

# Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina

Farit Rojas Tudela (Bolivia)  
Horst Schönbohm (Alemania)  
Fernando García (Ecuador)  
Ramiro Molina (Bolivia)  
Waldo Albarracín (Bolivia)  
Lourdes Tibán (Ecuador)  
Guillermo Padilla (Colombia)  
Mirva Aranda (Perú)  
Eduardo Rodríguez (Bolivia)

Coordinador: Eddie Córdor

© 2011 Konrad Adenauer Stiftung e.V.

### **Prefacio**

Susanne Käss

Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de Participación Política Indígena

### **Presentación**

Eddie Córdor Chuquiruna

Coordinador

Área de Gobernabilidad y Democrática Comisión Andina de Juristas

### **Coordinador de publicación**

Eddie Córdor Chuquiruna

### **Autores**

Farit Rojas Tudela

Horst Schönbohm

Fernando García Serrano

Ramiro Molina Rivero

Waldo Albarracín Sánchez

Lourdes Tibán

Guillermo Padilla Rubiano

Mirva Aranda Escalante

Eduardo Rodríguez Veltzé

### **Editoras Responsables**

Susanne Käss

Claudia Heins

### **Revisión y corrección**

Eddie Córdor Chuquiruna

Claudia Heins

### **Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena**

Av. Walter Guevara No 8037, Calacoto

(Ex Av. Arequipa casi esquina Plaza Humboldt)

Teléfonos: (+591-2) 2786910 2786478 2784085 2125577

Fax: (+591-2) 2786831

Casilla No 9284

La Paz - Bolivia

Email: [info.ppi@kas.de](mailto:info.ppi@kas.de)

Página Web: [www.kas.de/ppi](http://www.kas.de/ppi)

D.L. 4 - 1 - 2238 - 11

### **Impresión**

Impresores & Editores "Garza Azul"

Teléfono: 2232414 - Email [garzaazul@megalink.com](mailto:garzaazul@megalink.com)

Impreso en Bolivia - Printed in Bolivia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican a continuación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la Fundación Konrad Adenauer (KAS). Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente.

# CONTENIDO

<i>PREFACIO</i> .....	5
<i>PRESENTACIÓN</i> .....	7
<i>INTRODUCCIÓN Y EXPLICACIÓN PREVIA</i> .....	9
<b>DEL MONISMO AL PLURALISMO JURÍDICO: INTERCULTURALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL</b> <i>Farit L. Rojas Tudela</i> .....	21
<b>EL PLURALISMO JURÍDICO - UNA COMPARACIÓN A NIVEL DE AMÉRICA LATINA</b> <i>Horst Schönbohm</i> .....	35
<b>LA JUSTICIA INDÍGENA COMO ESPACIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS</b> <i>Fernando García Serrano</i> .....	43
<b>LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURIDICO EN BOLIVIA</b> <i>Ramiro Molina Rivero</i> .....	53
<b>LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL</b> <i>Waldo Albarracín Sánchez</i> .....	67
<b>LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA JUSTICIA INDÍGENA</b> <i>Lourdes Tibán</i> .....	89

**COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS  
LEGALES EN CENTROAMÉRICA**

*Guillermo Padilla Rubiano* ..... 105

**LA COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS DE  
JUSTICIA EN COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ**

*Mirva Aranda Escalante*..... 127

**LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL-  
DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS**

*Eduardo Rodríguez Veltzé*..... 141

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... 153

ANEXO: EJES TEMÁTICOS DEL PROGRAMA DEL SEMINARIO ..... 165

# LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA JUSTICIA INDÍGENA

Lourdes Tibán<sup>49</sup>  
Ecuador

*“Entre un hombre y una mujer,  
hay más probabilidad de que una mujer  
sea pobre, tenga hambre y sufra más  
y si es indígena peor todavía”.*

## Situación de la Justicia Indígena en el Ecuador

Para referirme a la situación de la mujer indígena, sus derechos, su participación, su rol en la justicia indígena, debo empezar haciendo una breve reseña de la situación de los pueblos indígenas y su relación con la justicia indígena en el Ecuador, y desde esa realidad ubicar el tema de la mujer tanto desde la perspectiva constitucional como desde la práctica real de la justicia indígena.

