector indígena, si, ante un mundo que al principio no los reconocía como parte de las sociedades y que este reconocimiento de viene dando de forma paulatina. Pero debemos reconocer que en el marco de las comunidades, pueblos y comunas mantienen algo que quizás no mantengan la sociedad civil y eso es la Unión y la lucha por ser respetados y reconocidos.

Gran jurista y conocedor del derecho indígena y más aún de la justicia indígena, en reiteradas obras, Carlos Pérez Guartambel, señaló:

En el derecho indígena como hemos revisado no existe un cuerpo legislativo escrito en el que se encuentren tipificados los delitos penales graves, menores y contravenciones; o la clasificación de las grandes ramas del derecho como la civil, administrativa, social, tributaria, canónico, penal, mercantil, entre otras como contiene el derecho liberal positivo. En el mundo indígena el derecho se encuentra fusionado a la armonía natural integradora manifiesta en la actividad política, religiosa, cultural, espiritual, filosófica, económico, social. Cuando una de estas normas de conducta son vulneradas, surge el problema – conflicto – visibilizando la justicia, que persigue una finalidad correctiva, más que represora e incluso encontramos una justicia preventiva bajo la responsabilidad de los mayores, madres de hogar que brindan sus primeras y sostenibles orientaciones a los niños y adolescentes para su ulterior desarrollo y comportamiento con sus congéneres, en valores y principios milenarios como el Ayni, donde todo es reciprocidad. (Pérez, 2010)

Podemos distinguir que en las comunidades indígenas no existe una separación o clasificación de normas de derecho, que hayan sido reguladas para una posible sanción. Quedando en manos de los mismos comuneros ya sea en razón de la edad o la experiencia quienes llegaban a establecer sanciones a sus miembros.

En todo caso, debemos considerar que las sanciones o castigos físicos pueden llegar a provocar sanciones físicas severas o que imposibiliten a los involucrados. En el supuesto de que haya un exceso quien debe conocer, resolver y diagnosticar el resultado de esta acción, este reconocimiento en la Constitución Política de 1998, y que se vio ratificado por la Constitución del 2008, da la apertura o garantiza también la vulneración de derechos humanos, al permitir sanciones o castigos físicos de un grupo de seres humanos pertenecientes a la sociedad, pero de una determinada circunscripción territorial relacionada por sus costumbres.

En todo caso, para poder determinar si existe o no vulneración de derechos en las decisiones de la justicia indígena en los delitos contra la vida, se debe tener en cuenta los derechos humanos – fundamentales - contenidos en la Constitución, en los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador, de igual manera los Convenios Internacionales siendo que estos constituyen límites subjetivos, tanto en la justicia indígena como en la justicia ordinaria.

Es necesario señalar que la Constitución no otorga competencia exclusiva ni concurrente del sistema jurídico a la justicia ordinaria para que conozca y solucione casos en la violación de derechos en la justicia indígena; así como tampoco realiza una separación o excluye a la jurisdicción indígena y la resolución de los casos que se den en torno a la vulneración de derechos al interior de las comunidades indígenas.

Y encontramos en torno a la justicia indígena, líderes, comuneros, grupo de ancianos, grupo de sabios, etc., que dirigen al interior de las mismas o son consultados previamente al establecimiento de sanciones, casos estudiados por la misma comunidad en aplicación de sus costumbres ancestrales y multiplicidad de formas de impartir justicia entre las diferentes nacionalidades o comunidades indígenas. Algo que debo resaltar es que al interior de las comunidades estudiadas no hacen mucha diferencia entre adultos y adolescentes, todo con la finalidad de mantener o restablecer el equilibrio social de la comunidad.

Para Carlos Pérez Guartambel, quien fue presidente de la ECUARUNARI en su momento señalaba que:

a diferencia de la justicia ordinaria, en el mundo indígena no existe un procedimiento unificado para procesar los casos, sostiene que cada una de las comunidades indígenas resuelven sus desarmonías sociales”, de acuerdo con su cosmovisión, a su realidad económica, territorial, cultura, etcétera. (Pérez, 2010)

Corresponde entonces señalar que, al interior de la llamada jurisdicción indígena las prácticas ancestrales no son consideradas como prácticas punitivas, ya que son distintas a las que se realizan en la justicia ordinaria, y podemos decir que al interior de las comunidades no hay penas privativas de libertad y su forma de proceder corresponde únicamente al estudio, análisis y castigo del caso, en deliberación dentro de la misma.

2.1.2. DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LOS INTEGRANTES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. -

Podemos considerar que, el derecho a la vida, a la integridad física y a una vida digna en el marco de la dignidad humana, resultan parte de los derechos primordiales y que se respetan en la justicia indígena, pero obviamente encontraremos más derechos humanos que han sido desarrollados y más aún considerados como importantes al interior de las comunidades, pueblos o comunas indígenas.

El atacar la integridad física es afectar este derecho humano de un miembro de la comunidad y debía ser restaurado, cabe recalcar que se debe en todo caso considerar y analizar que es la integridad física y si los castigos implantados al interior de las comunidades indígenas vulnerarían este derecho como parte del ser humano.

Se puede al interior de las comunidades indígenas, so pretexto de aplicar la justicia indígena quitar la vida a un miembro de dicha comunidad, tal vez por exceso de fuerza en la aplicación de un castigo, claramente se violaría el derecho a la vida, derecho protegido constitucionalmente, son cuestiones que muchos nos planteamos, pero en todo caso requiere de un análisis de mayor profundidad.

Qué se requiere para que existe un proceso al interior de una comunidad indígena:

- ✓ La existencia de un conflicto;
- ✓ Que dicho conflicto se dé entre miembros de la comunidad.

Los procesos que se desarrollan en torno de la aplicación de la justicia indígena, no es complicado, pero deberá ser desarrollado en algunos casos por el hombre más viejo de una determinada comunidad (como juzgador), en otros casos un tribunal de antiguos, en varios casos el hombre que sea considerado “sabio”.

En virtud, a sus costumbres ancestrales las sanciones aplicables son en su mayoría física y van dirigidas sólo a los miembros de sus comunidades. En su cosmovisión es a través de esas sanciones físicas, teniendo como única finalidad positiva que es la purificación de la persona (miembro de la comunidad) para reestablecer la armonía de la comunidad, que debido a la multiplicidad de conflictos se puede ver afectada.

Para Cruz Rueda, Elisa (2014), el derecho indígena lo ve “...en el proceso de construcción de las normas en una comunidad indígena participan tanto los referentes propios de esta como los del Estado» (p. 28); que las comunidades interpretan el derecho positivo de acuerdo con su propia visión, intereses y realidades...”, en sí, sería una combinación de los preceptos y creencias arraigadas que comparten y que establecen o enmarcan la justicia indígena, desde su cultura ancestral.

Para el connotado jurista Hernández Terán, realiza una pequeña referencia que quizás puede ayudarnos a definir o entender porque los derechos humanos toman una mayor connotación en todos los ámbitos a nivel mundial y no únicamente al interior de los estados que han ratificado la Convención Americana de derechos humanos, y es así que señala:

Felipe González en su trabajo “Las Medidas Urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, publicado en la Revista Internacional de Derechos Humanos, destaca: “A pesar de que la Convención Americana no se refiere expresamente a las medidas cautelares, la Comisión las adopta en virtud de las amplias facultades que si le confiere para la protección de los derechos humanos. Desde que se iniciaran las transiciones a la democracia, la CIDH ha venido expandiendo el uso de las medidas cautelares, y comenzó crecientemente a solicitar a la Corte la emisión de medidas provisionales con el mismo objetivo. (Hernández, 2015)

Con la sola lectura del párrafo anterior, podemos comprobar que los derechos humanos son protegidos internacionalmente y son promovidos para que sean respetados al interior de los estados, sin dejar fuera de ellos a las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas,

pudiendo inclusive acudir a la justicia internacional a solicitar las medidas cautelares pertinentes para que su normal desarrollo y desenvolvimiento sea respetado.

En la obra de Martínez, sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, señala:

Los derechos de los pueblos indígenas se posicionaron como legítimos en la arena internacional debido a dinámicas de movilización y a la conformación de un régimen de apoyo. La justificación de estos derechos se basa en argumentos de índole histórico y cultural, a través de los cuales se identifica la necesidad de la reparación de injusticias y de la protección de su distintividad, procurando su autodesarrollo. Teniendo como derecho matriz a la autodeterminación, se ha elaborado un marco jurídico normativo de derechos de los pueblos indígenas, mismo que ha tenido la mayor repercusión en América Latina (Martínez, 2015).

Como he venido aseverando, es precisamente en el derecho internacional que toman fuerza y realce los derechos humanos en el marco de la justicia indígena, dándole el énfasis que merecen y otorgándoles la importancia que corresponde tras años de lucha de los pueblos indígenas para que sean aceptados y reconocidos.

Para Castro Lucic, cuando presenta su aporte para la Revista del CESLA, manifiesta que es precisamente, en la Organización Internacional de Trabajo OIT, que los pueblos o comunidades indígenas son reconocidos y resalta.

esta declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a disfrutar y ejercer sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en las normas internacionales, en una doble dimensión: como personas individuales y como pueblos; el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, en ejercicio del derecho a la libre determinación, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Será obligación del Estado mantener mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que constituya una violación o menoscabo a los derechos de los pueblos indígenas, con un énfasis importante en la reparación, incluyendo casos de violación a los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígena (Castro, 2010)

Desde la normativa internacional se reconoce y se da derechos para poder exigir que sus derechos sean reconocidos y respetados al interior de los estados, y que, además existan formas de reparación ante la vulneración de los mismos. Pero no señala en ningún momento si el Estado puede intervenir en las decisiones respecto de las sanciones o castigos que se aplican al interior de las comunidades indígenas.

2.2. RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DEL ESTADO ECUATORIANO. -

La Constitución de la República del Ecuador en su **Art. 1**, señala “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...*”, es decir un Estado calificado como constitucional, enmarcado bajo los principios rectores de la justicia, la democracia y otros, así como del reconocimiento y respeto de los derechos, se formaliza en principios y en la necesidad de que los conflictos sociales se atiendan y discutan, en un marco reglado e institucionalizado de resolución de peticiones y/o controversias; sea en sede jurisdiccional y con mayor fuerza en la Constitucional.

Todo proceso según prevé el artículo 76 de la Constitución de la República determina se asegurará el derecho al debido proceso que incluye garantías básicas de un derecho fundamental de protección. La Corte Constitucional del Ecuador, ha sostenido como criterios “*obiter dicta*” señalando que el debido proceso es un derecho primordial que le asiste a las partes que se encuentran sometidas a un proceso y por tanto existen garantías que deben ser observadas y aplicadas, siendo esta garantía obligatoria en su cumplimiento en procedimientos administrativos, judiciales y constitucionales como en el presente caso, entonces nos encontramos bajo los presupuestos de: 1) la limitación el ejercicio del poder público, 2) la garantía de un trato paritario a los participantes; 3) así como la finalidad de constituir una garantía de proscripción de indefensión respecto de los participantes, destacándose con ello la dimensión objetiva de éste derecho. El debido proceso más se aproxima a la parte débil de la

contienda, porque representa entre otros, los frenos al poder arbitrario en el que pueda incurrir el Estado. (Sentencia # 21333-2018-00266)

Para poder determinar si existe o no responsabilidad por parte del Estado, en los actos que provienen o se desarrollan al interior de las comunidades indígenas, es necesario conocer varios puntos de vista o ir conociendo qué significado tiene o cuál es la connotación que tiene el Estado al interior de dichas comunidades.

Podemos señalar que el derecho a la reparación podría ser considerado como una obligación que los Estados aceptan o asumen con la finalidad de que se respeten y asegure el cumplimiento de los derechos humanos reconocidos ya por muchos de los Estados al momento de adoptar tratados internacionales y hacer la adaptación al ordenamiento jurídico interno de cada país, entonces nada más apartado de la realidad que el propio reconocimiento de los estados de los derechos humanos, por ende debe darse el respeto a los mismos en toda su amplitud.

Para asumir la obligación de reparar los Estados, deben garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de todos los integrantes del mismo, y, no sólo aquello, sino que además debe adaptar su ordenamiento jurídico al ordenamiento jurídico internacional, con la finalidad de hacer respetar los derechos humanos de todos sus integrantes.

En el caso conocido por todos los ecuatorianos como **Chevron – Mano negra**, se dilucido bastante el tema de la responsabilidad de los estados, al efecto de que debieron adoptar medidas para el cumplimiento de las disposiciones legislativas con la finalidad de impedir las violaciones en ese caso al ambiente, pero no es menos cierto que los estados deben adoptar medidas de prevención para evitar las violaciones, pero a su vez debe crear medidas contra los responsables y las formas de reparación.

Resulta pertinente dilucidar el tema de ¿Qué es la Responsabilidad?

Regla primordial de la responsabilidad como derecho, vendría a ser aquella que enuncia que sin perjuicio no habría responsabilidad, podemos entender que la ausencia de este perjuicio desvanece cualquier intento de hacer responsable al Estado, puesto que al no poder determinar la existencia del perjuicio ocasionado, implica la imposibilidad de pretender una declaratoria de responsabilidad. Por lo que, podemos determinar que el daño constituiría la obligación de indemnizar, y ante su ausencia esta posibilidad se desvanece. (Hans, 2014)

En la Obra **Responsabilidad Extracontractual Colectiva por daño causado por un miembro indeterminado de un Grupo**, encontramos que:

el daño es causado por un sujeto no identificado que forma parte de un grupo de personas, éste sí plenamente individualizado. Aquí aparece el elemento semejanza o similitud. c) Ese elemento de identidad, que según ha señalado la doctrina, refiere a la ratio legis o sea la razón o fin que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma... Es brindar una solución a un supuesto de daños causados por un integrante no individualizado de un grupo de personas individualizadas y la finalidad de la norma (Bordoli, 2011)

Entonces, resulta necesario y pertinente determinar e individualizar al individuo que ejecuta el acto, para poder determinar si efectivamente el daño causado es de aquello por los que deba ser considerado responsable el estado; o, el proveniente de un acto ejecutado por un miembro que pertenece al estado.

2.2.1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA. -

¿A qué llamamos Responsabilidad Objetiva y Subjetiva?

Responsabilidad Objetiva, es aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes o funcionarios, siendo que estos hubieren ocasionado un daño o perjuicio a particulares, aquí prácticamente no se requiere probar la existencia del dolo o culpa del funcionario; con demostrar el daño y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y

el accionar del Estado, es suficiente, ya que ante el poder estatal el particular quedaría en desventaja.

Para Rosso Gian Franco, el mismo que realiza un análisis respecto al principio de responsabilidad objetiva del Estado, y señala:

el principio de la responsabilidad objetiva limitada como método de equilibrio del sistema causa algún grado de rechazo en la doctrina, especialmente en aquella que pretende una responsabilidad objetiva generalizada. Las razones para esta antipatía son básicamente dos: i) el desvalor que representarían los límites cuantitativos en sí mismos, alegando diversos motivos para ello, entre los que destacan su supuesta inconstitucionalidad; y, ii) el ser ellos aparentemente contrarios al principio de la reparación integral del daño. De acuerdo a lo anterior, el desarrollo del principio según el cual no hay responsabilidad objetiva sin limitación de responsabilidad cuantitativa puede ser tratado desde dos perspectivas distintas: una constructiva y una defensiva. La perspectiva constructiva implica la elaboración (construcción) de los fundamentos por los cuales la responsabilidad objetiva debe ser limitada. La perspectiva defensiva dice relación con el enfrentar su principal crítica, como es el contrariar el denominado principio de la reparación integral de los daños. (Rosso, 2014).

En la Responsabilidad Subjetiva, es aquella que asume el Estado en cuanto a los actos u omisiones de sus agentes, y que está omisión hubiese ocasionado un daño o perjuicio a los particulares, es lo que en doctrina conocemos como “el deber ser”, aquí se requiere probar obligadamente que el daño o perjuicio ocasionado por el agente o funcionario público fue ocasionado por dolo o culpa del mismo.

