



Universidad San Gregorio de Portoviejo

Departamento de Posgrado

Programa de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral

Artículo Profesional de alto nivel

**EL CONTEXTO PENAL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN LA
JUSTICIA ORDINARIA EN EL ECUADOR**

Autor: ABG. ANDRÉS ALBERTO PAREDES INTRIAGO

Tutor: AB. HENRY VILLACIS LONDOÑO MGS.

Portoviejo, 2022

El contexto penal del derecho consuetudinario indígena en la justicia ordinaria en el Ecuador

The criminal context of indigenous customary law in ordinary justice in Ecuador

Autor:

Andrés Alberto Paredes Intriago, Abogado, Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador; andresparedes@hotmail.es

Tutor:

Ab. Henry Villacis Londoño Mgs., Abogado y Magíster. Programa de Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral, Universidad San Gregorio de Portoviejo, Manabí, Ecuador; hsvillacis@sangregorio.edu.ec

Resumen:

La presente investigación tiene como propósito dar a conocer la justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena en el Ecuador, a disposición de los habitantes de nuestro país por la constitución, convenios internacionales, etc., estos mecanismos de jurisdicción a nivel penal existen para la protección de los derechos de las personas, cuando resulten vulnerados por el juzgador ya sea por una de las dos justicias y determina lo relacionado a la justicia penal ordinaria y la justicia indígena en base a sus antecedentes, reseña histórica, su jurisdicción, objeto, diferencias, procedimientos, reconocimientos constitucionales e internacionales en base a una fundamentación teórica y su caracterización, además de los resultados de la investigación, importancia y comprobación del objetivo general que es establecer cuáles son las diferencias y semejanzas del procedimiento legal ecuatoriano a través de la comparación de la justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena, para demostrar la vulneración del principio de "Non bis in ídem" y culminando el estudio de esta investigación con varias conclusiones para la mejor aplicación de la justicia penal ordinaria y la justicia indígena en nuestra sociedad ecuatoriana.

Palabras claves: Derecho consuetudinario indígena; derecho penal; justicia ordinaria; justicia indígena; multiétnico.

Abstract

The purpose of this research is to contribute to the knowledge of ordinary criminal justice and indigenous customary law in Ecuador, available to the inhabitants of our country by the constitution, international conventions, etc., these mechanisms of jurisdiction at the criminal level exist to the protection of people's rights, when they are violated by the judge either by one of the two justices and determines what is related to ordinary criminal justice and indigenous justice based on their antecedents, historical review, their jurisdiction, object, differences, procedures, constitutional and international recognitions based on a theoretical foundation and its characterization, in addition to the results of the investigation, importance and verification of the general objective that is to establish what are the differences and similarities of the Ecuadorian legal procedure through comparison of ordinary criminal justice and consumer law indigenous study, to demonstrate the violation of the principle of "Non bis in idem" and culminating the study of this research with several conclusions for the better application of ordinary criminal justice and indigenous justice in our Ecuadorian society.

Keywords: Indigenous customary law; criminal law; ordinary justice; indigenous justice; multi-ethnic.

Introducción

La comparación y diferencias entre la justicia penal ordinaria y la justicia indígena en el Ecuador, especificando su procesamiento legal, su forma de ajusticiar, entre otros, en lo cual debe de existir un asesoramiento mutuo entre estas ambas justicias.

El tema tratado es de trascendental importancia para la sociedad ecuatoriana, ya que los funcionarios judiciales y la sociedad en general debería de tener conocimiento de la existencia de conflictos de estas dos justicias, en lo cual esta investigación busca y demuestra soluciones a dichos problemas.

En el sistema penal ordinario se ha presentado varios casos en los cuales ha existido trabas para la debida protección de la seguridad jurídica, por lo cual la justicia indígena o derecho consuetudinario tiene una desconfianza de la justicia ordinaria, ya que en la justicia ordinaria se vulnera derechos, principios, debido proceso, entre otros y por otro lado la justicia indígena cumple con un principio de celeridad, una reparación a la víctima de manera inmediata, no existe actos de corrupción, entre otras cuestiones que se mencionan más adelante.

Para la justicia indígena, a través de sus pueblos, comunidades y dirigentes son los ejecutores de la misma, en lo cual, en base a su derecho consuetudinario, costumbres, y creencias ancestrales se especifica que la justicia indígena es la manera adecuada para solucionar conflictos legales y de esta forma establecer la armonía colectiva dentro de la comunidad.

Es pertinente decir que en la justicia indígena el fin fundamental es que el infractor se arrepienta de la mala conducta y el hecho realizado de forma ilícita, además de que cumpla su respectiva sanción, y se reintegre a la comunidad como persona de bien, purificado en cuerpo y alma.