Al ser el Ecuador constitucionalmente reconocido como un Estado intercultural y plurinacional, el nuevo marco constitucional deja atrás las tibias y típicas declaraciones de países pluriculturales y multiculturales, como lo hacía la Constitución de 1998, en el sentido de reconocer la diversidad cultural o la diversidad étnica. La Constitución del 2008, al reconocer la interculturalidad y la plurinacionalidad como carácter del Estado, va más allá de la cultura y de la etnia y reconoce la existencia de naciones indígenas al interior del territorio nacional.

La Constitución también reconoce a las colectividades indígenas como comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Cada una de estas implica un territorio, pero también involucra un conjunto de instituciones y sistemas

---

49 Doctora en Jurisprudencia, Diploma en Derechos Humanos y Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina (México), Máster en Ciencias Sociales con Mención en Asuntos Indígenas (Flacso), Máster en Economía con mención en Descentralización (Chile). Dirigenta de organizaciones de base, Subsecretaria del Ministerio de Bienestar Social, Ministra - Secretaria Nacional Ejecutiva del CODENPE, Catedrática de Maestría en Derecho Penal y Justicia Indígena en la Universidad UNIANDES, Autora de varios libros sobre derecho penal y actualmente Asambleísta en representación de la provincia de Cotopaxi.

propios de organización social, económica, política y legal, autoridad propia, procesos de autodeterminación y libre determinación. Una colectividad se forma como un resultado de la suma de elementos de todo un proceso histórico que no ha podido borrarse ni con la colonia, y peor aún en los periodos republicanos e independentistas. Al contrario, en pleno siglo XXI, estas colectividades se muestran mucho más identificadas y fortalecidas en la lucha por ejercer sus derechos como individuos pero también como colectivos históricos y que constituyeron y constituyen la base para la formación y consolidación del Estado.

Para efectos de una mejor comprensión, los términos de pueblos y nacionalidades, conforme la definición de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, se entenderá así:

*“Nacionalidades indígenas 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”.*

*“Pueblos Indígenas son colectividades originarias conformadas por comunidades con identidades culturales e historias propias, que les hacen diferentes de otros sectores de la sociedad; tienen sus sistemas propios de organización social, económica, política y sistemas jurídicos particulares”.*<sup>50</sup>

En este contexto, hablar del Estado intercultural y plurinacional implica tratar un amplio abanico de temas como lenguas, idiomas, costumbres, cosmovisiones, pensamiento político, formas de vida, derechos humanos y de la naturaleza, sistemas jurídicos, etc. En tal virtud, en la presente ponencia me centraré específicamente en el sistema jurídico indígena, o justicia indígena, y su relación con las mujeres indígenas.

### **Cómo entender el Sistema Jurídico Indígena o la Justicia Indígena**

La administración de justicia indígena en el Ecuador es un tema que muchas veces ha sido entendida equívocamente como justicia por mano propia o linchamientos, todo visto desde una óptica colonial de que todo lo que hace el “indio” es salvajismo, producto de su estado retrógrado y de seres incivilizados e inhumanos.

---

50 Proyecto Político de la CONAIE, 1997.

Los pueblos indígenas cuando administran justicia, no lo hacen porque la justicia ordinaria no funcione, o porque sea corrupta, lenta, engorrosa o costosa; tampoco lo hacen porque la Constitución y las normas internacionales así lo reconocen desde 1998, sino porque desde sus orígenes han aplicado su justicia como parte de la convivencia humana, para guiar la conducta social de su colectividad.