En la misma línea de pensamiento termina señalando en cuanto a la responsabilidad subjetiva “...Si la responsabilidad es subjetiva, el límite lo constituye la propia culpa, si se elimina la culpa, y se responde solo por la concurrencia de una relación de causalidad, debe introducirse también un límite a dicha responsabilidad, el que se traduciría en una restricción en el monto de la indemnización a ser concedida a la víctima...” (Rosso, 2014)

Para el doctor Palacios, en uno de sus artículos respecto a la “Responsabilidad Objetiva del Estado”, señala que a través de los años ha sido denominada de varios modos “*teoría del riesgo, teoría del riesgo creado... riesgo profesional, riesgo social...*” (Palacios, 2015)

Y es así que desarrolla:

- a. **Teoría del riesgo creado:** refleja la idea de atribución de los efectos de un acto al autor del mismo. El hombre no es responsable sino por los riesgos que él mismo ha creado.
- b. **Teoría del riesgo:** se responde, en cualquier circunstancia, por realizar una actividad peligrosa para terceros; esta denominación tiene el valor de llamar la atención sobre ciertos fenómenos o actividades que frecuentemente se realizan en la sociedad moderna, y que exigen un cuidado especial del legislador. Sin embargo, se ha criticado esta expresión, por ser imprecisa, ya que hace responsable incluso del caso fortuito, y porque no se plantea el problema de la causa de la cual emana la responsabilidad.
- c. **Responsabilidad objetiva:** se emplea esta expresión con el objeto de precisar que no es necesario el análisis de la conducta del sujeto. Marton critica esta expresión por ser imprecisa, específicamente en dos aspectos: * porque la culpa, que se mide según el tipo inmutable del buen padre de familia o del ideal de un hombre prudente y diligente, ya no es en verdad un elemento subjetivo, o sea, en la llamada responsabilidad subjetiva, también hay elementos objetivos, como este parámetro del “buen padre de familia”; y * porque la responsabilidad? objetiva? no está constituida por la sola relación de causalidad, sino que está imbuida de ciertos elementos moderadores que son subjetivos, como la situación de interés, la fortuna, la buena o mala fe, etc. (Palacios, 2015)

En otras palabras, la responsabilidad subjetiva está dada por el dolo o se refleja en la culpa de una persona; mientras que la responsabilidad objetiva se encuentra dada por el riesgo.

Por lo que, la responsabilidad subjetiva presupone la culpabilidad o la intencionalidad de su autor, sin importar que daño provenga de la culpa o del dolo, y este último puede caer en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por encuadrar la intención de dañar, de forma precisa o concreta.

Y termina señalando:

La **responsabilidad objetiva** **prescinde en absoluto de la conducta del sujeto**, de su culpabilidad o intencionalidad; en ella **se atiende única y exclusivamente al daño producido**: basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte. Es **el hecho perjudicial, el hecho liso y llano** y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad. El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él. Tal es el fundamento de la responsabilidad objetiva. Dentro de este concepto de la responsabilidad, los dementes y los infantes, serían responsables de los daños que causen (Palacios, 2015)

2.2.2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. -

En el marco de la Responsabilidad del Estado, que daría lugar a una reparación a través de todo lo revisado, llegamos a determinar que es un campo muy amplio, porque no sólo abarca el accionar del Estado frente a una ineficiente prestación de servicios públicos, sino que además abarca todo lo referente a la violación de derechos humanos, cuya protección se encuentra enmarcada Constitucionalmente.

Cómo resultado ¿A qué podemos llamar Responsabilidad Extracontractual?, y tenemos:

Al hablar de la Responsabilidad Extracontractual y Contractual, existen varios manifiestos o escritos que señalan que:

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual es diferente, sólo va a operar si la conducta del agente ha sido dolosa o negligente... La responsabilidad extracontractual, que es la que se produce en este caso, como luego se verá, requiere la concurrencia de los tres elementos descritos en el artículo 1902, es decir, negligencia, daño y relación de causalidad, de modo que si uno de ellos falla, la reclamación está abocada al fracaso. El artículo 1902 Código Civil califica la conducta del agente como simple “acción”, la omisión sólo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber de obrar (González, 2013)

Encontramos que, según González, deben existir por lo menos 3 elementos para que exista Responsabilidad Extracontractual y son **“negligencia, daño y relación de causalidad”**, que tiene como resultado final que la omisión deviene en fuente de responsabilidad si es que

se tiene el deber de obrar, por lo que la responsabilidad no solamente nace de la voluntad de las partes, como resultado de un contrato; sino que, además podemos encontrar que la inacción teniendo el deber de obrar, también genera la responsabilidad del Estado, es a esta responsabilidad a lo que podemos llamar extracontractual.

De igual manera, para otros autores “Responsabilidad extracontractual”, es cuando alcanza un mayor grado de importancia al determinar que las actuaciones dañosas del Poder Público devienen al considerar que las mayorías de los actos públicos tienen el carácter de unilateral o imperativos.

Que, la responsabilidad extracontractual del Estado específicamente no nace de un acto o contrato, sino que su origen lo encontramos en las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y promover los derechos humanos; y no sólo esto, sino que además puede devenir de la prestación de servicios y de las obligaciones adquiridas mediante la suscripción de instrumentos internacionales vinculantes que garanticen los derechos humanos. Es decir, que si el Estado no cumple con sus obligaciones correctamente le acarrearía la obligación de reparar, a su vez tiene la obligación de velar por el bien común, generando la responsabilidad a través de la reparación a quienes su acción o inacción haya afectado.

En nuestro país, podemos determinar que la misma Constitución de la República del Ecuador, establece la responsabilidad de la siguiente manera:

...CRE.- Art. 11.-

NUMERAL 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso...

¿Los actos que se desarrollan al interior de las comunidades indígenas devienen o terminan en la responsabilidad del Estado?

Surge entonces, la Teoría de los niveles de protección de los derechos de Tortens, quien realiza una acotación interesante acerca de las Constituciones en Bolivia y Ecuador, en nuestra Carta Magna, manifiesta:

La nueva Constitución de Ecuador ofrece un panorama similar, dado que entre sus primeros artículos incluye, más allá de los derechos expresamente garantizados, también los derechos (no especificados) derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento (Torsten, 2009)

En otras palabras, al interior de nuestro país al poder contar con tantos derechos y garantías existe un nivel de protección extraordinario, termina diciendo que todos quieren vivir en Ecuador. (Torsten, 2009)

En la Constitución de 1998, se hablaba de la responsabilidad que nacía de los actos provenientes de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus cargos, y podemos llegar a la conclusión que, efectivamente esa no es la responsabilidad que nace o da origen a que el Estado Ecuatoriano puede responder por actos que nacen al interior de las comunidades indígenas; ya que obviamente lo que se normaba era que, para que exista responsabilidad, la misma debía ser declarada judicialmente.

Este enunciado señalado en el artículo 20 de la anterior Constitución Política del Ecuador, solo establecía la responsabilidad que nacía de los actos de sus funcionarios, independientemente del cargo que desempeñaban, pero no señalaba los actos provenientes de los particulares y tampoco que por estos pueda responder, entonces cabe la pregunta ¿Será que sólo estos podían vulnerar derechos humanos? ¿Qué las comunidades indígenas no eran consideradas parte del Estado o en su defecto que estas no gozaban de los derechos humanos?

En el mismo marco constitucional tenemos, los artículos 24, 83 y 84, señala el debido proceso en el que deben desarrollarse los procedimientos al interior de las comunidades indígenas, pero la realidad que encontramos resulta, en la aplicación de prácticas ancestrales, las mismas que podrían devenir en la inacción del estado frente a ellas, lo que conllevaría a que el estado pueda ser sancionado.

Tenemos en la *“Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes”*, en su Art. 2.- *Todo acto de tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...*”, una vez que se les reconoce derechos y se les da cierta autonomía de aplicar lo que ellos denominan “Justicia Indígena” ¿será que dentro de esta mal llamada autonomía se les otorga facultades?, para que ellos puedan ejercer actos de violencia o actos considerados como crueles e inhumanos, que atenten contra la **“dignidad humana”**.

Raúl Letelier, en su obra realiza un análisis a las características de la Responsabilidad Extracontractual que tiene Estado, realiza un estudio en el que hace una diferenciación respecto a la naturaleza de la responsabilidad extracontractual del Estado, y dice:

En este estudio acerca de la especial naturaleza de la responsabilidad extracontractual pública, diversos autores han intentado caracterizarla. De una forma más o menos explícita se han enunciado las siguientes características: 1) es una responsabilidad constitucional; 2) es la responsabilidad de una persona jurídica; 3) es una responsabilidad directa; 4) es una responsabilidad regida por el derecho público; 5) es una responsabilidad integral; 6) es una responsabilidad objetiva... (Letelier, 2002)

Este autor, le da un enfoque distinto a la responsabilidad del Estado y prácticamente señala que la misma debe ser vista desde varias perspectivas, y la que más es discutida es la constitucional y en torno a ella surgen muchas posturas, ya que precisamente nuestra

Constitución da relevancia e integra a los pueblos, comunas y comunidades indígenas a la sociedad como parte importante pero siempre en torno al respeto de los derechos humanos, haciendo que formen parte de los grupos vulnerables y que requieren un mayor desarrollo normativo en la sociedad, ya que este sector de la sociedad se mantiene al margen del ordenamiento jurídico común a todo el pueblo.

En el **Código Orgánico Administrativo**, se desarrolla en el **artículo 330** y le da un enfoque diferente, pero no menos importante y deja establecido que:

Las instituciones del sector público, con excepción de la función judicial cuya responsabilidad está determinada en su propia ley, responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, en los términos de la reparación por daños prevista en este Código...

Entonces tenemos, que la responsabilidad surge como una consecuencia a un daño provocado, ya sea que el mismo provenga de una acción o una omisión de la administración y responde frente a terceros, no hace diferencia de quien puede o no ser reparado en el daño provocado y recibido.

Pero ¿A qué podemos llamar daño calificado?, quiere decir que el Estado siempre va a responder a partir de actos, hechos o contratos que devienen de la administración pública, o de reglamentos y actos de simple administración de los cuales se pueda desprender daños ocasionados a terceros.

Y en todo caso, para que se llegue a la determinación de la responsabilidad ante la demostración del nexo causal entre la acción u omisión y el daño causado. Siendo este un requisito imprescindible para enmarcar la responsabilidad y que dé lugar a la reparación del daño.

2.2.3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA. -

Corresponde hablar primero de las normas legales imperativas al interior del estado, que rigen en toda su amplitud para el mismo, recordando que dentro de la palabra “Estado”, se encuentran inmersas las comunidades indígenas, por formar parte del mismo. Entonces lo que corresponde es dejar claro, el límite de actuación del estado y el marco de actuación del estado al interior de las comunidades indígenas.

Es así, que se debe aclarar que lo que prima al interior de las comunidades indígenas aparte de sus usos y costumbres, es la creencia en Dios, motivo por el cual antes de aplicar cual castigo siempre rezan un padre nuestro o un Ave María.

Según el Dr. Miguel Hernández, el mismo que ha realizado un amplio estudio acerca de la “*Justicia Indígena*”, señala:

“Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios del pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre **contra legem** por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, **mutatis mutandis**, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas”. (Hernández, 2011)

Como vemos, el Dr. Hernández claramente señala la existencia de un sistema normativo, y señala a la costumbre, pero deja claro que la costumbre no puede, ni debe estar por encima de la norma. Lo que se da es cierta prevalencia de los usos y de las costumbres por ser consideradas tradiciones al interior de las comunidades indígenas.

Entonces, encontramos que dentro o al interior de las comunidades no se pretenden desconocer las leyes de un país, lo que pretenden es que se reconozca su derecho adquirido generación tras generación.

Se vuelve necesario hacer viable o compatibles tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria, sin que esto resulte imperativo. Pero en qué momento, resulta imperante la intervención del estado, será acaso cuando la llamada “Justicia Indígena”, pase o se denomine ajusticiamiento o exceda los límites de la misma, entonces cuando la justicia indígena “excede sus límites”; y prácticamente de la lectura de libros no podríamos obtener una respuesta clara, porque ellos (libros) corresponde al estudio de realidades, pero, las realidades cambian en espacio y tiempo.

En Riobamba, al entrevistarme con el sr. **Ab. Carlos Tagua Ortiz**, Representante de la Comunidad o Grupo Indígena COMICH, pude darme cuenta que dentro de una ciudad como lo es Riobamba, existen muchas comunidades indígenas, por decirlo de alguna manera, sin llegar a cuantificarlas, si, comunidades en las que la aplicación de castigos, los mismos son diferentes, la intervención de los comuneros es distinta y la intervención de las Fiscalías Indígenas o Jueces de Paz, es prácticamente inexistente, entonces en qué momento existe o existiría responsabilidad del Estado.

En la jurisprudencia o en la doctrina al momento de abordar el tema de la Responsabilidad del Estado, se plantean varias disyuntivas entre ellas, podemos señalar que corresponde analizar el hecho de aceptar o negar el derecho a reparar de existir un daño, aunque sería una difícil intervención o casi nula al interior de las comunidades por parte del Estado; o, de cómo obligar a los integrantes de una comunidad a repararlo. Entonces, cabe la pregunta ¿se debe regular la obligación de reparación del daño en torno a las comunidades o pueblos indígenas por la aplicación de la misma en su interior?, si tenemos una respuesta afirmativa o

negativa deben resolver en este punto las autoridades, ya que actualmente se contempla en nuestro ordenamiento jurídico el “derecho de repetición”.

Ya existió un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, a fecha 04 de septiembre del 2019 mediante **Dictamen No. 5-19-RC/19** en el caso **No. 0005-19-RC**, respecto a una propuesta de **modificación constitucional relacionada a la creación de un sistema judicial de justicia indígena paralelo a la justicia ordinaria**, cuyo proyecto señala:

8. Tema (i), creación de un sistema de justicia indígena paralelo a la justicia ordinaria: se propone una serie de modificaciones al texto constitucional orientadas a generar “un sistema de justicia indígena paralelo a la justicia ordinaria que conserve y represente las costumbres y prácticas de los Pueblos Indígenas del Ecuador”. En este sentido, se busca que el Estado “a través de normas jurídicas plasmen la ley indígena en el Registro Oficial y jerarquicen y organicen sus funciones con iguales instancias judiciales a las que recurren en la justicia ordinaria” (**Dictamen No. 5-19-RC/19**)

Propuesta que fue rechazada, dejando de lado la posibilidad de que exista un intervención plena por parte del Estado en regulación de una verdadera justicia indígena y no únicamente dejando en libertad a los pueblos indígenas en la continuidad de aplicar sus costumbres y que cada pueblo aunque defiendan el reconocimiento del derecho a su identidad, puedan aplicar de forma indistintas sus formas de aplicación de la llamada “justicia indígena”.

Dejan de lado el mencionado proyecto señalando en su considerando 25:

Respecto a esta propuesta, vale iniciar el análisis resaltando que el Estado ecuatoriano, como Estado intercultural y plurinacional, reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. El fundamento del reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución radica sobre todo en el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a la autodeterminación. Para garantizar la protección de este derecho y la vigencia real del pluralismo jurídico, el artículo 57 de la Constitución reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre otros, los siguientes derechos colectivos: 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes (**Dictamen No. 5-19-RC/19**)

Y es precisamente en este derecho a la diversidad como forma de respeto en la justicia indígena que cada pueblo, comuna o comunidad en el respeto a la aplicación de su derecho propio, con la única limitante y este es, el respeto a los derechos constitucionales, a los derechos humanos. Creando una esfera en la que se excluye la intromisión del Estado, excepto cuando se trata de proteger los derechos humanos de los miembros de las comunas, pueblos o comunidades indígenas, cualquier otra intromisión se considera como una afectación ilegítima a los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas.

2.3. JUSTICIA INDÍGENA. -

La noción de justicia es la más importante a través de la historia de toda la filosofía jurídica y política, y quizá, por la evolución de su significado, la más compleja de todas.

En cuanto al término Justicia, a través de la historia, según Diego Poole, quien rescata algunas definiciones “...*Platón consideró que la justicia era equivalente a integridad moral o equilibrio entre las potencias del alma y, simultáneamente, equilibrio social...*”, Santo Tomás asumió esta concepción y definió a la justicia como «*el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho*». Esta fórmula es casi igual a la de Aristóteles: «*La justicia es el hábito según el cual se dice que uno es operativo en la elección de lo justo*». (Poole, 2008)

El Dr. Carlos Pérez Guartambel, respecto a la Justicia Indígena y por haber formado parte de las comunidades al ser su dirigente ha señalado en una de sus obras:

La Justicia Oficial: La idea de justicia se resume en: “el deber de dar a cada uno lo suyo” formulado por Justiniano a inicios del Siglo VI de nuestra era, entendiéndose a la justicia como un bien jurídico innato al ser humano y que reconoce al individuo como propio o que le pertenece... (Guartambel, 2010)

Así podemos resumir, que a la justicia se la debe entender como **un bien jurídico inherente al ser humano**, innato al mismo.

Continúa “... fue Sócrates quien reivindicó la idea de justicia y puso las bases que desarrollaron más tarde sus discípulos **Platón y Aristóteles** respecto a que la razón puede descubrir las normas que afectaban al orden natural de la vida humana...” (Guartambel, 2010)

Al hablar de justicia, por mucho tiempo hemos manejado el concepto habitual que la justicia es “**dar a cada cual lo que le corresponde**”, pero en todo caso, con el actual estado Constitucional de Derechos y Justicia que el Ecuador ha implementado con la Constitución del 2008, nuestro país se ha convertido en uno de los más garantistas de Latinoamérica y porque no decirlo de toda América.