Se concluye que la justicia indígena está tipificada y reconocida en su art.171 de la constitución ecuatoriana, pero no se especifica el procedimiento de la misma antes de la sentencia, en los cuales se debe de respetar mucho más el principio de inocencia del infractor, hasta que en la respectiva audiencia se demuestre lo contrario, el infractor que es sentenciado en la justicia indígena no podrá ser sentenciado por la justicia ordinaria, ya que lo impide el principio de “Non bis in ídem” o no doble juzgamiento.

Metodología

En la presente investigación según el nivel de profundización en el objeto de estudio es de tipo descriptiva y explicativa, por cuanto se detallarán los fenómenos de aplicación del derecho consuetudinario indígena y la justicia penal ordinaria, además de la aplicación de los derechos humanos, ayudando a recolectar información útil y necesaria.

En cuestión al tipo de datos empleados esta investigación presenta un tipo de estudio cualitativo porque se basa en la obtención de datos en principio no cuantificables.

Problema jurídico a tratar

Determinar la comparación de la justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena, en la cual se especifique sus diferencias de procesamiento legal, y de esta forma se adecue y se establezca una cooperación entre los dos tipos de justicias, también se debe de especificar donde se encuentra jurídicamente regulada la justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena, además de conocer las formas y mecanismos procesales que utiliza el derecho consuetudinario indígena, y la justicia ordinaria en su aplicación y por último obtener los

resultados de la aplicación del derecho consuetudinario indígena en el ámbito de sus tradiciones y su derecho propio.

Marco teórico y discusión.

Concepto y antecedentes de la justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena.

Al iniciar este análisis tenemos que partir de dos conceptos muy eficaces desde la perspectiva de varios autores para establecer un criterio estructurado del tema, además de especificar las variedades, similitudes y diferencias que se puede tener.

La Dra. Bustamante (2008) afirmó que de acuerdo al derecho penal en “Este derecho se diferencia de los otros porque lleva implícita una pena. Es el conjunto de normas punitivas establecidos por el estado con el objeto de prevenir la delincuencia o sancionar a aquellos que cometen las infracciones” (p. 65).

En el derecho penal se sigue un procedimiento correspondiente para establecer una pena por un delito cometido o de la acción típica, antijurídica y culpable, por ende, debe existir pruebas y elementos de convicción para llegar a establecer la culpabilidad de un individuo.

En cuestión a La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador – CONAIE (1992) considera al Derecho Indígena como “el derecho vivo, que, sin ser escrito, se evidencia a través de diferentes normas que regulan los diversos aspectos del convivir comunitario” (p. 6.)

El derecho consuetudinario indígena por otro lado es en base a costumbres, es un derecho que no está escrito, no existe un código o una ley expresa que establezca su procedimiento, en lo cual su sanción es meramente física a diferencia de la justicia ordinaria.

Para el tratadista Gustavo Labatut Glenda (1979), indica que “El derecho penal es la rama de las ciencias jurídicas, que consagra normas encargadas de regular las conductas que son capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una sanción” (p.21).

La normativa penal lógicamente al establecer o tipificar un delito indica la sanción o la pena que debe de imputarse al procesado y después sentenciado de la causa que lo amerite, pero el derecho penal no solo debe de buscar una sanción y una supuesta rehabilitación social que en realidad no existe.

También Luis Jiménez de Azúa, (1973) indica un concepto de Derecho Penal más amplio, así “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción” (p.18).

Las normas establecidas y realizadas por los legisladores que en el caso de ser inconstitucionales o establecerse con vacíos jurídicos, entre otras cuestiones, lógicamente existirán reformas a la misma en lo cual el estado establece su poder sancionatorio a individuos que quebrantan la ley, pero igualmente se vulnera derechos de los ciudadanos en varios procesos judiciales.

Por otro lado, el derecho consuetudinario indígena o la justicia indígena es “El sistema de normas y procedimientos propios que utilizan los pueblos y comunidades indígenas para resolver sus conflictos internos a través de sus autoridades. Así, la justicia indígena es un sistema, con sus propias normas, procedimientos, autoridades y sanciones” (Chuquiruna, 2009, p.29)

Las autoridades de dichos pueblos indígenas son los más idóneos para tratar todos los temas legales dentro de sus jurisdicción, es decir, ellos son jueces que determinan la culpabilidad o

inocencia de un procesado, además que establecen otras cuestiones y procedimientos legales parecido a un juez multicompetente, que resuelve en varias áreas o materias del derecho, los procedimientos son sumamente diferentes y poco iguales a los procedimientos de la justicia penal ordinaria y las sanciones tienen una diferencia en su totalidad entre las dos justicias.

En el caso del derecho penal Edmundo Mezger (1984) dice “Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito, como presupuesto la pena como consecuencia jurídica” (pág. 3)

Las normas existentes en un código y de material penal son castigables, es decir, son sancionatorias para los ciudadanos e individuos que las incumplen, la persona que no respeta la ley penal será procesada de acuerdo al delito o contravención que ha realizado.