Desde la visión de la sociedad común, la justicia indígena es el término más desprestigiado por las múltiples y tergiversadas interpretaciones que se han hecho respecto de este tema. Se ha dicho que es una forma de ejercer la justicia por mano propia, que es la práctica de los linchamientos; es una justicia vengativa o rencorosa, “ojo por ojo o diente por diente”, etc. La justicia indígena desde los científicos sociales, antropólogos o juristas, ha sido conocida desde diferentes acepciones como: costumbre jurídica, derecho consuetudinario, usos y costumbres, derecho indígena, normas o derecho propio, sistema jurídico indígenas, etc.

Para tener alguna referencia, citamos algunos conceptos que configuran la justicia indígena:

- **Derecho consuetudinario:** *“Derecho consuetudinario, básicamente nos encontramos frente a una normativa jurídica o costumbre jurídica no escrita” (Illaquiche 2006).*
- **Derecho Indígena:** *“El derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conducta del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistema de rehabilitación que garantizan el convivir armónico” (CONAIE, 1992).*
- **Justicia Indígena:** Justicia indígena supone reconocer la aplicación de normas y procedimientos propios en el ejercicio de la jurisdicción indígena que la autoridad propia o autoridad indígena realiza para resolver un conflicto interno en su territorio.
- **Sistema Jurídico Propio:** *“El sistema jurídico propio, es el que se acopla a la realidad del momento; es decir, camina a la par con el correr del tiempo.*

*No es un código poseedor de normas estables como el derecho escrito” (Illaquiche 2006).*

- **Derecho Propio:** Es la capacidad de darse sus propias normas. Es el Derecho que se origina, evoluciona y se aplica por la reiteración de los hechos en el tiempo. Este derecho no surge de la Función Legislativa, sino de manera autónoma e independiente conforme se desarrolla una colectividad humana.

Muchos estudios sobre este tema coinciden que son términos comunes que tienen que ver con una repetición inmemorial de una serie de prácticas y costumbres que constituyen un verdadero sistema jurídico propio, que de generación, en generación aplicando sus propias normas y procedimientos, han permitido regular las relaciones sociales y un efectivo control social en los territorios indígenas.

### **Marco Jurídico que Garantiza la Vigencia de la Justicia Indígena en el Ecuador**

La justicia indígena, en el caso del Ecuador, está reconocida por la Constitución del Ecuador desde 1998, ratificada y mejorada en la Constitución del 2008, así como por los siguientes instrumentos internacionales:

- **Constitución de la República 2008, artículo 171 de la Constitución**

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

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



- **El Código Orgánico de la Función Judicial**

En el caso del Código Orgánico de la Función Judicial, que se expide después de la vigencia de la Constitución del 2008, establece procedimientos que la justicia ordinaria debe respetar para fortalecer la vigencia de la justicia indígena:

**Artículo 343.- Ámbito de la jurisdicción indígena.-** Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

**Artículo 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.

**Artículo 345.- Declinación de Competencia.-** Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

**Artículo 346.- Promoción de la Justicia Intercultural.-** El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.

El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.

En cuanto a Instrumentos Internacionales tenemos:

- **Declaración de las Naciones Unidas 1966**

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos en 1966, este reconocimiento consiste en una codificación del derecho internacional y el artículo 27 menciona: *“el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, a la preservación de las costumbres y tradiciones legales.”*

- **El Convenio 169 de la OIT**

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Ecuador en abril de 1998, en lo referente a la justicia indígena garantiza su vigencia y su práctica y establece:

**Artículo 8 numeral 1** *“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados (pueblos indígenas), deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.*

**Artículo 8 numeral 2** *“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionales reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.*

**Artículo 9 numeral 1.** *“En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales reconocidos, deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometido por sus miembros”.*

**Artículo 9 numeral 2.** *“Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.*

**Artículo 10 numeral 2.** *“Deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento”.*

- **La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobado el 13 de septiembre del 2007)**

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

**Artículo 35.** *“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.*

En este contexto, si bien los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas históricamente siempre han existido, el aval jurídico que otorga la Constitución y los instrumentos internacionales es algo novedoso, no sólo porque legitiman y garantizan la vigencia de los derechos individuales, sino que exige respeto de jurisdicción y competencia por parte de las autoridades estatales.