Justicia Legal en "STRICTO SENSU", significaría todo acto justo que contribuye al bien común, pero hay algunos actos que tienen como beneficiario inmediato no a una persona singular, sino a la comunidad en su conjunto. Éste es el caso, por ejemplo, del pago de impuestos o de la prestación del servicio militar. Estos actos, en la medida en que son exigidos por la ley, constituyen actos de justicia legal en sentido estricto. Por lo tanto, podemos definir la justicia legal stricto sensu como aquella manifestación de la virtud de la justicia por la que los miembros de una comunidad, incluido el gobernante, contribuyen directamente al bien de la comunidad en su conjunto. (Poole, 2008)

A través de “**Castigos de la justicia indígena que se ejecutan en espacio íntimo**”, se desarrollan sanciones en dichas comunidades, que tienen como finalidad que, “**La Justicia Indígena tiene un fin espiritual, de purificación**”, por eso rezan un padre nuestro a decir de los líderes de las comunidades, el término “indígena” tiene o a través del tiempo ha tenido una gran variedad de definiciones o acepciones, que van desde los habitantes del

Tahuantinsuyo que no han modificado su raza por el cruzamiento; por otro lado también se los ha llamado salvajes, sanguinarios, carentes de un soplo de civilización.

Al momento de hablar de reconocimiento de las comunidades ancestrales o indígenas ¿Será que podemos llegar a manifestar que ellos no forman parte del Estado, porque las mismas comunidades se consideran autónomas al tener sus propias mal llamadas “leyes”?, y con estas manifestaciones podemos considerar que no deben ser protegidos por el Estado, y, a su vez por esta razón podemos decir que el Estado no debe responder por los castigos impuestos a los comuneros al interior de las comunidades indígenas, es decir, podríamos llegar a la conclusión de que los comuneros o miembros de las comunidades indígenas no tienen derechos humanos; y, por lo tanto no deben de gozar de la protección del Estado.

En el marco de los derechos humanos tenemos en la obra *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, señala “*los derechos humanos no son universales en su aplicación...*” (Boaventura de Souza, 2010)

Así también encontramos, en la obra titulada “*Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico*”, autor ecuatoriano, respecto de los derechos reconocidos a las comunidades indígenas, manifiesta: “*la norma indígena equivale a la norma legal...*”. (Hernández, 2011).

Entonces, podemos manifestar que las comunidades que exigen el reconocimiento de su derecho ancestral deberían gozar o no de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, si a pesar de que ninguna norma puede ser contraria a la misma, la justicia indígena con su aplicación estaría vulnerando derechos humanos de los miembros de una sociedad. Teniendo en cuenta que a decir, de *Boaventura de Sousa* no podríamos establecer con exactitud meridiana si “*los derechos humanos son reconocidos universalmente*”; y, al respecto Hernández señala “*lo importante sería la existencia de los derechos humanos; y, no en el rango de la norma que los reconoce*”

En el marco social de los movimientos indígenas respecto a la “*La Sociología*”, en la parte relacionada al análisis de los Movimientos Sociales identifica en sí tres principios que pueden resultar básicos que deben coincidir en éstos y pueden coincidir en éstos y puedan ser denominados como tal, al mismo tiempo que los tipifican permiten su comprensión y explicación, y son:

...a) El principio de identidad, que permite construir, fortalecer y acrecentar un conjunto de señas identitarias que lo determinan y facilitan su reconocimiento social; b) El principio de oposición: Como consecuencia de lo anterior, asumen una visión compartida, concreta y operativa, con respecto a problemas, opositores, conflictos y perspectivas, que hacen que el grupo asuma estrategias sociales y políticas para alcanzar un posicionamiento social y un reconocimiento institucional; y, c) Un proyecto histórico, al cual generalmente se define y percibe como los objetivos y las metas o reivindicación político-sociales a alcanzarse por el grupo social, en un periodo de tiempo... (Alain, 1979).

Para Flores, y su apreciación de los conflictos que pudieren suscitarse entre “*La Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria*”, señaló:

Al hablar de Justicia Indígena, o derecho indígena, nos referimos a aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad (Flores, 2011)

Según Grijalva quien comparte méritos con Boaventura en varias obras, respecto a la Justicia Indígena en el Ecuador, manifiesta que:

la justicia indígena es una dimensión cultural, jurídica y política de un proceso político y social mucho más amplio y complejo como lo es el Estado plurinacional. En consecuencia, la investigación e intervención sobre la justicia indígena pueden y deben contribuir a la comprensión y construcción del Estado plurinacional. A su vez es en el horizonte de este tipo de Estado que la interculturalidad y el pluralismo jurídico que implica la justicia indígena pueden desarrollarse en términos realmente democráticos (Boaventura y Grijalva, 2011)

En un acápite de la Obra en la que comparte méritos Boaventura y Grijalva, resulta importante destacar al jurista Ramiro Ávila Santamaria, participa señalando que:

La justicia es percibida por las comunidades y por las autoridades como **un proceso orientado a la resolución de un conflicto**. El objetivo principal es superar el problema mediante la reflexión y el entendimiento de las partes y lograr una conciliación o reconciliación (Boaventura y Grijalva, 2011)

Es decir, se busca un equilibrio que reestablezca la paz y la armonía en la comunidad, una vez que esta ha sido quebrantada, tratando de recuperarla a través del diálogo y una posible reconciliación, hay que destacar que encontrar este equilibrio como visión para mantener o reestablecer la paz en la comunidad, se ve garantizado por la aceptación de la misma en torno a la forma de juzgamiento y sanciones establecidas, buscando que se rectifique su conducta y un compromiso de no volver a hacerlo.

Boaventura de Souza Santos, siempre respecto a la Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador, ha realizado varios estudios y deja claro que:

Al ser la justicia indígena expresión y catalizadora de la autonomía de estos pueblos, su dinámica tiene al menos una relación indirecta con la capacidad de las comunidades para organizarse y resistir la incursión extractivista. En las comunidades investigadas tanto empresas privadas como públicas o el gobierno nacional o local han evidenciado planes de explotación de recursos naturales, frente a lo cual estas comunidades han reaccionado política y jurídicamente para impedirlo (Boaventura y Grijalva, 2011)

En obras y extractos, textos y relatos encontramos que hacen referencia a los límites a la Justicia Indígena en Ecuador, haciendo referencia de cómo se reconoce a la justicia indígena en el marco de la jurisdicción estatal, y señala:

1) La jurisdicción indígena es reconocida en condiciones de igualdad con la jurisdicción estatal a nivel constitucional lo cual incluye facultades para definir sus propias normas de conducta, establecer obligaciones deberes, derechos y garantías, definir faltas y sanciones correlativas, así como procedimientos para el conocimiento, investigación y sanción de los hechos sometidos a su jurisdicción; se trata evidentemente de las mismas facultades atribuidas a la jurisdicción ordinaria, lo cual genera con frecuencia conflictos entre ambas jurisdicciones (Carrillo y Cruz, 2016).

Para el Dr. Trujillo, Juan “...*los pueblos indígenas cuando administran justicia no lo hacen porque la justicia ordinaria no funciona o porque es corrupta, lenta o costosa; tampoco*

lo hacen porque la Constitución y las Normas Internacionales así lo reconocen desde 1998; sino porque desde sus orígenes han aplicado y han venido ejerciendo estos derechos hasta nuestros días (Trujillo, 2014)

Acorde a la Cosmovisión Indígena al interior de las comunas, comunidades o pueblos y nacionalidades, las sanciones y los procedimientos aplicados a través de las costumbres y de la vida en comunidad es primordial para el desarrollo de sus vidas, por ese motivo es que la reparación va en la medida del daño causado, todo un análisis ante las máximas autoridades de las mismas, o sea la asamblea de la comunidad, y, no solamente por una autoridad.

Podemos llegar a considerar que, al interior de las comunidades o comunas indígenas, no existe una división o señalamiento de materias, para la aplicación de la sanción o de la medida reparatoria a aplicar, por tratarse de medidas que han venido aplicándose consuetudinariamente para la solución de conflictos que suscitan a diario al interior de dichas comunidades, sin importar la naturaleza del conflicto.

De que existen ciertos requisitos que se deben aplicar al interior de las mismas, existen y podemos destacar que para pueda ser tratado un conflicto suscitado al interior de dichas comunas, pueblos o comunidades indígenas, los mismos deben ser y puedo llegar a establecer conforme a todo lo estudiado de la siguiente manera y como criterio personal:

- a) Que, el conflicto suscitado sea dentro de una determinada comunidad,
- b) Que, los actores del hecho suscitado pertenezcan o sean miembros de la comunidad,
- c) Que, la reparación vaya encaminada no sólo al que sufrió el daño, sino también en pro de la comunidad.

De la entrevista realizada a **Manuel Fernando Guamán, Dirigente de Justicia de ECUARUNARI**, me señalaba la existencia de un procedimiento y la existencia de varias

comunidades indígenas al interior de la provincia de Chimborazo, ciudad de Riobamba, y me manifestó:

El proceso puede iniciar únicamente o actualmente cuando el afectado pone en conocimiento de las autoridades los hechos suscitados, o, también cuando un miembro de la comunidad tiene conocimiento del hecho y lo pone a consideración de la máxima autoridad de la comunidad.

Es entonces, cuando las autoridades inician una etapa de investigación para constatar los hechos puestos a conocimiento, para determinar la existencia del mismo.

Posterior a eso, se llama a las partes, y se da una confrontación entre estas, para corroborar si existe un daño, y que este daño fue provocado por una de las partes, en este caso por la parte denunciada.

Esta confrontación deberá ser sin la intervención de terceros, sólo las partes.

Por último, se puede llegar a una conciliación o el establecimiento de una sanción de considerarlo necesario, pero la misma (sanción) dependerá de la gravedad del daño.

En todo caso, encontramos que la sanción más fuerte que se ha impuesto al interior de una de las comunidades es la expulsión del acusado de la comunidad, ya no que no tenemos cárceles o pena de muerte. Y, a parte como medida de reparación, se podrá interponer una sanción económica conocida como multa o indemnización para mitigar el daño causado y este puede ser a favor de la comunidad o del afectado y su familia.

Entre las sanciones físicas conocidas y más aplicadas tenemos el uso de la ortiga, los baños de aguas fría o el uso del látigo.

Pero a lo largo del tiempo que llevo como Director de Justicia no hemos tenido problemas que no hayan podido ser resueltos al interior de la comunidad. Teniendo en cuenta que las sanciones no sólo son físicas, sino también de índole moral...

Para Roa, Jorge, al hablar del Pluralismo Jurídico y los mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena, señalan reglas para la solución de conflictos que se presentan al interior de las comunas, pueblos o comunidades indígenas y señala:

Los anteriores principios se concretan en un conjunto de reglas de solución de conflictos que orientan el estudio individual de los casos, establecen los derechos fundamentales que limitan la jurisdicción indígena y concretan otros límites institucionales (Roa, 2014)

A su vez, también podemos manifestar que el estudio individual de los casos, conllevaría a un examen de las circunstancias suscitadas en cada caso, primero en un afán de determinar la cultura involucrada, si existe o no algún grado de aislamiento de la misma (cultura), la afectación a los intereses a esa cultura, a los miembros de la comunidad o la afectación a un determinado miembro de dicha cultura o miembros de una comuna, comunidad o pueblo indígena, identificado y reconocido como tal.

Por otro lado, encontramos como límite a los derechos fundamentales y que actúan respecto a la justicia indígena, entre los que es primordial señalar:

- i) el derecho a la vida;
- ii) la prohibición de esclavitud;
- iii) la prohibición de tortura;
- iv) la garantía del debido proceso y del derecho de defensa;
- v) la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas;
- vi) la proscripción del destierro, la prisión perpetua, la confiscación y la responsabilidad objetiva, y
- vii) La interdicción de la arbitrariedad (Roa, 2002).

Para Roa y sus acertados comentarios los derechos antes señalados constituyen un límite a la justicia indígena y su aplicación al interior de las comunas, pueblos o comunidades indígenas, por cuanto podría constituir en una vulneración de derechos humanos la aplicación de dicha justicia.

Así como la existencia de otros límites a la justicia indígena, en virtud de que al no ser las autoridades indígenas jueces de tutela y tampoco jueces constitucionales, estas autoridades indígenas no serían competentes para conocer y resolver sobre la vulneración o no de los derechos humanos.

De igual manera siempre van a existir casos o asuntos de la justicia ordinaria o constitucional que no podrán ser revisados o conocidos por las autoridades de la Justicia Indígena; y, que necesariamente deberán ser revisados por jueces con competencia y jurisdicción, para proceder a la investigación adecuada y en torno al respeto a los derechos fundamentales y deberán ser resueltos y sancionados en orden de judicial nacional o constitucional.

Al hablar de Justicia Indígena, debemos hacer referencia al Fuero, si, al Fuero Indígena, el reconocimiento intrínseco de la jurisdicción indígena que involucra la existencia del “*fuero indígena*”. Garantía que implicaría que los miembros que pertenecen a una comunidad o pueblo indígena son titulares de un derecho indígena y ¿Cuál es este derecho?, el derecho individual a ser juzgado por sus propias autoridades, lo que en derecho ordinario se conoce como “*el derecho a ser juzgado por tu juez natural*”, y en sí a que se desarrolle todo un procedimiento en aplicación a las normas, usos y costumbres que han venido trascendiendo en su culturas y costumbres. ¿Cómo operaría este fuero?, siempre sería a través de la demostración efectiva de la pertenencia del individuo a la comunidad, que las in conductas sean realizadas dentro de la comunidad o territorio indígena y obviamente que debe darse un nivel de institucionalidad de las autoridades al interior de las comunidades – autoridades indígenas – protegiendo siempre el interés de la comunidad. No se podría hablar de la posible existencia de renuncia a este fuero indígena por parte del individuo o del desistimiento de continuar con el juzgamiento por parte de la comunidad, poseen reglas claras y se el individuo se aparta de su grupo o comunidad, será sancionado efectivamente con la pérdida de la condición que ha venido manteniendo de miembro de la comunidad.

En otras palabras, existen criterios y reglas de coordinación que se han esgrimidos por la Corte Constitucional mediante la jurisprudencia y obviamente el análisis de cada caso.

No se puede hablar que la Corte Constitucional, haya excluido o no haya considerado a las comunidades indígenas en el desarrollo de sus procedimientos y en la mayoría de los casos que le ha tocado conocer, mediante los cuales ha desarrollado análisis jurisprudencial, ya que ha sido precisamente la Corte la que ha pedido conceptos de la comunidad y de las organizaciones indígenas involucradas con la finalidad de poder tener una visión clara y completa de los principios en colisión.

2.3.1. MAL LLAMADO AJUSTICIAMIENTO A LA JUSTICIA INDÍGENA. -

En virtud de sus costumbres es posible que el significado de “sanciones físicas” para los miembros de las comunidades o miembros de pueblos indígenas, no sea el mismo que para la comunidad en general, sea esta mestiza, afroecuatoriana o blanca. En el marcado hito de la cosmovisión indígena a través de esas sanciones físicas sea esta, el uso de la ortiga o latigazos en búsqueda de un resultado de cambio o con una finalidad positiva, que puede traducirse en la purificación de la persona que ha cometido un delito o que ha considerado de la comunidad ha transgredido su tranquilidad o su normal desarrollo, debe ser purificado para reestablecer la relación armónica de la comunidad.

Ante la sociedad, este tipo de sanciones que se implementan o se han mantenido a través del tiempo al interior de las comunidades indígenas puede ser confundido como transgresor o delito que podría o puede tipificarse como “linchamiento”, dándole una connotación transgresora o delictiva. Y que se separa en demasía del verdadero significado de la justicia indígena. Ya que, las lesiones físicas severas o que infrinjan algún daño al encausado, puede ser considerado como una sanción moral que lo único que busca es el restablecimiento del orden y la paz al interior de la comunidad. Mientras que, al hablar de linchamiento, hablamos de la intervención de una muchedumbre de personas que no son o no pertenecen a una comunidad, comuna, pueblo o nacionalidad indígena, sino que en ese caso podría tratarse de

un grupo de personas enardecidas en búsqueda de venganza o una mal llamada justicia por mano propia y que entre sus deseos está el acabar la vida de una persona; y, como hemos visto en la justicia indígena no contempla la pena de muerte.

Los actos negativos con efectos comunitarios que puedan traer como consecuencia la responsabilidad del Estado, conocido como exceso de la justicia indígena o **ajusticiamiento** que generalmente está asociado a la “Justicia Indígena”, que se lo identifica a priori y sin fundamentos en los castigos ancestrales en las poblaciones indígenas de la sierra.

Así mismo, encontramos que los linchamientos se producen indistintamente en zonas rurales y urbanas, y entre distintos grupos étnicos radicados en zonas urbanas o fuera de sus comunidades, sanciones no punitivas, procedimientos realizados por costumbre, los cuales no implican ni la pena de muerte, ni la supresión del derecho a la defensa en beneficio de quienes son acusados/as.