En cuestión al derecho indígena el doctor Carlos Pérez Guartambel (2006) indica que “Derecho Indígena es el conjunto de preceptos y normas milenarias afloradas en las comunidades originarias, guiadas por una concepción cosmogónica filosófica presentes en la memoria colectiva que han sido generacionalmente transmitidos oralmente y dinamizados por los pueblos de hoy (...)” (pág.179)

El derecho consuetudinario indígena existe desde los comienzos de nuestras civilizaciones actuales, pero en la época actual se tiene elementos tecnológicos para que dichas sentencias queden plasmadas en archivos determinados, en casos o procesos específicos, solo que con diferentes sanciones que la justicia ordinaria.

La Dra. Lourdes Tibán (2001) indica que el derecho consuetudinario indígena se basa y se sustenta en tres principios básicos que son: “AMA KILLA, AMA LLULLA, AMA SHUA, en castellano es: no ser ocioso, no mentir y no robar; son términos que van más allá de su simple significado; porque, para el indígena tiene contenidos, esencia y espíritu más profundos” (pág. 88)

Es totalmente claro que la cultura indígena y la cultura occidental por así decirlo son diferentes en su gran mayoría tanto en costumbres, principios, procedimientos judiciales, normativas, entre otros, la persona indígena siente vergüenza cuando comete una infracción, es lo peor que pueden hacer, mientras que en nuestra sociedad existen delincuentes que no tienen arrepentimiento de ninguna acción cometida.

Simmonds (2000) sustenta que, en la recopilación de las denominadas Leyes de Indias, en 1542 establecía: “En los conflictos entre indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos” (pág.17)

De acuerdo a lo expuesto se verifica que dicha ley que se expidió en aquella época ya se reconocía el derecho consuetudinario indígena, es decir, sus usos y costumbres ancestrales estaban establecidos para resolver conflictos internos.

El Dr. Ricardo Rabinovich (2010) indica que “una de las facetas más peculiares que presentaban las indias era la presencia de las comunidades aborígenes, innumerables, y cada una con sus propias instituciones jurídicas.” (pág. 297)

En esta investigación se ha mencionado varias veces que el derecho consuetudinario indígena es totalmente ancestral, existe mucho más antes desde que exista la república y por ende nuestros códigos penales, civiles, entre otras legislaciones.

Como Eugenia Sánchez (1998) nos indica que: “(...) utilización del cepo en el juzgamiento indígena es una práctica colonial, heredada de los procedimientos utilizados en la inquisición. (...) la influencia europea sino el decisivo rol de la iglesia católica en la evolución del sistema indígena” (pág.69)

Cabe recalcar que ajusticiamientos indígenas tenía sus diferencias y similitudes a las sanciones penales de la época medieval o del imperio romano, porque por ejemplo: en la justicia indígena no

existía la crucifixión, castigos con palos con clavos o puntas de hierro, descuartizamientos, entre otras formas de sancionar, en la justicia indígena se tiene otra creencia sobre los castigos y sanciones que se entablan, también la religión católica está presente siempre en todas las etnias en el Ecuador, lo cual observaremos más adelante.

Raúl Llasag Fernández (2018) “las comunidades indígenas están reconocidas como sujetos de derecho, con un gobierno comunitario anterior a los Estados nacionales, a la invasión europea, e inclusive al estado incásico; es más, el Ayllu era una organización socio-política autónoma que precedió a la formación incásica” (pág. 21)

En la época de los incas tenían sus jerarquías y normas y por ende sus sistemas procesales de justicia, en los cuales siguen realizando en la actualidad, lo que son costumbres de hace más de mil años, además de la forma de gobernar de los mismos, es claro que existió una introducción de las costumbres occidentales, pero ha perdurado la justicia indígena en sus comunidades.

Juan Carlos Martínez (2017) indica que “. La jurisdicción indígena y sus sistemas de derecho propio tienen igualmente esta atribución punitiva, que la ejercen de forma diversa cada vez que deben resolver un conflicto en su territorio.” (pág. 99)

Es verdad que no existe un derecho indígena escrito, todo es en base a costumbres, a un derecho consuetudinario, pero dichos ajusticiamientos pueden variar entre comunidades, por ejemplo: si en una comunidad se realiza la sanción de veinte latigazos para un individuo en otra comunidad puede ser diez latigazos o menos, pero la ortiga y el agua helada es común en las sanciones indígenas.

Aguirre (2019) afirmó que es “necesario tanto para distinguir, como para crear una nueva regla, justificar por qué el precedente deja de ser aplicable y se determina un hecho relevante que distingue el caso actual del precedente” (pág. 254)

La constitución, tratados internacionales, entre otras normas reconoce a la justicia indígena, pero debe de existir un sistema escrito procesal de dicha justicia, en lo cual no vulnere los derechos humanos, derechos colectivos, ente otros.