Con los antecedentes explicativos respecto de la situación de la justicia indígena en el Ecuador, que de hecho no han profundizado su tratamiento en cuanto a la posición de la norma constitucional respecto de la justicia ordinaria y la justicia indígena, que se encuentra a la espera de un pronunciamiento de la Corte Constitucional por causas de interpretación, duda, doble juzgamiento, conflicto de competencia, etc., pasamos a referirnos al rol de la mujer indígena en el tema de la justicia indígena.

### **La Justicia Indígena Vulnera o Respeta los Derechos de las Mujeres Indígenas**

Los grandes esfuerzos por la erradicación de las inequidades entre géneros, que han hecho los movimientos de mujeres, en algunos casos liderado por los movimientos feministas, y en otros incluso desde el interior del movimiento indígena, ya sea como secretarías de mujeres o como organización de mujeres indígenas, han impuesto nuevos matices a la incorporación de las mujeres. Esto no sólo en procesos de acceso o ejercicio de la justicia indígena, sino también en la vida pública y en lo que se refiere al reconocimiento de sus capacidades cuando de ejercer una autoridad o participar en un proceso se trata.

Al ser la justicia indígena una práctica milenaria y que a simple vista parecería ser una actividad “exclusiva de hombres”, el rol de la mujer en

este proceso ha sido siempre diferenciado desde las particularidades de cada territorio y cada colectividad. En este sentido, no se puede generalizar a la mujer como indígena y como nada más; se debe analizar este tema desde la visión que tiene cada pueblo o nacionalidad sobre la mujer.

La mujer históricamente se ha enfrentado a un espacio excluyente y por excelencia machista, y desde esa realidad actuar como persona o individuo en su condición de mujer en la justicia indígena también ha sido complicado, porque son las colectividades los sujetos de derechos colectivos, y la justicia indígena es uno de los derechos colectivos que poseen los pueblos y las nacionalidades indígenas.

La actual situación de la mujer indígena en el Ecuador no sería tal, ni sería reconocida constitucionalmente como un sujeto activo dentro de la justicia indígena, sino no hubiera existido una activa participación de la mujer en los procesos de la lucha por el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Son precisamente las mujeres indígenas, como Dolores Cacuango y Tránsito Amaguaña, quienes desde 1920 empezaron a luchar para ejercer derechos no sólo como mujeres sino como colectivos indígenas encaminados a la liberación indígena, mediante la educación, el derecho a la tierra y hoy derecho a la justicia y a la participación política en las esferas públicas.

En este proceso, no podemos decir fríamente si es que la justicia indígena vulnera o respeta los derechos de la mujer, pues las mujeres constituyen la fuerza espiritual, cultural, organizativa para que en el ejercicio de los derechos vayan exigiendo permanentemente el respeto a sus derechos y que sus opiniones y actuaciones sean consideradas y valoradas en el ejercicio de la justicia indígena.

Hoy las mujeres tienen una activa participación en el ejercicio de la justicia indígena desde distintos espacios:

- Participan en asambleas a nivel local, regional y nacional.
- Antes participaban como miembros de la Asamblea, hoy se han convertido en autoridades indígenas y desde ese espacio su participación es directa en la toma de decisión.

- Tienen sus propios espacios de participación, planificación y administración a través de las organizaciones de mujeres, y dentro de ellas han incorporado capacitación y formación sobre la justicia indígena.
- Se forman y se capacitan incluso en sus propios espacios como es la “Escuela de Formación a Mujeres Indígenas, Dolores Cacuango”. Caso Ecuarunari.
- Mantienen procesos de intercambio y discusión como talleres, seminarios, encuentros, congresos, etc. En el caso de la provincia de Cotopaxi, una mujer indígena se ha puesto a la cabeza para demandar respuestas y pronunciamientos a la Corte Constitucional respecto de la justicia indígena.
- Existe un esfuerzo por articular la experiencia de las mujeres indígenas que han accedido a espacios de justicia.