A decir de Santillán, los métodos de castigo poseen una relación directa con el dolor físico a través de golpizas, apedreamientos, incineración, ahorcamiento, entre otros, y los motivos de la condena son generalmente los temas considerados como delitos, y estos son los robos, asalto y el delito menor. Por lo que se vuelve un linchamiento, algo precario, lo que se transforma en agonía de un ajusticiado, en larga y dolorosa. (Santillán, 2002)

En algunas comunidades, la ejecución de una sanción conlleva a un procedimiento, este puede ser legal o constitucional si se respeta los derechos humanos, pero se ve que se traslada en una mezcla entre el rito y las ciencias jurídicas, así en algunas comunidades podemos observar que al miembro de la comunidad (reo) se le desnuda y se le baña en agua fría en un río, lago o riachuelo, o en algunos casos en el lugar más próximo donde se cometió la infracción o se produce el enjuiciamiento. (Borja, 2009)

Así, podemos manifestar que tanto el baño en agua fría como el ortigamiento, son contemplados como medios bárbaros de sanción dirigidas a un delincuente (mal elemento de la comunidad), el ortigamiento produce dolor físico, considerado como un medio procesal y ritual que persigue “curar” al reo, y que este se sienta libre de aquellas malas influencias que lo llevaron a perpetrar el delito y confiese los hechos ante la comunidad, como un medio de reconocimiento y de arrepentimiento ante la misma y pueda nuevamente ser aceptado, reintegrándosele a su seno tras la ejecución de la respectiva sanción. Es decir, a la ortiga le dan un carácter de ritual mágico, interpretándolo como una forma de purificar la sangre el alma, puesto que se considera que un espíritu ajeno y maligno el que le incitó a delinquir, el mismo que es expulsado, de manera que el sujeto queda purificado ante la aplicación de esta hierba urticácea.

En la mayoría de las comunidades indígenas, en los que se podría considerar la existencia de un mediano ordenamiento, desordenado y muy discutido ordenamiento jurídico, mediante el cual se procede con llamamientos de atención o la aplicación de determinados castigos humanos, a hechos que son reprobables por el daño que puede causar ya sea en forma individual o social, que en otras palabras podría ser equiparable a los delitos penales. Pero que hacer, con delitos contra la vida, la integridad física, la libertad sexual o el patrimonio, son sancionados en que ordenamiento jurídico o que ordenamiento jurídico sería aplicable.

En todo caso, los linchamientos en muchos casos constituyen un rechazo a funcionarios e instituciones; se conocen como una forma que fragmenta la sociedad. La violencia siempre será un recurso extremo de determinados grupos frente a la negligencia de las autoridades y que emplean para llamar la atención, no son justificables desde ningún punto de vista, son reprochables. Se ha vuelto el punto frágil de observación por parte de los organismos encargados de la defensa de los derechos humanos, los linchamientos se convierten en la necesidad de lograr una justicia pronta y eficaz. Teniendo que, la justicia viene a ser un valor

superior que implica interacción entre grupos de individuos, pilar fundamental de la convivencia humana. (Rodríguez y Mora, 2008)

En el caso Ecuatoriano de los linchamientos está impregnado de prejuicios recurrentes en su abordaje. En primer lugar, el linchamiento es generalmente asociado con la denominada “justicia indígena”...” Redalyc.org (sistema de información científica. Red de Revistas Científicas de América, el Caribe, España y Portugal – Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto).

En sí, los linchamientos pueden ser vistos como una forma de violencia y la misma puede ser considerada como “violencia colectiva”, que puede estar altamente relacionada con los castigos impuestos en el marco de la justicia indígena e influenciada por la desigualdad social y las contradicciones propias que se dan al interior de los estados, cuyo cumplimiento es más retórico que real. Pueden darse como un incremento del índice delincencial al interior de la social, proveniente de la desprotección social y estatal, por decirlo de algún modo.

En virtud a sus costumbres, dan un significado distinto a las sanciones físicas aplicadas a los miembros de sus comunidades. En la Cosmovisión que aplican sanciones físicas como en variados casos el uso del látigo o la ortiga, teniendo como finalidad positiva la purificación de la persona que ha delinquido, para el restablecimiento de la armonía en la comunidad.

En sí, este tipo de sanciones o su aplicación puede ser confundida con el linchamiento o el ajusticiamiento, el linchamiento se encuentra tipificado como delito, lo que podemos claramente notar que se separa del significado real de justicia indígena, para que sea considerada como tal debe ser aplicada a los miembros de una misma comunidad, así como también se requiere que el conflicto se haya suscitado dentro de la misma, y estas sanciones no deben provocar lesiones físicas que sean severas o provocar un daño considerado como irreparable, inclusive se deberá pedir disculpas, con la finalidad de buscar el restablecimiento de la paz dentro de la comunidad.

En su escrito Flores, respecto a los conflictos que se presentan o se pudieren presentar entre la “*La Justicia Indígena y el derecho Ordinario*”, **dejó** establecido que:

Mientras que el linchamiento es una muchedumbre de personas que no son miembros de una comuna, comunidad, pueblo ni nacionalidad indígena, sino se trata de personas enardecidas en búsqueda de venganza y que desean, en muchos de los casos, acabar con la vida del delincuente sin ningún tipo de reparo. Como vimos en las sanciones que se aplican por parte de las autoridades indígenas no se contempla la pena de muerte (Flores, 2011)

2.3.2. TRATOS CRUELES O INHUMANOS AL INTERIOR DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. -

Según Borja, quien realiza un estudio penal en el marco de la justicia indígena, pero en torno a los derechos humanos y es así que dice:

En efecto, examinando esta consecuencia jurídica de los hechos penales más relevantes, podemos observar una de las diferencias valorativas y estructurales más notables entre el ordenamiento punitivo indígena y el occidental. Desde el punto de vista del segundo, desde la mentalidad “civilizada”, aparece como **inhumano, degradante y monstruoso** que en pleno siglo XX un sistema jurídico imponga penas como el ortigamiento, los latigazos o el cepo. La expulsión del sujeto de un determinado territorio se contemplaría, sin embargo, con una sanción más bien suave, prevista para delitos de poca entidad y con escasos efectos de prevención general y especial. Esto se explica merced a una estimación de valores fuertemente vinculados al aspecto individual de la persona, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad o la identidad corporal. En cambio, la vida en comunidad, el arraigo social a la familia o al entorno comunitario del lugar de nacimiento o de la infancia, pierde importancia de forma proporcional al nivel de “desarrollo” de la sociedad que se trate (Borja, 2009)

¿Cómo podríamos llegar a determinar que estos actos son crueles o inhumanos o son costumbres ancestrales forman parte de la Cultura al interior de las comunidades indígenas?, es necesario además puntualizar que en la “*Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, en su Art. 66 numeral 2*”, reconoce el Pluralismo Jurídico, y dice “*El Estado Ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y*

pluricultural del Estado...”, es decir, ratifica el reconocimiento que hace la Constitución, y de esta forma comenzamos a desarrollar una nueva sociedad, si, una sociedad dividida internamente, en comunidades o sociedades indígenas regidos prácticamente por leyes ancestrales.

Puede este reconocimiento y autonomía como parte de las garantías y de la protección que hemos otorgado a las Comunidades o Nacionalidades Indígenas, llevar a la Responsabilidad del Estado, por los actos considerados al interior de las comunidades indígenas como **“corregidores de actos negativos realizados en contra del que lo comete, su familia y la comunidad a la que pertenece”**.

Las comunidades indígenas al interior de ellas, a través de los usos y costumbres como una forma tradicional, prohíbe el linchamiento como forma de castigo. Es decir, podemos apreciar que, si un elemento de la comunidad tomo algo ajeno, deberá ser castigado con la restitución del daño, o, en caso de un asesinato el culpable es obligado a resarcir el daño de una forma distinta a la justicia ordinaria, teniendo que mantener a la familia del difunto; y no es considerado grave, ya que señalan casos de mayor gravedad como la reincidencia, en las que se aplica la expulsión de la comunidad.

De darse el caso, existiendo linchamientos estos operarían sólo por desconfianza en la autoridad instituida, puesto que se tiene la creencia que las autoridades (policías o ministerios de justicia pública) facilitan la liberación de personas que infringen la ley, a los que denominan taxativamente como delincuentes, en esos casos y en ocasiones se producen linchamientos y quienes lo ocasionan no son miembros de la comunidad, sino gente extraña que altera los ritmos de la vida cotidiana y la seguridad de las comunidades, o atenten contra la propiedad, la vida y la dignidad humana.

2.4. PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDAD. -

En la **Constitución de 1998**, en su **artículo 84** reconoció una serie de derechos colectivos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, como el derecho a mantener la posesión en sus territoriales ancestrales, desarrollar y mantener su identidad y tradiciones ancestrales, desarrollar y mantener su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, su derecho a ser consultados sobre los proyectos.

Y, en el **artículo 191** en su inciso 4, mismo que señalaba *“Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”*, es decir ya desde aquí se reconocía el pluralismo jurídico dentro del país.

Para Julio César Trujillo, quien realiza un estudio del reconocimiento de la pluriculturalidad en la Constitución de la República y manifiesta:

el reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado ecuatoriano lleva implícito el respeto a las formas de organización social y de control del comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas para mantener la armonía interna y preservar sus formas de vida en el tiempo; por tanto, el reconocimiento de la pluriculturalidad implica el reconocimiento de lo que los sociólogos y antropólogos han bautizado como pluralismo jurídico (Trujillo, 2002)

En la actualidad la **Constitución del 2008 en el art. 171** reconoce que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas apliquen normas y procedimientos propios de sus tradiciones para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos. También establece que la ley determinará mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria y señala que el Estado garantizará el respeto a dichas decisiones.

El art. 57 de la misma Constitución reconoce una serie de derechos colectivos a las comunas comunidades pueblos y nacionalidades indígenas dentro de los cuales en el numeral 10 se reconoce también su derecho “...a *Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes...*”

En este mismo orden de cosas la legislación nacional contempla al etnocidio como delito. Etnocidio traducido a toda forma de aniquilar, impedir o exterminar a un grupo étnico determinado, sus costumbres, sus miembros y sus creencias, es decir todas aquellas características que los identifican como grupo y los diferencian de los demás.

Según Agustín Grijalva Jiménez, respecto a la justicia indígena, a la plurinacionalidad e Interculturalidad en el Ecuador, ha señalado:

este nuevo Estado o Estado plurinacional se halla tan marcado por la diversidad de identidades culturales como por la demandad de control de recursos naturales. Lejos de una perspectiva culturalista o etnicista el Estado plurinacional implica una lucha económica y política. En esa lucha es necesario avanzar a una nueva institucionalidad plurinacional, con instituciones tanto compartidas como diferenciadas, es necesario avanzar hacia un pluralismo jurídico igualitario al que Boaventura denomina **convivialidad**, hacia un nuevo régimen territorial en que se construye a su vez verdadera autonomía de los pueblos indígenas en el marco de la unidad de la nación plurinacional, avanzar hacia las formas de planificación participativas que a su vez respondan a y promuevan la diversidad, hacia formas de democracia intercultural donde las distintas formas de democracia se multipliquen y se complementen...

Estado plurinacional, interculturalidad y justicia indígena son conceptos complementarios y tal complementariedad es esencial para lo que Boaventura de Sousa Santos ha denominado convivialidad, esto es un tipo de encuentro cultural y político basado en intercambios tendencialmente iguales y en la autoridad compartida (Boaventura y Grijalva, 2011)

Es de donde nace el estado plurinacional, pluriétnico o pluricultural, precisamente de la diversidad de las culturas y por las grandes diferencias marcadas por la diferencia de origen, las comunidades indígenas desde sus inicios han sido marginados y son quienes más han realiza una lucha permanente por obtener un reconocimiento y un lugar en la sociedad, no sólo como pueblo originario, sino como cultura y la aceptación de sus costumbres y leyes, exigiendo

respeto y reconocimiento, como parte del principio no sólo de igualdad sino de equidad establecido en el artículo 11 de la Constitución de la República.

Existen autores que poseen criterios contrapuestos en cuanto hay autores que señalan que al establecer un criterio pluricultural existiría un grado de aceptación a las diferencias en cuanto a las culturas, pero al hablar de plurinacionalidad se deja ver grandes diferencias y la separación daría como resultado un efecto disgregador, lo que terminaría con la unidad como país.

Grijalva ha sido uno de los autores dentro de la obra en la que comparte méritos con Boaventura analiza, estudia y escribe respecto a la justicia indígena en el Ecuador, y es así que dice:

En efecto, la plurinacionalidad sin interculturalidad se reduciría a un agregado de nacionalidades sin proyecto común ni relaciones mientras la interculturalidad sin plurinacionalidad quedaría reducida a un ideal de relaciones intersubjetivas igualitarias sin la transformación política e institucional que esta nueva igualdad requiere...

Las justicias indígenas precisamente son evidencias vivas de que plurinacionalidad e interculturalidad no son dimensiones opuestas son complementarias. Por una parte, el pluralismo jurídico, connatural a un Estado Plurinacional, consiste en la coexistencias en un plano de igualdad de diversos sistemas jurídicos junto con el sistema jurídico ordinario, en un marco de derechos constitucionales interpretados en términos interculturales... el pluralismo jurídico supone el reconocimiento y/o la construcción de una interculturalidad nueva donde se articulan instituciones propias y diferentes, por un lado, e instituciones propias y diferentes, por un lado, e instituciones compartidas...(Boaventura y Grijalva, 2011)

Para algunos autores al usar el término “interculturalidad” se da un enfoque de integración de la diversidad cultural existente en el país. En término opuesto o contrario encontramos al término “plurinacionalidad” tiene un efecto separatista, disgregador que afectaría la unidad al interior del país, dando un sentido de existencia de varias nacionalidades dentro de un mismo país.

En nuestra Legislación encontramos el Código Orgánico de la Función Judicial, que se permite establecer los principios que deben primar en la Justicia Intercultural, con la finalidad

de garantizar el respeto al debido proceso y como consecuencia de aquello el respeto a la Seguridad Jurídica.

“...**Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.** - La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad. - Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

b) Igualdad. - La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena. - En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) Interpretación intercultural. - En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas,

procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales...”

Encontramos la competencia de los jueces ordinarios y autoridad indígena, el **art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial** *“Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena, en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la Jueza o el Juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena...”*

Inciso final del **art. 346.-** *“El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena...”*

Es pertinente dejar señalado que a pesar de todo el desarrollo que se ha venido dando tanto en la legislación ecuatoriana y los tratados internacionales reconocen derechos colectivos a las comunidades, comunas o pueblos y nacionalidades indígenas, con la única finalidad de mantener y desarrollar su identidad cultural, hay que reconocer que el mismo estado desconoce estos derechos colectivos, y específicamente hablo del derecho de aplicar sus costumbres y tradiciones en la solución de conflictos, y su derecho a ser consultados sobre los planes de prospección y explotación de recursos naturales no renovables dentro de sus territorios señalados en nuestra Carta Magna.

Por otro lado, al hablar del principio *Nom bis in ídem* debemos señalar que ya existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que realiza varias puntualizaciones en el caso LA COCHA, en el que ya realiza un punto de partida respecto de que actos considerados como delitos deben ser considerados estrictamente por la Justicia Ordinaria.

El Problema Jurídico planteado en el Caso “La Cocha”, un pequeño análisis respecto a lo sucedido en la comunidad de La Cocha, y en virtud de formar parte de un pueblo, comuna o comunidad indígena, de la sentencia emitida la Corte Constitucional, quien resolvió agrupar las pretensiones del accionante, para:

- I) Indagar acerca de la habilitación constitucional y convencional de la autoridad indígena para conocer y resolver el caso;
- II) Examinar la constitucionalidad y convencionalidad del proceso y las decisiones adoptadas, dilucidando los elementos que configuran la naturaleza obligatoria de la justicia indígena para los miembros de la Comunidad; y.
- III) Concluir examinando la legitimidad de las actuaciones de las instituciones y autoridades públicas, en el presente caso. Sobre esta base se planteó los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?; ii) ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la Comunidad Indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen?

La Corte Constitucional en **sentencia No. 134-13-EP/20**, hace referencia al pluralismo jurídico en los siguientes términos:

El reconocimiento de la justicia indígena tiene lugar en el marco del pluralismo jurídico que es propio de un Estado plurinacional e intercultural, en el que coexisten sistemas jurídicos que articulan autoridades, instituciones, normas o procedimientos propios de las justicias de los pueblos y nacionalidades indígenas o, también compartidos con la justicia indígena...

O en el caso, que con anterioridad ha dejado señalado: *“el Estado ecuatoriano, como Estado intercultural y plurinacional, reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. El fundamento del reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución radica sobre todo en el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a la autodeterminación. (Sentencia No. 134-13-EP/20)*

2.4.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE DAN ORIGEN A LA LLAMADA JUSTICIA INDÍGENA. -

En el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes se establece la siguiente distinción entre pueblos tribales y pueblos indígenas a la vez que se subraya la importancia de la conciencia de la identidad indígena:

1. a) Los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) Los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. (Convenio OIT169)

En el mismo Convenio, en su **artículo 9** señala que: “...*En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros...*”

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2007, está apenas empezando a ser abordada en la jurisprudencia nacional y regional. Esta declaración es el instrumento más completo e integrado sobre los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y sobre las obligaciones que significan para los Estados firmantes.