Objeto de la justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena

Tanto la justicia ordinaria como el derecho consuetudinario indígena buscan una solución a un problema realizado por un individuo infractor, pero los procedimientos y soluciones son diferentes en base a su objeto.

Primero la justicia ordinaria después del procedimiento correspondiente o debido proceso, a través de la sentencia y la pena estipulada se obtiene la pena del procesado, la reparación de la víctima, y la reinserción social.

En cambio, el derecho consuetudinario indígena como se ha estipulado es un derecho consuetudinario, en base al procedimiento de sus costumbres, se obtiene la sentencia para culminar con el ajusticiamiento y purificación del individuo que cometió la infracción, en la que se castiga al cuerpo y se libera el alma, lógicamente son sanciones corporales.

El código orgánico integral penal en su art. 1 indica que “(...) tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral (...)” (COIP, 2021, art.1)

La normativa ya estaba escrita hace muchos años en varios estados, incluso antes de nuestra república, lamentablemente en la práctica si se vulnera el debido proceso y varios principios como por ejemplo el de inocencia, además como ya se ha manifestado la rehabilitación social en el

Ecuador es totalmente deplorable y la supuesta reparación que debe de ser siempre a la víctima no se la cumple, es decir, puedes ser letra muerta y existir diferencias en la práctica judicial.

En cuestión la rehabilitación social dentro del tema penitenciario Ferrajoli (2005) nos indica que “La cárcel genera daños físicos y trastornos emocionales, tales como soledad, depresión, ansiedad, afectación a la autoestima y distorsiones en la entidad” (p. 414)

La rehabilitación social no es la adecuada en el Ecuador, es decir, por ejemplo, si tenemos veinte mil presos en una cárcel tal vez se rehabiliten dos o tres PPL, pero los demás no se rehabilitarán, lamentablemente los delincuentes en su gran mayoría que están privados de libertad, siguen delinquirando dentro y fuera de la prisión, y muchos de ellos son reincidentes, esta realidad lamentablemente se está realizando en nuestro país donde los últimos acontecimientos suscitados en el mes de noviembre del 2021 en las cárceles o centros de rehabilitación han sido alarmantes en nuestra actualidad, en lo que dichos PPL ejecutaron masacres, rebeliones y actos delictivos contra otras personas privadas de libertad.

También el profesor Baratta (2004) afirma que “Científicamente se ha demostrado que la cárcel no tiene efectos positivos en el encerrado, sino más bien que se estabiliza y profundiza lo que se considera como criminalidad” (p.194).

Normalmente el estado mantiene estas prisiones o centros de rehabilitación a través de los tributos de los ciudadanos, y existen programas de rehabilitación como, por ejemplo, talleres artesanales, culminación de estudios primarios, secundarios y superior. Entre otros. El inconveniente o problema es que si el privado de libertad no quiere reinsertarse o no tiene la voluntad de cambiar y reinsertarse a la sociedad, además que con esto pueden tener rebaja de penas aparte del buen comportamiento o conducta que tengan en estos centros penitenciarios.

El profesor Owen Fiss (2003) sugiere “Cambiar el esquema de lucha litigiosa que busca la represión por una que encuentra la reparación. En esta segunda forma de entender la justicia, la víctima es protagónica y la solución es útil” (p. 1-47)

La reparación de la víctima es fundamental, pero depende quien es el procesado, si en un caso el procesado es un delincuente que es insolvente o no tiene absolutamente nada, o en los casos de violación la reparación de la víctima no existe en su totalidad sería imposible.

Al respecto del derecho consuetudinario indígena o la justicia indígena dice Hans-Jürgen y Roció Franco (2007) nos dicen “Es 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.” (p.79)

Nuestra constitución en su artículo en su art.190 menciona sobre los medios alternativos de solución de conflictos, en los cuales se encuentra la mediación, en lo cual lo mencionado en la práctica o en el sistema procesal se lo puede realizar por vía extrajudicial o judicial, es decir, en centros de mediación, notarias, audiencias, entre otros.

Ximena Ron (2015) establece que “si hay duda dentro de un proceso intercultural, la decisión se tomará a favor de la comunidad o pueblo indígena que tiene jurisdicción” (pág. 77)

La jurisdicción y competencia es totalmente importante para este tipo de procesos, ya que muchos juristas, fiscales, fuerza pública, entre otros tienen desconocimiento de cómo opera el derecho consuetudinario indígenas, las cámaras de televisión solo demuestran las sanciones que realizan las cuales son muy debatidas en la sociedad y en el ámbito jurídico, de igual manera cuando existe este conflicto debe de resolverse parecido a la justicia ordinaria, empezando en qué lugar se realizó la infracción para determinar a quien la compete juzgar.