La aplicación de las sanciones a las mujeres en el ejercicio de la justicia indígena depende de la costumbre jurídica de los pueblos y nacionalidades, pues hay prácticas y hay “prácticas”. Por ejemplo: ¿Viola o no su derecho cuando un pueblo decide sancionar (en casos de infidelidad) a una mujer con el corte total del pelo y que pida perdón ante el público y que por meses se exhiba con el cabello cortado hasta que le crezca de modo natural? Mientras tanto, por ese mismo hecho al hombre le dan otro tipo de sanción física: baño, ortiga, látigo, etc. En otros pueblos se aplica la misma sanción de baño, ortiga y látigo al hombre y la mujer.

También sería bueno analizar cuándo la justicia indígena basada en la conciliación, en muchas ocasiones, en aras de un acuerdo, viola los derechos de las mujeres, ya que se tiende a reproducir jerarquías de género y de la familia, incluso de la comunidad. Un ejemplo: una mujer que sufre violencia doméstica y que no tiene independencia económica ni empleo, y según la costumbre “por los *wawas* – hijos”, se ve obligada a regresar con el esposo que la ha maltrata física y psicológicamente bajo el simple compromiso de que “ya se portará bien”. Así, la mujer debe volver a dormir con el “enemigo”; o tiene que aceptar que la suegra se quede con el hijo cuando la pareja decide separarse y con ello se separa también a los hijos, o porque la mujer decide rehacer su vida con otro hombre, también le quitan a los hijos porque es considerada “mala mujer o inmoral”.

Sobre este tema se deberá hacer entonces un análisis pormenorizado de los derechos, la costumbre jurídica, las tradiciones, y sobre todo, cómo se concibe en el marco del *sumak kawsay* el rompimiento de ciertas reglas de conducta en cada territorio.

Cabe señalar que recién en el año 2002, en un caso de justicia indígena en la comunidad la Cocha de la Provincia de Cotopaxi, que es emblemático por su contenido cultural, una mujer fue la primera en ser sancionada en un caso de muerte de un indígena en la que se implicó a tres hombres; salió al debate el tema “género”, pero no desde una reflexión indígena ni del movimiento indígena, sino desde la academia, como fue el área de género de la Universidad Flacso.

Por lo tanto, en el caso Ecuador, recién en el año 2008, la Constitución de la República enfatiza como uno de los derechos de la mujer indígena la participación y decisión de las mujeres en la administración de justicia indígena al señalar que: *“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...”*.

Desde entonces se ha continuado discutiendo la vigencia del pluralismo jurídico en el marco de una coordinación y cooperación entre el sistema ordinario y el sistema jurídico de la justicia, lo cual está en proceso tanto en la Asamblea Nacional como en la Corte Constitucional, pero no se ha puesto interés en vigilar el cumplimiento de este requerimiento que establece la constitución en cuanto a cumplir con la participación y decisión de las mujeres en la justicia indígena.

Sin embargo, cabe dejar señalado que no es fácil identificar el respeto a los derechos de las mujeres indígenas en el ejercicio de la justicia indígena, cuando la mujer indígena, en especial, tradicionalmente ha sido situada en una condición de subordinación que obliga a aceptar el maltrato, el abuso sexual, el abandono de la pareja, el no reconocimiento de los hijos, entre muchos otros aspectos que salen a relucir cuando las mujeres acuden a la justicia ordinaria y la justicia indígena. Más aun, cuando muchas veces en los territorios indígenas las mujeres han crecido y han desarrollado su vida bajo modelos sexo-genéricos que las subordinan, en los que no han tenido acceso a la toma de decisiones y permanecen bajo la vigilancia de los hombres o de sus autoridades, líderes y dirigentes que generalmente también son hombres que están frente a la justicia indígena.