Encontramos la Convención Americana de Derechos Humanos, la misma que realiza el desarrollo íntegro de los derechos humanos, así como propone que al interior de los estados

partes se otorgue al ciudadano la posibilidad de acceder a una protección, garantizándose el debido proceso y el respeto a los derechos humanos, ya que el irrespeto a los mismos podría traer como consecuencia en el marco internacional, que *“el Estado deba responder por los actos u omisiones que se desarrollan al interior de dichos estados, sean estos actos ocasionados por los funcionarios que forman parte del mismo o no”*, queriendo establecer si efectivamente nuestro país debe o no responder por los actos propios desarrollados al interior de las comunidades indígenas.

De esta manera, podemos afirmar que el Estado adquiere la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales, es decir que los estados adquieren el deber jurídico de prevenir, de forma razonable y oportuna, las violaciones a los derechos humanos de todos los individuos que se encuentran sometidos a su jurisdicción.

Los actos negativos dañosos realizados en las comunidades indígenas pueden derivar en afectaciones a personas, bienes que son protegidos con derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales.

El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *«En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.»*

2.4.2. PARALELO COMPARATIVO ENTRE LA JUSTICIA INDÍGENA CON COLOMBIA Y ECUADOR, DOS SISTEMAS DISTINTOS, PERO CON SUS SIMILITUDES DE APLICACIÓN. -

En la obra titulada “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”, encontramos en la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

“Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

(...)

“Artículo 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Podemos manifestar que la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas viene a constituir un criterio de interpretación del Ordenamiento Jurídico Colombiano, todo esto a pesar de la Oposición presentada inicialmente. Evidencia de aquel criterio de interpretación lo encontramos desarrollado en el *“artículo 246 de la Constitución y los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT establecen el deber de respetar y conservar los métodos indígenas tradicionales de solución de conflictos”*.

Adicionalmente, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que la jurisdicción especial indígena se puede definir de la siguiente manera:

“Derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria”

Y seguimos con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en cuanto a la jurisdicción especial indígena que señala que la misma se ha constituido bajo una estructura que contiene los siguientes cuatro pilares que vienen a ser considerados básicos:

- “(i) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas,
- (ii) La potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios,
- (iii) La sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y
- (iv) La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional”. (Roa, 2014)

Al parecer Colombia aplica las normas internacionales en base a la puesta en práctica del derecho indígena, en cierta tratando de normar o regular ciertos parámetros establecidos por la OIT a través del Convenio 169, siendo uno de los primeros instrumentos en dar la pauta hacia el respeto de las Comunidades o grupos indígenas.

En la Declaración de derechos humanos, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, estos en torno a los que han venido poseyendo tradicionalmente, los mismos que a la actualidad están controlados por otros, de hecho, o de derecho.

La existencia de los pueblos indígenas y su relación extremadamente cercana con sus tierras, territorios y recursos, es algo notorio, en virtud de que la defensa por mantener sus tierras es una lucha ancestral.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recalcado lo siguiente:

La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (Naciones Unidas, 2013).

En sí, la Corte Interamericana realiza un análisis distinto y da mayor relevancia a los pueblos, comunas o comunidades indígenas, valorando esa conexión existente entre los

pueblos indígenas y sus tradiciones, culturas, como un legado que ha venido transmitiéndose de generación en generación y respetando a aquellos en el marco de su evolución cultural, haciendo que los Estados respeten sus derechos conseguido a través de grandes luchas.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

Los mecanismos que pueden existir para el desarrollo de un trabajo de titulación son variados y complejos. Lo importante es poder determinar cuál será el camino adecuado que sirva al desarrollo del mismo, en este capítulo encontraremos el tipo de investigación realizado, así como el método, el enfoque y las técnicas utilizadas.

3.1. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN:

Un enfoque mixto cualitativo – cuantitativo en la presente investigación ayudará a alcanzar un análisis sistemático y veraz de la información de forma objetiva y subjetiva.

A partir de ideas, entrevistas y opiniones respecto al presente trabajo, se podrá aperturar un análisis de datos no estadístico, para que puedan ser interpretados de una forma subjetiva pero razonada, lógica y bien fundamentada, en base a la contrastación de resultados.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente investigación va dirigida un análisis teórico con un aporte meramente teórico.

De acuerdo a su finalidad es una **investigación pura**.

Por el **nivel de profundidad**, se transforma en una **investigación descriptiva**, en aproximación al objeto del presente estudio.

Considerando **la temporalidad** este estudio **será de tipo transversal** en virtud de que los datos serán tomados en un solo espacio de tiempo y no de manera continuada.

De acuerdo a **la escala se torna en micro social** ya que se estará trabajando con una problemática que afecta a un grupo y está dirigido a un nivel determinado de la sociedad.

Se torna en investigación **documental**, porque obedece a la revisión de libros, normativa nacional e internacional por el reconocimiento a culturas ancestrales existentes, los mismos que servirán para dar forma a la presente investigación.

Es en parte investigación **histórica**, ya que, la parte medular, la historia de las sanciones o castigos que se han venido desarrollando al interior de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas

La misma se puede enmarcar también en una investigación **exploratoria**.

3.3. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:

Inductivo que permita a través de la observación llevar a una clara determinación y poder contrastar los hechos estudiados.

- a. **Observación.** - En el contacto físico es importante – a través de la entrevista se pudo lograr y obtener información coherente y precisa.
- b. **Registro, análisis y clasificación de los hechos.** - Con este acercamiento se pretende realizar un registro, determinando los hechos y clasificándolos para un mejor estudio.
- c. **Derivación inductiva de una generalización de los hechos.** - resulta necesario reducir el ámbito de estudio y enmarcarlo al presente trabajo.
- d. **Contrastación.** - Habiendo obtenido un acercamiento, revisado una vasta documentación determinar si se está respetando el debido proceso al interior de las comunidades o no, debería ser suficiente para arrojar un resultado o corroborar una teoría.

3.4. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN. –

La recolección de datos para la contrastación documental en el presente trabajo no debe regirse a un procedimiento estandarizado, sino a un análisis no estadístico a través de las

entrevistas y encuestas que pueden ser consideradas como vivencias del investigador en contacto con los que conocen de la aplicación de penas o sanciones al interior de las comunidades indígenas.

Estrategias utilizadas en la investigación. - Será la encuesta, la entrevista y la investigación documental.

Universo – Población – Muestra

Como **primer punto** para el presente estudio se considerará:

Población y muestra del análisis documental en el marco teórico – normativa utilizada

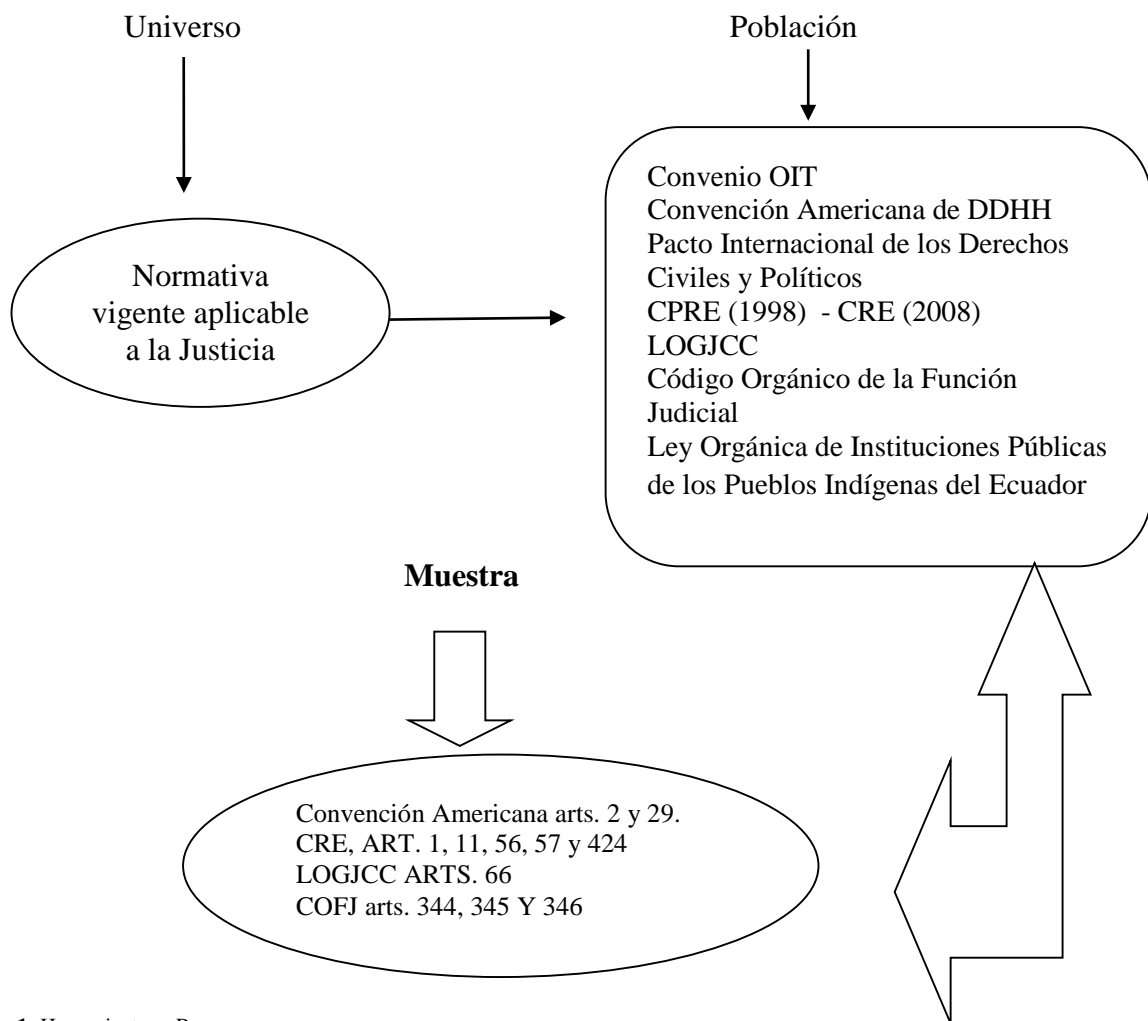


Figura 1: Herramientas y Recursos
Fuente: autoría propia – determinación de muestra
Elaborado por la autora

No existe, un trabajo investigativo que pueda realizarse sin revisar la normativa vigente y aplicable, por lo tanto, el presente trabajo se encuentra en la normativa señalada en el análisis documental, en un afán de comprobar o verificar si existe o no responsabilidad extracontractual del Estado al no intervenir en la aplicación de castigos o sanciones en las comunidades indígenas, en virtud de que el respeto a sus costumbres puede resultar un mito, pero la no intervención del Estado una realidad.

----- 0 -----

El segundo punto obedece a los profesionales del derecho en el marco de la justicia indígena, a través de la **encuesta**.

Población y muestra del análisis a través de la encuesta

En nuestro país tenemos que por excepción todos los jueces son constitucionales, corresponde señalar que del conglomerado de abogados que existen a nivel país, hay un número de abogados que se dedican a participar en temas de justicia indígena o son miembros de una comunidad indígena.

Gráficamente lo represento de la siguiente manera, teniendo en cuenta el universo de abogados indígenas y la población o muestra con la que trabajaré en el presente trabajo.

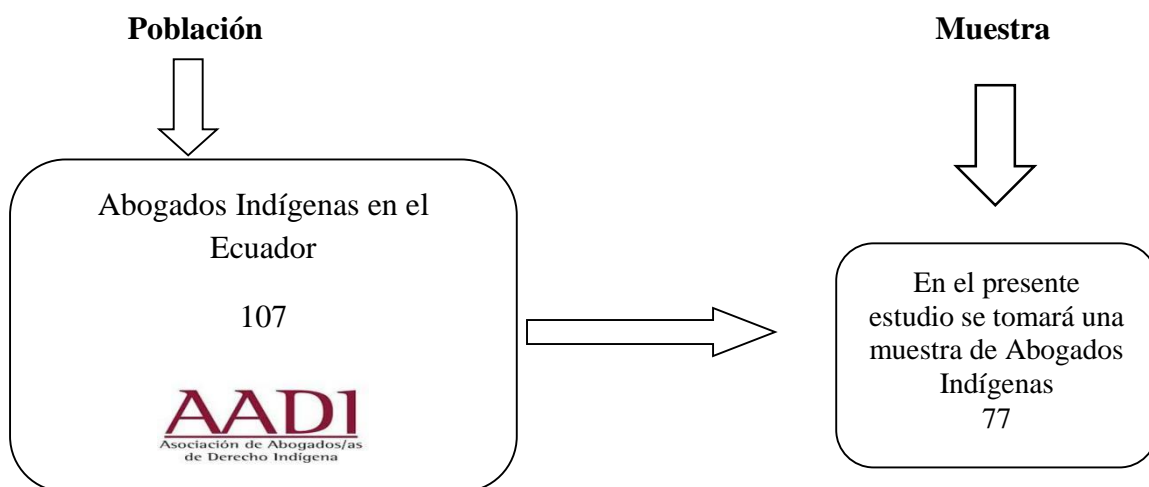


Figura 2: Herramientas y Recursos
Fuente: autoría propia – determinación de muestra
Elaborado por la autora.

Determinación de la muestra y su grado de confiabilidad. -

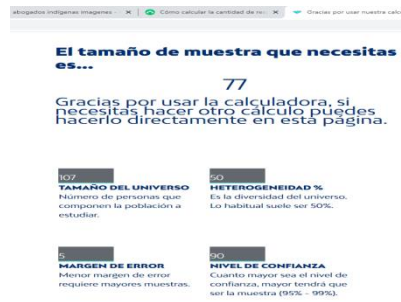


Figura 3: Herramientas y Recursos
Fuente: Calculadora toma de muestra.
Elaborado por la autora.

Población conocida de abogados indígenas 107.

Nivel de confianza requerido un 90%, con un margen de error del 5%.

Muestra utilizada para la realización de la encuesta, mediante “Formulario de Google”, vía enlace, remitido a todo el grupo de abogados indígenas, de los cuales se realizó el contraste y comprobación.

Técnica Encuesta – Instrumento Cuestionario – Formulario Google

1. ¿Cree que el estado debe empezar a regular los procedimientos que se aplican en la justicia indígena?
2. ¿Ud. cree que se debe crear un sistema de justicia indígena paralelo a la justicia ordinaria con la finalidad de evitar violaciones de derechos humanos?
3. ¿Ud. cree que se respetan los Derechos Humanos en la aplicación de la Justicia Indígena?
4. ¿Ud. considera que las sanciones que se aplican en las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas podrían ser llamados tratos crueles o inhumanos?

5. ¿Ud. que garantías básicas como parte del debido proceso considera que se respeta en la aplicación de la Justicia Indígena?

6. ¿Existiría omisión por parte del estado al no regular los procedimientos sancionatorios que se aplican en las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas?

7. ¿Ud. considera que podría existir responsabilidad del estado en la aplicación de la justicia indígena?

8. ¿Considera que es correcta la aplicación de una garantía jurisdiccional como la Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la justicia indígena?

----- 0 -----

El tercer punto obedece al marco de las comunidades, pueblos o comunas indígenas que forman parte de la sierra ecuatoriana, que para el presente estudio se tomará de la siguiente manera,

Población y muestra del análisis a través de la entrevista:

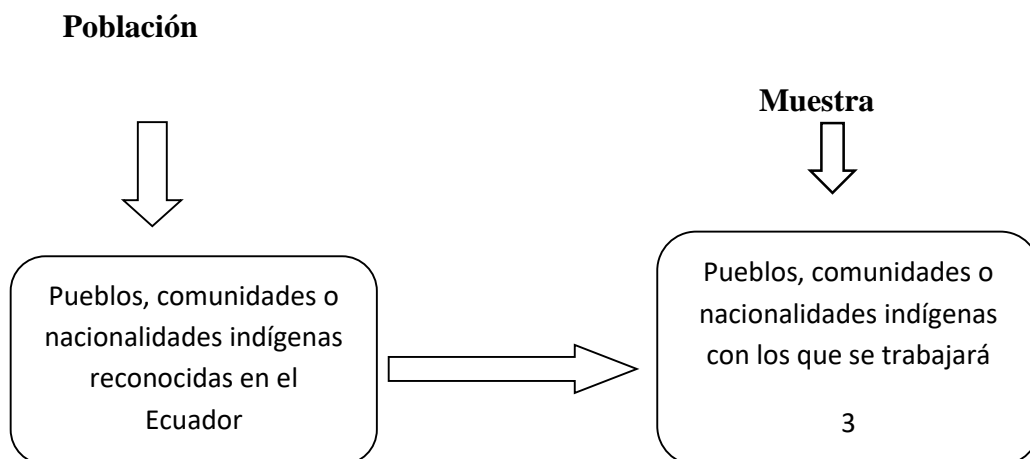


Figura 4: Herramientas y Recursos
Fuente: autoría propia – determinación de muestra
Elaborado por la autora.

A dirigentes comunitarios. -

1. ¿Son los castigos aplicados en el marco del derecho indígena una violación a los derechos humanos?