Isis Albarrán (2017) determina que “la autodeterminación de los pueblos indígenas se debe considerar cuando un Estado establece límites a la justicia indígena” (pág. 61)

Un claro ejemplo es la sentencia de la comunidad la Cocha en donde la corte constitucional en su sentencia estableció que los delitos contra la vida deben de ser procesados por la justicia penal ordinaria y no por la justicia indígena, aunque los hechos fueron realizados en dicha comunidad, es decir, el estado en esta cuestión limita a la justicia indígena.

Diferencias entre la justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena

En la justicia penal ordinaria y justicia indígena tienen sus diferencias y similitudes, son dos justicias realizadas en jurisdicciones diferentes, en los que se explicará lo mencionado, por ejemplo: en la justicia indígena, El juez no tiene que ser necesariamente abogado, por lo general son los dirigentes de la comunidad, las partes no es necesario que les represente un abogado, no existe un fiscal acusador pero a veces en ciertos casos está presente en ciertas comunas un fiscal especializado en calidad de veedor, existe una detención, se realiza sanciones corporales, no existe apelaciones, no se realiza informes periciales, no existe medidas cautelares, se sanciona el adulterio, entre otros. En cambio, en la justicia penal ordinaria, el juez es abogado, las partes tienen que ser representadas por un abogado, existe el fiscal, existe la privación de libertad, no se realiza sanciones corporales, existe apelaciones, existen informes de peritos, existe medidas cautelares, no se sanciona penalmente el adulterio y entre otros.

La constitución del Ecuador en su art. 66 núm. 1 también indica que “Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte (...)” (Constitución, 2018. art.66)

Dentro de los derechos de libertad se reconoce esto en las dos justicias, es decir, en el sistema procesal de justicia ordinaria y en la justicia indígena se establece este principio primordial y esta normativa que se encuentra en concordancia con los derechos humanos y tratados internacionales.

De acuerdo de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria el código orgánico de la función judicial en su art. 343 dice “(...) jurisdicción indígena, Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres (...)” (COFJ, 2021, art. 343)

La jurisdicción de la justicia ordinaria corresponde a todo el país diferenciándose entre provincias y cantones y de acuerdo a la potestad que tenga el juez dentro de su competencia, pero por otro lado está la justicia indígena que también es reconocida por la constitución y otras leyes en lo cual tienen jurisdicción dentro de sus comunidades para realizar los procedimientos judiciales correspondientes, cosa que si individuos que sean una vez juzgados en la justicia indígena, no podrán ser juzgados por la justicia ordinaria, porque vulneraría el principio “non bis in ídem” no doble juzgamiento, o no se puede juzgar dos veces por la misma causa.

Además, Miriam Lang (2009) indica que “(...) justicia indígena es más económica, más ágil, más eficiente, se centra menos en la privatización de la libertad como castigo y pone énfasis en la reparación de las víctimas, la conciliación de las partes para lograr la armonía en la convivencia comunitaria” (pág. 11)

En nuestra legislación penal después del procedimiento correspondiente se puede tener una sentencia condenatoria o absolutoria de estado de inocencia, en la primera que se menciona y que por ende tiene una sanción o condena de acuerdo a la contravención o delito cometido tiene una privación de libertad correspondiente y muy aparte de la apelación y casación que se puede tener dentro de los recursos verticales, pero diferenciando a la justicia indígena en la cual no busca la privación de libertad o encarcelación del procesado, sino más bien su objetivo principal es el

arrepentimiento del mismo y la reparación de la víctima, para que el infractor busque un perdón y pueda reinsertarse a su comunidad con un cambio verdadero.

También Brant y Franco (2006) indican que “El equilibrio se logra mediante la inclusión (reintegración social) del infractor y la satisfacción de la víctima, que además fortalece los vínculos comunitarios” (pág. 143)

Para la justicia indígena es imprescindible tener ese bien comunitario es un bien común, cuando ocurre alguna infracción sea contravención o delito, afecta a toda la comunidad más que solo a una persona como es en nuestra legislación.

En cuanto a la relación con la reparación otros autores (2007) exponen que “Un aspecto del derecho indígena es devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones, y si es posible, la reconciliación” (pág. 150)

Los medios alternativos de solución de conflictos reconocidos en la constitución en su art. 190, también indican a la mediación y al arbitraje, además que el COIP y el COGEP en muchas de sus normas y procedimientos indica sobre la conciliación, pero en materia penal es en contravenciones y delitos subsanables que se puede tener acuerdos, a diferencia de la justicia indígena que en todo momento desde un principio trata de llegar acuerdos conciliatorios entre las partes.