## **Los Derechos Individuales de las Mujeres Indígenas versus los Derechos Colectivos de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas**

La justicia indígena más que un derecho individual, es un derecho colectivo porque se reconoce este derecho a las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Entonces ¿cómo entender los derechos individuales de las mujeres indígenas y los derechos colectivos? Los derechos individuales, no como mujeres sino como seres humanos, están íntimamente ligados a los derechos humanos, por su enfoque individualista. Por lo tanto, es necesario establecer la relación entre el derecho individual de la mujer como persona y el que le asiste en cuanto es miembro de una colectividad o en función de grupo, conocido como derecho colectivo.

Los derechos individuales son aquellos que goza el individuo hombre o persona; en este caso los derechos individuales de la mujer indígena, según nuestra constitución y los instrumentos internacionales son, entre otros: el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión, derecho a la educación, derecho laboral, derecho de participación, derecho a la justicia, derecho a elegir y ser elegida, derecho a ser autoridad, etc. Son derechos humanos básicos para toda persona, independientemente de su género, lengua, etnia o religión. Mientras que los derechos colectivos son aquellos que buscan el reconocimiento a una realidad colectiva, cuyos derechos pertenecen a una comuna, pueblo o nacionalidad como sujetos jurídicos.

En este contexto ¿cómo se relacionan o se respetan estos dos derechos en el ejercicio de los derechos de la mujer indígena? Desde la visión de los pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho individual responde a una lógica de la cultura occidental, en donde prevalece el individuo, es decir, el sujeto jurídico es la persona; mientras que los derechos colectivos responden a una lógica de la cultura andina donde prevalece el grupo, el conjunto de personas como comunidad, en este caso, la justicia indígena es un proceso que es un acto colectivo y conlleva decisiones colectivas acorde a su cosmovisión y manera de ver el mundo.

Los tratados, convenios internacionales - particularmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que fue el primero en reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas- y luego la Constitución Política del Ecuador de 1998 - establecen que el reconocimiento y la aplicación de los derechos colectivos deben garantizarse siempre que no violen o no sean contrarios a los derechos humanos individuales.



En tal virtud, cuando el movimiento indígena lucha porque se reconozcan sus derechos colectivos, no está atropellando o violando los derechos individuales, más bien, los hace suyos porque sabe que los indígenas no se sienten con “titularidad de esos derechos” y cree que una de las formas de garantizar el ejercicio de los derechos individuales es precisamente reconociendo y ejerciendo los derechos colectivos. Al ejercer la justicia indígena como un derecho colectivo, los pueblos y nacionalidades han priorizado su ejercicio como tal, pero no ha sido muy visible la preocupación de mirar si ya en los hechos y principalmente en casos prácticos, los derechos de las mujeres indígenas han sido vulnerados, o si se ha cumplido o no con el mandato constitucional de contar con la opinión y participación de las mujeres en la justicia indígena.

Pues, los derechos de la mujer indígena se empiezan a cuestionar en la medida que la mujer aparece siendo actora principal del proceso, ya sea como sancionada o sancionadora, como autoridad o como parte de la asamblea. Desde la cosmovisión indígena todo proceso, la vida misma, se desarrolla con la participación dual, complementaria y activa de hombre y mujer (*kari – warmi*); pues, la mujer es parte integral de todas las reivindicaciones y luchas indígenas, como igual sucede en la justicia indígena; pero, como que dentro de todo este discurso, no cuenta la particularidad de los derechos de la mujer, precisamente porque para las mujeres indígenas, lograr el acceso a la justicia ha sido una prueba difícil dado el peso privilegiado de las ideologías de género que justifican el papel subordinado de las mujeres ante las autoridades hombres.

Si revisamos la historia y los contenidos de las leyes, vemos que las leyes estatales instituyen una visión patriarcal, contra la cual las mujeres han debido luchar. En las costumbres y normas indígenas prevalecen también valores patriarcales que las subordinan a pretexto del respeto a ciertos patrones culturales que hacen que la mujer “acepte” su condición.