2. ¿Usted considera que las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena constituyen una violación al debido proceso?
3. El Código Orgánico de la función Judicial señala varios principios que se utilizan en el marco de la Justicia Indígena ¿Usted considera que son suficientes para la aplicación de la Justicia Indígena?
4. Usted considera que de existir una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso en las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena ¿Las comunidades indígenas deberían plantear algún tipo de regulación normativa?
5. ¿Considera usted que de existir una violación de derechos humanos al aplicar sanciones al interior de las comunidades indígenas deba ser responsable el Estado Ecuatoriano?

A miembros de la comunidad. -

1. ¿Usted sabe que son los derechos humanos?
2. ¿Usted sabe que es la justicia indígena?
3. ¿Usted considera que se respetan sus derechos al interior de su comunidad al momento de aplicarle la justicia indígena?
4. ¿Usted sabe o conoce qué es el debido proceso?
5. ¿Usted conoce o sabe de la existencia de un debido procedimiento que debe realizarse antes de ser juzgado al interior de la comunidad?

Tabla 1: Operacionalización de las variables – objetivos – resultados

Variables	Objetivos	Indicadores	Técnica utilizada	Resultados
Sanciones que se imponen en la aplicación de la justicia indígena.	Identificar los elementos jurídicos que permitan establecer si se afectan o no los derechos humanos al interior de las comunidades indígenas.	De acuerdo	Revisión documental	De la revisión documental se detectó la existencia de sanciones indígenas, conocido como “cultura indígena o derecho ancestral”, las constantes luchas para que se respete su aplicación. Sin considerar la existencia de violación o vulneración a derechos constitucionales. A decir de los miembros de las comunidades indígenas no son castigos crueles y los aceptan sin temor, no sienten que se vulneran sus derechos y dicen que se ha garantizado su participación en la comunidad en todas las formas permitidas. Por el contrario, se sienten protegidos y atendidos en sus derechos, como por ejemplo a ser juzgado por una autoridad competente. Con lo que se constata un acuerdo total en la aplicación de su derecho ancestral y no lo considera como un atentado o algo así.
	Verificar si son castigos crueles e inhumanos o sanciones permitidas al interior de las comunidades indígenas.	En desacuerdo		
	Examinar si la normativa existente prevé efectivamente el respeto a la justicia indígena y cuál vendría a ser su ámbito de aplicación.	Parcialmente de acuerdo	Entrevista	
	Intervenir el Estado en los casos de justicia indígena es obligatorio o no.			
Existe violación de los Derechos Humanos en la aplicación de la justicia indígena.	Identificar los elementos jurídicos que permitan establecer si se afectan o no los derechos humanos al interior de las comunidades indígenas.	De acuerdo	Revisión documental	Se identificó plenamente la existencia de normativa tanto nacional como internacional, que señala que debe considerarse a todas las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, como parte integrante de la sociedad y que gozan de derechos humanos. Así mismo en torno al acercamiento mantenido con las diferentes comunidades indígenas. Se puede constatar la lucha desplegada con el tiempo para que se respete su derecho ancestral.
	Verificar si son castigos crueles e inhumanos o sanciones permitidas al interior de las comunidades indígenas.	En desacuerdo	Encuesta	

	Examinar si la normativa existente prevé efectivamente el respeto a la justicia indígena y cuál vendría a ser su ámbito de aplicación.	Parcialmente de acuerdo	Entrevista	Tanto así, que no permiten el acceso o la intromisión del Estado al interior de sus comunidades, motivo por el cual no se puede establecer si existe o no una verdadera regulación de las sanciones que se aplican al interior de las mismas. Con lo que se corrobora que están en total desacuerdo de la participación del Estado al momento de aplicar la “justicia indígena”.
	Intervenir el Estado en los casos de justicia indígena es obligatorio o no.			
Responsabilidad extracontractual del Estado en la aplicación de la justicia indígena.	Identificar los elementos jurídicos que permitan establecer si se afectan o no los derechos humanos al interior de las comunidades indígenas.	De acuerdo	Revisión documental	Elemento humano “el miembro de una comunidad indígena”, corroborado tanto en la normativa, como en el acercamiento mantenido y a través de las encuestas realizadas. Trasmiten seguridad y un acuerdo total a que se respete la justicia indígena y celebran que la Constitución de la República les haya garantizado su derecho de participación y demás derechos humanos. Pero, no aprueban que se cree una normativa que sirva para que el estado intervenga en sus decisiones. La normativa nacional no prevé que el estado pueda ser sancionado por no intervenir en las decisiones de la justicia indígena, pero esto se contrapone a la normativa internacional, aunque está garantiza el respeto al derecho ancestral, también señalan sanciones internacionales de reparación u otras.
	Verificar si son castigos crueles e inhumanos o sanciones permitidas al interior de las comunidades indígenas.	En desacuerdo	Encuesta	
	Examinar si la normativa existente prevé efectivamente el respeto a la justicia indígena y cuál vendría a ser su ámbito de aplicación.	Parcialmente de acuerdo	Entrevista	
	Intervenir el Estado en los casos de justicia indígena es obligatorio o no.			

Fuente: autoría propia – Operacionalización de las variables

Elaborado por la autora.

3.5. INFORME DE RESULTADOS OBTENIDOS EN LA ENCUESTA REALIZADA

1. ¿Cree que el estado debe empezar a regular los procedimientos que se aplican en la justicia indígena?

Tabla 2: Recursos y Herramientas

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Si	ALTA	60%
No	MEDIA	40%
		100%

Fuente: Encuesta realizada por la autora.

Elaborada por la autora

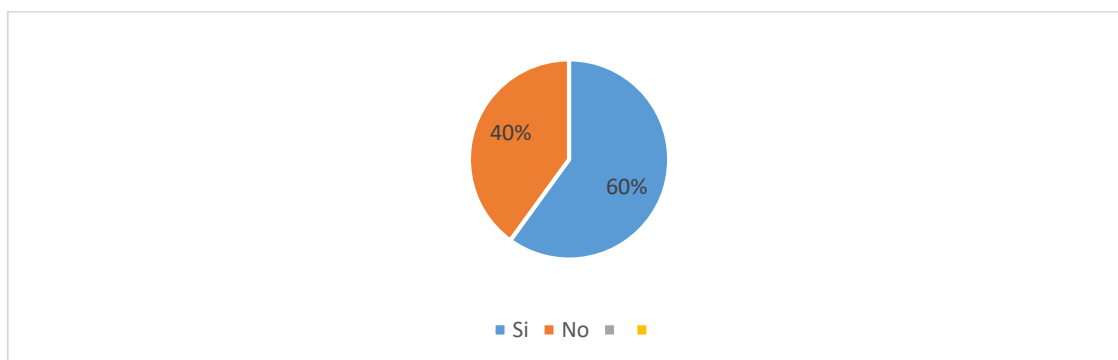


Figura 5: Herramientas y Recursos

Fuente: Encuesta realizada por la autora

Elaborada por la autora.

Análisis de la pregunta No. 1.-

En un 60 % de los abogados preguntados, consideran que se deben regular los procedimientos o mecanismos de aplicación de la justicia al interior de las comunidades indígenas. En consecuencia, no queda duda, que el Estado debe intervenir y comenzar a regular los procedimientos al interior de dichas comunidades con la finalidad de hacer prevalecer los derechos humanos, evitando que los mismos sean vulnerados y de esta forma también se evitaría las sanciones al Estado por no intervenir y velar por los derechos humanos.

2. ¿Ud. cree que se debe crear un sistema de justicia indígena paralelo a la justicia ordinaria con la finalidad de evitar violaciones de derechos humanos?

Tabla 3: Recursos y herramientas

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Si	ALTA	75%
No	BAJA	25%
		100%

Fuente.- Encuesta realizada por la autora.

Elaborada por el autor

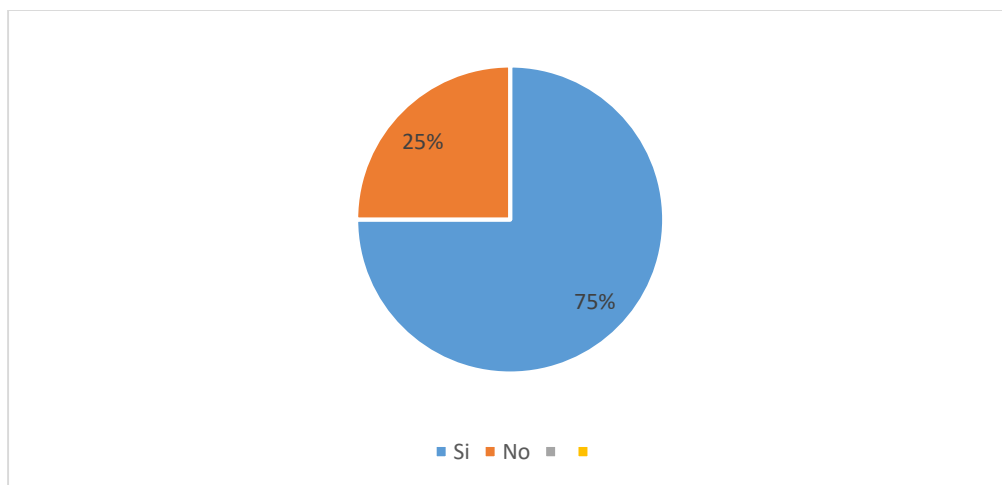


Figura 6: Herramientas y Recursos

Fuente: Encuesta realizada por la autora

Elaborada por la autora.

Análisis de la pregunta No. 2.-

En el presente trabajo se puede comprobar que efectivamente se debería crear un sistema paralelo de justicia indígena a la justicia ordinaria, lo que respaldaría la Teoría de Tortens en la aplicación de los niveles de protección de los derechos, teniendo como ejemplo otros países como Bolivia y Colombia que dan gran importancia a esta regulación en pos de vigilar el respeto a los derechos humanos como inherentes al ser, en el Ecuador las conquistas de los pueblos o comunidades indígenas han sido momentos históricos que van en la misma de respeto a los derechos humanos.

3. ¿Ud. cree que se respetan los Derechos Humanos en la aplicación de la Justicia Indígena?

Tabla 4: Recursos y herramientas.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Si	BAJA	11%
No	ALTA	89%
		100%

Fuente.- Encuesta realizada por la autora.

Elaborada: por el autor

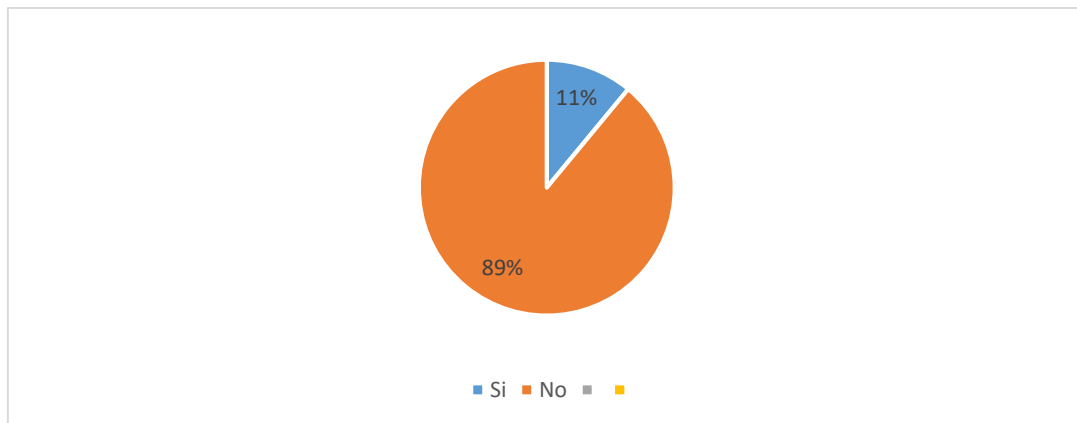


Figura 7: Herramientas y Recursos

Fuente: Encuesta realizada por la autora

Elaborada por la autora.

Análisis de la pregunta No. 3

Como establecer si se afectan o no los derechos humanos al interior de las comunidades indígenas, en virtud a que el acceso a las mismas resulta o se torna imposible, la mayoría de las comunidades manejan un entorno cerrado y no comparten sus creencias, sus formas o tradiciones de vida. En muchos casos, no consideran que se les este vulnerados sus derechos personalísimos y demuestran unidad cuando se trata de defender a un miembro o a la comunidad misma.

4. ¿Ud. considera que las sanciones que se aplican en las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, podrían ser llamados tratos crueles o inhumanos?

Tabla 5: Recursos y Herramientas

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Muy Crueles	BAJA	5 %
Cruels	BAJA	5 %
Nada Cruels	MEDIA	15 %
Son sus costumbres	ALTA	65 %
Su forma de vida	BAJA	10 %
		100 %

Fuente: Encuesta realizada por la autora.
Elaborada por el autor

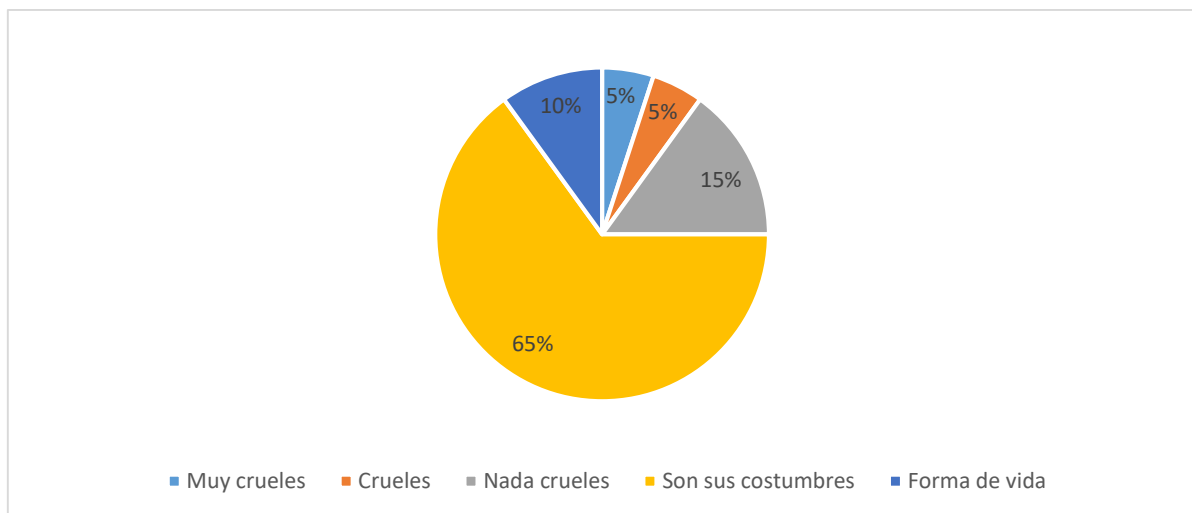


Figura 8: Herramientas y Recursos
Fuente: Encuesta realizada por la autora
Elaborada por la autora.

Análisis de la pregunta No. 4.-

Son castigos crueles e inhumanos o sanciones permitidas ante el cometimiento de una infracción o delito al interior de las comunidades indígenas, resulta imposible llegar a determinar o considerar que se trate de tratos crueles o inhumanos ante el reconocimiento y la justicia indígena en el marco de tradiciones ancestrales que han venido siendo aplicables a través de los años al interior de las mismas. Es decir, podemos llegar a la conclusión que el Estado reconoce estas prácticas ancestrales y no las considerada para nada trasgresoras de derechos humanos.

5. ¿Ud. qué garantías básicas como parte del debido proceso considera que se respeta en la aplicación de la Justicia Indígena?

Tabla 6: Recursos y herramientas

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Derecho al debido proceso	MEDIA	25 %
Derecho a recibir una resolución motivada	BAJA	5 %
Derecho a ejercer su legítima defensa	MEDIA	24 %
A ser juzgado por autoridad competente	MEDIA	22%
Todos los mencionados	MEDIA	24 %
		100 %

Fuente.- Encuesta realizada por la autora.
Elaborada por el autor

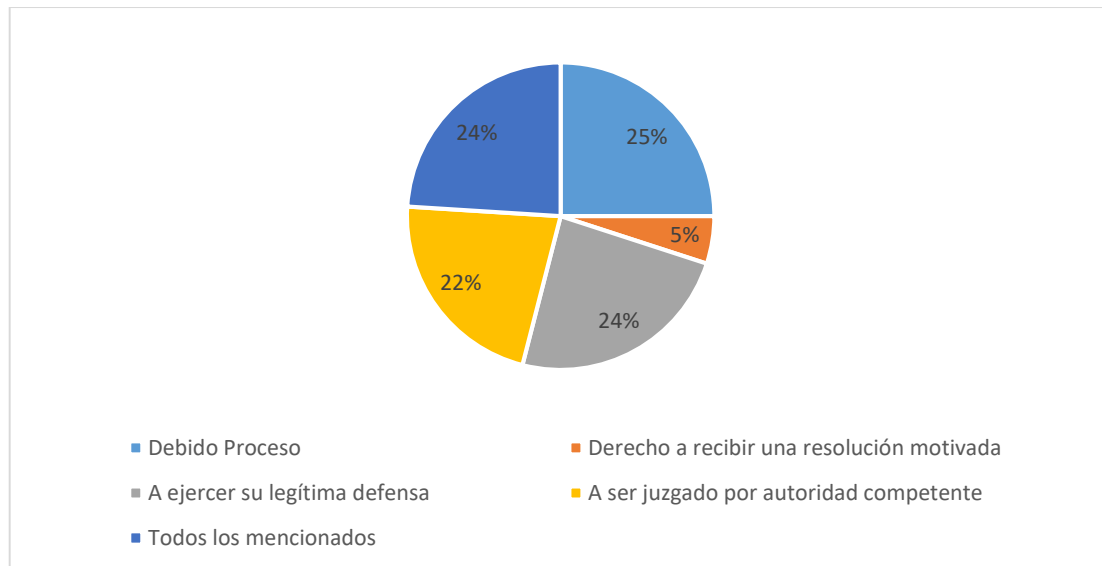


Figura 9: Herramientas y Recursos
Fuente: Encuesta realizada por la autora
Elaborada por la autora.