El autor Guillermo Padilla (2008) señala que “En las comunidades, la privación de libertad es una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso” (pág. 172)

La justicia indígena tiene en la mentalidad que la persona privada de libertad va a generar una vagancia en su vida y no va hacer nada productivo y mucho menos a rehabilitarse, en cambio en nuestra justicia ordinaria en los mal llamados centros de rehabilitación social o cárceles las cuales son pagadas por impuestos de ciudadanos honestos, dichos PPL no se van a regenerar o a rehabilitar, lamentablemente siguen cometiendo delitos, aunque estén presos.

Sistema procesal de la justicia penal ordinaria el derecho consuetudinario indígena

En nuestro sistema procesal penal dentro de la justicia ordinaria siempre se inicia con una denuncia, cometimiento de infracciones ya sean delitos o contravenciones, en los cuales tenemos procedimientos ordinarios, especiales y el ejercicio privado de la acción penal.

En el código orgánico integral penal en su art. 589 sobre las etapas indica “El procedimiento ordinario se desarrolla en las siguientes etapas: 1. Instrucción 2. Evaluación y preparatoria de juicio 3. Juicio” (COIP, 2021, art. 589)

En un proceso ordinario dentro de nuestra legislación penal, si es el cometimiento de un delito lo cual tiene competencia fiscalía, pero si no existe delito y es contravención la fiscalía tiene que inhibirse, fiscalía inicia con la investigación previa para tener todos los indicios de la supuesta infracción, en la formulación de cargos ya con los elementos de convicción que tiene fiscalía por lo general casi siempre piden prisión preventiva así no sea necesaria y la defensa solicita otra medida cautelar antes de la instrucción, para el anuncio de pruebas testimoniales, periciales y documentales se establecerá en la evaluación y preparatoria de juicio y en la audiencia de juicio se establecerá los alegatos iniciales, practica de pruebas, alegatos finales y sentencias, en los cuales existen recursos verticales de apelación y casación o recursos horizontales de ampliación o aclaración.

También la justicia ordinaria cuenta con procedimientos especiales como especifica el código orgánico integral penal en su art. 634 que dice “Procedimientos especiales son: 1. Procedimiento abreviado, 2. Procedimiento directo, 3. Procedimiento expedito, 4. Procedimiento para el ejercicio

privado de la acción penal y 5. Procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.” (COIP, 2021, art. 634)

El primer procedimiento especial el cual es el abreviado es aceptado para delitos que se obtenga una pena privativa de libertad no mayor a diez años, el segundo que es el procedimiento directo se demuestra solo en casos de delitos flagrantes con pena privativa de libertad no mayores a cinco años, el tercer procedimiento especial en que encontramos al procedimiento expedito se realiza para contravenciones contra la mujer y miembros del núcleo familiar y contravenciones de tránsito, el cuarto procedimiento especial que es el ejercicio privado de la acción penal se realiza mediante querrela, es decir, aquí no entra la fiscalía, las partes son la parte acusadora como querellante, parte defensora como querellado y juzgador y el quinto procedimiento cuando existe delitos de violencia en la familia y contra la mujer.

El código orgánico integral penal en su art. 415 dice “Ejercicio privado de la acción penal. Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos: 1. Calumnia 2. Usurpación 3. Estupro 4. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito. 5. Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana” (COIP, 2021, art. 415)

En estos delitos mencionados no tiene competencia fiscalía, es decir, fiscalía se inhibe de dichos procesos y procedimientos, esto se realiza en los juzgados penales directamente, en lo que se establece un querellado y un querellante, incluso puede haber conciliaciones entre las partes procesales si es el caso, caso contrario existirá la sentencia respectiva.

En el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, presentado por la Asambleísta Lourdes Tibán en su art. 7 de acuerdo a las autoridades indígenas dice:

“Para efectos de la cooperación y coordinación, la autoridad indígena competente será el cabildo, directorio, consejo de gobierno y la asamblea general respectiva que para el caso disponga el derecho propio y que reconozca su colectividad, situación está que será acreditada mediante los mecanismos previstos en su derecho propio” (Tibán, Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, 2010, art. 7)

En las provincias de la sierra ya que existe mayor población indígena, existen fiscales especializados en justicia indígena, en lo cual participan en dichas audiencias de juzgamiento e incluso es parte de la misma para emitir su criterio y verificaciones de actos procesales, además que no se vulnere el debido proceso y los derechos de los ciudadanos, dicho proyecto mencionado tiene que ser tomado en cuenta por la asamblea para que estipule los lineamientos entre ambas justicias y se determine una adecuada alianza entre las mismas.

En la ceremonia de juzgamiento indígena Diego Zambrano (2009) nos dice “(...) Una vez expuestas las razones de la parte de la parte acusadora, el acusado procede a defenderse. No cuenta con el auxilio de un abogado, (...) En este momento suelen intervenir los denominados palabreros (...)” (p. 239).