### **Alternativas para Armonizar los Derechos Individuales de las Mujeres con los Derechos como Colectividades Indígenas**

Desde la realidad antes descrita, considero que debemos propiciar directamente una discusión sobre el derecho indígena y la justicia indígena en relación a sus derechos, así como acerca de las alternativas para potenciar autoridades indígenas con la incorporación de mujeres para potenciar las jurisdicciones indígenas.

El proceso para que la mujer indígena incida en un campo tan particular como lo es la justicia indígena, espacio masculino por excelencia, no será fácil porque implica intervenir en las maneras tradicionales de resolver los conflictos y en el ejercicio de la autoridad, con sus propios procedimientos y sistemas normativos que muchas mujeres no quieren asumir, a veces, por temor y, otras veces, por desconocimiento.

En tal virtud, es necesario incentivar la participación profesional de la mujer indígena a incluirse en cargos relacionados, no sólo con la justicia indígena sino también en la justicia estatal, en juzgados, fiscales o simplemente como operadoras de justicia.

Muestra de esta iniciativa es que el Ecuador tiene una Magistrada Indígena en la Corte Constitucional, y desde ese espacio ella ha logrado visibilizar el rol de la mujer indígena en la justicia. Es necesario avanzar con otros espacios. También las fiscalías indígenas, el Ministerio Público, la función judicial, requieren tener la visión y el aporte de la mujer indígena pero aún no existe una fiscal, ni una jueza. Las mujeres siguen encontrándose a nivel de secretarías y amanuenses.

De acuerdo al reconocimiento constitucional de garantizar la participación de la mujer en la toma de decisión en la justicia indígena, la participación de la mujer debe ser otro de los mínimos jurídicos que se debe exigir en el proceso como una acción afirmativa para fortalecer la participación de las mujeres indígenas. Estos mínimos jurídicos a observar serían:

- **Derecho a la vida:** la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. El derecho indígena no reconoce la pena de muerte, por lo tanto la sanción no puede ser la muerte.
- **Derecho al debido proceso:** como en todo proceso, las partes tienen el derecho a defenderse ya sea personalmente o a través de terceros. Además el debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad y imparcialidad.
- **Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles:** este es un derecho de todas las personas, por ende las leyes prohíben este tipo de trato. En este sentido, toda sanción será vigilada para que no caiga dentro de esta prohibición.

- **Derecho a la no agresión física ni psicológica:** este derecho ha sido el más cuestionado por la sociedad y por las instituciones de defensa a los derechos humanos, porque se han realizado un análisis de los hechos fuera del contexto de la cosmovisión cultural y social de las comunidades de los pueblos indígenas, donde el fueite, el baño o la ortiga conlleva la reacción curativa y reivindicativa de los actores involucrados. No todos los pueblos indígenas manejan este tipo de sanciones corporales.
- **La garantía de participación y decisión de las mujeres.** de acuerdo al reconocimiento constitucional, se garantizará la participación de la mujer en la toma de decisión en el ejercicio de la justicia indígena.

Hay mucho por hacer, sin embargo, reconociendo la capacidad y los esfuerzos que hacen las mujeres para ejercer sus derechos, la lucha recién empieza.

## **Bibliografía**

CONAIE (1997) Proyecto político.

Constitución de la República del Ecuador del 2008.

ILaquiche Licta, Raúl (2000) *La costumbre como fuente del derecho*. Tesis de grado para la Universidad Central del Ecuador, Quito.

ILaquiche Licta, Raúl, (2006) *Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Segunda Edición.

Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, 2007

Stavenhagen, Rodolfo (1996) *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, en: *Construir Democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*.

Tibán, Lourdes (2001) *Los derechos colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador: aplicabilidad, alcances y limitaciones*, INDESIC.

----- (2009) "Las mujeres indígenas nuevos sujetos políticos de las Repúblicas." Brasil: Seminario Internacional Mujeres y Repúblicas.

Pacari Vega, Nina. (2002) Pluralidad Jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida; en: *Justicia Indígena. Aportes para un debate*. Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, Quito.

Yrigoyen F. Raquel (1999) *Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*.