Análisis de la pregunta No. 5.-

Ante la no existencia de una regulación normativa que involucre a las comunidades o pueblos indígenas con una verdadera aplicación de la justicia, la misma que por años se ha visto marginada y excluida; a lo que se considera un gran logro que el “derecho indígena” haya sido reconocido en nuestra Constitución y que se ratifique la intervención del derecho internacional en el marco del respeto a la justicia indígena, estableciendo fiscales indígenas y en cierta forma jueces de paz, que podrían colaborar en dicho ámbito.

6. ¿Existiría omisión por parte del estado al no regular los procedimientos sancionatorios que se aplican en las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas?

Tabla 7: Recursos y Herramientas

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Si	ALTA	56 %
No	MEDIA	25 %
Tal vez	MEDIA	24 %
		100 %

Fuente.- Encuesta realizada por la autora.
Elaborada por el autor

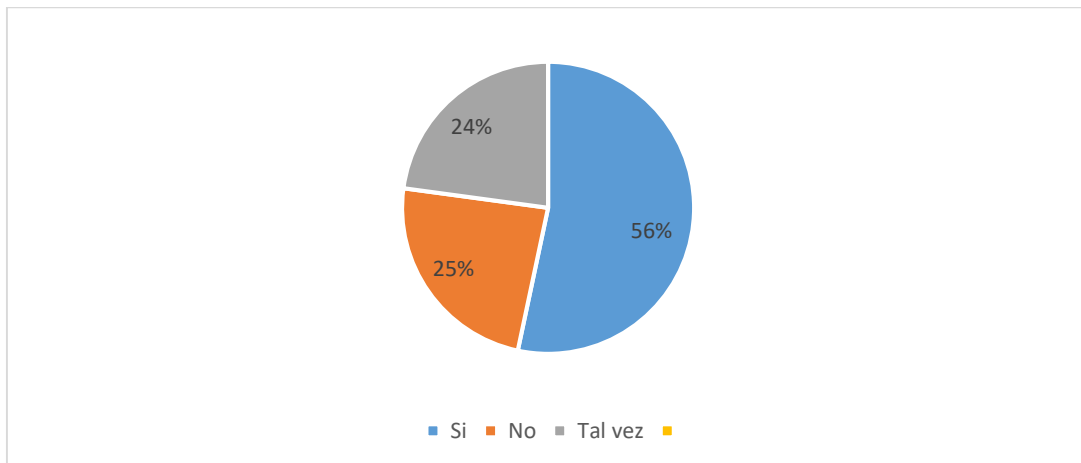


Figura 10: Herramientas y Recursos
Fuente: Encuesta realizada por la autora
Elaborada por la autora.

Análisis de la pregunta No. 6.-

Un **56 %** de los preguntados considera que existiría omisión por parte del estado al no regular los procedimientos sancionatorios que se aplican en las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas. Un **24 %** no lo considera y **25 %** tiene dudas respecto a la responsabilidad del estado en torno a la aplicación de la Justicia Indígena. Como vemos una gran parte de los preguntados considera que el Estado está obligado a intervenir en los casos de justicia indígena, debiendo adoptar medidas de prevención y protección en las relaciones entre las comunidades indígenas y luego con el resto de la población, en todo caso se confirma una separación clara y evidente entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

7. ¿Considera que es correcta la aplicación de una garantía jurisdiccional como la Acción Extraordinaria de Protección contra las decisiones de la justicia indígena?

Tabla 8: Recursos y Herramientas

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente de acuerdo	ALTA	70 %
De acuerdo	BAJA	15 %
En desacuerdo	BAJA	8 %
Totalmente en desacuerdo	BAJA	7 %
		100 %

Fuente.- Encuesta realizada por la autora.
Elaborada por la autora.

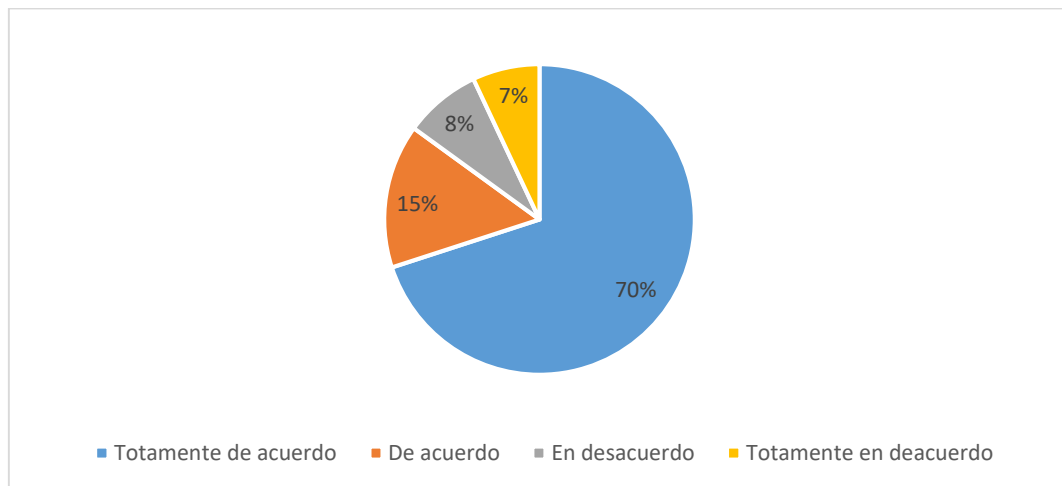


Figura 11: Herramientas y Recursos
Fuente: Encuesta realizada por la autora
Elaborada por la autora.

Análisis de la pregunta No. 7

A pesar de que muchos consideran que el Estado no debe intervenir en las decisiones de la Justicia Indígena en el momento de considerar que existe una vulneración extrema de derechos fundamentales, se busca la intervención de la Corte Constitucional como recurso para obtener una verdadera justicia. Un claro ejemplo de que si debe darse la intervención del estado y la regulación de los procedimientos sancionatorios que se deben aplicarse en la justicia indígena es precisamente al señalar que la Acción Extraordinaria de Protección la utilizarían contra una decisión de la justicia indígena, no sólo porque así lo señala nuestra Carta Magna, sino porque sería una forma eficaz de obtener una “verdadera justicia”.

3.6. INFORME DE RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS

Un medio de verdadero acercamiento, la entrevista, el contacto con el ser humano, pues bien, de las entrevistas realizadas a los miembros de la comunidad, se obtuvo el siguiente resultado:

1. Son personas que viven con limitaciones, pero en colaboración con su comunidad, personas muy trabajadoras que respetan sus costumbres, su cultura y aceptan la aplicación de sanciones por parte de sus dirigentes.
2. Al momento de ser juzgados participan todos de forma mancomunada y escuchan para que, él que vaya a ser sancionado reciba un castigo justo y acorde a su acción, no les gustan los excesos y aplican el principio de resarcir o reparar el daño.
3. Reconocen los procedimientos aplicables, como su herencia, la misma que debe ser obligatoriamente acogida por los miembros de una comunidad.
4. No reconocen la aplicación de la justicia ordinaria y no creen que el Estado deba intervenir en su justicia y está debe ser acatada por todos nosotros. En virtud, de que sus procedimientos vienen de años.

3.7. CONCLUSIONES GENERALES:

- A pesar de que muchos consideran que el Estado no debe intervenir en las decisiones de la Justicia Indígena en el momento de considerar que existe una vulneración extrema de derechos fundamentales, se busca la intervención de la Corte Constitucional como recurso para obtener una verdadera justicia.

Siendo esto: “Un claro ejemplo de que si debe darse la intervención del estado y la regulación de los procedimientos sancionatorios que se deben aplicarse en la justicia indígena es precisamente al señalar que la Acción Extraordinaria de Protección la utilizarían contra una decisión de la justicia indígena, no sólo porque así lo señala nuestra Carta Magna, sino porque sería una forma eficaz de obtener una “verdadera justicia”.

Primera conclusión: Lo óptimo o lo ideal sería que el Estado entre a controlar o regular cuando efectivamente se trate de delitos tipificados por la gravedad y la pena. Aunque, si bien es cierto, existió un gran porcentaje de abogados que respondió que se debe empezar a regular los procedimientos que se realizan al interior de las comunidades, nacionalidades o pueblos indígenas, también es cierto que existe un reconocimiento ancestral a dichas culturas o procedimientos.

Segunda conclusión: La responsabilidad extracontractual del Estado, se encuentra sujeta a determinados elementos que se pueden volver en contra del mismo y que pueda ser sancionado, por ejemplo, omitir la regulación de las sanciones que se imponen al interior de las comunidades o permitir que se cometan actos considerados como atroces o que afecten derechos humanos, es decir es obligación de los estados velar por que se respeten los mismos (derechos humanos).

Tercera conclusión: El reconocimiento normativo de sus culturas, y la no intervención del estado, podría constituirse este reconocimiento en responsabilidad extracontractual por la poca o nula intervención del estado.

Cuarta conclusión: Será que, al interior de las comunidades indígenas se aplican castigos, que no respeten un debido proceso, o, estos se podrían traducir en ajusticiamientos que lleven a determinar la existencia de la Responsabilidad extracontractual por la que deba responder el estado por su inacción u omisión, o si estos castigos puedan ser tomados como tratos crueles e inhumanos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Quinta conclusión: La responsabilidad extracontractual no se puede enmarcada únicamente en la no intervención, sino en que ha hecho para garantizar el respeto a las costumbres de pueblos ancestrales, y su no intervención obedece únicamente al respeto al debido proceso.

3.8. RECOMENDACIONES:

Primera recomendación: Considero que se deberían establecer límites a las prácticas ancestrales al interior de las comunidades, comunas o pueblos indígenas, en un afán de evitar caer en una posible vulneración de derechos humanos, teniendo como base a la “dignidad humana”, como elemento esencial en la aplicación de los derechos fundamentales.

Segunda recomendación: Que, se realice un nuevo análisis a la aplicación de la justicia indígena por parte de la Corte Constitucional en virtud de que se sirvan verificar si existe o no vulneración de derechos fundamentales (humanos) a través de la aplicación de castigos, los cuales no son reportados o conocidos, y todo esto en base a las varias lecturas que he realizado en diarios de amplia circulación en los que señalen que en base a la llamada justicia se violan derechos humanos.

Tercera recomendación: Que, se certifique de una manera calificada la existencia de una justicia indígena que no contravenga derechos protegidos no solamente por nuestra carta Magna sino por los convenios internacionales ratificados por el Ecuador, para evitar futuras demandas constitucionales que conlleven a la responsabilidad extracontractual del Estado.

Cuarta recomendación: Siendo el derecho humano, más importante el “derecho a la vida”, es primordial que el Estado pueda garantizar el mismo a todo su pueblo, garantía en la que se deben ver involucrados todos los habitantes de un estado.

CAPÍTULO IV

INFORME TÉCNICO O PROPUESTA

4.1. Título. – Realización de una revisión normativa en torno a la aplicación de la Justicia Indígena y el respeto a la cultura ancestral.

4.2. Objetivos General. –

Verificar la verdadera justicia indígena y su contenido.

- **Objetivos específicos:**

1. Conocer la aplicación de normativa internacional indígena, pero en derechos humanos.
2. Identificar elementos de responsabilidad extracontractual del estado.
3. Dar a conocer la existencia de castigos crueles o inhumanos en el marco de la justicia indígena.

4.3. Justificación. –

En el marco del derecho internacional, el Ecuador ya ha sido sancionado y calificado como un ente vulnerador de derechos humanos. Esto, puede traer implicaciones o antecedentes que sirvan para realizar un examen certero o eficaz de las sanciones que, actualmente aplicando en las comunidades indígenas, al tenor de evitar ser sancionado.

Es evidente que no se puede considerar intromisión del estado, en virtud de que, como hemos visto en casos puntuales como por ejemplo “La cocha”, o los casos de la naturaleza en la Amazonía se ha buscado por parte de las mismas comunidades la aplicación de la justicia ordinario. Motivo suficiente para que, el estado se replantee su intervención en dichas comunidades indígenas.

4.4. Exposición de los hechos. –

Del presente trabajo de investigación se puede determinar 3 elementos importantes que deben ser analizados en un estudio posterior, en torno a los hechos en que se han enmarcado los castigos ancestrales y que se han conservado en determinadas comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, y son:

- Existen castigos normados por las mismas comunidades indígenas o son un invento de las mismas.
- El reconocimiento del derecho ancestral debe ser revisado en su totalidad, en un afán de garantizar el respeto al debido proceso y a la seguridad jurídica.
- Los pueblos, comunidades o nacionalidades pueden ser considerados como seres humanos que deben gozar del respeto a su dignidad, como ser humano.

4.5. Análisis de lo actuado. - Los pueblos, nacionalidades o comunidades indígenas han realizado intervenciones a través de los diferentes movimientos, marchas o paralizaciones a nivel país y a nivel mundial, motivo por el cual sus conquistas han sido grandes. Pero, cabe resaltar o destacar que, las mismas han servido para dar respeto o garantizar el mismo, sin embargo, el estado o los estados podrían verse afectados al dejar de intervenir en las constantes agresiones que las denominan “justicia indígena”, por la posible afectación del derecho humano a la vida, como principio fundamental y universal.

4.6. Resultados obtenidos. –

4.6.1. De las encuestas realizadas se pudo detectar cierta inconformidad con las formas o castigos que se desarrollan al interior de las comunidades indígenas:

4.6.2. De la normativa revisada, se pudo constatar la existencia de normas internacionales que vigilan el respeto y el efectivo cumplimiento, en el respeto a los derechos humanos y el desarrollo normativo en cumplimiento a lo dispuesto en las convenciones ratificadas por el Ecuador, en el marco del respeto a la dignidad humana de todos los seres humanos.

4.6.3. El respeto y la inclusión en la actual Constitución, como grupo vulnerable a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, es evidente y se cumple a cabalidad, de conformidad a lo señalado en las entrevistas realizadas a dirigentes indígenas.

4.6.4. Que, temas de mayor envergadura deberán ser conocidos obligatoriamente por la Justicia ordinaria, por ejemplo, en el caso de delitos, como asesinatos, violaciones a menores u otros, que significan un atentado grave al derecho a la vida o a la dignidad de las personas.

4.7. Conclusiones del Informe técnico. –

4.7.1. Garantizar el respeto al debido proceso, es de todos y no sólo de los estamentos públicos, las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas deben garantizarlo a sus miembros.

4.7.2. La responsabilidad extracontractual no puede ser medida desde el punto de vista de la inacción, sino también desde los hechos relevantes que ha realizado el Estado para garantizar el respeto a los pueblos, comunidades o nacionalidades indígenas.

4.7.3. Recomendar o sugerir una verdadera intervención del Estado, puede no ser muy útil, pero si necesaria en un afán de cumplir con la protección de los derechos humanos de un pueblo.

4.8. Recomendaciones del informe técnico. -

Ante la existencia del Convenio de la OIT, el mismo que obliga a todos los estados a garantizar y fortalecer el respeto a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, corresponde que en respecto a esto se continúe respetando la identidad y sus culturas, como principio de supremacía constitucional consagrado en la nuestra Carta Magna.

Puede ser efectivo comenzar a regular los procedimientos que se desarrollan en el marco de la Justicia Indígena. **Se recomienda que el dictamen emitido por la Corte Constitucional.** Dictamen No, 5-19-RC/19 caso No. 0005-19-RC del 04 de septiembre de 2019, sea revisada en pos de una verdadera garantía constitucional del respeto al debido proceso y respeto a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alain, T. (1979) *La Sociología de la Acción. - El sujeto y los valores*. Revista Española de Investigaciones Sociológicas.
- Aylwin, J. (2004) *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco – Chile.
- Barié, C. 2008. *Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos* (Artículo) = revista latinoamericana de seguridad ciudadana, Quito: FLACSO sede Ecuador. Programa de Estudios de la Ciudad, (n.3, enero 2008): pp. 110-118. ISSN: 1390-3691. <http://hdl.handle.net/10469/1468>.
- Boaventura de Souza S. y Grijalva, A. (2012), *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*, Editorial ABYA YALA,
- Boaventura de Souza S. (2010) *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder* (Trilce). Montevideo, Uruguay.
- Borja, E. (2011) *Derecho Indígena, Sistema Penal y Derechos Humanos*.
- Bordoli, C. (2011). *Responsabilidad Extracontractual Colectiva por Daño Causado por un Miembro Indeterminado de un Grupo*. Revista de la Facultad de Derecho, (30), 65-76 [fecha de consulta 2 de julio de 2020], ISSN: 0797-8316. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5681/568160366006>.
- Burgos, F. (2008). *Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún sin resolver*. Revista Derecho del Estado. Bogotá – Colombia. ISSN 0122 – 9893.
- Calderón, J. (2015). *Convencionalidad y medidas cautelares. Protección de comunidades indígenas*. Vía Inveniendi Et Iudicandi, 10(2), 145 – 162 [fecha de consulta 11 de septiembre de 2020]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5602/560258678005>.