En la justicia indígena se instala una audiencia, existe una especie de partes procesales, lógicamente los jueces no son abogados, en este caso son la directiva de la comunidad, tampoco están obligados a ser defendidos o acusados por abogados, existen intervenciones de las partes procesales, y de los dirigentes posesionados, la víctima puede acusar con sus alegaciones o pueden hablar familiares de la misma, en cambio el acusado o procesado puede defenderse por sí mismo, los palabreros son mediadores para tratar de resolver un conflicto.

El autor antes citado Diego Zambrano (2009) indica “(...) La víctima no se siente reparada con lo propuesto por el palabrero, la autoridad procede a ejecutar la sanción (...), el acusado fue colocado ante la mirada del pueblo, bañado en agua fría, y azotado con ortiga (...)” (p. 240).

En los casos que no llegan a un acuerdo y la directiva de la comunidad encuentra culpabilidad del procesado inmediatamente emiten una sentencia condenatoria en que su sanción normalmente es realizado con sanciones corporales en la que se tiene como creencia que se castiga el cuerpo y se purifica el alma, muchas de estas sanciones lo realizan los mismos dirigentes, familiares del procesado, y personas autorizadas, además que el infractor tiene sanciones pecuniarias con una reparación a la víctima, la audiencia y la sanción es pública y la realizan enfrente de toda la comunidad, además que al final el infractor pide perdón a sus familiares, familia de la víctima, y a la comunidad en general, y no existe privación de libertad del individuo sentenciado.

El art. 171 de la constitución indica “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres (...)” (CRE. 2021. Art. 171)

La actual constitución del Ecuador, reconoce a el derecho consuetudinario indígena, pero el artículo antes mencionado abarca de forma extensa la práctica de la misma, es decir, el derecho consuetudinario indígena tiene como factor principal en su forma de castigar y sentenciar con sanciones corporales en base a sus tradiciones ancestrales, pero esto debe de ser controlado por las autoridades para que no exista torturas o derechos humanos y constitucionales vulnerados, o además no exista un exceso de fuerza en la ejecución de lo antes mencionado.

El artículo 211 del proyecto de la CONAIE establece “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos para la solución de sus conflictos internos, de conformidad con derecho propio, siempre que se respete la igualdad de género y no sean contrarios a la Constitución (...)” (Proyecto de Constitución de la CONAIE, 2015, Art. 211)

Esta propuesta fue especificada y expuesta por los mismos indígenas, en su momento, lo cual su derecho consuetudinario reconocía el respeto a la constitución y a los derechos humanos de las personas.

El Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en su art.9 núm. 2 dice “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia” (Convenio Núm. 169, 2014, art.9)

La constitución del Ecuador y de acuerdo a la pirámide Kelsiana se reconoce dichos convenios y tratados internacionales, claro está que estos deben de respetar los derechos fundamentales, y demás derechos constitucionales de todas las personas, el problema es que siempre existió denuncias de los mismos pueblos indígenas, que eran excluidos de los procesos gubernamentales, educativos, económicos entre otros, cuando ellos son y siempre han sido parte de nuestras naciones latinoamericanas y del resto del mundo, además, sus costumbres vienen de forma ancestral desde mucho más antes de la colonia.

Díaz y Alcides Antúnez (2016) sobre la justicia indígena indican que “se basan en sus costumbres para la aplicación de la justicia indígena y mantienen el respeto al derecho del debido proceso, que garantiza el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los individuos” (pág.106).

En la región sierra del Ecuador existe fiscalías especializadas en justicia indígena, incluso dichos fiscales están presentes en varios procesos de ajusticiamiento, en lo cual verifican que no se vulnere el debido proceso, pero claro está que el procedimiento es diferente, de igual manera se

solicita pruebas para tener la seguridad de que no exista injusticias y puedan emitir una sentencia de manera justa hacia las partes procesales.

Carrillo (2016) indica que “La posibilidad de hacer compatibles las funciones de la justicia indígena con la administración de justicia estatal, o de establecer mecanismos de cooperación y coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria de manera efectiva y legítima (...)” (pág. 15).

En líneas anteriores se mencionó un proyecto de ley de cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, es totalmente de acuerdo que dichas justicias se complementen, que exista varias capacitaciones entre sí para que se pueda aprender de las mismas, se tenga un conocimiento amplio de ellas, y evitar tener errores en el futuro para tener una mejor sociedad con justicia y seguridad jurídica.

Conclusiones

El derecho consuetudinario indígena causa un efecto ejemplar de purificación en la sociedad, por la razón de que el procesado se rehabilita.

El derecho consuetudinario indígena no está escrito ni tampoco estipulado en alguna ley código, se la realiza a través de sus costumbres ancestrales, en la forma de ajusticiamiento, en cuestión al cometimiento de infracciones.

El derecho consuetudinario indígena está reconocido en el art.171 de la constitución dándole supremacía a su forma de ajusticiamiento y tiene concordancias con las normas de la justicia penal ordinaria, entre otras normas y leyes de nuestra legislación.

La justicia penal ordinaria y el derecho consuetudinario indígena tienen su mayor diferencia en la forma de sancionar, la justicia penal ordinaria comúnmente busca la pena privativa de libertad del infractor y posteriormente la rehabilitación y reinserción del mismo, mientras que el derecho consuetudinario indígena busca purificar el cuerpo y alma del infractor a través de sanciones corporales.

Se recomienda trabajar, organizar y cooperar, tanto la justicia penal ordinaria como el derecho consuetudinario indígena, entre sus operadores de justicia y los dirigentes indígenas comunitarios, además de realizar un asesoramiento jurídico mutuo y recíproco para el conocimiento de ambas justicias. Para respetar el derecho internacional.

Referencias

Aguirre, P. (2019). El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico. Quito, Universidad Andina Simón. Bolívar.

Albarrán, I. (2017) Límites del ejercicio del derecho indígena desde la perspectiva del estado constitucional de derecho, Guanajuato, Universidad de Guanajuato.

Asamblea de la República del Ecuador (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador. Diario Oficial. Registro Oficial 180. 10 de febrero de 2014. Suplemento N° 392, del 17 de febrero del 2021. Estado: Reformado.

- Asamblea de la República del Ecuador (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, última modificación 25 de enero del 2021, Estado: Reformado.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2015). Código Orgánico de la Función Judicial. Ecuador. Ley 0. Registro Oficial Suplemento 544. 09 de marzo de 2009. Última modificación: 14 de mayo de 2021. Estado: Reformado.
- Baratta, A. (2004) Criminología crítica y Crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal, México DF, siglo XXI, 8ª ed.
- Brandt, H. y Franco, R. (2007) Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Norma, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú, Lima, Instituto de Defensa Legal (IDL).
- Brandt, H. y Franco, R. (2006) Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, El tratamiento de conflictos, Un estudio de actas en 133 comunidades, Lima, IDL.
- Carrillo, J. G. (2016). Algunos Límites en la Justicia Indígena en el Ecuador, Santiago de Cuba, Universidad Occidental.
- CONAIE: (1992) Órgano de difusión de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, Número 2.
- Cóndor, E. (coordinador); Aranda, M.; Wiener, L. (2009), Manual informativo para pueblos indígenas: La justicia indígena en los países andinos, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, (2014)
- Díaz, E. y Antúnez. A (2016)) “El conflicto de competencia en la justicia indígena del Ecuador”, Revista Temas Socio Jurídicos, n. 070, pág. 106, Recuperado de <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35496>>
- Erazo, S. (2008.) Ciencias Penales, Ecuador, Editorial UTPL.
- Ferrajoli, L. (2005) Derecho y razón Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 7ª. ed.
- Guartambel, C. (2006) justicia indígena, Cuenca, Universidad de Cuenca.
- Jiménez de Azúa, L. (1973), La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana.
- Labatut, G. (1979), Derecho Penal, Tomo I, Chile, Editorial jurídica.
- Lang, M. (2009) Mujeres indígenas y justicia Ancestral, Quito, editorial UNIFEM.
- Llasag, R. (2018) Constitucionalismo plurinacional desde los sumak kawsay y sus saberes, Quito, Huaponi ediciones.

- Martínez, J. (2017) Elementos y técnicas de pluralismo jurídica. Manual para operadores de justicia. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mezger, E. (1984) tratado de Derecho Penal, Madrid, Tomo I, Editorial revista de derecho Privado.
- Owen, F. (2003) “The forms of justice”, en the Law, as it could be, Nueva York, New York University Press.
- Padilla, G. (2008) “La historia de chico, Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena”, en Rudolf Huber y otros, hacia sistemas jurídicos plurales, reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, Bogotá, KAS.
- Proyecto de Constitución de la CONAIE, (2015).
- Ravinovich, R. (2010) Recorriendo la historia del derecho, Quito, Cevallos editora jurídica.
- Ron, X. (2015) La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural? Quito, Corporación Editora Nacional.
- Sánchez, E. (1998) “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la soledad mayor y la justicia indígena” en el caleidoscopio de las justicias en Colombia, Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio (comps.), Bogotá, Tomo II, siglo del hombre editores.
- Simmonds, C. (2000) Sistemas jurídicos: Tukano, Chami, Guambiano, Sikuani, Bogotá, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e historia.
- Tibán, L. (2010) Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, Quito, Asamblea Nacional.
- Tibán, L. (2001) Derechos colectivos, Quito, INDESIC y fundación Hanns Seidel.
- Vintimilla, J. Almeida, M. y Saldaña, R. (2007) Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador, Lima, IDL.
- Zambrano, D. (2009) Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.