- Carrillo, Y. y Cruz, J. (2016). *Algunos Límites a la Justicia Indígena en Ecuador*. Ratio Juris, 11(23), 155-188. (Fecha de Consulta 1 Julio de 2020), ISSN: 1794-6638. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5857/585761562007>.
- Castro, M. (2010). *Los Pueblos Indígenas en Latinoamérica: entre la Movilización y el derecho*. Revista CESLA, 1 (13), 197-210 [fecha de consulta 22 de enero del 2020] ISSN: 1641-4713. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2433/243316419016>
- Chaparro, A. *Pluralismo jurídico, autonomía y separatismo en la política boliviana* (Temas) = *Judicial Pluralism, Autonomy, and Separatism in Bolivian Politics*. En Iconos: Revista de Ciencias Sociales. ¿Cómo se piensa lo “queer” en América Latina?, Quito: FLACSO sede Ecuador, ISSN: 1390 – 1249 <http://hdl.handle.net/10469/2701>.
- Chiriboga, M. (2004). *Desigualdad, exclusión étnica y participación política: el caso de CONAIE Y PACHAKUTIC en Ecuador*. Alteridades, 14(28), 51-64- [fecha de Consulta 22 de Agosto de 2020]. ISSN: 0188-7017. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=747/74702805>.
- Cruz, E. (2014). *Derecho Indígena dinámicas jurídicas, construcción del derecho*. México, Instituto Nacional de Antropología e Historia. ISBN: 978-607-484-493-1. Revista Pueblos y Fronteras Digital. ISSN 1878-4115.
- Flores, D. (2011). *La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho Ordinario*. Equipo jurídico INREDH.
- Giraudó, L. (2007) *Ciudadanía y derechos Indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González, R. (2013). *La Responsabilidad Contractual y Extracontractual: Barreras entre ambas*. Anuario Jurídico y económico. (1133-3367).
- Guartambel, C. (2010). *Justicia Indígena* (CONAIE -1998)
- Hans, Jonás (2014) *El principio de responsabilidad*.

- Hernández, M. (2011) *Justicia indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico*, Quito – Ecuador.
- Hernández, M. (2015). *Trabajos Constitucionales. Estudio de Derechos Constitucionales*. Ediciones legales EDLE SA. ISBN 978-9978-81-165-8.
- Letelier, R. (2002). *Análisis de las características de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Revista de Derecho de la Universidad Católica Valparaíso – Chile.
- Martínez, M. (2015) *Reconocimiento sin implementación. Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina*. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y sociales/Universidad Nacional Autónoma de México. ISSN-0185-1918.
- Naciones Unidas. (2013). *Los Pueblos Indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, Folleto informativo N° 9/Rev.2
- Palacios, V. (2015) en su artículo “*Responsabilidad Objetiva del Estado*”. www.derechoecuador.com
- Pérez, C. (2010). *Justicia Indígena*.
- Poole, D. (2008). *La Justicia*. Lección Quinta.
- Roa, J. (2014). *Pluralismo Jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia de Colombia*. Revista de Derecho del Estado, (33), 101-121. [fecha de Consulta 1 de julio de 2020]. ISSN: 0122-9893. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3376/337632740004>.
- Rodríguez, R. y Mora, J. (2008) *Derechos Humanos y Linchamiento en México*, Revista El Cotidiano, núm 150 julio-agosto 2008, pp. 63 – 72, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32515010>.
- Rosso, G. (2014). *El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño*. Revista de Derecho Privado, (26), 449-497. [Fecha de consulta 2 de julio del

- 2020]. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4175/417537012015>.
- Salgado, J. (2002) *Justicia Indígena. - Aportes para un debate*, Universidad Andina Simón Bolívar.- Editorial ABYA-YALA.
- Santillán, A. (2002) *Linchamientos urbanos. “Ajusticiamiento popular” en tiempos de la seguridad ciudadana*. Redalyc.org (sistema de información científica. Red de Revistas Científicas de América, el Caribe, España y Portugal – Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto).
- Soto, M. y Chirinos, L. (2012) *Acepciones de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. TELOS Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales. ISSN 1317-0570. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99329907011>.
- Torsten, S. (2009). *Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (621 – 635). ISSN 1510 – 4974. www.juridicas.unam.mx.
- Trujillo, J. (2002). *Revista Jurídica Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena. Administración de Justicia Indígena*.
- Unda, F. (2010). Laboratorio de Interculturalidad de FLACSO – ECUADOR – CARE ECUADOR, Módulo 2 Etnohistoria de los pueblos y nacionalidades originarias de Ecuador.
- UNICEF (2017). *Nacionalidades y Pueblos Indígenas, y políticas Interculturales en el Ecuador*. Ministerio Coordinador de Patrimonio.
- Zambrano, C. (2008) *Afrontamiento intercultural para la coordinación jurisdiccional con pueblos indígenas colombianos (Dossier) revista de ciencias sociales*, Quito FLACSO sede Ecuador, (n. 31, mayo 2008): pp. 71 – 85. ISSN: 1390 – 1249 <http://hdl.handle.net/10469/537>

TEXTOS LEGALES UTILIZADOS

Asamblea Nacional del Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.

Asamblea Nacional de Ecuador, (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento No. 52 del 22 de octubre de 2009.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 16 de diciembre de 1966.

Asamblea Nacional de Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial* Registro Oficial Suplemento No. 544 del 09 de marzo de 2009.

Asamblea Nacional de Ecuador, *Ley Orgánica de Instituciones Públicas de los Pueblos Indígenas del Ecuador* Registro Oficial No. 284 del 24 de septiembre de 1999.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos (1948) *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, del 09 de diciembre de 1975.

Congreso Nacional del Ecuador (1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro oficial No. 01 del 11 de agosto de 1998.

Organización de los Estados Americanos (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos (B-32) celebrada del 07 al 22 de noviembre de 1969.

Organización Internacional del Trabajo. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Convenio No. 169 de la OIT. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 2014.

SENTENCIAS

Análisis del caso “*AGUINDA VS CHEVRON*” ISSN: 1989-5666 NIPO: 693-19-001.

Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 134-13-EP/20. CASO No. 0134-13-EP*, del 22 de julio del 2020.

Corte Constitucional. Dictamen No, 5-19-RC/19 caso No. 0005-19-RC del 04 de septiembre de 2019.

Corte Provincial de Justicia de Sucumbios, Sala Única juicio # 21333-2018-00266

ANEXO No. 1

<p>Anexo # 1.- Modelo de Entrevista Cualitativa Dirigida a profesionales del derecho indígena</p>
<p>TITULO: “LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA”.</p>
<p>INSTRUCCIONES</p>
<p>Escuche con atención las áreas específicas y realice una consideración al respecto</p>
<p>IDENTIFICACIÓN DEL FORMULARIO</p>
<p>1. ¿Son los castigos aplicados en el marco del derecho indígena una violación a los derechos humanos?</p> <p><i>Considero que no, porque respetamos a los miembros de nuestra comunidad y lo único que buscamos es mantener un equilibrio y que se respete nuestro derecho indígena.</i></p>
<p>2. ¿Usted considera que las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena constituyen una violación al debido proceso?</p> <p><i>Respetamos los procedimientos y procuramos respetar la Constitución de la República, nosotros instauramos nuestro debido proceso.</i></p>
<p>3. El Código Orgánico de la función Judicial señala varios principios que se utilizan en el marco de la Justicia Indígena ¿Usted considera que son suficientes para la aplicación de la Justicia Indígena?</p> <p><i>Yo, creo que se debe mantener el distanciamiento que se ha venido manteniendo con nuestra justicia. Conozco los principios y considero que se deben ampliar los principios señalados en la ley, con los de buena fe y prácticas ancestrales.</i></p>
<p>4. Usted considera que de existir una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso en las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena ¿Las comunidades indígenas deberían plantear algún tipo de regulación normativa?</p> <p><i>Nosotros si mantenemos nuestra propia regulación y los miembros de la comunidad deben respetar y acatarlas para que no sean sancionados.</i></p>
<p>5. ¿Considera usted que de existir una violación de derechos humanos al aplicar sanciones al interior de las comunidades indígenas deba ser responsable el Estado Ecuatoriano?</p>

Lo único que queremos es que se reconozca nuestro derecho y no que intervenga el estado, nuestra cultura es ancestral y así debe ser respetada.

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADO:

Nombre: María Guamán Mayancela - Cañar

Ocupación: Abogada – miembro comunidad Cañari

Fecha: 10 de diciembre del 2019

OBSERVACIONES:

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADOR:

Beatriz Argüello Carrasquel

Egresada de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte

Agradecida con su colaboración

ANEXO No. 2

Anexo # 2.-

Modelo de Entrevista Cualitativa
Dirigida a profesionales del derecho indígena

**TITULO: “LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO
Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA
INDÍGENA”.**

INSTRUCCIONES

Escuche con atención las áreas específicas y realice una consideración al respecto

IDENTIFICACIÓN DEL FORMULARIO

1. ¿Son los castigos aplicados en el marco del derecho indígena una violación a los derechos humanos?

No, para nada, no realizamos prácticas que atenten contra la vida o la dignidad humana, se procura el respeto a los derechos humanos de nuestros hermanos indígenas, desde que soy dirigente y como abogado he buscado que se reconozca nuestro derecho y se lo respete.

2. ¿Usted considera que las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena constituyen una violación al debido proceso?

Nosotros tenemos nuestros propios procedimientos, y las sanciones van de acuerdo al daño que hubiere causado no sólo contra quien lo cometió, sino que deberá resarcir el daño causado incluso a la comunidad, cambiando su conducta en beneficio de todos.

3. El Código Orgánico de la función Judicial señala varios principios que se utilizan en el marco de la Justicia Indígena ¿Usted considera que son suficientes para la aplicación de la Justicia Indígena?

Considero que lo único que podemos rescatar de la ley y de la Constitución es el “NOM BIS IN IDEM”, siempre procuramos que los miembros colaboren en el respeto a nuestras costumbres y lo que menos buscamos es sancionar por sancionar.

4. Usted considera que de existir una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso en las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena ¿Las comunidades indígenas deberían plantear algún tipo de regulación normativa?

Nosotros ya tenemos nuestra regulación ancestral, a través de las sanciones que hemos venido aplicando, respetando nuestra cultura y procurando no causar daño.

5. ¿Considera usted que de existir una violación de derechos humanos al aplicar sanciones al interior de las comunidades indígenas deba ser responsable el Estado Ecuatoriano?

No, consideramos que dentro de nuestras comunidades se vulneren derechos humanos, todo lo contrario siempre buscando el respeto.

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADO:

Nombre: Carlos Tagua Ortiz - Riobamba

Ocupación: Abogado – Dirigente de la COMICH

Fecha: 12 de marzo del 2020

OBSERVACIONES:

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADOR:

Beatriz Argüello Carrasquel

Egresada de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte

Agradecida con su colaboración

ANEXO No. 3

Anexo # 3.-

Modelo de Entrevista Cualitativa
Dirigida a profesionales del derecho indígena

**TITULO: “LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO
Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA
INDÍGENA”.**

INSTRUCCIONES

Escuche con atención las áreas específicas y realice una consideración al respecto

IDENTIFICACIÓN DEL FORMULARIO

- 1) ¿Son los castigos aplicados en el marco del derecho indígena una violación a los derechos humanos?

La verdad nosotros no hemos tenido problemas porque respetamos los derechos de nuestros miembros en cada comunidad.

- 2) ¿Usted considera que las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena constituyen una violación al debido proceso?

Primero deberíamos dilucidar que es el debido proceso y desde la perspectiva indígena siempre hemos respetado nuestros procedimientos ancestrales.

- 3) El Código Orgánico de la función Judicial señala varios principios que se utilizan en el marco de la Justicia Indígena ¿Usted considera que son suficientes para la aplicación de la Justicia Indígena?

Nosotros respetamos nuestros principios de una vida en paz y en comunidad, buscamos que todos los miembros podamos respirar esa tranquilidad y en cuanto a problemas legales considero que hemos hecho un buen trabajo con los comuneros.

- 4) Usted considera que de existir una vulneración a la garantía constitucional del debido proceso en las sanciones aplicadas en el marco de la justicia indígena ¿Las comunidades indígenas deberían plantear algún tipo de regulación normativa?

Alguna ocasión entiendo que quisieron establecer algún tipo de procedimiento pero no dio ningún buen resultado, porque al interior de una gran comunidad existen diferentes grupos que aplican sus costumbres propias y no aceptarían la intromisión de otra, o sea ya tienen un sistema de justicia aplicable y que todos respetan, porque ya conocen las consecuencias.

5) ¿Considera usted que de existir una violación de derechos humanos al aplicar sanciones al interior de las comunidades indígenas deba ser responsable el Estado Ecuatoriano?

No hay vulneración de derechos humanos al interior de las comunidades aquí en Riobamba, no veo razón por la que el Estado Ecuatoriano tenga que responder una vez que la justicia indígena ha sido reconocida.

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADO:

Nombre: Manuel Fernando Guamán – Guano - Riobamba

Ocupación: Dirigente

Fecha: 12 de marzo del 2020

OBSERVACIONES:

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADOR:

Beatriz Argüello Carrasquel

Egresada de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte

Agradecida con su colaboración

ANEXO No. 4

Anexo # 4.-

Modelo de Entrevista Cualitativa

Dirigida a personas pertenecientes a las comunidades indígenas

TITULO: “LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LAS PENAS QUE SE IMPONEN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA INDÍGENA”.

INSTRUCCIONES

Escuche con atención las áreas específicas y realice una consideración al respecto

IDENTIFICACIÓN DEL FORMULARIO

I. ¿Usted sabe que son los derechos humanos?

Resp. 1.- No, yo creo que el derecho a que se respete mi vida.

Resp. 2.- No, sé que son. Aquí en la comunidad todos nos respetamos.

Resp. 3.- Los derechos que tenemos las personas.

Resp. 4.- No.

Resp. 5.- El respeto que debemos tener de las demás personas.

II. ¿Usted sabe que es la justicia indígena?

Resp. 1.- Como comunidad indígena aplicamos nuestra justicia y somos castigados de forma menos severa que la otra justicia.

Resp. 2.- Que recibimos un castigo por los actos malos que realizamos contra otra miembro de nuestra comunidad.

Resp. 3.- Nuestros ancianos deciden de acuerdo a lo que hacemos que castigo o sanción debemos recibir.

Resp. 4.- Nuestra justicia es bien aplicada, no vamos presos. Resarcimos y reparamos el daño en favor de toda la comunidad.

Resp. 5.- la justicia que aplicamos aquí en la comunidad, baños en agua helada, ortiga y así, si atentamos contra con uno de nuestros miembros deben repararle.

III. ¿Usted considera que se respetan sus derechos al interior de su comunidad al momento de aplicarle la justicia indígena?

Resp. 1.- Si, creo que sí.

Resp. 2.- Aquí todos nos respetamos.

Resp. 3.- Mis derechos creo que sí.

Resp. 4.- Tal vez, pero alguna vez se me perdió un animalito y no le recupere.

Resp. 5.- El respeto debe ser lo primero en la comunidad.

IV. ¿Usted sabe o conoce qué es el debido proceso?

Aquí todos respondieron que no sabían o no podían determinar que era el debido proceso.

V. ¿Usted conoce o sabe de la existencia de un debido procedimiento que debe realizarse antes de ser juzgado al interior de la comunidad?

Resp. 1.- Si, depende de lo que hagamos es la sanción o el castigo, pero en todo caso hacer el bien no es difícil.

Resp. 2.- Al momento de ser juzgados participamos todos de forma mancomunada y escuchamos para que él que vaya a ser sancionado reciba un castigo justo y acorde a lo que hizo.

Resp. 3.- Todos nos reunimos y decidimos lo correcto.

Resp. 4.- Debemos aplicar nuestra justicia y está debe ser acatada por todos nosotros.

Resp. 5.- Nuestros procedimientos vienen de años, son nuestra herencia.

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADO:

Nombre: miembros de la comunidad (5) Cañar

Ocupación: comuneros

Fecha: 10 de diciembre del 2019

OBSERVACIONES:

IDENTIFICACIÓN DEL ENTREVISTADOR:

Beatriz Argüello Carrasquel

Egresada de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte

Agradecida con su colaboración